

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

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 102 (1983)

**Artikel:** Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du Code fédéral des obligations

**Autor:** Engel, Pierre

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896123>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 11.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du Code fédéral des obligations

Rapport présenté par

**PIERRE ENGEL**

Docteur en droit

Avocat au Barreau de Genève

Professeur à l'Université de Lausanne





## Table des matières

Bibliographie . . . . .	5
Abréviations . . . . .	7
Remerciements . . . . .	9
<b>Introduction . . . . .</b>	<b>11</b>
<b>I. La solidarité comme lieu et comme lien de la liberté et de la responsabilité contractuelles . . . . .</b>	<b>15</b>
1. Les racines historico-éthiques . . . . .	15
2. La justice sociale aujourd'hui et demain (en droit des obligations) . .	19
3. La portée sociale ou socialisante de l'article 2 du Code civil suisse . .	20
<b>II. La liberté contractuelle . . . . .</b>	<b>35</b>
1. Quelques remarques . . . . .	35
2. Les contrats préétablis . . . . .	40
A. Le pour et le contre des conditions générales . . . . .	41
B. L'attitude des autorités fédérales en face du problème des conditions générales . . . . .	42
C. Exposé résumé de quelques problèmes et esquisses de solutions . .	48
3. La liberté contractuelle demain . . . . .	59
A. Les avatars de l'autonomie privée aux prises avec la publicité . . .	59
B. L'accroissement des contraintes résultant du droit impératif et de l'illicéité . . . . .	62
C. L'extension des secteurs juridiquement atténués ou extrajuridiques . . . . .	64
a) Les clauses exclusives ou limitatives de la responsabilité . . . . .	64
b) L'économie souterraine . . . . .	67
<b>III. La responsabilité contractuelle . . . . .</b>	<b>70</b>
1. Le juge et la fidélité contractuelle . . . . .	70
2. Le législateur et la fidélité contractuelle: le droit de repentir . . . . .	73
A. Pour . . . . .	74
B. Contre . . . . .	74
C. Position de la question . . . . .	75
<b>IV. Le Code fédéral des obligations et les techniques modernes . . . . .</b>	<b>77</b>
1. La technique législative et les dispositions générales du Code des obligations . . . . .	77
A. Introduction . . . . .	77
B. Les améliorations rédactionnelles de détail . . . . .	80

2. Le contrat et l'électronique (Aperçu) . . . . .	82
A. Introduction . . . . .	82
B. La télématique . . . . .	85
a) Le videotex . . . . .	85
b) La monnaie électronique . . . . .	87
<b>V. Dispositions générales et particularismes nationaux . . . . .</b>	<b>89</b>
1. Introduction . . . . .	89
2. Pour le rapprochement des systèmes juridiques . . . . .	91
A. Les itinéraires nationaux . . . . .	91
B. Les itinéraires internationaux . . . . .	93
3. Esquisse d'un programme d'étude et d'action . . . . .	96
A. L'étude . . . . .	96
B. Les moyens d'action . . . . .	98
<b>Conclusion . . . . .</b>	<b>100</b>

## Bibliographie

Outre les sources citées dans le corps du rapport, ont été consultés:

- BECKER, H. Obligationenrecht – Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. VI, Berne 1934 et 1941.
- VON BÜREN, B. Der Vorentwurf zu einem neuen Mietrecht – Verstärkung des Mieterschutzes, in: RSJ 78, 1982, p. 193 ss.
- DALLÈVES, L. Le contrat de voyage, in: XIV<sup>e</sup> Journée juridique, Mémoires publiés par la Faculté de droit, Genève 1975, No 46, p. 1 ss.
- DAVID, M. La solidarité comme contrat et comme éthique, Genève 1982.
- DENNING, The Rt. Hon. Lord, The Discipline of Law, Londres 1979.
- DESCHENAUX, H. Le titre préliminaire du Code civil, Traité de droit civil suisse, Tome II, I, Fribourg 1969.
- DROIN, J. Peut-il y avoir lieu à réparation d'un dommage qui trouve sa source dans une situation illicite ou immorale, in: SJ 1979, p. 147 ss.
- EUGSTER, R. Die Entstehung des Schweizerischen OR von 1883, Th. Zurich 1926.
- FRANK, R. Grundfragen des Reiseveranstaltungsvertrages, in: RSJ 77, 1981, p. 141 ss et p. 157 ss.
- GAUCH, P. Von der revidierten SIA-Norm 118, in: Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Fribourg 1977.
- GIGER, H. Kauf und Tausch – Die Schenkung, in: Obligationenrecht – Die einzelnen Vertragsverhältnisse – vol. VI/2, Berne 1973, 1977, 1979.
- GILOMEN, H. Absichtliche Täuschung beim Abschluß von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Th. Berne 1950.
- GROSSEN, J.-M. L'évolution et le rôle de la doctrine en droit anglais, in: Hommage à Raymond Jeanprêtre, Neuchâtel 1982, p. 41 ss.
- Ivy Williams, interprète anglaise du Code civil suisse, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift Arthur Meier-Hayoz, Zurich 1982, p. 179 ss.
- GUHL, T. Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen während des verflorenen Jahrhunderts, in: Cent ans de droit suisse, RDS 71, 1952, p. 140 ss.
- GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7<sup>e</sup> éd., Zurich 1980.
- HUBER, E. System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, vol. IV, Bâle 1893, p. 299 ss.
- JUNOD, C.-A. Liberté économique et protection des consommateurs, in: Recht als Prozeß und Gefüge, Festschrift für Hans Huber, Berne 1981, p. 381 ss.
- LE MONDE, L'informatique aujourd'hui. Supplément aux dossiers et documents du Monde, Paris, septembre 1982.

- MARTIN, A. Quelques observations sur la liberté des contrats, in: JT 1895, p. 241 ss.
- MICHEL, N. La conclusion des marchés publics. Les procédures de mise en soumission et d'adjudication des travaux et fournitures par les collectivités publiques, Droit suisse et droit international, Genève 1979.
- OSER/SCHÖNENBERGER, Das Obligationenrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1929.
- RICHARD, G. La question sociale et le mouvement philosophique au XIX<sup>e</sup> s., Paris 1914.
- SCHNEEBERGER, E. Über den Kommerziellen Individualvertrag, in: RSJ 65, 1969, p. 217 ss.
- Wandel im Kommerziellen Vertragsrecht der Schweiz, in: Information der Internationalen Treuhand AG, No 55, Bâle 1977, p. 1 ss.
- SCHWARTZ, M. A propos du motif de congé dans le contrat de travail: éléments de réponse à l'article de M. Kaspar Spoendlin, paru dans RDS 99 I, 1980, p. 141 ss, in: RDS 100 I, 1981, p. 305 ss.
- SCHWEINGRUBER, E. Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, insbes. nach den allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen OR, Th. Berne 1930.
- SIMONIUS, A. Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts, in: Cent ans de droit suisse, RDS 71, 1952, p. 140 ss.
- SPOENDLIN, K. Zur Bedeutung des Kündigungsgrundes im Arbeitsvertrag, in: RDS 99, 1980, p. 141 ss.
- STAEHELIN, B. Die Haftung des Reiseveranstalters, in: Bulletin de l'Association suisse de droit aérien et spatial, No 3, Genève et Zurich 1980, p. 15 ss.
- STRÖMHOLM, S. (éd.). An Introduction to Swedish Law, Stockholm 1981.
- TANDOĞAN, H. La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats – Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques, Th. de Genève, Lausanne 1952.
- Notions préliminaires à la théorie générale des obligations, in: Mémoires publiés par la Faculté de droit, Genève 1972, No 36.
- WILLIAMS, I. The Sources of Law in the Swiss Civil Code, Oxford 1922, réédité à Zurich, 1976.

\* \*

Etant donné le terme fixé pour le dépôt du manuscrit, n'ont pu être utilisés comme ils le méritent:

- LE CENTENAIRE DU CODE DES OBLIGATIONS, Mélanges édités au nom des Facultés de droit suisse par MM. les professeurs H. PETER, E. W. STARK et P. TERCIER, Fribourg 1982, non plus que
- STAUDER, B. Pacta sunt servanda et le droit de repentir des consommateurs, in: SJ 1982, p. 481 ss.
- GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Partie générale du droit des obligations, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1982.

## Abréviations

al.	alinéa
art.	article
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch = Code civil allemand
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
C ou CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CCS	
CCF	Code civil français
CCI	Chambre de commerce internationale
CF	Conseil fédéral
CO	Code fédéral des obligations du 30 mars 1911/18 décembre 1936
Cst	Constitution fédérale
FF	Feuille fédérale de la Confédération suisse, Berne
i. f.	in fine
JT ou JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne
I	Droit fédéral
II	Poursuite pour dettes
III	Droit cantonal
IV	Droit pénal
LF	Loi fédérale
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889
N ou n	note
No	numéro
OG	Obergericht
OR	Obligationenrecht
RDS	Revue de droit suisse (Zeitschrift für Schweizerisches Recht), Bâle
Rés.	Résumé
RJB	Revue de la Société des Juristes bernois (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins), Berne
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
Ia	Droit constitutionnel
Ib	Droit administratif et droit international public
II	Droit civil
III	Poursuite et faillite
IV	Droit pénal
V	Droit des assurances sociales
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales, Berne
RS	Recueil systématique du droit fédéral, Berne
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juristenzeitung), Zurich

SJ	Semaine judiciaire, Genève
SSJ	Société suisse des juristes
TC	Tribunal cantonal
TDS	Traité de droit privé suisse, Bâle et Stuttgart dès 1967
TF	Tribunal fédéral
Th.	Thèse
ZGB	Zivilgesetzbuch (Code civil suisse)

## Remerciements

Je tiens à remercier publiquement ceux et celles qui m'ont prodigué si généreusement savoir, expérience et informations:

Monsieur RAYMOND JEANPRÊTRE, professeur à l'Université de Neuchâtel; Messieurs HERBERT SCHÖNLE et BERND STAUDER, professeurs à l'Université de Genève; Monsieur MAURICE DAHAN, professeur à l'Université de Paris Sud; Monsieur BIN CHENG, professeur à l'Université de Londres; Monsieur BENNO LUTZ, professeur à l'Université de Saint-Gall; Monsieur PIERRE WIDMER, vice-directeur de l'Office fédéral de la justice, et son collaborateur, Monsieur LIN-NOËL PERRUCHOU; Monsieur GABRIEL AUBERT, directeur adjoint du Centre d'études juridiques européennes; Monsieur GÉRALD SAPEY, directeur et éditeur de la Tribune de Genève; Monsieur EERHARD BENTHEM DE GRAVE, banquier (Laren, Pays-Bas); Monsieur WALTER ZELLWEGER, directeur de Coop-Genève; Monsieur ALAIN LÉVY, avocat à Genève; Madame ANNY VERNAY, secrétaire générale de la Fédération romande des consommatrices; l'AMBASSADE ROYALE DES PAYS-BAS à Berne; l'ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS; la FÉDÉRATION DE LA PUBLICITÉ SUISSE POUR LA LOYAUTÉ EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ; la direction de la SOCIÉTÉ BANCAIRE BARCLAYS (SUISSE) S. A.

A Mesdames, ADELIN HAAS et MADELEINE FRONDA, mes secrétaires, qui ont dactylographié la correspondance et le manuscrit de ce rapport ainsi qu'à ma collaboratrice M<sup>e</sup> CATHERINE AESCHBACHER, avocate, qui a corrigé les épreuves, j'exprime ma vive gratitude.





## Introduction

Le législateur fédéral apparaît sans cesse préoccupé par l'ajustement du trinôme: liberté, responsabilité, solidarité. L'a-t-il résolu à la satisfaction des sujets de droit dans le Code des obligations, spécialement dans les dispositions générales relatives au contrat?

Telle est la question que le centenaire célébré cette année invite la Société suisse des juristes à examiner sous deux aspects: le passé et l'avenir.

L'appréciation du passé engage l'observateur à un acte de reconnaissance dans les deux sens du mot: prise de conscience d'une part, gratitude de l'autre.

Prise de conscience: les promoteurs du droit fédéral ont doté le pays d'un instrument nécessaire et utile à son développement économique; ils ont permis aux Suisses de tenir leur place dans l'Europe des échanges et de la compétition, au matin de l'essor industriel, commercial et bancaire. S'il n'y avait pas eu de Code fédéral des obligations, la Suisse aurait été irrémédiablement distancée à cause de l'élan des nationalités qui fut aussi un mouvement de rationalisation: il fallait pouvoir contracter à Lausanne comme à Saint-Gall, à Lugano comme à Bâle, exactement aux harmoniques des grands voisins et de leurs procédés unitaires. Légiférer ou périr, codifier ou momifier, telle était l'alternative.

Acte de gratitude: les pères fondateurs ont su élaborer un code qui porte bien le label helvétique: simplicité et esprit pratique. L'amour des lois requiert une certaine facilité d'accès. Les dispositions trop savantes sont comme certaines aimées trop précieuses: en rebutant les hommages, elles énervent le sentiment.

Dans l'esprit des rédacteurs originels, l'unité du droit, la simplicité des textes et la sécurité des transactions s'imbriquent et dérivent nécessairement d'un facteur premier: vouloir vivre ensemble comme peuple libre soumis à une même loi de con-

fiance et de progrès. Ce serait se méprendre que de considérer que le législateur du XIX<sup>e</sup> siècle a tenu la réglementation des échanges comme indigne d'une ambition de portée civilisatrice. La moue, voire le dédain, de quelques belles âmes d'aujourd'hui à l'égard des questions économiques ne sont certes pas le fait de nos devanciers. Un petit pays sans matières premières, à vocation d'industries et de services, ne peut pas s'offrir le luxe d'un angélisme hors d'atteinte, même inspiré du sommet des Alpes. Il fallait un cadre et un support uniformes pour que s'épanouisse la liberté des contrats dans une aire déterminée; on avait besoin d'une bonne loi pour conclure de bonnes affaires entre bonnes gens, enfants de la liberté. Voilà le premier objectif du législateur fédéral de la seconde moitié du siècle passé.

Le deuxième, qui ne le lui cède en rien, est la responsabilité: la liberté de contracter a pour corollaire immédiat la fidélité contractuelle. L'une des sources principales des obligations, c'est le contrat. Si la parole donnée, génératrice de devoirs librement assumés, s'écroule, l'imprévisibilité provoque l'insécurité et le désordre du commerce juridique, donc du commerce tout court; il est significatif que le CO de 1881, pas plus que les grandes codifications du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup>, n'ait régi en général le cas de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*). Le contractant doit à son partenaire toutes les prestations stipulées, quoi que lui coûte le changement des circonstances. La parole donnée implique la morale de l'échéance. Morale bourgeoise et marchande, sans doute, mais morale de la sécurité et de la réciprocité.

Le troisième élément, c'est celui de la solidarité. En elle se lient la liberté et la responsabilité. Elle oriente la responsabilité du sujet libre en donnant la mesure et l'étendue du droit subjectif, en l'espèce le droit de créance. Il apparaît que la conception suisse a fait écho à la conscience juridique occidentale par le jeu d'un élément d'importance: la bonne foi comme norme constitutive et limitative du droit subjectif; elle sous-tend l'exercice de ce droit de telle sorte que son titulaire sache «*jusqu'où il peut ne pas aller plus loin*». Ni individualiste échevelé, ni collectiviste à tout crin, notre législateur situe l'exercice des droits dans le cadre d'un projet qui est le règne des fins: il est de l'essence de la liberté contractuelle comme aussi, par exemple, du droit de propriété, de s'incarner dans une communauté de personnes, c'est-à-dire d'hommes libres et égaux entre eux. La liberté ne se reconnaît qu'en elle-même; le droit est dénaturé s'il y a asservissement d'une partie aux appétits de l'autre. Tel est le sens de

la solidarité du point de vue des fondements du droit privé, spécialement du droit des contrats.

L'auteur du présent rapport se propose d'examiner comment ont été compris, réalisés, ajustés les éléments du trinôme liberté, responsabilité et solidarité au cours du siècle écoulé dans les dispositions générales du CO. Pour chacun d'eux, il faudra rappeler les intentions, apprécier les actes et les réformes, déterminer les préoccupations de la dogmatique et les besoins de la pratique pour dégager, si possible, les lignes de force de l'avenir, aux portes du troisième millénaire. Liberté, responsabilité d'une part, solidarité de l'autre, ces trois éléments n'ont pas été équilibrés de la même manière, ni même en ligne droite, de 1883 à ce jour. Dans ce laps de temps, le contexte politique, économique et social a été bouleversé: deux guerres mondiales, le communisme, la crise des années 1930, le fascisme et le nazisme, la récession actuelle, les révolutions techniques des communications, parmi d'autres, ont contribué à muter notre «*révolution radicale*», source de la relative stabilité helvétique, en potion magique du pluralisme démocratique; et voici que la devise: Un pour tous, tous pour un, conduit à l'assurance-vieillesse et survivants comme à la révision permanente du code civil lui-même (y compris son Livre cinquième). Des exigences d'égalité et d'équilibre contractuels (par exemple dans le droit du mariage et dans le bail tout uniment remodelés) font oublier un facteur de redistribution solidaire sinon égalitaire quant aux payeurs: le fisc.

Le fisc de 1883, qu'était-il comparé à celui de 1983? Il faudrait les accents de PASCAL sur les deux infinis ou ceux de notre grand argentier sur la réforme des finances fédérales, pour gloser en toute équité. Il suffit de mentionner ici que l'évaluation d'un code ou d'une loi, sous l'angle de l'éthique ou du progrès social, ne doit jamais omettre l'environnement fiscal dans lequel les textes s'insèrent: la morale du profit, par exemple, doit être pondérée sinon amendée par les *boni mores fisci*. Pour être clair: la liberté de contracter devrait engendrer en même temps des profits pour les contractants et pour le fisc. Pour prononcer sur elle un jugement de valeur, il faudrait prendre en compte l'équilibre contractuel des partenaires, qu'elle doit sauvegarder, et la justice sociale née de l'imposition qu'elle provoque, plus précisément la redistribution des bénéfices qu'elle opère au titre de la solidarité nationale. Cette réflexion a seulement pour but

de relever, s'il en est besoin, la complexité du thème et la compétence limitée de l'auteur qui se bornera à la solidarité sociale impliquée par le rapport contractuel au sens bilatéral du concept. La tâche comprend aussi l'examen du problème judiciaire: le code a assigné au juge une place éminente dans l'élaboration de la justice concrète. Le juge a-t-il répondu à l'attente du législateur et, si oui, comment? Le justiciable y retrouve-t-il son dû? Et davantage encore: le système dit des «*clauses générales*», du pouvoir appréciateur du juge s'est-il relévé ... judicieux? Si la jurisprudence est bonne, la loi ainsi vêtue par les juges demeure-t-elle reconnaissable, accessible, lisible à livre ouvert, parlante en un mot? L'heure n'est-elle pas venue de rebâtir un code peut-être moins simple, moins souple, mais plus précis sinon plus technique? C'est une grave question que l'on ne peut pas éluder et dont la solution dépend dans une certaine mesure d'éventuelles visées européennes en matière d'unification du droit des obligations. Si de telles ambitions venaient à s'affirmer, il va de soi que notre pays manquerait à sa vocation de rapprochement et de communication en restant replié sur lui-même. Dans une œuvre commune, il pourrait apporter un idéal et une expérience: l'idéal de la simplicité et l'expérience de l'adaptation incessante aux besoins de la vie – deux pôles pédagogiques entre lesquels évoluent pareillement ces écoliers permanents du droit que sont, que devraient être, les citoyens de la libre Helvétie.

Eu égard au rôle central dévolu au concept de solidarité dans l'évaluation du droit suisse à la lumière des développements les plus autorisés de ces dernières décennies, je m'y arrête d'abord.

## I. La solidarité comme lieu et comme lien de la liberté et de la responsabilité contractuelles

### 1. Les racines historico-éthiques

L'autonomie de la volonté est l'un des piliers de l'ordre juridique suisse. Elle est à la base des dispositions générales relatives à la formation et à l'exécution du contrat. Tout l'effort du législateur tend à la promotion d'un consentement libre. L'autonomie est la condition *sine qua non* de la réalisation de la personne dans la communauté. Le modèle du XIX<sup>e</sup> siècle a été l'homme libre dans une communauté libre. Il n'y a pas d'antinomie de principe entre l'individu et la collectivité. Le *je* et le *il* se résolvent nécessairement dans le *nous*<sup>1</sup>.

Il sied de relever que l'influence de la philosophie allemande par les héritiers de KANT, dont notamment STAMMLER et GIERKE, a été déterminante sur EUGÈNE HUBER, ses contemporains et ses proches devanciers. Nombre de têtes pensantes de

<sup>1</sup> Les racines historico-éthiques de cette conception sont bien connues. Elles ont fait l'objet d'études approfondies. Parmi les plus récentes, je rappelle les beaux travaux de MM. PETER LIVER, in: Berner Kommentar, Bd I/1, Berne 1966, Einleitung ad art. 1–10, spécialement N 91 et ss; HANS MERZ, Fünfzig Jahre Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Bewährung, in: RDS 81 I, 1962, pp. 30–50 = Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, Berne 1977, pp. 87–105; WALTER YUNG, Le Code civil suisse et nous, in: RDS 80 II, 1961, pp. 323–348 = Etudes et articles, Genève 1971, pp. 1–26; IDEM, Eugène Huber et l'esprit du Code civil suisse (1849–1923), in: Grandes figures et grandes œuvres juridiques, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, 1948, pp. 187–208 = Etudes et articles, pp. 28–48; PIO CARONI, Das «demokratische Privatrecht» des Zivilgesetzbuches; A. MENGER und E. HUBER zum Wesen eines sozialen Privatrechts, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg 1977. Parmi les ouvrages plus anciens mais fondamentaux restent actuels: AUGUST EGGER, in: Zürcher Kommentar, Zurich 1930, ad Einleitung, art. 1–10; IDEM, Eugen Huber als Gesetzgeber, in: RSJ 37, 1940, pp. 93–97; THEO GUHL, in: Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, Zurich 1945, pp. 323–359.



notre pays – et pas seulement en Suisse alémanique – ont subi cette influence<sup>2</sup>.

L'influence allemande fut aussi celle du «*socialisme de la chaire*». M. CARONI<sup>3</sup> a opportunément rappelé les courants socialistes dont EUGÈNE HUBER a su tirer une orientation pratique et concrète: le droit privé peut et doit par son contenu aménager des rapports transpersonnels tels que les règles de droit ne constituent pas seulement un ensemble de normes formelles permettant l'élaboration de rapports censés justes mais un corps de modèles de conduite substantiellement justes en eux-mêmes. On retrouve là un débat qui est toujours actuel: peut-on et, dans l'affirmative, comment assurer par la loi – quelle loi, publique ou privée? – le progrès social et la protection des faibles?<sup>4</sup>

Il incomberait au droit public de prendre le relai du droit privé pour réaliser la justice sociale. Une autre opinion tient que le droit privé suffit pour atteindre les mêmes objectifs. Qui ne sait en effet que dans les révisions successives du code des obligations le droit supplétif n'a cessé de céder du terrain au droit impératif? Point n'est besoin de décider ici si les règles impératives ressortissent au droit public et les règles supplétives au droit privé. Il suffit à mon propos de noter que l'extension de l'ordre public dans le CO a pour finalité essentielle ce qu'il est

<sup>2</sup> Je tiens à mentionner même brièvement la personnalité et l'œuvre de CHARLES SECRÉTAN (1815–1895) qui se situe au premier rang des solidaristes de notre continent (Philosophie de la liberté, Les droits de l'humanité, Mon utopie, Principe de la morale, Etudes sociales, entre autres). A la recherche de l'unité morale de la personne dans la communauté, SECRÉTAN découvre la solidarité: «Agis librement comme partie d'un tout solidaire». Il fonde la justice sur la solidarité, qui cimente l'union la plus intime du droit et de la morale. «La justice de l'égoïsme n'est pas la Justice.» L'Etat ne fonde pas le droit, il en résulte. Il doit être une association d'associations libres et sur le plan économique, SECRÉTAN conçoit «la Société économique organisée comme une vaste confédération de coopératives de production indépendantes de l'Etat» (GEORGES GURVITCH, L'idée du droit social – Notion et système du Droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, Paris 1932, pp. 569–576).

<sup>3</sup> Op. cit. supra n 1.

<sup>4</sup> En 1884, l'un des premiers commentateurs du Code fédéral des obligations, constatant l'apparition du droit public dans des lois spéciales (transport par chemin de fer, travail dans les fabriques, surveillance des agences d'émigration) écrivait: «Wir sind damit noch nicht zu Ende. Der soziale Gedanke unserer Zeit drängt das Privatrecht immer mehr zurück, um im Interesse des Schwächern die Allmacht des Staates zu erweitern.» (J. HABERSTICH, Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts, Zurich 1884, vol. I, p. 4.)

convenu d'appeler la *justice sociale* et, en particulier, la protection de la *partie réputée faible*<sup>5</sup>.

Il me semble que dans son acception moderne, la justice sociale viserait la politique législative et civique pour la défense des alliés de l'intérieur; dans «*social*», il y a le latin «*socius*», allié; l'un des buts de la cité est de protéger positivement les alliés et d'en maintenir la cohésion. Si l'on remplace «*allié*» par «*fédéré*» ou «*confédéré*», on retrouvera assurément les racines historico-éthiques des vallées de 1291, puis des pactes et des lois qui s'en suivirent. De ce point de vue, il faut toujours se souvenir qu'il existe une corrélation intime entre le droit privé et les structures de notre Etat, ainsi que l'a magistralement rappelé le regretté KARL OFTINGER dans une étude publiée au moment du désarroi de 1940, engendré par les victoires nazies<sup>6</sup>.

En d'autres termes, le but qu'énonce l'article 2 de la Constitution fédérale:

«La Confédération a pour but d'assurer l'indépendance de la patrie contre l'étranger, de maintenir la tranquillité et l'ordre à l'intérieur, de protéger la liberté et les droits des confédérés et d'accroître leur prospérité commune»

recouvre celui de la justice sociale qu'indique l'idée de solidarité – elle-même impliquée par l'article 2 CCS (voir ci-après)<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Dans une acception plutôt étroite, la justice sociale serait la correction, par le législateur, en faveur de personnes appartenant à une classe économiquement faible, des rigueurs abstraites ou des lacunes fâcheuses de la justice rationnelle, soit «les sujets de droit que la loi couvre de son aile: salariés, chômeurs, locataires, paysans de la montagne, malades besogneux, familles nombreuses, etc... Comme c'est, le plus souvent, aux gagne-petit que profitent ces interventions, des sentiments imprégnés de charité font irruption dans l'abstraction de la justice traditionnelle. C'est le fruit de ce croisement qu'on appelle la justice sociale.» (CLAUDE DU PASQUIER, La notion de justice sociale et son influence sur le droit suisse, in: Cent ans de droit suisse, 1852–1952, RDS 71 I, 1952, pp. 69–97, 75 et 76).

<sup>6</sup> KARL OFTINGER, Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, RSJ 37, 1940/41, pp. 225–230, 241–246 = Ausgewählte Schriften, Zurich 1978, pp. 3–21.

<sup>7</sup> A. M. PIO CARONI (n 1) revient le mérite d'avoir aussi rappelé le vigoureux plaidoyer de VIRGILE ROSSEL, en faveur des oubliés de la Belle Epoque. Cf. dans les actes de la Société Jurassienne d'émulation, réunie à Saint-Imier le 30 septembre 1901, «La réforme sociale et le droit civil», Saint-Imier 1902, pp. 131–168. ROSSEL se réclame d'une doctrine «d'action collective et solidaire», en faveur du prolétariat, s'inspirant des théories du professeur ANTON Menger, de l'Université de Vienne, énoncées notamment dans un traité intitulé «Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen». EUGÈNE HUBER a médité ces théories dont il a retenu le bon grain.



Il sied de rappeler ici la trame de l'article 2 CCS, soit le principe de la bonne foi objective: la probité exigée dans le commerce juridique fournit en même temps le sens, la portée et la limite des droits subjectifs au sein d'une communauté soudée parce qu'elle est formée d'alliés rassemblés sous l'étendard de la solidarité.

L'impulsion de la solidarité dans l'œuvre de la législation s'est sans doute accrue au cours des cent années passées<sup>8</sup>.

Faut-il rappeler que l'article 19 CO ne figurait pas dans le code de 1881? Cette disposition proclame certes à l'alinéa premier la liberté de contracter quant à l'objet mais elle statue au second les limites de cette liberté eu égard au droit strict, aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité. Il apparaît là un souci de l'équilibre contractuel entre les parties, une défense de la partie réputée faible.

L'article 100 alinéa 2, à propos des conventions exclusives de la responsabilité, permet au juge de

«tenir pour nulle une clause qui libèrerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service...».

Et quant à la responsabilité pour des auxiliaires, l'article 101 alinéa 3 CO interdit pareillement en semblable occurrence l'exonération de la responsabilité.

Ces dispositions sont importantes du point de vue pratique, c'est évident. Elles indiquent aussi la prise en considération par le législateur de 1881 d'une inégalité potentielle des parties dans des rapports de service.

Au gré des années, le remodelage du code s'est effectué suivant un patron taillé en deux parties: le contractant réputé faible en face du contractant réputé fort. Le critérium réside dans le concept de dépendance: le travailleur dépend de l'employeur, le locataire ou le fermier du bailleur, l'assuré de l'assureur. Ce n'est pas le lieu de reprendre l'historique et le développement du contrat de travail, du bail à loyer et du bail à ferme comme aussi du contrat d'assurance. CLAUDE DU PASQUIER a mentionné l'évolution de 1881 à 1952<sup>9</sup>. Les avatars législatifs des trois décennies subséquentes sont trop présents à la mémoire de

<sup>8</sup> Comme l'a exactement relevé CLAUDE DU PASQUIER, op. cit. (n 5): «Le CO de 1881 ne fit encore à la protection de la partie la plus faible qu'une part minime». (p. 89)

<sup>9</sup> Op. cit. (n 5), pp. 76-79.

chacun pour que je m'y arrête ici. Il convient cependant de dire que l'évolution n'est certainement pas terminée<sup>10</sup>.

Ce ne sont pas seulement des contrats spéciaux qui sont visés mais des catégories entières de partenaires réputés faibles, tels *les consommateurs*, des consommateurs de petits crédits à ceux des grandes surfaces de biens de consommation courante voire instantanée. Nous assisterions à l'émergence d'une nouvelle branche du droit: le droit de la consommation<sup>11</sup>.

## *2. La justice sociale aujourd'hui et demain (en droit des obligations)*

Il ne me paraît pas superflu de rappeler que dans une conception extrême, inspirée de néo-libéralisme, la «*justice sociale*» est un concept vide de sens<sup>12</sup>.

L'école et son champion M. HAYEK relèvent que pour beaucoup de nos concitoyens tout se passe comme si la société était une entité réelle et supérieure, dotée du pouvoir de prendre aux uns ce qui manque aux autres au nom d'une exigence d'égalité dérivant du fait que cette même société a pareillement le pouvoir de créer des inégalités matérielles. Il y aurait ou il faudrait un pouvoir central de correction et de redistribution. Dans la meilleure des hypothèses, cette exigence d'égalité découlerait

<sup>10</sup> Voir infra (n 51).

<sup>11</sup> A titre documentaire, je rappelle les études de M. ERNST A. KRAMER, *Konsumentenschutz als Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts*, RDS 98 I, 1979, pp. 49–91, de MM. BERND STAUDER et MICHAEL BÜHLER, *La protection des consommateurs et la publicité*, RJB 117, 1981, pp. 520–543 et de Mme ANNE-CATHERINE IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Th. Genève 1981, in: *Etudes suisses de droit international*, Genève 1981. On trouvera dans ces contributions des mines de références et d'informations qui situent nombre de problèmes en vue de solutions modernes. Cette nouvelle branche du droit présente la particularité de s'étendre à beaucoup de domaines voisins: droit public et administratif, responsabilité civile (responsabilité du fait des produits), concurrence déloyale, droit des cartels, droit des médias, droit pénal, droit international privé, etc. Les spécialistes ont le mérite de nous interpellier: les voies et les moyens du droit commun sont-ils suffisants pour protéger ceux qui doivent l'être? Dans quelle mesure faut-il détacher et modifier des matières naguère codifiées pour créer des secteurs législatifs ou conventionnels, réservés désormais à des groupes contractants ou sociaux déterminés? Comme j'aurai l'occasion d'y revenir, je me borne à poser ici les questions (pour les réponses, voir ci-après pp. 39–40 et p. 66 s.).

<sup>12</sup> Par exemple, M. FRIEDRICH A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, vol. 2, *Le mirage de la justice sociale*, trad. frçse, Paris 1981.

d'une préoccupation morale, bienfaisante, charitable<sup>13</sup>. M. HAYEK n'ignore pas les forces d'aide ou d'entraide qui se manifestent dans les petites communautés où tout le monde connaît tout le monde (telle la tribu) mais il nie qu'il y ait là un postulat de la justice distributive. En tout cas, la transposition de ces forces sur le plan de la grande société ou de la société ouverte ne conduit qu'au chaos ou au désordre engendrés par des pouvoirs politiques abusivement investis de compétences bureaucratiques et arbitraires de distribution. A la limite, la «*justice sociale*» condamne la liberté individuelle, seule source de richesses et de progrès véritables. L'idée maîtresse de cette théorie est que la justice régit et aménage des rapports singuliers de personne à personne, des prétentions déterminées, dirigées, sous l'autorité de la loi et des juges, par une partie envers une autre. La «*justice sociale*», elle, s'incarne dans un appareil bureaucratique de redistribution massive, anonyme et stérilisante. Sous couleur de protection des plus défavorisés, les assistés ont barre sur les entrepreneurs, le risque fait place à la rente de situation, le dépérissement succède à l'investissement, en pure perte pour la collectivité entière.

Il serait présomptueux de présenter ici une critique de cette rigoureuse philippique dont je n'ai esquissé qu'un résumé très succinct.

### *3. La portée sociale ou socialisante de l'article 2 du Code civil suisse*

Je suis frappé par l'absence chez M. HAYEK d'une référence à la solidarité comme principe de la justice sociale telle qu'elle prévaut dans les démocraties pluralistes. En tout cas, dans la

<sup>13</sup> En réalité, ce serait plutôt «un résidu provenant de l'éthique tribale des anciennes sociétés fermées, totalement incompatible avec la liberté individuelle que promet la «société ouverte», ainsi que l'annonce la présentation résumée de l'édition française de l'ouvrage de M. HAYEK.

«L'on parle non seulement de «justice sociale», mais aussi de «démocratie sociale» d'«économie sociale de marché» ou d'«Etat de droit social» (ou de souveraineté sociale de la Loi, en allemand *Sozialer Rechtsstaat*); et bien que justice, démocratie, économie de marché ou Etat de droit soient des expressions au sens parfaitement clair, l'addition de l'adjectif «social» les rend susceptibles de signifier presque n'importe quoi de désirable. Le mot est devenu en fait l'une des principales sources de l'obscurité du discours politique et il ne peut probablement plus être récupéré pour servir utilement.» (op. cit., p. 96)

conception suisse, la solidarité est fortement ancrée dans la conscience juridique du peuple. Elle est de plus en plus un postulat de la justice pratique, à distinguer nettement des élans du cœur et de la sensibilité. Elle est véritablement une dimension de l'ordre juridique, plus précisément des droits subjectifs dans leur exercice le plus quotidien et le plus fondamental. Il faut comprendre que l'article 2 alinéa premier du Code civil suisse dans l'esprit de ses promoteurs n'est pas une inscription dorée mais vaguement grandiloquente placée au fronton d'un monument législatif, elle constitue l'insertion permanente et efficace des droits subjectifs dans le système du droit objectif. Par exemple, dans le domaine qui nous retient présentement, je dirais que le principe de la bonne foi qui commande celui de la fidélité contractuelle a pour corollaire celui de la confiance: les déclarations de volonté doivent être données, reçues et interprétées à la manière d'hommes raisonnables et loyaux. Cela signifie aussi que la liberté des personnes est bornée par la solidarité qui les unit dans leurs échanges, de telle sorte qu'en se mettant l'un à la place de l'autre, le débiteur sache ce à quoi s'attend le créancier – et le créancier ce que peut et doit le débiteur. En d'autres mots, les échanges contractuels, toujours pris ici à titre d'exemple, présupposent sinon un «*antagonisme coopératif*», du moins la reconnaissance du partenaire comme égal en fait et en droit, au sein d'une communauté de libres personnes. C'est dans ce sens que l'article 2 alinéa premier du Code civil suisse revêt une signification sociale évidente: le débiteur ne cesse d'être un allié au sens que j'ai donné plus haut à ce vocable, sa prestation doit rester celle d'un homme libre et responsable; à partir du moment où l'objet de l'obligation emporte une aliénation intolérable, elle cesse d'être sanctionnée comme droit subjectif. Inversement, le débiteur n'a aucune chance d'échapper à une créance résultant du jeu normal et régulier de l'autonomie de la volonté ou de l'application saine des normes positives: il s'exclurait de la communauté des joueurs de droit. Comme le relevaient déjà ROSSEL et MENTHA, l'article 2 CCS consacre l'application des

«idées d'ordre public et de bonnes mœurs à l'exercice de l'activité individuelle»<sup>14</sup>.

Remarque importante, l'article 2 tant en ce qui concerne l'alinéa premier que le second – l'interdiction de l'abus de droit –

<sup>14</sup> ROSSEL et MENTHA, Manuel du droit civil suisse, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne et Genève 1922, p. 63.

n'a pas ouvert les vannes de l'impressionnisme juridique et de l'insécurité des transactions. Le juge n'applique l'alinéa 2 que restrictivement. Il est permis de dire que la ratio de cette disposition n'est peut-être pas saisie dans toute sa plénitude. D'une part, les mises en garde contre les fantaisies du «*Freirecht*» à l'allemande, ou issues du sociologisme franco-belge de l'entre-deux guerres n'ont pas manqué. D'autre part, il convient de constater que les tenants étrangers du «*modernisme judiciaire*» ont découvert dans les articles 1 et 2 CCS parfois beaucoup plus que les auteurs et les juges suisses eux-mêmes <sup>15</sup>.

L'une des constantes, sinon la finalité première, du magistère judiciaire est l'observance de la volonté du législateur. Faut-il s'en étonner dans un pays qui se veut Etat régi par le droit? Il en résulte le respect de la sécurité juridique et de la séparation des pouvoirs. Mais il faut expliciter cette remarque en mentionnant que cet Etat se proclame aussi démocratie pluraliste; les diverses familles spirituelles et politiques sont en effet représentées assez équitablement – extrême-gauche exclue – dans les tribunaux de manière que les pointes d'audace se neutralisent dans un juste milieu qui échappe à toute schématisation en forme de lit de Procuste.

La portée éthique de l'article 2 CCS a été soulignée par maints docteurs après son auteur, EUGÈNE HUBER <sup>16</sup>. Sur le plan pratique, une confusion trop répandue ne démarque pas l'alinéa premier du second. L'article 2 alinéa 1 CCS inscrit l'exercice du droit subjectif dans l'objectivité de la confiance («standard») de tout commerce juridique, par exemple l'admission de la clause rebus sic stantibus dérive de cette disposition. L'article 2 alinéa 2 est un recours extraordinaire <sup>17</sup> propre à rétablir dans un cas d'espèce la primauté du droit véritable sur le droit formel <sup>18</sup>.

<sup>15</sup> CLAUDE DU PASQUIER, *Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse*, in: Recueil de travaux offert par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel à la Société suisse des juristes, 1929, p. 193 s. Voir aussi, infra n 25.

<sup>16</sup> M. HANS MERZ, in: *Berner Kommentar*, Bd. I/1 (Einleitung), 1966, N 16 ad art. 2; AUGUST EGGER, *Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Zurich 1939; pour la partie générale du Code fédéral des obligations: M. KARL SPIRO, *Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts*, Bâle 1948, p. 251 s.

<sup>17</sup> Dans son Message du 23 mai 1904, le Conseil fédéral écrit: «Nous avons créé là une sorte de recours extraordinaire qui doit assurer le respect de la justice au profit de ceux qui souffriraient de l'abus évident qu'un tiers ferait de son droit, lorsque les moyens ordinaires ne suffisent pas à les protéger» (p. 14).

<sup>18</sup> M. HANS MERZ, op. cit. (n 16), N 21 et N 31 ad art. 2.



En d'autres termes, l'interdiction de l'abus de droit est un remède, l'exercice du droit subjectif selon le principe de la bonne foi le régime habituel de l'hygiène juridique courante. Dans ce sens, il est certes exact de relever après M. MERZ que l'article 2 CCS ne fonde pas la fonction sociale des droits et des obligations selon la conception d'un LÉON DUGUIT entre autres, ou suivant la teneur expresse de l'article 281 du Code civil hellénique de 1946<sup>19</sup>. Il n'en reste pas moins vrai que l'éthique juridique – je vise celle qui imprègne le droit – implique une fonction sociale évidente parce qu'elle régit des comportements manifestes, apparents, incarnés dans une communauté déterminée de sujets de droit. Il faut dire contre le positivisme que le droit est un phénomène social non pas parce qu'il se développe dans la société mais parce que l'esprit qui l'anime l'inscrit dans la société. Il resterait alors à discerner quant au droit des contrats l'évolution de cet esprit depuis 1881. A cet égard, je peux faire grâce au lecteur: M. SPIRO a magistralement traité le sujet<sup>20</sup>. Je ne vois pas que ses conclusions résultant de l'observation de la vie juridique suisse dans ce domaine jusqu'en 1945 doivent être amendées dans leur prolongement. S'il est vrai que l'auteur a traité essentiellement de la portée normative des jugements, la législation et la doctrine ont suivi des voies parallèles à celle de la jurisprudence, de la fin de la guerre à ce jour<sup>21</sup>.

Pour rendre compte exactement de cette tendance, il sied de noter un trait dominant dans le film du siècle passé, soit *l'objectivation* recherchée et prononcée tant par le législateur, que le juge et le justiciable lui-même.

En ce qui concerne le législateur, je renvoie à ce qui a été écrit quant à la réforme de 1911 – et que rappelle le rapporteur de langue allemande. L'encadrement de l'autonomie de la volonté par l'article 19 porte témoignage de la réalisation sociale de la liberté en vue d'une harmonie aussi poussée que possible des rapports juridiques. Les droits subjectifs issus de la liberté contractuelle s'étendent et se mesurent à l'aune de la confiance réciproque (*Treu und Glauben*) que requièrent entre autres les bonnes mœurs et les droits de la personnalité. Le vrai est que

<sup>19</sup> M. HANS MERZ, op. cit. (n 16), N 60 ad art. 2. L'art. 281 du Code civil hellénique prévoit: «L'exercice d'un droit est prohibé s'il dépasse manifestement les limites imposées par la bonne foi ou les bonnes mœurs ou par le but social ou économique dudit droit.»

<sup>20</sup> M. KARL SPIRO, op. cit. (n 16).

<sup>21</sup> M. SPIRO a relevé, op. cit. (n 16), passim, que les évolutions de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence étaient concomitantes.

l'accent est mis sur la sécurité du droit et le respect de la personne<sup>22</sup>.

Mais depuis 1911, la législation s'est précipitée dans ce sens. Le cercle des personnes protégées s'élargit autant que le champ des intérêts pris en compte: voyez le droit du cautionnement, de la concurrence déloyale, des cartels, de la vente à tempérament, du travail et des baux, demain, du crédit à la consommation. La démarche du législateur tend à distinguer et à fixer dans son souci aiguïté de défense objective la partie réputée faible. J'y reviendrai<sup>23</sup>. Mais je me demande s'il n'y a pas ici un glissement de sens sinon d'intention. En effet, la critique est partie de la notion quelque peu étriquée, sinon pharisaïque, du *bonus pater familias*, comme mesure de l'exécution du devoir en général et de l'obligation en particulier<sup>24</sup>.

Il n'est pas niable que l'introduction de l'article 2 CCS a répondu à cette critique. C'est en tout cas ainsi que l'a entendu le Tribunal fédéral, appréciant le résultat d'une espèce concrète:

«La jurisprudence reconnaît depuis longtemps que l'art. 2 CC est «la limite de l'exercice de tout droit» (RO 47 II 453, JdT 1922 p. 533); cet article a son fondement dans la constatation que le droit positif ne peut pas prévoir dans leurs moindres détails et régler d'avance tous les conflits qui naissent de la vie en société. Malgré les efforts du législateur pour établir un ordre juridique sans lacunes, il y aura toujours des cas particuliers où l'application rigide des

<sup>22</sup> M. KARL SPIRO, op. cit. (n 16), pp. 262–263.

<sup>23</sup> Infra, pp. 39–40.

<sup>24</sup> Ainsi de VIRGILE ROSSEL (supra n 7) qui, à la suite de Menger, juge ce critérium trop étroit, se fondant principalement sur une lecture au second degré, c'est-à-dire après Menger, des motifs à l'appui du projet d'un code civil pour l'Empire d'Allemagne.

«En résumé, on n'exige du «bon père de famille», de l'homme-type des juristes, que le respect du droit strict, en dehors de toute considération de moralité et d'humanité. On ne lui impose pas d'idéal supérieur à celui de la lettre d'un code. M. Menger voudrait substituer au bon père de famille de la législation, le brave homme, l'honnête homme – *der wackere Mensch*, – qui a le souci des intérêts d'autrui, qui n'exerce pas ses droits pour le simple plaisir d'ennuyer son prochain, qui, tout en s'occupant diligemment de ses propres affaires, ne compromet ni ne lèse la personne ou les biens des autres. Si le bon père de famille disparaissait devant l'honnête homme, la notion de la faute aquilienne, des actes illicites serait considérablement étendue. Au lieu de dire, comme l'art. 50 du Code fédéral des obligations qui exprime l'opinion courante: «Quiconque cause *sans droit* un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer», on devrait dire, peut-être: «Chacun est obligé de se conformer dans ses rapports avec autrui, aux règles que la loi et la morale publique imposent à un honnête homme». Toute inobservation de ces règles est tenue pour un acte illicite.»

principes légaux provoquerait des injustices inadmissibles. Ainsi notamment, lorsque des droits individuels sont exercés contrairement à la bonne foi. L'al. 2 de l'art. 2 CC, en refusant la protection légale à l'abus manifeste d'un droit, forme le complément indispensable de l'al. 1, qui impose à chacun le devoir d'agir selon les règles de la bonne foi. Par cette disposition, le législateur a donné au juge la faculté de limiter ou de refuser l'application formelle des règles du droit positif chaque fois qu'il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la saine justice («materielle Gerechtigkeit»). C'est pourquoi l'art. 2 CC s'applique à toutes les dispositions du CC et du CO, ce qui résulte aussi de la place de cet article dans le code et correspond à sa désignation courante d'«exceptio doli generalis».»<sup>25</sup>

C'est en tout cas là qu'il faut voir une caractéristique du droit des contrats: l'objectivation de la recherche d'une justice du cas concret au point de vue substantiel. Comme je l'ai déjà dit, le juge se garde de tout aventurisme judiciaire refusant de refaire ou d'amender telle convention litigieuse ou difficile dans son exécution, selon les élans de son bon cœur ou de ses goûts personnels. En revanche, il n'hésite pas à concrétiser des normes éthiques ou socialement fécondes en vue d'une décision conforme au sentiment de la justice et garantie comme telle par la généralisation acceptable de la solution. Que la jurisprudence soit d'explication, de développement ou de correction, au regard de la loi, pour reprendre la division suivie par M. SPIRO<sup>26</sup>, le résultat n'est pas inconséquent: Dans la formation du contrat, le moteur de la volonté ne peut pas être embrayé sans le principe de la confiance, appelé aussi celui de l'apparence

<sup>25</sup> Arrêt du 5 février 1946 dans la cause *BIERI c. SCHNEUWLI*, RO 72/1946 II, p. 39 c. 2 = JT 1946 I, p. 386, 388 c. 2. M. MERZ, op. cit. (n 16), N 23 ad art. 2, relève que la conception qui y est énoncée dérive de l'école du «Freirecht» et que de par son accent extrême elle n'a pas été suivie par la pratique. Outre que cet arrêt résout un cas de nullité d'acte pour vice de forme et ouvre la voie à la casuistique de l'effet guérisseur de la replicatio doli generalis dont il est permis de douter, la leçon bien entendue devrait autoriser l'examen d'une économie de législation sinon d'une législation économique (voir infra). Pour l'heure, le Tribunal fédéral est ferme:

«L'art. 2 CC, qui fait partie des dispositions générales du Code civil, limite l'exercice de tous les droits civils, y compris le droit de résilier un contrat de travail (et les références citées). L'abus de droit se caractérise par l'utilisation contraire à son but d'une institution juridique en vue de satisfaire des intérêts que cette institution n'a pas pour objet de protéger (ATF 94 I 667 et les références citées).

Lié par la loi (art. 113 al. 3 Cst), le juge ne saurait admettre l'existence d'un abus de droit, sous réserve de situations particulières, pour apporter à un problème impliquant la pesée des intérêts en présence une solution autre que celle prévue par le législateur.» (RO 107/1981 II, p. 169, 170–171 c. 2a))

<sup>26</sup> M. KARL SPIRO, op. cit. (n 16), passim.



efficace: c'est ainsi que l'acte-indice de la volonté peut, selon l'art. 2 CCS, équivaloir à la manifestation de volonté<sup>27</sup>.

La mise en œuvre du principe de la confiance fait ressortir l'existence d'une solidarité minimum, bilatérale, entre déclarant et destinataire. En premier lieu, il sied de se placer non pas au point de vue d'un tiers quelconque mais bien du destinataire. En deuxième lieu, celui-ci doit tenir compte de l'ensemble des circonstances afin de percevoir ce que le déclarant a effectivement voulu. En troisième lieu, le principe commande que les deux parties se laissent opposer le sens objectif de la déclaration; peu importe que l'avantage soit chez l'un ou chez l'autre. Enfin, l'application du principe n'entre en lice que si le destinataire n'a pas exactement compris la déclaration de l'auteur. Si les partenaires se sont correctement compris malgré un défaut de communication, le sens réel et entendu justement s'impose d'emblée<sup>28</sup>.

Par ailleurs, l'erreur sur la base nécessaire du contrat, article 24 al. 1 ch. 4, implique, entre autres conditions, la contre-épreuve, d'un point de vue objectif – d'après la loyauté commerciale c'est-à-dire telle qu'elle est généralement pratiquée dans le monde des affaires – des circonstances de fait qui paraissent indispensables à la conclusion du contrat<sup>29</sup>.

Or, les variations de la jurisprudence et les hésitations de la doctrine relatives à l'erreur sur un fait futur révèlent bien les limites de la quête d'objectivité en matière de loyauté commerciale: personne ne peut tabler sur un tel fait, incertain par définition; l'avenir n'est à personne, dit-on dans l'abstrait; au contraire, réplique-t-on parfois, les contractants peuvent bien avoir tenu pour assurés et *sine qua non* des faits à venir statistiquement

<sup>27</sup> M. PAUL PIOTET, La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse, Berne 1956, p. 47 s.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Zurich 1973, N 181 s. ad art. 1. Pour une bibliographie complète, référence soit à SCHÖNENBERGER/JÄGGI, op. cit., N 1. Adde: M. PETER GAUCH, Zürcher Kommentar, ad art. 18; Mme ESTHER LANGE, Das Auslegungsprinzip des Sichverständlichmachens, Th. Zurich 1981.

<sup>28</sup> M. MAX KELLER, Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, RSJ 57, 1961, p. 313 s. *Idem*: Der Vertragswille im Obligationenrecht, RSJ 58, 1962, p. 365 s. Mme ESTHER LANGE, op. cit. (n 27). PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/PIERRE TERCIER, Partie générale du droit des obligations, Zurich 1958, vol. I, N 171 s., p. 36.

<sup>29</sup> Au lieu de plusieurs, voir OFTINGER/JEANPRÊTRE, Jurisprudence du Tribunal fédéral sur la partie générale du Code des obligations, Zurich 1970, p. 95. M. GILBERT KOLLY, Der Grundlagentatum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichts, Th. Fribourg, Zurich 1978.

constants<sup>30</sup>. Je ne peux pas entrer dans la controverse: je dois souligner en effet que la loyauté commerciale, dans la conception dominante, ne se définit pas par l'équation subjective de deux partenaires mais bien par la mise en scène d'un tiers, comparant à l'appel idéal du juge ou du jurisconsulte. Or, précisément au regard de faits futurs, l'intersubjectivité des contractants prime par essence cette tierce comparution (ou comparaison); d'où l'échec inévitable à mon avis d'une position a priori sur ce sujet particulier qu'il faut abandonner à la casuistique.

C'est peut-être le lieu de relever qu'il y a parfois une présomption naïve du juriste à vouloir régir tantôt ce qui ne peut pas l'être, tantôt ce qui va de soi. A l'appui de cette seconde hypothèse, je relève en matière législative que l'article 25 al. 1 CO (introduit en 1911) est inutile:

«La partie qui est victime d'une erreur ne peut s'en prévaloir d'une façon contraire aux règles de la bonne foi.»

Cette disposition ne fait que répéter l'article 2 CCS. Elle est de plus rarement invoquée dans la pratique<sup>31</sup>. Le frein se trouve sans doute à l'article 26 qui statue une éventuelle obligation de réparation à la charge de l'*errans*.

Il est un abus de droit qu'il sied de signaler, c'est l'abus de l'abus de droit en matière de nullité de l'acte pour vice de forme (article 11 CO). L'exigence de la forme est une solennité prescrite à peine de nullité (art. 11 al. 2 CO). Toute personne peut se prévaloir du vice de forme; le juge doit le relever d'office.

On connaît d'une part la tendance laxiste d'une certaine doctrine voulant qu'il s'agisse d'une invalidité *sui generis*, qui ne serait retenue que si elle est invoquée par une partie et qui serait remédiable. On connaît d'autre part la jurisprudence du Tribunal fédéral: elle tient pour la nullité de principe mais module une casuistique de la curabilité à partir de l'abus de droit invocable dans certaines circonstances parmi lesquelles le moment et le stade de l'exécution de l'acte sont déterminants.

<sup>30</sup> M. HANS MERZ, op. cit. (n 16) N 194 ad art. 2. M. GILBERT KOLLY, op. cit. (n 29), p. 55 s. La jurisprudence fédérale est fluctuante, voir RO 107/1981 II, p. 144, 150; RO 66/1940 I, p. 299, 312 s. SJ 1934, p. 288; RO 95/1969 II, p. 407, 409 = JT 1970 I, p. 325, 327 s.; RO 79/1953 II, p. 272, 275 = JT 1954 I, p. 551, 553. ATF du 16.6.1966, Repertorio di giurisprudenza patria 99 (1966), p. 29. RO 98/1972 II, p. 15, 18 = JT 1972 I, p. 547, 550, références dues à M. le professeur H. SCHÖNLE.

<sup>31</sup> OFTINGER/JEANPRÊTRE, op. cit. (n 29), p. 105.

Mon propos ne saurait être de dresser l'état doctrinal et jurisprudentiel de la question à ce jour<sup>32</sup>. Mais je dois relever que sur le plan pratique, la sécurité du droit est compromise; vu les modulations de la jurisprudence fédérale, aucun justiciable ne peut avec quelque chance de vraisemblance se former un avis utile dans un cas de ce genre. Cet exemple n'a pas d'autre but que de mettre en évidence les limites de la solidarité bilatérale: le souci de la justice concrète ne doit pas l'emporter sur la fermeté des règles qui commandent la sécurité du droit objectif – fondement de la solidarité au sens large.

Un autre champ de solidarité – au sens où je l'entends ici – est celui de *l'interprétation* selon l'article 18 CO. L'acte juridique – le contrat étant pris comme prototype – est taillé sur mesure pour les parties. En tant qu'il dérive de l'autonomie de la volonté, c'est un acte posé, composé et pesé par et pour les justiciables. Il en résulte tout d'abord que personne n'a le droit d'interpréter ce qui est évident ou clair en soi ou pour les partenaires. Le sens obvie d'un mot ou d'une clause, c'est celui du texte, éventuellement celui que lui donnent les cocontractants. Si l'acte doit être porté à la connaissance d'un tiers (préposé au registre du commerce, de l'office des faillites, etc.), c'est ce sens-là qui fait règle (je réserve, c'est évident, la simulation et la fraude à la loi). Si un différend surgit entre les partenaires sur un point d'interprétation, la méthode de résolution s'appuie sur le principe de la confiance, étant rappelé que s'impose le sens dégagé des points de vue de l'un et de l'autre des protagonistes. Qu'en est-il si l'acte doit être complété, en cas de lacune par exemple? WALTER YUNG a reconnu ici au juge un pouvoir supplétif fondé sur l'article 2 CCS<sup>33</sup>. Le magistrat doit rendre

<sup>32</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, op. cit. (n 27), ad art. 11. GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Skriptum vol. I, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1981, N 447 s., p. 84 s. et les références qui y sont citées. Je me permets de rappeler l'essai de solution que j'ai préconisée dans mon Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, Neuchâtel 1973, p. 184.

<sup>33</sup> WALTER YUNG, L'interprétation supplétive des contrats, RJB 97, 1961, p. 41 s. = Etudes et articles, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, 1971, p. 185, 192:

«Le fondement du pouvoir supplétif du juge réside dans l'article 2 du Code civil. Le juge doit ordonner l'exécution de la convention de telle manière que chacune des parties exerce ses droits et accomplisse ses obligations conformément aux règles de la bonne foi. Le fondement ainsi assigné au pouvoir du juge en détermine aussi les limites. L'intervention prétorienne doit être strictement limitée aux cas où le principe de la bonne foi l'exige. L'autono-

aux parties toutes les virtualités, tous les développements de leur convention.

«Si la convention ne fournit pas d'éléments propres à être ainsi développés, le juge la complète comme les parties auraient dû raisonnablement la compléter en agissant selon les règles de la bonne foi. Le critère est donc l'accord que des personnes justes et raisonnables auraient conclu dans les circonstances données»<sup>34</sup>.

Là aussi, le juge ou le jurisconsulte cite à comparaître à la barre imaginaire de son siège ce tiers juste et raisonnable: un optimisme de bon aloi permet de supposer que les cocontractants sont de la même bonne roche.

Ce n'est pas la volonté hypothétique des partenaires qui sert de guide, c'est finalement un critérium objectif de raison et de justice, dérivant de facteurs extérieurs: «*la loi, le juge, les usages et les contrats préétablis*»<sup>35</sup>.

Il sied de se souvenir d'abord des facteurs psychologiques auxquels sont soumis, *nolens volens*, les parties à un contrat: la crainte du qu'en dira-t-on (si ce texte venait au jour de la publicité, s'il tombait sous les yeux d'un juge ou d'une autre autorité?).

Le souci d'une bonne réputation, autant que la peur du concurrent, de l'administration, de la Commission des cartels, ou du magistrat, modère les appétits, coupe les griffes léonines, humanise ou «*socialise*» l'antagonisme contractuel. Les mille voix de l'opinion publique (De la «*lettre du lecteur*» aux interventions des associations de consommateurs en passant par certaines émissions de la radio ou de la télévision) réveillent ou éveillent la conscience juste et raisonnable des contractants.

mie de la volonté doit être sauvegardée, Le juge doit fonder son intervention sur le contrat lui-même, en respecter l'autonomie, le but et l'esprit, et ne viser qu'à en prolonger les lignes au-delà du cadre tracé par les parties. Il ne s'agit nullement de rendre tous les contrats raisonnables. Le juge doit résister à la tentation de corriger le contrat, même s'il lui paraît déraisonnable, car seule la violation d'une règle impérative, de l'ordre public, des bonnes mœurs ou du droit de la personnalité, lui permet de porter atteinte à l'ordre établi par l'accord des volontés.»

Le Tribunal fédéral a suivi cette conception dans une espèce où il a dû combler une lacune apparue dans un contrat innommé. (RO 107/1981 II, p. 144, 149, c. 3 = SJ 1981, p. 458, 463–464 = JT 1981 I, p. 369, 372–373).

<sup>34</sup> WALTER YUNG, op. cit. (n 33), p. 207.

<sup>35</sup> WALTER YUNG, Les éléments objectifs dans les contrats civils et commerciaux. Note de doctrine et de jurisprudence, in: Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, vol. No. 18, Genève 1964 = Etudes et articles, p. 228 s., 232.

Affaire purement privée, la convention comporte une affectation publique où apparaissent en filigrane ou en gravure les valeurs sociales d'ici et de maintenant. En soi le phénomène n'a rien d'inquiétant. Qui ne souhaite le développement d'une harmonieuse et transparente coopération sociale, jusque dans les rapports privés d'échanges de biens et de services? A mon avis, la difficulté réside dans la mesure de ce qui est souhaitable et admissible pour que souffle toujours l'esprit d'entreprise. Il ne faut pas tuer la liberté de l'entrepreneur et l'autonomie de son partenaire sous couleur d'encadrer le «consommateur» dans toutes ses démarches. Le risque du producteur ne doit pas disparaître au profit de la sécurité généralisée et aveuglement protectrice du client. Il faut plaider pour une théorie de la solidarité équilibrée de manière à laisser à l'initiative et à la responsabilité privées leur vocation de progrès. Ensuite, les considérations sur la nature et la finalité du droit supplétif<sup>36</sup> – droit contractuel ou droit légal – cèdent devant une évidence et une expérience tirées de la pratique: les règles que le législateur propose au cas où les parties n'auraient rien stipulé exercent une influence normative sur les cocontractants: que le contrat à passer soit nommé ou innommé, les partenaires sont souvent enclins à emprunter au modèle législatif, directement ou indirectement, des inspirations chargées, de par le vœu du législateur, d'une visée d'équilibre et de rationalisation. Là encore se manifeste l'imprégnation des rapports particuliers par les idéaux du droit positif dans le domaine social.

En troisième lieu, le juge dont le rôle est cardinal chez nous est de soi le paragon de la raison et de la justice. Dans l'interprétation et le complètement du contrat, par exemple, il confère aux valeurs de la Cité le poids du pouvoir étatique.

Comment s'acquitte-t-il de cette tâche? Il serait présomptueux d'émettre un jugement de valeur: il faudrait dans le temps (un siècle) et dans l'espace (les Cantons et la Confédération) établir un bilan des jurisprudences cantonales et fédérale. Et de plus, qui a qualité pour juger les juges?

Je me risque aux remarques suivantes:

Contrairement aux prémices de l'Etat fédéral, les laïcs, au prétoire, reculent devant les professionnels: la justice est moins populaire, plus spécialisée, même si l'échevinage est ici où là assez représentatif d'une tradition démocratique ancienne et vivace.

<sup>36</sup> WALTER YUNG, op. cit. (n 35), p. 232 s.



La fraîcheur d'âme des juges des vallées primitives cède le pas à la technicité des jugements d'aujourd'hui. Mais ce n'est pas à dire que l'effet des soucis d'éthique sociale soit amorti. L'origine de nos magistrats est à l'image de la vigoureuse osmose sociale du siècle; les racines populaires ont poussé des ramures et des ramages universitaires. Ce nonobstant on voit et on entend des considérants qui font écho à la conscience juridique du peuple suisse, à la moralité publique, au besoin de protection des faibles<sup>37</sup>. Le droit des contrats n'échappe pas, grâce à la jurisprudence, à cette éthique dominante du système helvétique.

Deuxième remarque: le penchant pédagogique, sous les cieux de ROUSSEAU, de PESTALOZZI et de PIAGET, apparaît dans nos arrêts qui sont souvent de véritables leçons (du moins les arrêts publiés). Cette inclination favorise sans aucun doute la fonction sociale de l'ordre judiciaire: la connaissance du droit y gagne. Nombre de décisions sont signalées et parfois commentées dans la presse; le droit des contrats n'échappe pas à cette bienfaisante publicité qui rapproche les citoyens du prétoire et du droit vécu<sup>38</sup>.

Troisième remarque: si l'on envisage l'œuvre de la jurisprudence sous l'angle de ses visées d'interprétation, de complètement et de correction de la loi, pour suivre l'heureux triptyque de M. SPIRO<sup>39</sup>, force est de constater que les ambitions des juges, particulièrement ceux de Mon Repos, ne sont pas toujours égales à elles-mêmes. Tout se passe comme si alternaient des périodes d'audace et de réserve. Il importe moins de déterminer le pourquoi de cet état de choses que de noter certains repères.

Tout d'abord, les juges sont extrêmement respectueux du principe de la séparation des pouvoirs. Ils répugnent à se substituer au législateur. Je rappelle pour mémoire les décisions somme toute prudentes du Tribunal fédéral dans les cas relevant de la vente à crédit avant la législation spéciale en la matière<sup>40</sup>.

Le juge n'intervient que si est mise en péril l'existence économique du débiteur.

<sup>37</sup> Voir aussi infra p. 55 s.

<sup>38</sup> Je pense en particulier aux intéressantes chroniques judiciaires des grands journaux alémaniques.

<sup>39</sup> M. KARL SPIRO, op. cit. (n 16), passim.

<sup>40</sup> RO 84/1958 II, p. 13 = JT 1958 I, p. 263.

«L'art. 20 CO ne fait pas du juge le tuteur des personnes qui ont l'exercice des droits civils (...) c'est l'art. 21 CO qui statue à quelles conditions la disproportion entre les prestations réciproques des parties permet au lésé de résoudre le contrat.» (Arrêt cité à la note 40)

Je rappelle encore les limites de l'interprétation à propos de la prescription durant un procès en cours<sup>41</sup>.

Il sied de noter aussi l'usage présentement modéré que font nos juges du pouvoir créateur à eux conféré, en cas de lacune de la loi, par l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 du Code civil suisse. S'ils l'exercent, ils recourent plus volontiers à l'analogie qu'à la création proprement dite<sup>42</sup>. Cependant par le moyen de l'article 2 du même code, des solutions équilibrées et fondées en éthique sont apportées dans des cas d'espèce. Là encore les finalités sociales de l'ordre judiciaire sont satisfaites, du moins dans la plupart des cas.

Il ne faut guère s'attendre à un changement de tendance dans les prochains lustres. La surcharge du Tribunal fédéral ne paraît pas devoir favoriser de profonds changements de jurisprudence dans le droit des contrats, tout au plus des précisions et des approfondissements sur des points relativement secondaires. Je reviendrai là-dessus à propos des conditions générales<sup>43</sup>.

Quatrième et dernière remarque:

Si à propos de la conclusion du contrat, le rôle fondateur de la doctrine et de la jurisprudence a été souvent mis en évidence, il est d'autres domaines – outre ceux que j'ai déjà cités – où le juge, à l'égal du jurisconsulte, a exercé une action aussi déterminante: la responsabilité précontractuelle, les règles sur le dol incident, le pouvoir externe de représentation, la notion de contrat illicite, la nullité partielle, la répétition des prestations illicites ou immorales, l'exception non adimpleti contractus. Il est hautement significatif qu'à propos de la plupart de ces problèmes, qu'ils soient envisagés sous l'angle de la nature ou des effets des figures ou des mécanismes juridiques, des solutions ont été

<sup>41</sup> Au Conseil national, une intervention personnelle de M. LEUENBERGER appuyé par 62 cosignataires, du 8 décembre 1980 (326/80, 590) est ainsi rédigée (procédure écrite): «Le Conseil fédéral est chargé de modifier l'article 138 du Code des obligations de façon à empêcher dorénavant qu'une dette puisse prescrire durant un procès en cours.»

<sup>42</sup> Dans le rapport suisse de droit privé pour les journées italiennes de l'Association Capitant en 1980, j'ai développé ce point avec des exemples tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Travaux de l'Association Henri Capitant, vol. XXXI, 1980, p. 173 s.

<sup>43</sup> Voir infra p. 40 s.

recherchées et données à la croisée de divers principes, tels la bonne foi, l'intégrité du consentement et la fidélité contractuelle qui sont au cœur de la solidarité bien comprise.

En réalité, le droit suisse des contrats tend à l'objectivation d'un partenaire-type, pétri de bonne foi et de bonnes manières, apte à affronter le commerce juridique requérant clarté et efficacité. Par exemple, s'agissant des pourparlers (dans la mesure où la standardisation contractuelle leur ménage une place<sup>44</sup>), les cocontractants, sans être déchargés du devoir de veiller eux-mêmes sur leurs intérêts, se doivent une information appropriée à la formation régulière du consentement, c'est-à-dire exempt de vices de la volonté<sup>45</sup>. En matière de représentation, celui qui tolère qu'un sujet de droit agisse d'une manière laissant supposer l'existence de pouvoirs dont un tiers infère légitimement la représentation autorisée, doit assumer les actes juridiques qui résultent de l'apparence ainsi créée<sup>46</sup>.

Ce partenaire-type est aussi modelé par *les usages*. Plus exactement les pratiques normatives qui s'en dégagent augmentent l'apport d'éléments objectifs au tissu contractuel.

On sait que le régime fédéral les a tout d'abord tenus en suspicion: ils pouvaient constituer une survivance anachronique du droit cantonal que l'unification abrogeait. De plus, ils risquaient d'adultérer le consentement, faute d'être dûment incorporés aux manifestations de volonté. Or, nous assistons à une résurgence des usages dans la vie commerciale: la complexité de certaines figures juridiques issues de techniques ou de milieux spécialisés contraignent le juriste après les parties elles-mêmes à intégrer les «*us et coutumes*» dans la conclusion, l'interprétation et l'exécution des conventions. Plus un domaine est neuf et vierge de lois, plus les usages y jouent un rôle déterminant. Les contrats innommés offrent un exemple typique à cet égard<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Voir infra pp. 66–67.

<sup>45</sup> RO 105/1979 II, p. 75, 79 = JT 1980 I, p. 66, 70–71.

<sup>46</sup> RO 74/1948 II, p. 149 = JT 1949 I, p. 375 = OFTINGER/JEANPRÊTRE, op. cit. (n 29), No. 17c), p. 50s.: «La vie commerciale a besoin d'une certaine sécurité juridique et celle-ci ne peut être assurée que par des situations claires et facilement reconnaissables. Celui qui fait agir un autre pour son compte et crée extérieurement l'apparence qu'il couvrira ses actes juridiques ne peut pas s'y soustraire en disant au tiers de bonne foi, qui s'est fié à cette apparence et a contracté avec le représentant, que celui-ci n'avait pas les pouvoirs nécessaires pour traiter.»

<sup>47</sup> M. WALTER R. SCHLUEP, *Innominatverträge*, Traité de droit privé suisse, VII/2, Bâle 1980, p. 763 s.



Ce phénomène affleure moins dans les recueils de jurisprudence que dans les dossiers, les consultations ou les sentences. C'est un fait social de rationalisation, qui exprime l'homogénéité de certains milieux de justiciables et l'émergence de leurs besoins. C'est pourquoi après WALTER YUNG, je pense qu'

«on pourrait peut-être décider que les usages commerciaux doivent primer les dispositions légales supplétives lorsqu'ils fournissent une solution plus adéquate et qui s'harmonise mieux avec l'ensemble du contrat»<sup>48</sup>.

Dernier facteur d'objectivation, les *contrats préétablis*.

J'en traiterai à propos des conditions générales<sup>49</sup>.

Il suffit à mon propos, à cette place, de noter que si de tels contrats indiquent en général l'absence des prolégomènes du contrat sous l'espèce des pourparlers, ils ne sont pas nécessairement le signe de l'aliénation d'une partie à l'autre, mais bien plutôt de l'apparition du justiciable «*unidimensionnel*».

<sup>48</sup> WALTER YUNG, op. cit. (n 35), pp. 241–242.

<sup>49</sup> Voir infra p. 40s.

## II. La liberté contractuelle

### *1. Quelques remarques*

Il faut toujours se souvenir que la liberté contractuelle est un aspect de la liberté personnelle. La personne est une personne contractante parce qu'elle est une personne possédante. L'être humain se réalise matériellement dans un minimum de choses et pour acquérir celles-ci, il doit hériter ou échanger. Or le contrat est le mécanisme des échanges et même du don: le mendiant est un contractant. Adam avant Eve et Robinson avant Vendredi ont été les seuls non-contractants de nos aventures.

Dès lors on peut bien parler du déclin du contrat, non de sa mort.

Le problème de la liberté contractuelle en Suisse aujourd'hui et demain se présente dans les termes suivants:

Les règles de la partie générale et celles des contrats spéciaux suffisent-elles à l'accomplissement de la liberté personnelle? Les ambitions du législateur de 1881 et de 1911 ont-elle été honorées? Les justiciables du troisième millénaire helvétique peuvent-ils s'en contenter?

En passant, j'observe qu'il faut opérer une distinction très nette entre la première partie du Code des obligations consacrée aux dispositions générales et la deuxième partie qui traite des diverses espèces de contrats.

Comme on le sait, nos Codes sont des codes ouverts au changement, c'est-à-dire qu'ils sont susceptibles d'être remis sur le métier, amendés, si possible améliorés. Je renvoie aux commentaires en ce qui concerne les nouvelles adoptées depuis 1911<sup>50</sup>.

Les dispositions générales sont restées à peu de chose près intactes. Les contrats spéciaux, en revanche, sont en constant remaniement. Il suffit à mon propos de dégager les tendances:

<sup>50</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, op. cit. (n 27). M. ERNST A. KRAMER, op. cit. (n 11).

Le droit dispositif continue de reculer derrière le droit impératif. C'est particulièrement notable en matière de ventes à tempérament, de ventes immobilières, de baux (à loyer et à ferme), de contrat de travail, de contrat d'agence, de cautionnement.

D'une manière générale, les contraintes augmentent, l'autonomie diminue. Ce phénomène résulte de plusieurs causes:

Le législateur veut protéger diverses catégories socio-professionnelles: les paysans, les travailleurs, les agents, les acheteurs. Il veut aussi préserver le sol national de l'emprise étrangère. Cette tendance protectrice se révèle visiblement à la lecture du Code lui-même ou de ses lois accessoires. Pour dresser un bilan complet de la législation et de ses tendances, il conviendrait de considérer aussi divers textes qui ont un effet direct ou indirect sur le contrat, sa formation et son exécution: je vise la loi sur les cartels et organisations analogues de 1962 (en révision), et, avant elle, la loi sur la concurrence déloyale de 1943 (en révision également).

Tout ce qui règle la monnaie, le crédit et les banques (y compris la Banque nationale suisse) a nécessairement un effet sur le contrat, sa technique, ses cautions et sa stabilité.

Une constatation s'impose: que nous prenions comme repères les années 1881, 1911, 1936 (trois millésimes de cuvée du Code), la législation s'enfle, le harnais du droit public et administratif (d'aucuns diraient le carcan) se renforce et l'autonomie privée comme source souveraine du contrat dépérit.

Les observateurs peuvent naturellement tirer de ces faits des conclusions très différentes selon leurs choix philosophiques et politiques. Qu'il me soit simplement permis de présenter quelques remarques:

Premièrement, l'évolution n'est apparemment pas terminée, à suivre les travaux parlementaires <sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Outre les lois sur la concurrence déloyale d'une part, les cartels et organisations analogues, d'autre part, en révision comme déjà dit, je signale les travaux en cours des Chambres fédérales concernant la loi sur le crédit à la consommation, selon le message et le projet de loi du Conseil fédéral du 12 juin 1978 (Feuille fédérale 1978, II, p.481). Par ailleurs, je mentionne les interventions personnelles que voici:

A propos de la loi sur le contrat d'assurance, Madame Jaggi, députée au Conseil national, demande, le 13 mars 1980 (298/80, 362):

«Le Conseil fédéral est invité à réviser la loi fédérale sur le contrat d'assurance (du 2 avril 1908) dans le sens d'une meilleure protection du preneur d'assurance. Il s'agit notamment de protéger les individus contre les méthodes de vente agressives, d'acquisiteurs et de «conseillers» trop zélés,

Deuxièmement, la liberté contractuelle, comprise comme instrument d'une volonté singulière, recule à proportion de l'effacement de l'individualité des sujets de droits comme êtres autonomes et particuliers. En effet, nous sommes de moins en moins traités en personnes, en citoyens, voire en compatriotes (sauf, éventuellement, le 1<sup>er</sup> août et les jours d'élections): nous sommes des «*gens*». Il ne convient pas de nous consulter, nous sommes ventilés par sondages. Nous ne méritons guère d'être informés, nous voici «*sensibilisés*». La communauté s'apprécie (se déprécie) le plus souvent en termes de marché, modelé et modulé par les bureaux, les médias et l'informatique. La standardisation des êtres va de paire avec la standardisation des lois et des contrats. Des magasins à «*grandes surfaces*» aux voyages organisés en passant par les assurances, les loisirs et les enseignements programmés, le sujet de droit est un homme ou une femme quelconque, interchangeable, qui contracte selon

d'accorder un délai de réflexion au proposant, de prévoir une information plus claire du preneur d'assurance et d'envisager le remboursement de primes payées sans qu'il y ait eu couverture de risque.»

Elle est appuyée par 53 cosignataires.

La même députée, le 17 mars 1981 (299/81, 350) propose:

«Le Conseil fédéral est invité à élaborer et à modifier toute disposition légale voulue pour introduire au bénéfice du consommateur un délai de réflexion de sept jours à compter de la conclusion de tout contrat ayant pour objet une chose mobilière ou une prestation de service et engageant le consommateur au-delà de trois mois ou au-delà d'une somme de mille francs. Pendant le délai de réflexion, auquel il ne peut renoncer que par une déclaration expresse, le consommateur peut se départir du contrat et obtenir sans frais le retour à la situation antérieure.»

Elle est appuyée par 55 cosignataires. Voir le développement par écrit et le rapport écrit du Conseil fédéral, in: Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, 1982, pp. 1291 à 1293.

Je reviendrai sur le thème du délai de réflexion infra p. 73 s.

L'évolution n'est peut-être pas rectiligne sur le plan de la contrainte. Voici une proposition tendant à conférer au contrat de courtage matrimonial un statut libéralisé:

Sur l'intervention de M. Lüchinger, du 1<sup>er</sup> octobre 1981 (322/81, 497), le Conseil national a décidé, le 18 décembre 1981, d'adopter un postulat ainsi conçu:

«Le Conseil fédéral est invité à examiner s'il ne serait pas indiqué de prévoir une modification du code des obligations qui lève l'interdiction d'ester en justice pour obtenir le paiement des honoraires et des débours résultant des prestations des agences matrimoniales et à arrêter des dispositions de droit civil qui réglementent aussi succinctement que possible les contrats passés avec ces agences, aux fins d'encourager une activité sérieuse de ces établissements.»

des schémas préétablis, préemballés, «*unidimensionnels*». Les lignes qui précèdent seraient injustes si elles ne se nuancèrent d'un ajout: l'accroissement de la population et l'élévation du niveau de vie en un siècle constituent sans nul doute le prix sinon la cause de cet état de choses, en Suisse comme dans le monde industrialisé. Le plus grand nombre vit mieux, veut davantage et au meilleur marché, que ce soit en biens et en services, y compris la sécurité. D'où l'efflorescence des règles de contrainte qui sont le corollaire du nombre, de la prospérité et de l'égalité.

Pour être précis, j'observe que ces entraves sont inégalement ressenties comme telles. En effet, dans nombre de cas fréquents, quotidiens, l'acte même de contracter n'est pas perçu ou faiblement senti: pensons aux approvisionnements en denrées alimentaires dans les magasins de libre-service, à l'utilisation des transports publics, etc. Les normes de contrainte sont souvent en amont et s'expriment en règlements de la sécurité, de l'hygiène et du travail, par exemple. Au bout du compte, c'est bien le sujet de droit qui est touché dans ses habitudes et son porte-monnaie. Et qui plus est, il se sent de moins en moins «*sujet de droit*» mais objet de législation.

Troisièmement, la comparaison de la Suisse avec d'autres pays ne peut être rassurante que d'une manière limitée. De par son étroitesse en superficie et en ressources, ce pays doit se distinguer par des propriétés d'excellence, qui compensent ses infériorités. La stabilité et la valeur vécues des institutions constituent un atout d'importance dans la lutte pour la vie. La liberté des contrats présente en tout cas un avantage marqué dans le domaine des relations internationales: nombre de contrats dits internationaux désignent le droit suisse comme applicable aux rapports juridiques qu'ils créent, plus particulièrement en matière d'arbitrage, y compris le for en Suisse. Il n'est pas douteux que l'autonomie de la volonté et la liberté y afférente expliquent ce fait dans une mesure notable: les parties savent pouvoir forger leurs contrats à leur gré avec un minimum de contraintes.

Même si nous devions, à l'absurde, demeurer insensibles à la résonance du droit interne, il reste que le goût d'entreprendre et les risques en résultant, source de prospérité, ne peuvent s'épanouir que dans un contexte de liberté concertée mais étendue.

Quatrièmement, le législateur ne doit jamais oublier, avant de songer à restreindre la liberté, deux facteurs particuliers: Le principe de la liberté contractuelle renferme, dans nos climats,

un élément d'autolimitation; elle n'a jamais été reçue comme la licence de stipuler n'importe quoi, à n'importe quelles conditions, mais bien comme un moyen d'accomplir les finalités sociales (solidaires) d'une entreprise commune. En outre, l'exagération des contraintes nuit à leurs effets. A titre d'exemple pris au hasard, les praticiens savent bien que dans la vente à tempérament, il arrive non rarement que l'acheteur et le vendeur s'accordent, sinon dans le texte du contrat du moins dans les actes d'exécution, pour ignorer les règles du droit de repentir de cinq jours et du versement initial (art. 226 a, 226 c et 226 d CO).

Ils savent aussi que les attraits d'une location-vente assouplie l'emportent assez souvent sur les cautèles de la vente avec paiements préalables, posées aux art. 227 a et ss CO.

Cinquièmement, là où se manifestent des abus à combattre, il est de bonne méthode d'examiner si les voies et moyens offerts par les principes et les règles de la partie générale du code ne sont pas suffisants pour enrayer le mal avant d'en adopter de nouveaux <sup>52</sup>.

Sixièmement, la circonspection est d'autant plus requise en matière d'intervention restrictive que les dispositions générales ne sauraient être remaniées à tout propos et que même les règles des contrats spéciaux doivent être pesées et mûries de manière à durer un certain temps, même si, comme je l'ai dit, le code est ouvert au changement. L'adhésion sincère du citoyen aux lois présuppose leur pratique réitérée, constante. Le doigté législatif commande la claire conscience des circonstances d'intervention – des circonstances durables. De ce point de vue, je voudrais présenter une remarque regardant la protection par les lois de la partie réputée faible.

Dès la rédaction du Code fédéral des obligations et davantage encore à l'époque des travaux qui ont abouti à la révision de 1911, des voix se sont élevées sur ce thème.

Je rappelle à titre d'exemple les idées de VIRGILE ROSSEL, inspirées sans nul doute par l'école de Vienne, du professeur Menger et, en général, du socialisme de la chaire <sup>53</sup>.

M. SPIRO a montré l'évolution concourante de la jurisprudence et de la législation dès 1911 vers une protection accrue de

<sup>52</sup> Je reviendrai sur ce point infra p. 48s.

<sup>53</sup> Supra n 7 et 24. Voir aussi, M. PETER LIVER, op. cit. (n 1), N 92s. M. ERNST A. KRAMER, op. cit. (n 11), N 5s.



la partie réputée faible<sup>54</sup>. Les réformes législatives de ces sept dernières décennies sont présentes à tous les esprits.

Or, la difficulté de la tâche réside en ceci: s'agit-il d'une faiblesse structurelle ou d'une faiblesse conjoncturelle? Il est clair qu'en période de pénurie de logements, le preneur est en état d'infériorité face au bailleur. Vienne une pléthore de logements, la situation s'inverse. Cela s'est vu à Genève, par exemple, entre 1939 et 1945 quant à l'extrême disponibilité d'appartements. Une remarque analogue peut être formulée quant au contrat de travail. Il n'est pas toujours vrai que l'employeur est la partie forte et le travailleur la partie faible: dans les années 1950–1970, par exemple, l'offre d'emplois excédait sensiblement la demande. Il en est résulté une conjoncture favorable aux travailleurs. Qui ne voit qu'aujourd'hui, même en période de récession, certaines branches de l'économie sont tributaires de la main d'œuvre et que les rapports sont à l'avantage des travailleurs? Loin de moi l'idée de condamner le développement des normes protectrices ou progressistes quant aux conditions des rapports de service, je voudrais seulement indiquer que l'égalité des contractants, asymptote de la liberté contractuelle, doit être située dans une perspective de durée et d'équilibre, en vue de proposer à bon escient des réformes législatives d'ensemble. Pour illustrer ma pensée, j'estime que si le législateur envisage d'amender la loi quant à l'obligation de motiver le congé – ou de ne l'autoriser qu'en cas de justes motifs – il devra examiner si cette obligation ne doit pas être imposée au travailleur comme à l'employeur et si la modification ne serait pas mieux venue dans des contrats collectifs ou des contrats-types.

## *2. Les contrats préétablis*

Pour les raisons exposées succinctement ci-dessus, la liberté contractuelle est de plus en plus corsetée par la standardisation de la vie économique moderne. La plupart des rapports se moulent dans des modèles ou des types d'accord établis d'avance pour régir en détail nos conventions. L'exemple le plus frappant, le plus en vue – à la mode aussi – est fourni par les

<sup>54</sup> M. KARL SPIRO, op. cit. (n 16), notamment p. 267. M. PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, La protection du faible dans les contrats, in: RDS 98, I, 1979, p. 233 s. M. ADRIAN STAEHLIN, Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, BJM 1978, p. 1 s.



conditions générales proposées, voire imposées, par le partenaire réputé dominant.

La littérature sur ce thème est abondante<sup>55</sup>.

Selon certains auteurs, le silence du code sur les conditions générales constituerait le plus grave déficit législatif du droit des obligations<sup>56</sup>. D'autres pensent que s'il n'est pas utile de légiférer comme l'a fait par exemple l'Allemagne fédérale en 1976, le contrôle par le juge s'impose<sup>57</sup>. D'autres encore préconisent un contrôle administratif préalable<sup>58</sup>. L'énoncé de ces mesures n'est pas exhaustif. J'y reviendrai après avoir tenté un exposé de la question en rapportant brièvement les initiatives du pouvoir législatif et les réactions de l'exécutif sur ce thème. A titre préliminaire, je rappellerai, à grands traits, les arguments pour et contre les conditions générales. J'examinerai aussi l'attitude de la jurisprudence à l'égard du phénomène pour déterminer, si possible, l'étendue des abus dans ce domaine, et les parades que le droit en vigueur met (ou ne met pas) à sa disposition. Je m'efforcerai de conclure sur ce point par quelques remarques destinées à situer le principe de la liberté contractuelle *hic et nunc*.

## A. Le pour et le contre des conditions générales

### a) *Pour*

La standardisation de la vie économique est un fait contre lequel on ne peut rien. C'est un facteur de rationalisation et de progrès social en économie libérale où chacun veut plus de biens et de services, vite, et au meilleur marché.

<sup>55</sup> Je me permets de renvoyer aux bibliographies que l'on trouve dans l'ouvrage collectif publié dans la «Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht» par les professeurs HANS GIGER & WALTER R. SCHLUEP, Zurich 1982, avec les contributions de MM. THEODOR BÜHLER, PETER FORSTMOSER, HANS GIGER, Mme EUGÈNE HOLLIGER, MM. ERNST A. KRAMER, CHRISTIAN THALMANN.

Pour le lecteur de langue française, je mentionne les contributions suivantes: MM. HANS MERZ, Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en droit suisse, in: SJ 1975, p. 193 s. PHILIPPE NORDMANN, Le contrat d'adhésion, abus et remèdes, Th. Lausanne 1974. ROBERT PATRY, Les contrats d'adhésion comme source de droit, in: RJB 91 bis, 1955, p. 367 s. GILLES PETITPIERRE/BERND STAUDER, Rapport sur la protection du consommateur en droit privé suisse, in: Travaux de l'Association Henri Capitant XXIV, Paris 1975, p. 203 s. BERND STAUDER, Grands traits de la nouvelle législation allemande sur le droit des conditions générales des contrats, in: SJ 1978, p. 17 s.

<sup>56</sup> Sic. M. ERNST A. KRAMER, op. cit. (n 11), N 6.

<sup>57</sup> Sic. M. PETER FORSTMOSER, op. cit. (n 55), p. 54.

<sup>58</sup> Sic. M. PHILIPPE NORDMANN, op. cit. (n 55), p. 124 s.

Les conditions générales placent tous les contractants sur un pied d'égalité, la production de masse qu'elles présupposent favorise le juste prix. Elles dispensent le non-juriste des conseils d'un homme de loi au moment de passer convention. Là où la loi est muette, elles exposent et publient les normes de contrats innommés, ce qui développe la cognoscibilité du droit. Elles sont devenues si nécessaires dans la vie d'aujourd'hui qu'elles régissent souvent les relations des commerçants et des industriels entre eux comme aussi celles des corporations de droit public (Confédération, cantons, communes) avec leurs fournisseurs ou mandataires.

*b) Contre*

Rédigées par l'entreprise, elles font la part belle à une partie au détriment de l'autre. Souvent libellées en petits caractères, ou en termes techniques, elles sont incompréhensibles ou illisibles (si même elles sont lues!). Par les clauses de réduction ou d'exclusion de la garantie, elles sont inéquitables pour le consommateur. Elles finissent par engendrer un véritable corps de législation qui se développe en marge des voies et des processus constitutionnels et démocratiques. Elles favorisent les cartels et le «*diktat*» des gros sur le marché, en matière de prix et de modalités de production et de distribution.

**B. L'attitude des autorités fédérales en face du problème des conditions générales**

Un exposé, même succinct, des positions des pouvoirs législatif et exécutif dans ce domaine présente un intérêt certain: on voit parlementaires et gouvernement à l'écoute des desiderata des milieux de défense des consommateurs et des opinions et recherches de la doctrine la plus récente sur le sujet.

Il est frappant de noter – mais qui s'en étonnerait? – que la nouvelle allemande de 1976 a été le détonateur des débats actuels, dans notre pays avec la résolution 47 du Conseil de l'Europe.

Il sied de relever aussi que le Conseil fédéral tout en se montrant parfaitement informé de la situation tient à fixer et coordonner toute innovation législative dans un cadre de réformes progressives et ordonnées.

Au Conseil des Etats, M. LUDER dépose un postulat daté du 14 juin 1977 (No. 77.380) dont le texte est le suivant <sup>59</sup>:

<sup>59</sup> Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats, 1977, p. 637.

«Le 1<sup>er</sup> avril 1977 est entrée en vigueur dans la République fédérale d'Allemagne une loi spéciale régissant les conditions générales de vente. Le Conseil fédéral est invité à déterminer:

- a. Quels effets juridiques il faut en attendre en Suisse;
- b. S'il apparaît indiqué d'établir dans notre pays des prescriptions supplémentaires s'appliquant aux clauses contractuelles types et, le cas échéant, dans quel sens.  
Il présentera un rapport sur ses constatations.»

Développant son intervention, M. LUDER rappelle en bref la teneur de la loi allemande dont il se demande si elle vise à sauvegarder la liberté des contrats contre les formules préétablies ou si elle est un moyen perfectionniste de resserrer cette liberté. Elle peut en tout cas influencer sur l'activité des entreprises suisses en République fédérale.

Pour la Suisse, il ne s'agit pas de revenir sur la rationalisation qu'apportent les schémas contractuels étant admis que prévaut le principe de la liberté en la matière. Il sied de lutter contre les abus. Et de mentionner les efforts de la jurisprudence dérivant des règles d'interprétation (*in dubio contra stipulatorem*; rejet des clauses de style, exorbitantes du contenu normalement attendu).

Et l'auteur du postulat signale les voies et moyens possibles: si l'on écarte le système allemand du «*contrôle ouvert*» du contenu des conditions générales, serait envisageable, avec le commentaire de GUHL, le contrôle administratif préventif à l'instar des assurances privées. On peut songer aussi à l'adoption de règles impératives comme pour le cautionnement ou la vente à tempérament. Certaines préconisent une nouvelle loi sur le sujet pour prévenir les transferts injustifiés – encore qu'incertains dans leurs périls – des aléas à la charge d'une seule partie (voir la thèse de THOMAS LOERTSCHER, *Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht*). M. ERNST SCHNEEBERGER dans son ouvrage, *Kommerzielles Verkaufsrecht*, propose un modèle de conditions générales applicables aux contrats d'acquisition. M. THEODOR BÜHLER recommande dans la *Revue suisse de jurisprudence*, le recours aux moyens offerts par le droit positif et les retouches nécessaires à apporter au droit de la personnalité tout en reconnaissant l'existence de cas où de nombreux consommateurs moyens sont pressurés.

En conclusion, M. LUDER relève que la complexité du problème mérite le temps de la réflexion.

Dans sa réponse, M. le Conseiller fédéral FURGLER, chef du département de justice et police, admet que le problème évoqué

est actuel non seulement en République fédérale mais aussi en Suisse.

Il rappelle que le Conseil fédéral a répondu à une question de M. WELTER se référant à la résolution 47 du Conseil de l'Europe (voir ci-après).

L'orateur résume ensuite les traits essentiels de la loi allemande.

Il souligne qu'elle concrétise le principe de la bonne foi objective. Il relève une innovation à méditer:

Par une procédure de contrôle judiciaire abstrait, les associations de consommateurs, les associations économiques et les chambres de commerce et d'industrie ont qualité pour agir à l'effet de faire interdire les conditions générales enfreignant la loi. Les jugements déploient des effets *erga omnes*, non plus seulement *inter partes*.

Quant à l'impact de la novelle allemande sur les contrats conclus par des entreprises suisses, et touchant une personne domiciliée en Allemagne fédérale, «la loi d'application immédiate» qui est une norme de protection à raison du domicile ordinaire du justiciable protégé, relève d'une conception moderne du droit international privé. Pour ce qui est d'une réforme éventuelle de la législation suisse en la matière, le chef du département réitère que le parti choisi jusqu'ici est de traiter les contrats spéciaux pour eux-mêmes et de les amender s'il y a lieu.

Cependant les tendances actuelles et les travaux de la doctrine récente (voir les monographies de MM. THOMAS LOERTSCHER et WALO BAUER) incitent le Conseil fédéral à revoir le problème dans son ensemble et à accepter le postulat.

M. WELTER, conseiller national, par une question ordinaire du 19 septembre 1977 (77-738), demande au Conseil fédéral comment celui-ci entend donner suite à la résolution 47 du Conseil de l'Europe recommandant aux Etats membres de prendre des mesures législatives ou toute autre disposition appropriée contre les clauses abusives auxquelles sont en butte les consommateurs, spécialement en matière de livraison de marchandises et de prestation de service. Sont visées en particulier les clauses déloyales des contrats préformés ou de ceux où le consommateur est privé d'influence, en tout ou en partie, quant à la stipulation de l'objet convenu <sup>60</sup>.

<sup>60</sup> Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, 1977, p. 1736.

Le Conseil fédéral répond le 23 novembre 1977 qu'il souscrit en principe à la résolution. Il est conscient de la nécessité de protéger le consommateur peu informé contre des abus résultant de l'exercice excessif de la liberté contractuelle. Il se demande néanmoins si et comment il est possible de remédier en général au déséquilibre contractuel dont le contour est difficile à cerner. Il apparaît d'ores et déjà impraticable de proscrire des clauses spécifiques ou telles catégories de clauses, tant la situation varie avec les diverses figures contractuelles et la conjoncture économique.

Le gouvernement souligne que le droit positif offre des moyens de protection, auxquels la jurisprudence pourrait songer davantage. A cet égard, il cite les art. 100 et 101 CO qui restreignent ou prohibent les clauses d'exonération de la responsabilité. Il souhaite que l'art. 21 CO sur la lésion soit appliqué aux cas de déséquilibre nés des dérogations apportées au droit dispositif. Il rappelle que le principe de la confiance qui dérive de la bonne foi objective (art. 2 CCS) a permis dans l'interprétation des contrats préétablis de dégager la «*règle de l'insolite*» (Ungewöhnlichkeitsregel): le client ne peut se voir opposer une clause exorbitante du contexte normalement attendu de telle convention concrète. Dans cet ordre d'idée, la jurisprudence a posé des règles précises et strictes régissant la clause attributive de for qui soustrait le débiteur à son juge naturel (art. 59 Cst).

Ce mode de raisonnement est applicable à d'autres stipulations de privilèges et aux conventions libellées en caractères typographiques minuscules. A rappeler aussi la règle d'interprétation qui prévoit qu'une clause ambiguë s'entend contre son auteur.

De plus en plus, selon le Conseil fédéral, se cristallise en principe le jeu de l'équité en faveur de l'adhérent lorsque le contrat ménage au stipulant un pouvoir d'appréciation qui s'exerce à l'encontre du premier cité.

Par ailleurs, la conception qui prévaut en Suisse tend plutôt à la révision des contrats spéciaux, tels le contrat de travail et le bail quand se fait sentir un besoin accru de protection. Il faut aussi rappeler l'article 404 CO, au chapitre du mandat, qui ouvre un droit de révocation dans nombre de contrats ayant pour objet une prestation de faire. Non moins important est le droit de repentir ou de renonciation dans les ventes à tempérament et dans le projet de loi sur le crédit à la consommation; il s'agit là d'un moyen efficace pour lutter contre les contrats



obtenus par les démarcheurs de porte à porte. Le Conseil fédéral rappelle aussi la révision de la loi sur la concurrence déloyale qui va dans le sens de la protection des consommateurs. Il ajoute qu'il est favorable à l'extension de la qualité pour agir aux associations de ces derniers, soulignant que cette solution lui paraît préférable à l'institution d'un contrôle administratif préalable. Pour conclure, l'exécutif juge prématurée une législation spéciale contre les abus résultant de certaines clauses contractuelles comme il est opposé au complètement des dispositions générales du CO dans ce domaine.

En 1978, M. ALDER dépose au Conseil national une motion ainsi conçue (78.577 du 13 décembre 1978):

«Le Conseil fédéral est invité à soumettre aux conseils législatifs un projet de loi complétant le code des obligations, projet qui doit fixer les critères permettant d'établir si les conditions générales se rapportant à des transactions commerciales sont valables ou non.»

Il est appuyé par quarante-quatre cosignataires<sup>61</sup>.

Dans le développement écrit, l'honorable député relève l'énorme extension des conditions générales. Elles dérogent tant aux dispositions générales qu'au droit dispositif de nombreux contrats spéciaux, à l'avantage de l'offrant de biens ou de services. Le fait qu'elles soient imprimées en petits caractères typographiques crée l'illusion trompeuse qu'elles sont moins importantes que l'objet contractuel proprement dit. En réalité, elles bouleversent l'équilibre du contrat en ce qui concerne la garantie, la responsabilité pour les défauts, le transfert des risques, les conséquences de la demeure, l'impossibilité de la prestation, la réserve de propriété, le for naturel, etc. Sous couleur de rationalisation, elles consacrent l'assujettissement d'une partie à l'autre. Leur technicité lie les profanes pieds et poings à leur auteur. Même les spécialistes n'en mesurent pas toujours toute la portée (voir les conditions générales des compagnies d'assurances, des banques et des grossistes).

La jurisprudence est désarmée dans nombre de cas, encore que le Tribunal fédéral soit intervenu parfois pour atténuer l'inéquité de certaines clauses. Il a posé des règles précises et strictes à propos de la clause de prorogation de for.

Le moment est venu non pas de proscrire les conditions générales mais de les réglementer en tenant compte des travaux de la doctrine suisse récente (il cite les travaux de MM. HANS

<sup>61</sup> Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, 1979, p. 596 s.



MERZ, M. REHBINDER, HEINZ KELLER et ALOIS SCHULER) et des expériences faites à l'étranger, notamment en Allemagne.

M. ALDER demande que le code des obligations, de préférence par l'adoption d'un titre spécial, soit modifié sous deux aspects: du point de vue formel, des exigences accrues doivent régir l'adhésion éclairée à certaines clauses importantes des conditions générales touchant la garantie en cas de défauts de la chose livrée, la réparation subséquente ou le remplacement de ladite, les conséquences de l'inexécution, la demeure des deux parties, les peines conventionnelles, le for, le droit applicable, etc. en tant qu'elles dérogent au droit dispositif.

Quant au fond, le député demande que soient déclarées nulles les clauses qui suppriment sans contrepartie la garantie de l'offrant, aggravent inévitavelmente les conséquences de la demeure du client, statuent l'exonération intégrale de l'offrant – et d'une manière générale les clauses qui contredisent aux principes de la bonne foi objective.

Dans son rapport écrit de réponse<sup>62</sup>, le Conseil fédéral réitère la manière de voir qu'il a exprimée en acceptant le postulat LUDER et en répondant à la question WELTER. Il demande que la motion soit transformée en postulat. Il rappelle en résumé que la jurisprudence pourrait être plus hardie, que les solutions étrangères ne sont pas nécessairement la panacée, que les révisions en cours de lois spéciales ou de contrats spéciaux vont dans le sens souhaité, c'est-à-dire la répression des abus, qu'il n'est pas indiqué de surcharger le train des réformes législatives et que les propositions de M. ALDER ne sont peut-être que l'un des moyens de lutte contre les abus.

Dans sa réplique<sup>63</sup>, M. ALDER apporte au débat deux éléments intéressants. Il avance qu'en Allemagne fédérale des voix se font entendre pour exprimer le regret que les conditions générales aient été régies par une loi spéciale et non par un complètement du droit des obligations tant elles influent sur la formation du consentement lui-même. Pour cette raison-là, les amendements de lois spéciales telle la loi sur la concurrence déloyale ou la mise en chantier de lois nouvelles comme la loi sur le crédit à la consommation, ne sont guère suffisants.

Appuyant M. ALDER, M. NEUKOMM<sup>64</sup> fait état d'abus dans le domaine de ventes de meubles, d'automobiles et des prestations

<sup>62</sup> Eodem loco p. 598.

<sup>63</sup> Eodem loco p. 599.

<sup>64</sup> Ibid.

de voyages à forfait. Il critique les clauses attributives de for lorsqu'elles éloignent le consommateur de son domicile habituel; il se plaint de la réduction à six mois de la garantie d'un an. Il dénonce l'exclusion de toute réduction de prix en cas de retard du vendeur.

Au Conseil des Etats, la motion ALDER a été transformée en postulat<sup>65</sup> après que se furent exprimée MM. MUND, MUHEIM et HEIMANN, et, au nom du Conseil fédéral, M. FURGLER.

Des avis exprimés, il ressort que les parlementaires ont conscience des abus perpétrés dans ce domaine. «*Il y a des brochets dans l'étang aux carpes*» a dit joliment M. ALDER<sup>66</sup>. Aucun des intervenants ne songe à proscrire absolument les conditions générales. Les abus se rencontrent quant à la forme: typographie, technicité, jargon; quant au fond: assujettissement d'une partie à l'autre par des clauses – qui sont autant de causes – de déséquilibre: la pesée des intérêts réalisée par le droit dispositif cède à la poussée des intérêts de la partie la plus forte, du moment que les conditions générales tendent à substituer sa législation à celle du code. Les réponses du Conseil fédéral soit pour lui le chef du département de justice et police, évoquent de délicates questions:

Les tribunaux appliquent-ils vraiment la loi dans toute son étendue?

Si une intervention du législateur est désirable, ne convient-il pas de renforcer les lois existantes, éventuellement de transformer en droit impératif certaines règles dispositives de quelques contrats spéciaux?<sup>67</sup>.

Si c'est le code des obligations qui doit être complété, sera-ce dans un titre nouveau, dans un chapitre particulier, ou dans certaines dispositions générales et, dans l'affirmative lesquelles?

### C. Exposé résumé de quelques problèmes et esquisses de solutions

Les travaux parlementaires et les recherches doctrinales, sans oublier les références aux lois étrangères, au premier rang l'allemande, conduisent nécessairement à placer les problèmes sur le terrain propre à la Suisse pour esquisser d'éventuelles solutions.

<sup>65</sup> Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats, 1979, p. 344 s.

<sup>66</sup> Loc. cit. (n 61), p. 599.

<sup>67</sup> M. KURT FURGLER, loc. cit. (n 65), p. 346.

Les contrats préétablis (préformés, «standard», standardisés, peu importe le nom) qu'ils soient ou non issus de conditions générales, ne sont pas par eux-mêmes des lettres de créance de Satan. Ils sont une donnée du commerce juridique actuel, qu'ils émanent de l'industrie, du commerce, des banques, des assurances ou des administrations ou des corporations publiques, spécialement au siècle de l'informatique.

A titre d'exemples pris au hasard, je relève que les contractants de l'administration fédérale doivent se plier à l'ordonnance sur les achats de l'administration fédérale (ordonnance sur les achats) du 8 décembre 1975 (RS 172.056.13). Il existe aussi une ordonnance sur la mise en soumission et l'adjudication de travaux et de fournitures du bâtiment et du génie civil par la Confédération (ordonnance sur les soumissions) du 31 mars 1971 (RS 172.056.12). Ces textes concourent à plusieurs fins: publicité des marchés à conclure, information et mise en concurrence des offrants, utilisation judicieuse des deniers publics, etc.

S'il est vrai qu'elles ne renferment pas la substance des contrats à conclure, elles fixent néanmoins les voies d'accès aux négociations dont les principes d'identité et d'égalité conditionnent des clauses nécessairement déterminées par les normes régissant l'administration. Des ordonnances semblables existent dans la plupart des Cantons et des communes d'une certaine importance.

Dans le même ordre d'idée, lorsque la Confédération émet des créances comptables à court terme, elle fait fixer dans un prospectus, publié dans la Feuille officielle suisse du commerce, émanant du département fédéral des finances et de la Banque nationale suisse les conditions de l'émission qui seront les clauses du contrat. Si l'opération intéresse un sujet de droit, celui-ci ne peut que s'y soumettre, assuré que tous les amateurs sont traités sur un pied de parfaite égalité, spécialement pour la formation du prix. Il en va de même lorsque des entreprises sollicitent le marché des capitaux ou se proposent de contracter avec des fournisseurs de biens et de services. La publicité et la transparence des actes renforcent l'égalité des adhérents. Les rapports de force entre la «*grande société*» et le «*petit épargnant*» ou le «*petit commerçant*» sont moins importants que l'aménagement du libre jeu des lois du marché.

Les contrats préétablis n'indiquent nullement un rapport de force entre les partenaires; la position des parties est circonstancielle dans les cas concrets que voici:

- le libraire propose un contrat-type de compte-crédit à tous ses clients, importants ou modestes
- l'entreprise de travail temporaire utilise les mêmes «*conditions générales*» pour traiter avec les gros employeurs comme avec les petits
- une agence de renseignements propose un abonnement sous forme standardisée à toute entreprise intéressée
- une société pratiquant l'abonnement de rapatriement par avion de blessés ou d'accidentés contracte selon les mêmes clauses préétablies avec une vaste entreprise de travaux publics comme avec un particulier...

Des exemples de ce genre peuvent être multipliés à l'infini.

La donnée des rapports de force relative aux cas concrets est vivement perçue et reçue par les tenants d'une réglementation en la matière. Ils admettent par exemple que l'intégration des conditions générales au contrat et leur interprétation se posent différemment selon que traitent des commerçants entre eux ou un commerçant et un particulier. La prise en compte de cette donnée aboutit à une difficulté propre au droit suisse qui, comme on le sait, a aboli la ségrégation de principe entre commerçants et non commerçants. L'adoption d'une novelle ou d'une partie nouvelle dans le code impliquerait donc la remise en cause d'un choix de politique législative.

L'égalité devant la loi, la suppression des corporations avec les droits, privilèges et coutumes y attachés, sont autant de facteurs historiques reliés à l'esprit démocratique et égalitariste de nos codes. Savoir si les motifs de cette philosophie sont toujours valables eu égard à l'émergence de féodalités enfantées par l'industrie, la banque, les assurances et le commerce, à en croire certains politiciens – et ce grâce à un laissez-faire généralisé, fils d'une liberté impérialiste jadis impérieuse – est une question qui peut rester indécise; nous sommes en effet renvoyés au même problème: y a-t-il, d'une manière générale, des abus inhérents aux contrats préétablis et, dans l'affirmative, comment les combattre?

C'est bien au niveau du commerce juridique entre les entreprises et les particuliers que des difficultés sont signalées si l'on se réfère aux débats parlementaires. Et ce d'abord quant à la *forme*. Sont spécialement critiquées les conditions générales libellées en petits caractères (*Kleindruck*).

Les consommateurs ne les lisent pas et se déclarent tout étonnés de se voir opposer par exemple des clauses d'exonéra-

tion de responsabilité en faveur du vendeur, de l'entrepreneur ou du mandataire.

Outre la typographie, est dénoncée la langue des conditions générales, leur jargon, leur technicité (en allemand, certains auteurs parlent de «*Juristendeutsch*»). Le malheureux adhérent n'y comprend pas grand-chose, dit-on.

L'expérience enseigne que ces critiques sont inégalement fondées. Certaines textes sont en effet d'une lecture malaisée. Ce n'est pas toujours le fruit d'un dessein machiavélique: l'imprimeur de l'entrepreneur se trouve devant la nécessité pratique d'enserrer dans un espace restreint un nombre relativement élevé de clauses (feuillet d'un billet d'avion, verso d'un bulletin de commande, d'un appel d'offre, d'une convention, etc.). Il n'est pas sûr que si le billet Swissair comportait un feuillet de plus pour que les conditions générales y soient plus aérées, les clauses du transport seraient mieux comprises ou reçues différemment... Cela ne changerait en tout cas rien au contenu des règles qui dérivent directement des conventions internationales liant notre compagnie nationale. Quant à la langue des conditions générales, elle appelle les mêmes observations que le discours technique dans des domaines spécialisés (droit en générale, médecine, sciences exactes, etc.). Il importe surtout, à mon sens, de rechercher une concordance terminologique aussi étroite que possible entre le vocabulaire de la loi et celui du contrat, ce qui n'interdit pas au contraire, dans les deux cas, un effort de clarté, de simplicité et de précision dans la présentation et l'énoncé des articles et des clauses. Il est juste de relever que dans certaines branches, un effort méritoire est accompli dans ce sens <sup>68</sup>.

C'est à propos du *contenu* des contrats préétablis que les critiques paraissent les plus vives.

Je reviendrai ci-après (p. 62 s.) sur le problème plus général de l'objet du contrat considéré dans son rapport avec l'autonomie de la volonté.

Les associations de défense des consommateurs critiquent en particulier l'abrégement des délais de garantie, proposés par le droit dispositif. Là encore il serait injuste de généraliser: la garantie et sa durée dépendent de plusieurs facteurs. Le développement des techniques implique des différences entre les biens: produits agricoles, matières premières, produits fabri-

<sup>68</sup> Par exemple, les assurances, cf. M. PHILIPPE NORDMANN, op. cit. (n 55), p. 30, N 91.



qués, semi-fabriqués, biens d'équipement, de consommation, etc.

A l'époque de la naissance de nos codes, cette distinction avait sans doute moins de sens: la production agricole dominait, l'essor industriel n'en était qu'à ses débuts. Les délais proposés par le législateur n'étaient certes pas adaptés à la production industrielle de masse. Partant il est inapproprié de les prendre pour modèles. Pour donner un exemple simple, le législateur de 1881 ignorait évidemment l'empire des appareils électroménagers...

Par ailleurs, le prix de l'objet dépend de prestations telles que la garantie et la durée de celle-ci. Si ce rapport n'est pas respecté comme le consommateur l'espère, il est probable que les effets de la concurrence devraient exercer un rôle régulateur. C'est en tout cas le pari de l'économie de marché pour autant qu'y règne une concurrence efficace.

A supposer que le législateur veuille intervenir dans ce domaine, on voit mal selon quels critères il pourrait fixer des modalités qui, par nature, varient avec les biens et les services considérés.

L'une des caractéristiques de la vie moderne réside dans la tension entre un besoin accru de justice concrète, d'équilibre contractuel d'une part et l'uniformisation sectorielle des paramètres de la production, de la distribution et de la consommation d'autre part. Imaginer que la loi puisse résoudre cette antinomie relève de l'utopie: elle peut et elle doit assumer une mission protectrice sur le plan de l'hygiène publique et de l'innocuité de la publicité. Lui demander plus que la sauvegarde du jeu ouvert et régulier de la concurrence, c'est s'illusionner sur ses pouvoirs. Parmi les champions de la réglementation ou du contrôle des contrats préétablis se trouvent des partisans de l'autonomie de la volonté, soit de la formation d'un consentement vraiment libre: les conditions générales tendent à bâillonner, voire étrangler cette liberté. Le secours du législateur est requis pour rétablir la liberté. D'autres bons esprits estiment – et les réponses du Conseil fédéral au Parlement vont dans ce sens – que le juge pourrait et devrait faire davantage<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> «Les clauses préformées ne peuvent donc être retenues que: si la règle qu'elles établissent est compatible avec les principes de la bonne foi et de l'équité; si cette règle ne compromet pas l'exigence de justice qui est à la base de la norme dispositive écartée; si cette règle n'avantage pas le stipulant envers l'adhérent de manière inopportune et contraire aux exigences de la bonne foi; si cette règle ne met pas en péril le but du contrat, par exemple si le



Il incombe au juge de vérifier tout d'abord si les parties sont effectivement liées par un contrat, au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Code des obligations, sur toutes les stipulations alléguées comme accord, à la lumière du principe de la confiance. En d'autres termes, il doit s'assurer que les deux contractants ont voulu les normes invoquées par le stipulant à l'encontre de l'adhérant et ce au stade de la conclusion. Il n'est pas d'accord valable si les clauses préformées sont remises à l'adhérant après la formation du contrat, par exemple à la livraison ou au moment de l'envoi de la facture. Il n'est pas d'accord entièrement valable si les conditions générales se réfèrent à un «*règlement intérieur*» qui n'a pas été communiqué à l'adhérant ou que celui-ci n'aurait pas connu et tacitement accepté.

Certes l'adhésion comme acceptation peut résulter d'actes exprès ou concluants. Il ne suffit pas toutefois que les clauses soient affichées dans un local d'exposition ou de vente pour qu'elles fassent partie intégrante du contrat. L'absence des faits constitutifs du consentement ressort de l'objection au sens de la technique procédurale. Elle peut être invoquée en tout temps et constatée d'office par le juge même si l'adhérant n'en souffle mot. Il suffit que le juge en ait connaissance, ne serait-ce que par la production de pièces ou les allégués du demandeur lui-même. De ce point de vue-là, la comparution personnelle des parties dans une procédure de mainlevée de l'opposition, si le droit cantonal la permet, peut être utile.

Lors même que les clauses préformées sont opposables en principe à l'adhérant – par exemple il les a signées ou il a déclaré sans ambiguïté qu'il les acceptait – ont-elles force de convention s'il ne les a pas toutes lues ou toutes comprises?

stipulant modifie en sa faveur les règles essentielles qui caractérisent le contrat de telle sorte que celui-ci perd tout son sens.

Si le juge ne réagit pas, si la jurisprudence n'évolue pas, le législateur suivra l'exemple allemand ou organisera un contrôle préventif des clauses préformées.

La logique judiciaire est centrée entièrement non sur l'idée de vérité, mais sur celle d'adhésion. Le fonctionnement de la justice ayant cessé d'être purement formaliste, le juge peut parfaitement dans ce domaine adopter une jurisprudence dont il peut démontrer qu'elle est équitable, opportune et socialement utile, outre qu'elle reposerait sur des principes essentiels du droit privé dont la méconnaissance persistante est le signe du déclin du droit privé.» (M. PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, op. cit. (n 54), pp. 265–266.) Dans cette perspective, voir l'arrêt de la Cour de justice civile de Genève du 25 juin 1982, in: SJ 1982, p. 577, 586 (conditions générales d'un contrat de voyage).

La réponse affirmative n'est pas douteuse: si le principe de la confiance est indivisible, l'adhérant qui donne à entendre qu'il est lié ne peut se soustraire à l'apparence efficace qu'il a créée<sup>70</sup>.

On sait aussi qu'en vertu du même principe, doctrine et jurisprudence tempèrent la conclusion qui précède par une «*exception*»: le stipulant savait ou devait savoir que l'adhérant ne voulait pas le contenu du document qu'il a accepté, voire signé, sans le lire au préalable. Il s'agit alors d'un dissentiment patent<sup>71</sup>. C'est ce que l'on désigne parfois par la règle de l'insolite ou de l'inhabituel<sup>72</sup>: la veuve inexpérimentée – en 1912 – qui signe une quittance pour solde alors que le destinataire savait ou aurait dû savoir qu'il ne pouvait être question que d'un acompte (voir l'arrêt cité à la n 71). Force est de reconnaître que le tempérament précité ne va pas très loin en pratique. Une partie importante de la doctrine en recommande pourtant une application modérée<sup>73</sup>. Il ne doit pas être détourné en moyen correctif de l'équité. Le cas le plus typique est celui de la clause de prorogation de for, pour laquelle, on le sait, la jurisprudence pose des exigences précises et strictes<sup>74</sup>.

Il est certain que la règle de l'insolite ou de l'inhabituel ne peut être utile que dans des cas d'espèce, soit en présence de deux contractants déterminés aux prises avec des circonstances concrètes. Mais ce n'est pas le seul secours: le juge, même le juge de la mainlevée, peut parvenir à des résultats indentiques en constatant par exemple que l'obligation est nulle pour cause d'immoralité ou qu'elle doit être écartée en vertu de l'abus de droit. Ainsi:

- Jugée nulle comme contraire aux mœurs (art. 20 CO), la clause d'un contrat de vente imprimé, selon laquelle le débi-

<sup>70</sup> «Celui qui signe un acte sans l'avoir lu donne à comprendre au cocontractant qu'il veut conclure le contrat sans se préoccuper plus avant de son contenu. Le cocontractant peut se fier à cette attitude. En règle générale, le comportement dont on peut déduire une manifestation de volonté sortit les effets juridiques de cette manifestation, même en l'absence d'une volonté ad hoc.» OFTINGER/JEANPRÊTRE, op. cit. (n 29), Introduction au No. 27, p. 84. RO 64/1938 II, p. 355 = JT 1939 I, p. 329.

<sup>71</sup> OFTINGER/JEANPRÊTRE, eodem loco. RO 41/1915 II, p. 446 = JT 1915, p. 674.

<sup>72</sup> Voir SCHÖNENBERGER/JÄGGI, op. cit. (n 27), N 498 s. ad art. 1 CO, voir aussi supra p. 45.

<sup>73</sup> Voir les références citées par M. HANS GIGER, op. cit. (n 55), p. 67 N 43.

<sup>74</sup> RO 104/1978 Ia, p. 278 = JT 1979 I, p. 154 s. Je reviens sur cet arrêt infra p. 56.

teur s'interdisait, en cas de cession de créance, d'opposer au cessionnaire les exceptions personnelles qu'il avait contre le cédant, renonçant ainsi au bénéfice de l'art. 169 CO<sup>75</sup>.

- Jugée comme constitutive d'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CCS, la conclusion de contrats d'enseignement avec des personnes qui sont manifestement hors d'état d'en tirer profit<sup>76</sup>.

Il n'est pas sans intérêt de noter que l'un des arguments le plus fréquemment invoqué contre les contrats préétablis, c'est la faiblesse, intellectuelle, psychologique, économique et sociale d'une partie en face de l'autre, armée de pied en cap. Il est de fait que les procès sont onéreux, risqués et, dans nombre de nos espèces, hors de proportion avec le montant litigieux, partant, hors de la portée de la partie réputée faible. Or, il sied de rappeler qu'en mainlevée par voie de procédure sommaire, l'adhérant a la position du défendeur et qu'il peut se libérer

«s'il rend vraisemblable que son engagement a été vicié par une erreur essentielle, par le dol ou par la crainte fondée ou qu'il était simulé ou qu'il est résiliable pour cause de lésion»<sup>77</sup>.

Voici un cas jugé comme relevant de l'erreur essentielle:

Refus de la mainlevée motif pris de l'erreur essentielle, sur la base d'un contrat d'enseignement de la programmation électronique, y compris la comptabilité, pour le prix de Frs. 1044.– alors que le souscripteur n'avait suivi que l'école primaire, n'avait reçu aucune formation professionnelle et, au moment de la vente, exerçait le métier de portier d'hôtel<sup>78</sup>.

Il faut signaler que la lecture de la jurisprudence des tribunaux cantonaux, recensée par M. RAYMOND JEANPRÊTRE au sujet de la vente à tempérament<sup>79</sup> et M. MARCEL CAPREZ quant à la mainlevée d'opposition<sup>80</sup>, suggère que la partie réputée faible est protégée dans une plus large mesure que ne l'indiquerait à première vue la seule jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>81</sup>. Et

<sup>75</sup> BJM 1957, p. 273, cité par PANCHAUD/CAPREZ, La mainlevée d'opposition, Zurich 1980, p. 70 N 12.

<sup>76</sup> BJM 1971, p. 229, cité par PANCHAUD/CAPREZ, op. cit. (n 75), p. 72 N 30.

<sup>77</sup> PANCHAUD/CAPREZ, op. cit. (n 75), paragr. 33, p. 73.

<sup>78</sup> Jugement lucernois du 25.5.1964. RSJ 1965, p. 96 No. 66 = PANCHAUD/CAPREZ, op. cit. (n 75), p. 73 paragr. 33 N 1.

<sup>79</sup> L'article 226 m CO, Le champ d'application des dispositions sur la vente par acomptes: état de la jurisprudence, in RSJ 74, 1978, p. 269 s.

<sup>80</sup> PANCHAUD/CAPREZ, op. cit. (n 75), passim.

<sup>81</sup> Il est évident que le barrage de la valeur litigieuse au civil restreint la cognition et l'intervention des juges de Mon Repos en ces matières.

encore convient-il de remarquer que le recours de droit public pour violation des droits constitutionnels des citoyens a permis à la Cour suprême de forger une solide panoplie de cautèles en faveur du débiteur qu'un contrat préétabli soustrairait à son juge naturel par l'effet plus ou moins subreptice d'une clause attributive de for.

Voici un exemple:

Ingénieur mécanicien de profession, réfugié tchécoslovaque en Suisse à l'été 1974, K. conclut un contrat préformé de location de voiture le 22 novembre 1976, comportant la clause: «*Les parties conviennent du for de Zurich 11*». Mainlevée provisoire est prononcée par le juge du domicile, Oberrheintal (SG) devant lequel K. ouvre action en libération de dette. Le loueur soulève le déclinatoire d'incompétence *ratione loci* vu la clause attributive de for à Zurich 11. Les deux juridictions cantonales accueillent le déclinatoire mais le Tribunal fédéral le rejette. Même si à l'époque K. était suffisamment versé dans la langue allemande, ce qu'il conteste d'ailleurs, il n'a pas été mis à même de saisir la portée de la clause litigieuse. Encore que le libellé en fût clair et placé de manière convenable, il eût fallu la lui expliquer en vertu du principe de la confiance<sup>82</sup>.

Cet arrêt est instructif à plus d'un titre. Il confirme la rigueur du Tribunal fédéral à l'égard des clauses attributives de for qui dérogent à la règle constitutionnelle de l'article 59 Cst. Il témoigne d'une certaine sévérité envers les contrats préformés et d'une sympathie certaine à l'endroit de la partie réputée faible. Il cumule le principe de la confiance et la règle de l'insolite en ce sens qu'il admet que la validité d'une seule et même clause

<sup>82</sup> «En effet, même en admettant que le recourant comprît bien l'allemand à l'époque et qu'il ait lu le contrat dans son entier, il ne pouvait vraisemblablement pas savoir ce que signifiait la clause de prorogation de for insérée à la fin du contrat. Dans ces conditions, l'intimée n'était pas en droit de penser, en vertu des règles de la bonne foi, qu'en apposant sa signature sur le contrat, le recourant renonçait sciemment à la garantie du juge de son domicile. Elle n'aurait pu faire une telle déduction que si elle avait eu, en plus, l'assurance que le recourant saisissait exactement la portée de la clause litigieuse. Cela n'a toutefois pas été le cas (...). L'intimée... ne prétend pas que son collaborateur ait considéré la convention de prorogation de for comme une disposition contractuelle importante, à côté des prescriptions relatives à l'objet de la location, ni qu'il ait pour ce motif rendu le recourant particulièrement attentif à cette clause ainsi qu'à sa portée. Il s'ensuit dès lors qu'en signant le contrat de location du 22 novembre 1976, le recourant n'a pas valablement renoncé à la garantie du juge de son domicile...» (RO 104/1978 Ia, p. 278, c. 4c) = JT 1979 I, p. 154, 159).

de prorogation peut être valable dans une espèce et non dans une autre, selon l'équation personnelle de l'adhérant.

Faut-il souhaiter, avec une partie de la doctrine, que ce monitoire du Tribunal fédéral soit plus généralement entendu et étendu à *«tous les cas où les clauses préformées du contrat comportent une grave dérogation aux règles ordinaires de la loi, particulièrement en cas de clauses exclusives de responsabilité...»*?<sup>83</sup>

L'argument pour l'extension consiste à dire que bien souvent l'adhérant souscrit à des stipulations qui ont des effets plus graves et plus incisifs sur sa situation personnelle que la renonciation au for du juge naturel: le procès est l'accident; l'exécution du contrat reste la norme, dont le déroulement silencieux peut être rendu excessivement douloureux en raison de clauses lourdes et inéquitables.

A mon avis et au vu de la jurisprudence cantonale dans la mesure où elle est accessible, j'estime que les moyens tirés des art. 2, 27 CCS, 1, 18, 20, 23 et ss. CO suffisent à assurer la défense de la partie réputée faible lorsque le juge constate des abus patents. Encore faut-il que les parties et leurs conseils mettent le juge à même de sanctionner des stipulations qui se révèlent contraires au principe de la bonne foi, ou attentatoires aux droits de la personnalité, ou immorales ou entachées de simulation ou d'un vice du consentement. J'ai rappelé aussi, après bien d'autres auteurs, que les règles tirées de l'art. 1 CO permettent un contrôle de fait de l'intégration des conditions générales au contrat. Certes, dans sa teneur actuelle, l'art. 21 CO, consacré à la lésion, n'est pas d'un grand secours dans les cas qui nous occupent, eu égard aux conditions particulières de son application<sup>84</sup>. Il sied de se souvenir toutefois que lors même qu'une clause exhalant une odeur léonine résiste au brûle-parfum de l'art. 21, elle peut être immorale au sens de l'art. 20 CO, donc nulle.

Y a-t-il des mesures à prendre en droit désirable?

<sup>83</sup> M. PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, op. cit. (n 54), p. 264 et les auteurs qu'il cite. M. EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 1979, p. 135.

<sup>84</sup> M. EMIL STARK, Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtssprechung, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtssprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der Schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Bâle 1975, p. 377 s. Voir aussi M. HEINZ HAUSHEER, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, Rapport à la SSJ 1976, RDS 95, II, 1976 (2), p. 225 s., 270 s.



La majorité des auteurs rejette l'institution d'un contrôle préventif, par une administration spéciale ou un bureau ad hoc. Ce n'est pas que le système en vigueur pour les assurances privées n'ait pas répondu aux espoirs placés en lui. L'air du temps n'est pas à la création de nouveaux bureaux. Surtout, la rédaction d'une loi que devrait appliquer un organisme spécialisé n'est pas aisée eu égard aux multiples aspects des secteurs considérés et l'impossible pesée a priori des intérêts en présence. L'expérience pratique enseigne que c'est sur le terrain d'un contrat bien concret entre deux parties en chair et en os que des clauses préformées, même les moins déshonnêtes, peuvent donner lieu à des abus, et partant, appeler intervention et sanction du juge. Ce n'est pas à dire – au contraire – que les associations de consommateurs et les organisations professionnelles de la production, de la distribution et de la fourniture de services ne puissent rien faire d'autre que de se regarder en ennemis. Elles pourraient utilement se concerter pour discuter et améliorer forme et contenu des clauses préétablies qui, de proche en proche, davantage à mon goût par l'usage que par la contrainte, régleraient les relations entre le stipulant et l'adhérant, éventuellement avec la variante d'une procédure de déclaration de force obligatoire par secteurs<sup>85</sup>. Mais de nos jours déjà, on constate dans certaines branches un effort de clarté et de rationalité. Je citerai le modèle de conditions générales proposé par l'Association suisse des banquiers, portant la date du 19 janvier 1966<sup>86</sup>, ainsi que, émanant de la même association, les «*Directives et commentaires concernant le mandat de gestion conféré à la banque par un client*», d'août 1979. Ces dernières revêtent, à ma connaissance, un caractère quasi normatif dans le domaine de la gestion de fortune réputée saine et ordonnée.

Il est à prévoir que d'autres branches suivront une voie parallèle.

Quoi qu'il en soit, je tiens pour ma part qu'il ne serait pas judicieux de conférer la qualité pour agir à des associations économiques (groupements de consommateurs, chambres de commerce, etc.) aux fins de faire juger avec effets *erga omnes* que telle clause préformée est nulle et de nul effet. Tout d'abord, peut se poser un problème de «*représentativité*» d'une association donnée. Ensuite, sous le couvert de la défense des consom-

<sup>85</sup> Sic: Mme EUGÉNIE HOLLIGER, op. cit. (n 55), p. 19.

<sup>86</sup> Reproduit en annexe à l'étude de M. CHRISTIAN THALMANN dans l'ouvrage cité à n 55.



mateurs peuvent se dissimuler des luttes d'intérêts entre concurrents sans rapport avec l'enjeu véritable du litige. Enfin, comme je l'ai relevé, il s'agit dans la plupart des cas de difficultés d'espèce. Il me semble que les moyens du droit positif sont suffisants<sup>87</sup>. Encore faut-il les connaître et vouloir les appliquer.

### 3. *La liberté contractuelle demain*

J'envisage trois champs de recherches ou de réflexions:

A. Les avatars de l'autonomie privée aux prises avec la publicité;

B. L'accroissement des contraintes résultant du droit impératif et de l'illicéité;

C. L'extension des secteurs juridiquement atténués ou extra-juridiques

a) par les clauses exclusives ou limitatives de la responsabilité

b) par le développement de l'économie souterraine.

A. Les avatars de l'autonomie privée aux prises avec la publicité

Deux thèses s'affrontent quant à l'influence de la publicité sur l'autonomie de la personne.

Dans la première, le libre-arbitre ne serait plus que l'ombre ou l'illusion de lui-même. Le contractant en puissance (ou en impuissance) ne se détermine pas librement, il est déterminé par la réclame. Le fin du fin consiste à le «*motiver*». La liberté n'est plus le parti pris de contraintes sélectionnées et assumées par le sujet, c'est la faculté d'un partenaire d'inspirer à l'autre une décision ressentie comme libre.

Dans la seconde, les flux et les flots de la réclame, même par l'image, sont tellement abondants que le contenu s'annule de lui-même. Pour l'heure, on constate en Suisse, comme dans d'autres pays industrialisés, un recul des médias quant à la lecture ou à l'écoute, de sorte que les effets dénoncés, dans la mesure où ils sont réels, régressent avec les supports publici-

<sup>87</sup> *Contra*: Pour le contrôle préventif, voir M. PHILIPPE NORDMANN, op. cit. (n 55), p. 125 s. En faveur de la qualité pour agir ménagée à des organismes tiers, M. PETER FORSTMOSER, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe Max Kummer, Berne 1980, p. 99 s., 139, à l'instar de la loi sur la concurrence déloyale et du projet de loi sur le crédit à la consommation.

taires – et cette tendance, croit-on, n'est pas parvenue à son terme.

Faute de moyens scientifiques d'évaluation, il est difficile de prendre position.

Les interventions au Parlement fédéral dénoncent surtout les agissements de représentants ou d'acquisiteurs «*agressifs*»<sup>88</sup> – encore que dans le débat consacré à la loi sur le crédit à la consommation la publicité ait été mise en cause à plusieurs reprises<sup>89</sup>.

A mon avis, la publicité ne mérite pas un tel excès d'honneur ou d'indignité. Elle peut être informative mais aussi déformante et corrosive. Ce sont surtout les faibles qui en font les frais. Les milieux concernés semblent s'en rendre compte. Ainsi:

«... sous la conduite de l'Association suisse des banquiers, les établissements spécialisés ont adopté, en 1981, de nouvelles mesures et prolongé la validité de conventions antérieures pour régler le marché du prêt personnel. Il s'est agi essentiellement de limiter la publicité et de mettre au point un modèle de contrat de prêt qui indique notamment le taux d'intérêt effectif, et où la cession de salaire est abandonnée.»<sup>90</sup>.

Il faut rappeler aussi qu'il existe des moyens de droit civil voire de droit pénal contre la publicité mensongère<sup>91</sup>.

Les efforts de la branche elle-même ne sont pas négligeables. A fin 1981, a été créée une Fondation de la publicité suisse pour la loyauté en matière de publicité (Stiftung der Schweizer Werbewirtschaft für die Lauterkeit in der Werbung) dont le siège est

<sup>88</sup> Supra n 51.

<sup>89</sup> P. ex. M. BONNARD: «Le crédit à la consommation, qu'il revête la forme de la vente à tempérament ou celle du prêt sans garantie, est aujourd'hui un fait social. Il est inhérent à la société de consommation qui, grâce à la publicité d'une part, et au peu de jugement du consommateur moyen d'autre part, réussit assez bien à faire croire à chacun d'entre nous que nous n'arrivons pas à vivre sans les multiples gadgets qu'elle crée.» (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, 1982, p. 11)

Et Madame JAGGI: «Au total, nous regrettons une seule lacune dans le projet de réglementation du crédit à la consommation: l'élimination de la publicité la plus insistante et la plus tapageuse, celle que l'on trouve notamment dans les quotidiens à très grande diffusion, dans les expéditions en grand nombre à tous les ménages, dans les affiches aussi désormais. Certes, le projet de loi sur le crédit à la consommation prévoit certaines modifications de la loi sur la concurrence déloyale mais ne réglemente, pas plus que cette dernière, la publicité mensongère ou manifestement exagérée.» (Ibid. p. 17)

<sup>90</sup> Notices économiques UBS juillet/août 1982, p. 13.

<sup>91</sup> Cf. MM. BERND STAUDER et MICHAEL BÜHLER, La protection des consommateurs et la publicité, in: RJB 117, 1981, pp. 520–543.

à Zurich. Issue de l'Association de la publicité suisse PS et de la Fédération romande de publicité, elle a repris les compétences et les tâches de la Commission suisse d'arbitrage des pratiques de la publicité créée en 1966. Cette commission a pour mission de déterminer si les actions publicitaires à elle soumises ou examinées par elle de son propre chef sont ou non conformes aux dispositions et à l'esprit du Code international de pratiques loyales en matière de publicité édicté par la Chambre de commerce internationale. Si elle constate une infraction à ce code, elle est tenue de veiller à ce qu'il soit remédié à cet état de choses.

La Commission d'arbitrage se compose: d'un président neutre; de deux représentants de chacun des trois groupes principaux de la Publicité Suisse – annonceurs, conseils et fournisseurs – l'un au moins des représentants de chacun de ces groupes devant venir de Suisse romande ou de Suisse italienne; de trois représentants des organisations suisses de consommateurs, dont l'un au moins doit venir de Suisse romande; de trois représentants qualifiés de milieux que les pratiques publicitaires intéressent (mass media, éducation, protection de l'environnement, etc.).

Il vaut de noter que la commission agit d'office ou sur plainte de n'importe quelle personne: concurrent, consommateur ou association de professionnels ou de consommateurs.

Le Code international de pratiques loyales en matière de publicité établit les normes de moralité commerciale devant être respectées par tous ceux qui s'occupent de publicité: annonceurs, agences ou autres praticiens de publicité ou de supports. C'est un code d'auto-discipline (ou d'auto-contrôle) appliqué sur le plan national par des organismes ad hoc (en Suisse, c'est la Commission d'arbitrage précitée) et sur le plan international, en tant que de besoin, par un Jury international de pratiques de marketing de la CCI.

Le Code proclame et sanctionne des principes de décence, de loyauté et de véracité dans la publicité. Il tend aussi à préserver les enfants et les adolescents contre certaines formes nocives de publicité. Il édicte des dispositions spéciales pour certaines pratiques de publicité et pour certains produits et services (ventes à tempérament et autres systèmes de crédit, vente par correspondance, vente forcée... produits pharmaceutiques vendus au grand public, traitements médicaux, boissons alcoolisées, cigarettes et tabacs, prêts et investissements, emploi et cours de formation, travaux à domicile, voyages à forfait, produits dangereux, opérations immobilières).

A l'été 1982, la Commission avait émis trente «principes» concrétisant le code. Ses «jugements» sont suffisamment respectés pour s'imposer. En outre, il n'est pas douteux que l'autorité de cet organisme lui confère un rôle préventif efficace. Rien ne permet de dire qu'un corps de lois, d'ordonnances et des bureaux feraient plus et mieux.

Et il sied de dire que de légiférer contre des abus n'est pas de soi la panacée. La novelle sur la vente à tempérament est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1963 (soit dit en passant, à peine née, elle a été critiquée). Et voici en débat la loi sur le crédit à la consommation. Qu'a-t-on constaté après le 1<sup>er</sup> janvier 1963? Les articles 226 a, 227 a, et suivants, ont provoqué la stagnation puis le recul des contrats de vente à tempérament<sup>92</sup>. Parallèlement, le crédit à la consommation a fait un bond. Ceci compense cela! Tous ceux qui concourent à l'assistance sociale en savent quelque chose, statistiques à l'appui. Le mal, c'est-à-dire l'endettement excessif des humbles, avait été dénoncé depuis des lustres. La machinerie législative est lourde et lente<sup>93</sup>. On ne prévoit pas que la loi entre en vigueur – si elle franchit le cap parlementaire et éventuellement populaire – avant 1984.

Et après? Quelles autres perversions faudra-t-il combattre? Ce que je voulais souligner ici, c'est que les abus constituent une hydre de Lerne dont l'autonomie privée n'est pas la dernière victime, si elle ne pratique pas une discipline librement consentie.

## B. L'accroissement des contraintes résultant du droit impératif et de l'illicéité

Dans nombre de contrats spéciaux, le droit dispositif cède le pas au droit impératif. Les exemples abondent, on l'a vu: contrat de travail, contrat de bail à loyer ou à ferme, etc...

Le droit administratif économique, conjoncturel ou non, entraîne ipso facto tout un cortège de règles limitant l'autonomie privée et dont la violation constitue une gerbe importante d'actes illicites et, parfois, d'infractions pénales. On connaît la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'art. 20 CO.

<sup>92</sup> Cf. débats parlementaires; Mme JAGGI, eodem loco (n 89) p. 16.

<sup>93</sup> Référence soit aux travaux parlementaires (n 89), notamment à l'exposé historique très complet du rapporteur M. OTTO FISCHER (loc. cit., p. 30).

Dès 1964, feu le Conseiller national RAYMOND DEONNA avait réagi contre les fraudes à la loi sur la vente à tempérament en matière de contrats dits de leasing, notamment, et en 1969, contre les abus du crédit à la consommation.

Le contrat est nul s'il a pour objet une chose illicite. La règle statuant l'illicéité peut appartenir au droit privé comme au droit public, au droit fédéral comme au droit cantonal. Ce n'est pas à dire que toute promesse de faire une chose interdite ou de ne pas faire une chose ordonnée ôte nécessairement à l'acte tout effet juridique. Il n'y a nullité que si la règle de défense ou d'injonction l'exige expressément ou que cette conséquence découle de son sens et de son but parce qu'elle est exigée par l'importance du résultat à combattre. Cette solution extrême ne va pas de soi. La norme violée peut se contenter d'autres sanctions et laisser subsister le contrat malgré son objet illicite. Parfois aussi il suffit de substituer la volonté du législateur à celle des contractants et d'amender les prestations promises.

En outre, il convient de se demander, dans chaque cas particulier, si le contrat supposé guérissable n'est pas nul cependant parce qu'il n'aurait pas été conclu sans le contenu prohibé par le droit public<sup>94</sup>.

Le droit dit économique présente cette caractéristique d'être à éclipses lorsqu'il est conjoncturel; il ne disparaît jamais complètement: il se meut dans l'espace législatif, pour être visible un jour et invisible le suivant puis reviviscents. De par l'évolution de notre monde, il revêt parfois une dimension internationale que les sujets de droit ne perçoivent pas toujours directement – lorsqu'il vise par exemple aux accords d'échanges et de tarifs entre les Etats, ou à des transactions monétaires entre banques centrales. La technicité et le caractère plutôt ésotérique de cette branche du droit iront s'aggravant et refroidiront de plus en plus «*l'amour des lois*», comme aussi le caractère sacré des contrats privés, dont le dessin et le destin échappent à l'autonomie *vécue*.

<sup>94</sup> RO 81/1955 II, p. 613 = JT 1956 I, p. 483 = OFTINGER/JEANPRÊTRE, op. cit. (n 29), No. 21 a), pp. 64–65. Sur l'illicéité en matière économique, voir M. OTHMAR LEHNER, Die Nichtigkeit rechtswidriger Verträge in der neueren Rechtspraxis, in: RSJ 52, 1956, p. 217. M. ALAIN HIRSCH, Les contrats contraires au droit administratif économique, in: Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, XVIII<sup>e</sup> Journée juridique, Genève 1979, p. 127 s. A mon sens, si le contrat est nul, le Tribunal fédéral a raison d'appliquer pleinement l'art. 66 CO qui prescrit qu'«il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs» (RO 102/1976 II, p. 409 = JT 1978 I, p. 492). *De lege ferenda*, la dévolution à l'Etat serait la meilleure solution. Je reviendrai sur le problème de la nullité partielle infra, III, p. 71 s.



### C. L'extension des secteurs juridiquement atténués ou extrajuridiques

#### a) *Les clauses exclusives ou limitatives de la responsabilité*

La question est bien connue; elle donne lieu à controverses<sup>95</sup>. De lege lata, elle est résolue aux art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO.

De bons esprits s'insurgent contre le fait que ces clauses figurent dans des contrats préétablis.

La situation n'est pas différente lorsqu'il s'agit d'autres règles posées en faveur du stipulant. La problématique est la même pour l'exclusion ou la limitation de la garantie ou la prorogation de for.

Un point, cependant, doit être mis en évidence: c'est le rôle de la faute contractuelle.

Le débiteur peut s'exonérer des conséquences d'une faute légère (c'est-à-dire d'une négligence légère<sup>96</sup>). Il est généralement admis que la notion de faute est identique en matière contractuelle et en matière aquilienne. On tient que dans les deux cas il s'agit d'un manquement à la diligence due à cela près qu'en cas de contrat la faute se rapporte à une obligation particulière, non à un devoir universel. Et l'on modèle un débiteur bon père de famille, objectivement «*typé*» dans son genre d'activité, compétent, et apte à fournir correctement la prestation promise. Mais promise à qui?

A mon sens, la mesure et la qualité de la diligence due varient non seulement avec la prestation promise mais aussi avec la personne du créancier. Ainsi que l'enseigne par exemple VON TUHR,

«le devoir contractuel oblige le débiteur à faire tout ce qui est nécessaire pour l'accomplissement de la prestation due et à éviter tout ce qui pourrait mettre obstacle à cette exécution. A défaut d'une stipulation ou d'une disposition légale, on se fondera sur les règles de la bonne foi et les conceptions usuelles en affaires, pour déterminer les mesures que le débiteur doit prendre à cet effet»<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> M. JEAN-FRANÇOIS PERRIN, La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse, in: SJ 1973, pp. 209–218 – et les auteurs qu'il cite. M. HANS MERZ tient pour l'interprétation restrictive de ces clauses figurant dans les conditions générales (Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Berne 1966, N 175 ad Art. 2).

<sup>96</sup> RO 88/1962 II, p. 430, 434–435 = SJ 1963, p. 256, 260–261 = (rés.) JT 1963 I, p. 285–286.

<sup>97</sup> ANDREAS VON TUHR, Partie générale du Code fédérale des obligations, trad. frçse, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 1934, vol. II, paragr. 69 I, p. 512.



De par le rapport singulier que crée le lien de l'obligation, enserré dans la gaine conductrice du principe de la bonne foi, la personne du créancier n'est pas indifférente, tant s'en faut, au contour du devoir contractuel. En d'autres termes, dans une espèce donnée, la faute ou la négligence peut être tenue pour légère, dans une autre pour grave, quand bien même la clause des contrats préétablis est identique. Ce qui revient à dire que la portée de l'exclusion ou de la limitation de la responsabilité peut varier d'un cas à l'autre et que dans cette perspective-là les abus au détriment des faibles et des humbles peuvent être contre-carrés. Il s'en suit aussi que même si l'autonomie privée tendait de plus en plus à détourner la liberté vers l'irresponsabilité, le droit positif ne serait pas sans offrir son secours.

Cela dit, j'aimerais présenter une remarque qui n'est guère juridique mais plutôt psychologique. On peut se demander si certaines branches de l'économie n'auraient pas avantage à réexaminer la teneur des contrats préétablis sur ce point particulier. Je pense par exemple à l'industrie bancaire. Les conditions générales y stipulent l'exclusion de la responsabilité pour le préjudice résultant de fautes ou d'erreurs dans l'emploi des télécommunications ou des moyens de transport, sauf faute grave de la banque. Pareillement en matière de légitimation de l'ayant droit ou du contrôle de signature (p.ex. art. 4 et 6 des conditions générales proposées par l'Association suisse des banquiers du 19 janvier 1966). Une large partie du public (et pas nécessairement la plus mal intentionnée) en déduit que la diligence des banques est au rabais, au détriment des clients. M. CHRISTIAN THALMANN explique bien que ces clauses ne visent que l'exonération des suites de la faute légère au sens des art. 100 al. 2 et 101 al. 3 et non la dépréciation autorisée des services promis<sup>98</sup>. Il n'en reste pas moins que le préjugé défavorable est plus fort que l'argument. Je me demande si les banques courraient un gros risque en abandonnant purement et simplement ces clauses, du moment que, de toute façon, la loi leur ménage la preuve libératoire et sans doute suffisante de l'art. 97 al. 1 CO in fine. Si l'autonomie privée est le moteur de la libre entreprise, laquelle implique une part de risque, l'encouragement à davantage de responsabilité par l'exemple, aurait sans doute un effet stimulant dans la communauté. Cette solution mettrait du même coup un terme à la controverse sur l'application des art. 100 al. 2 et 101 al. 3: les banques relèvent-elles d'une

<sup>98</sup> M. CHRISTIAN THALMANN, op. cit. (n 55) pp. 159–160.

«industrie concédée par l'autorité» de sorte que le juge pourrait, en vertu de son pouvoir d'appréciation, déclarer nulle l'exonération anticipée de la responsabilité pour faute légère? Soit dit en passant, j'estime qu'à la lettre ces dispositions ne sont pas applicables; dans leur esprit toutefois elles mériteraient de l'être<sup>99</sup>.

Sur un plan plus général, on discerne ici et là une tendance, plus ou moins couronnée de succès, à la concertation en vue de l'élaboration paritaire de contrats préétablis ou de certaines de leurs clauses d'importance. Le cas du bail à loyer est connu, je n'y reviens pas. J'aimerais citer la «*Notice concernant les prestations de garantie et de service après-vente pour les appareils électroménagers*» établie en collaboration avec la Fondation pour la protection des consommateurs (FPC) et l'Association suisse des fabricants et fournisseurs d'appareils électrodomestiques (FEA), valable dès le 1<sup>er</sup> août 1982: elle a notamment pour effet de remettre en vigueur le délai de garantie d'une année et de définir exactement les prestations du service après-vente.

Je réitère ici l'exemple<sup>100</sup> des conventions passées sous l'égide de l'Association suisse des banquiers par les instituts spécialisés dans le domaine du crédit à la consommation.

Ces cas pris presque au hasard – ils pourraient être multipliés – suffisent à montrer que l'autonomie privée évolue aujourd'hui entre deux pôles: d'une part les sujets de droit tendent à réduire le plus possible l'emprise des obligations dérivant notamment de la responsabilité contractuelle, d'autre part les partenaires concernés réagissent non pas isolément mais en groupements de concertation et de défense.

Ce phénomène dévoile un champ très étendu: on assiste à l'émergence d'une autonomie privée collective, si je peux risquer cette contradiction dans les termes sinon dans les choses, avec tous les avantages et tous les inconvénients qui s'y rattachent et qui, en définitive, sont ceux-là mêmes que l'on a comptés et pesés *pour* ou *contre* les conditions générales. A la limite, le droit n'est plus dans le droit. Je veux dire qu'en marge des codes et des lois, même au-delà du droit dispositif, se crée et se développe un corps de règles élaborées par des législateurs hors cadres (je ne dis pas marginaux).

<sup>99</sup> M. PETER NOBEL, *Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz*, Berne 1979, p. 289 s.

<sup>100</sup> *Supra* p. 60.

Ils exercent leur savoir et leur pouvoir par le truchement d'une multitude d'associations, de fédérations, d'unions, de groupements, de fondations, de syndicats et d'ententes qui sont autant d'organiseurs de notre autonomie privée, aujourd'hui et demain. Faut-il le déplorer? Le débat a été porté, pour une part, devant notre société en 1976<sup>101</sup>. Il serait outrecuidant de ma part d'y revenir.

J'aimerais plaider pour la personne, pour le citoyen. J'aimerais que les secteurs juridiquement atténués ne débouchent pas sur un droit exténué. J'aimerais que l'Etat régi par le droit soit toujours assumé et garanti par des hommes et des femmes individuellement forts et responsables. J'aimerais que sur le plan pédagogique et la pédagogie du droit n'est pas l'apanage des facultés, elle incombe aussi au législateur, au pouvoir exécutif, aux juges, aux hommes de loi et aux partis politiques – le Droit soit conçu et appliqué comme le vecteur de la liberté dont l'autonomie privée reste le moyen par excellence.

#### *b) L'économie souterraine*

L'observation lucide ne permet cependant pas un optimisme béat. Qui ne voit se répandre dans le domaine contractuel un réseau de rapports sociaux et économiques dont la caractéristique est d'être ajuridiques voire antijuridiques? Il serait sans doute injuste d'incriminer le seul égoïsme de notre nature. Trop de contraintes engendrent la résistance, appellent à la libération (que celle-ci soit réelle ou illusoire est un autre problème). Les premiers mouvements des justiciables tendent au maintien du *non-droit* ou à l'élargissement de l'enclos des lois. L'union libre fait florès, du moins durant quelques saisons de la vie. Savoir si la surcharge fiscale des personnes mariées en est la cause unique dépasse mon propos. Je note que lorsqu'il s'agit de piquer juridiquement la situation ou l'un de ses effets, les intéressés peuvent recourir au contrat de société simple<sup>102</sup>. On connaît aussi la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le sort de la rente

<sup>101</sup> Voir outre le rapport de M. HEINZ HAUSHEER, déjà cité à n 84, celui de M. JEAN-FRANÇOIS PERRIN, Les conventions déclarées de force obligatoire générale en tant que source de droit – Exemples dans les domaines des conventions-cadres de baux à loyer et des accords entre la Banque Nationale et les banques suisses, in: RDS 95 II, 1976 (4), p. 481 s.

<sup>102</sup> M. IVAN COHEN, Des prétentions patrimoniales à la fin de l'union libre (concubinage) in: SJ 1980, p. 337 s. Voir aussi RO 108/1982 II, p. 204 = JT 1983 I, pp. 570–572.

après divorce lorsque le crédientier ne se remarie pas et vit en concubinage à seule fin de ne pas mettre son droit en péril <sup>103</sup>.

Il arrive aussi que les sujets de droit choisissent, sans aucun esprit de fraude, une institution moins rigide qu'une autre, par exemple le prêt à usage d'un appartement plutôt que le bail à loyer <sup>104</sup>.

J'ai déjà mentionné que non rarement les partenaires de ventes à tempérament ignorent délibérément les cauteles du droit de renonciation ou du versement initial dans les cas où la loi les requiert.

Mais ce sont là des cas de violation flagrante de règles impératives – et c'est inquiétant.

Plus inquiétant encore, me semble-t-il, est l'immense domaine de l'économie souterraine, c'est-à-dire l'ensemble des prestations de biens et de services qui s'échangent en dehors des statistiques officielles et, le plus souvent, en marge des lois sinon contre elles. Là, nous aborderions un domaine à peine exploré en Suisse, le *non-droit* ou l'*anti-droit souterrain* <sup>105</sup> qui ne connaît, peu ou prou, le *travail noir*, dans nombre de secteurs, de l'économie familiale (garde d'enfants, aides ménagères) jusqu'aux activités touristiques aux sens le plus large, si j'ose ainsi m'exprimer <sup>106</sup>, sans oublier d'autres branches plus traditionnelles. On saisit immédiatement les pertes que la collectivité subit en matière d'impôts et d'assurances sociales et les graves dangers auxquels s'exposent les travailleurs «*au noir*». Que l'ignorance ou l'appât du gain aille dans le même sens que les

<sup>103</sup> RO 104/1978 II, p. 154 = JT 1979 I, p. 212.

RO 106/1980 II, p. 2 = JT 1980 I, p. 542.

<sup>104</sup> Arrêt de la Cour de justice civile de Genève du 31 mai 1968, SJ 1970, p. 280 s.

<sup>105</sup> Sur l'économie souterraine, cf. Mmes ANNE CHAREYRON et ROSINE KLATZMANN, L'économie souterraine, Problèmes politiques et sociaux, No. 400, Paris, La Documentation française, 24 octobre 1980.

Mme ROSINE KLATZMANN, Le travail noir, éd. «Que sais-je?», Paris 1982.

<sup>106</sup> Référence soit, p. ex., à l'interpellation LEUENBERGER 81.513, du 8 octobre 1981, au Conseil national, relative aux entraîneuses du Tiers-Monde, (dites «gogo-girls»). Le Conseil fédéral a répondu que ces personnes ne seraient plus considérées comme des «artistes» au sens de l'art. 3, 1<sup>er</sup> al. lettre c) de l'ordonnance sur la limitation du nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative et, partant, qu'elles seraient soumises au contingentement (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, 1981, p. 1763 s.)

M. LEUENBERGER avait notamment soulevé ce point de droit: «le Conseil fédéral ne pense-t-il pas que ces jeunes femmes se trouvent face à leur «employeur» dans une situation économique si déplorable que les contrats y relatifs doivent être considérés comme contraires aux mœurs au sens de l'article 20 CO?» (Voir l'ensemble de la réponse du Conseil fédéral in: Bulletin officiel de l'assemblée fédérale, Conseil national, 1981, p. 1765).

pressions fiscales, c'est évident. Jouent aussi, à coup sûr, les restrictions dans l'emploi de la main-d'œuvre étrangère.

Et que dire de *l'absentéisme* dans l'économie privée comme dans l'administration publique? Qui osera jamais étudier à fond, ici et maintenant, le problème qui n'est certes pas payant sur le plan électoral mais certainement onéreux pour notre économie nationale? La question de la liberté contractuelle ne peut être vraiment posée correctement que si l'on prend en compte les licences anti-contractuelles qui pervertissent le régime de l'autonomie privée, de la conclusion (ou de la non-conclusion) du contrat à son exécution (ou son inexécution) en transférant sur les justiciables respectueux des lois et des contrats la charge des devoirs éludés par les fraudeurs.

Sur le plan législatif comme sur le plan politique, il faut opérer un choix: plutôt que d'augmenter le nombre des règles de contrainte – défenses ou injonctions – ne convient-il pas d'exiger d'abord de tous les justiciables – le juge aidant – qu'ils assument pleinement le droit positif et l'appliquent intégralement dans un esprit d'initiative et de solidarité, plus que jamais nécessaires en cette période de récession, de chômage et de déséquilibre financier?



### III. La responsabilité contractuelle

Corollaire de la liberté, la responsabilité contractuelle, c'est essentiellement, sur le plan du droit, la fidélité contractuelle. Il apparaît qu'au cours du siècle écoulé, la doctrine et la jurisprudence ont tenu ferme sur ce principe.

Il est vrai qu'en dépit des deux guerres mondiales et de la crise des années 30, la Suisse a joui d'une période de relative stabilité, généralement propice au respect de la parole donnée. Lorsque des branches économiques ont été touchées dans leur ensemble, des mesures sectorielles de moratoire ou de subventionnement ont été prises.

Sur le plan du droit privé, la mise en œuvre de l'article 2 CCS a permis de résoudre les cas ressortant de l'imprévision, spécialement en matière de dévalorisation des monnaies étrangères et plus spécialement encore après la demeure fautive du débiteur<sup>107</sup>.

Il est surtout important, me semble-t-il, de dégager ici, à grands traits, les efforts de la jurisprudence et de la doctrine pour «sauver» le contrat incomplet ou entaché, quant à l'objet, de clauses attentatoires aux droits de la personnalité ou encore illicites ou immorales, puis, par extension, d'autres vices qui en atteignent l'efficacité.

#### *1. Le juge et la fidélité contractuelle*

Selon l'art. 2 CO,

«Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés.

A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.

<sup>107</sup> L'accueil de l'imprévision par la jurisprudence est bien connu. Référence soit, p.ex. à l'arrêt du Tribunal fédéral, RO 107/1981 II, p.343, c.2, pp. 347–348 et à un arrêt de la Cour de justice civile du Canton de Genève, SJ 1982, p.97, 101 s. et les références citées.



Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats.»

Selon la doctrine dominante, le contrat est conclu lorsque le consentement s'est formé sur tous les points objectivement et subjectivement essentiels.

Si les contractants ont eu la volonté de se lier quand bien même des points secondaires n'ont pas été réglés, le contrat est parfait. La présomption posée par l'art. 2 consiste en ceci:

Supposé qu'une partie allègue l'inexistence d'un contrat faute d'accord sur un point ordinairement secondaire mais qu'elle soutient être subjectivement essentiel, l'article 2 alinéa 1 lui impose le fardeau de la preuve: elle doit établir que pour son partenaire aussi ce point était subjectivement essentiel. Si le point est accessoire et que les contractants l'aient réservé, la loi, à l'article indiqué, prescrit que le juge le «*règle en tenant compte de la nature de l'affaire*».

A défaut de réserve, s'applique le droit dispositif<sup>108</sup>.

Supposé le droit dispositif muet, le juge prononce soit en comblant directement la lacune par l'interprétation supplétive du contrat (en tenant compte, le cas échéant, des usages), soit en exerçant le pouvoir créateur que lui ménage l'art. 1 al. 2 CCS.

Il sied de relever que doctrine et jurisprudence appliquent par analogie l'art. 2 al. 1 CO au cas d'un désaccord latent sur un point secondaire; les parties n'avaient pas conscience de leur désaccord à ce sujet et voici que le contrat existe bel et bien. L'importance mineure du point cède à la *favor contractus*.

Bien plus, l'art. 2 al. 2 s'applique par analogie – intervention du juge – au cas où les parties ont stipulé une révision ultérieure de leur contrat, même sur un point essentiel, pourvu que la prestation soit déterminable d'après l'économie du contrat<sup>109</sup>.

Mais le juge va plus loin encore pour sauver le contrat au nom de la fidélité contractuelle lorsqu'il est en présence d'un objet contractuel nul au sens de l'art. 20 (impossibilité, illicéité, immoralité).

L'alinéa 2 prévoit que

«Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles.»

<sup>108</sup> Sur l'opinion minoritaire quant au sens de l'art. 2, voir SCHÖNENBERGER/JÄGGI (n 27), N 39 ad Art. 2 et M. ERNST A. KRAMER, in: Berner Kommentar, N 5 s. ad Art. 2.

<sup>109</sup> RO 93/1967 II, p. 185, 188–189 = (rés.) JT 1968 I, p. 191–192 = SJ 1968, p. 81, 87.

J'ai déjà résumé la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la détermination et la portée de la nullité <sup>110</sup>. Je n'y reviens pas, si ce n'est pour souligner qu'il s'agit-là, à mon avis, de l'une des créations les plus subtiles et les plus fécondes de notre haute Cour.

Il est évident que les solutions ne peuvent que relever de la casuistique, comme le montrent le répertoire des matières des arrêts du Tribunal fédéral et les exemples donnés par OFTINGER/JEANPRÊTRE <sup>111</sup>. Il paraît important de marquer que l'issue dépend d'une pesée des intérêts en présence: l'obéissance à la loi avec la sanction nécessaire, d'une part, et le principe de la fidélité contractuelle, de l'autre. Le juge ne peut accueillir une action en exécution d'un contrat portant sur du matériel de guerre dont le transit par la Suisse est soumis à une autorisation en vertu d'un arrêté du Conseil fédéral. Or, cette autorisation n'a pas été demandée. L'arrêté violé repose sur l'art. 102 ch. 8 et 9 Cst qui a pour but de sauvegarder les intérêts de la Confédération suisse à l'étranger, de protéger sa sécurité extérieure et de maintenir son indépendance et sa neutralité. Conclusion:

«... il ne serait pas raisonnable qu'un contrat qui pourrait mettre en danger les intérêts vitaux du pays jouisse de la protection des tribunaux de ce pays.» <sup>112</sup>

S'agissant d'un contrat de courtage et du salaire en découlant, quand bien même le courtier étranger avait opéré en Suisse sans être au bénéfice d'une autorisation de la police des étrangers, le résultat a été inverse <sup>113</sup>. Il arrive non rarement, dans la logique du système, que le juge modifie ou remplace les clauses nulles: p.ex. il réduit le taux usuraire d'un prêt d'argent <sup>114</sup>. Surtout, la jurisprudence a étendu par analogie l'application de l'art. 20 al. 2 à la nullité pour vice de forme, à l'invalidité pour vices du consentement, à l'annulabilité des actes à cause de mort et à la nullité d'une convention sur les effets accessoires du divorce <sup>115</sup>. Et bien plus: voici un contrat complexe, quid des

<sup>110</sup> Supra, II, 3. B., pp. 62 s.

<sup>111</sup> OFTINGER/JEANPRÊTRE, op. cit. (n 29), p. 60 s.

<sup>112</sup> RO 82/1956 II, p. 129 = JT 1956 I, p. 378 = OFTINGER/JEANPRÊTRE, op. cit. (n 29), No. 20 c) pp. 62–63.

<sup>113</sup> RO 62/1936 II, p. 108 = JT 1936 I, p. 426 = OFTINGER/JEANPRÊTRE, op. cit. (n 29), No. 21 c), p. 67.

<sup>114</sup> RO 93/1967 II, p. 189 = JT 1969 I, p. 530.

<sup>115</sup> «Cette extension se justifie par le fait que les hypothèses visées représentent toutes, comme à l'art. 20 CO, des cas d'inefficacité due aux vices du contrat.» RO 107/1981 II, p. 144, c. 3, p. 148 = SJ 1981, p. 458, 463 = JT 1981 I, p. 369, 372.

effets de la caducité d'obligations réciproques, devenues impossibles sans qu'il y eût faute des contractants, sur la partie du contrat qui, en soi, pourrait demeurer en force? Ce point n'est réglé ni par l'art. 20 al. 2 CO ni par l'art. 119 CO. Le juge comble la lacune du contrat en recherchant ce dont les partenaires seraient convenus de bonne foi s'ils avaient envisagé l'éventualité d'événements rendant impossible l'exécution de certaines seulement de leurs obligations réciproques<sup>116</sup>. En insistant sur les éléments qui précèdent, j'ai voulu souligner l'importance que la jurisprudence – et la doctrine avec elle – attribue au contrat comme loi des parties, soit donc au principe de la fidélité contractuelle. De ce point de vue, les juges et les auteurs sont certainement dans le droit-fil de l'œuvre de 1881, en pleine harmonie de pensée avec l'esprit des origines.

Or, la législation de ces derniers lustres semble s'écarter de cette ligne. Je veux parler du droit de repentir.

## *2. Le législateur et la fidélité contractuelle: le droit de repentir*<sup>117</sup>

M. JEANPRÊTRE a lumineusement rapporté l'histoire du droit de repentir dans nos climats. Les juristes du XIX<sup>e</sup> siècle l'ont rejeté. Il a été balayé sur le plan fédéral par le code de 1881. Il n'a pas trouvé grâce, bien au contraire, aux yeux d'EUGÈNE HUBER. De 1912 à 1962, les esprits ont changé.

Comme disait le regretté GEORGES SAUSER-HALL, les théories juridiques passent comme la beauté. Les institutions aussi, et elles peuvent ressusciter. Ainsi du droit de repentir<sup>118</sup>.

On connaît la réglementation instaurée à l'art. 226 c pour les ventes par acomptes: la novelle du 23 mars 1962 ménage à l'acheteur un droit de renonciation dans de tels contrats inclusivement, les ventes par correspondance et les ventes conclues dans les locaux du vendeur. Sont exceptées: la vente à un acheteur commerçant, la vente portant sur un bien de production, la vente à moins de quatre acomptes, la vente où le prix ne dépasse pas deux cents francs ni la durée six mois.

Le délai de renonciation est de cinq jours. Il court dès la remise d'un exemplaire du contrat, signé par les deux parties.

<sup>116</sup> Même arrêt, p. 149.

<sup>117</sup> Voir le beau travail de M. RAYMOND JEANPRÊTRE, *Le droit de repentir*, in: RDS 98, I, 1979 (1), p. 33 s.

<sup>118</sup> «Tel Phénix, il devait renaître de ses cendres un demi-siècle plus tard.», écrit M. JEANPRÊTRE, op. cit. (n 117), p. 36.

On sait que le projet de loi sur le crédit à la consommation prévoit également un délai de réflexion; il sera de cinq ou de sept jours – les délibérations ne sont pas terminées sur ce point – à compter de la signature du contrat.

On sait aussi que certains députés voudraient généraliser le droit de repentir dans les cas de contrats de ventes ou de prestations de service d'une certaine importance <sup>119</sup>.

Là encore, il sied de peser le *pour* et le *contre* d'une telle institution.

#### A. Pour

Les partisans font valoir que les consommateurs tombent trop souvent dans les pièges de la publicité insistante et fallacieuse ou des agissements de démarcheurs trop entreprenants. Le consentement n'est plus libre. Le législateur doit ménager impérativement un droit de réflexion étendu, à l'instar de la loi sur les ventes à tempérament et de plusieurs législations étrangères.

#### B. Contre

Le principe de la fidélité contractuelle exige que la parole donnée soit tenue. Les sujets de droit doivent savoir que la liberté de contracter implique le respect de la signature des deux parties par l'une et l'autre. L'exemple de la novelle de 1962 en Suisse n'est pas probant: dans la pratique, acheteurs et vendeurs

<sup>119</sup> Voir supra (n 51). Au Conseil National, Madame JAGGI a déclaré à propos du projet législatif sur le crédit à la consommation: «Le projet présente aussi des exigences nettes et justifiées quant à la forme et au contenu du contrat ainsi qu'à l'indispensable consentement du conjoint. L'introduction d'un délai de sept jours constitue un progrès qui nous l'espérons anticipe sur la généralisation d'un tel délai pour tous les contrats de vente d'une certaine importance ou passés dans certaines conditions.» (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, 1982, p. 16)

Par voie d'initiative, le Grand Conseil neuchâtelois invite le législateur fédéral, le 27 juin 1969, à compléter la loi fédérale sur les voyageurs de commerce, du 4 octobre 1930, comme il suit: «Tout contrat conclu par l'intermédiaire d'un voyageur de commerce, avec un acheteur non inscrit au registre du commerce, en dehors des locaux du vendeur, peut être résilié sans frais, ni indemnité, pendant un délai de réflexion de cinq jours suivant la date de sa conclusion. La renonciation à ce droit est nulle, comme est nul le contrat ou le bulletin de commande qui ne porte pas la mention de ce droit en caractère gras et en évidence.»

Le Parlement a transmis cette initiative au Conseil fédéral pour rapport le 22 septembre 1969 (voir le Résumé des délibérations de l'Assemblée fédérale).

s'accordent très souvent en fait pour passer outre à ce délai de réflexion.

Quant aux législations étrangères, elles ne sont pas déterminantes; elles visent pour la plupart les ventes à domicile, «*porte-à-porte*». Pour celles-ci, des mesures administratives devraient suffire, touchant l'habilitation et les qualifications des démarcheurs.

### C. Position de la question

A mon avis, la question doit être posée sur deux plans: celui des principes et celui des abus.

a) Sur le plan des principes, je vois deux objections contre le droit de repentir.

*La première:* la fidélité contractuelle doit primer.

Liberté et responsabilité sont les deux faces d'une même médaille. Réfléchir avant d'agir, raisonner avant de signer constituent l'abc de tout engagement personnel dans la société.

*La seconde:* à ce jour, je ne vois pas que l'on ait défini avec un peu de rigueur la catégorie sociale des «*consommateurs*» – de manière à la caractériser et en quelque sorte la privilégier en regard des épargnants, des artisans ou des petits producteurs.

Une fois encore, je ne crois pas inutile de répéter que les exemples étrangers ne sont pas convaincants:

Si l'on se réfère aux cas rapportés par M. JEANPRÊTRE, tirés de FARNSWORTH<sup>120</sup>, les lois invoquées visent surtout les ventes à domicile – sauf la loi allemande de 1974 (modifiant celle de 1894) qui confère à l'acheteur à tempérament un droit de révocation d'une semaine, cette règle n'étant pas limitée à la vente à domicile.

En outre, les Suisses doivent s'astreindre à faire mieux que les autres, notamment dans le domaine de l'orthodoxie et de la pédagogie juridiques.

Cela dit, dans la vente par correspondance, des commerçants adroits n'ont certes pas tort d'offrir à leurs clients la faculté de se «*repentir*» en leur ménageant un «*droit de retour*» dans les sept jours de la réception.

b) Sur le plan des abus, je pense que des démarcheurs peu scrupuleux ou des commerçants trop laxistes (sinon complices de leurs préposés) méritent des monitoires des organismes

<sup>120</sup> M. RAYMOND JEANPRÊTRE, op. cit. (n 117).

M. E. A. FARNSWORTH, Installment Sales, in: International Encyclopedia of Comparative Law, vol. VIII, chap. 4, Tubingue, etc. 1973.

publics ou privés ad hoc. Ebranler la machinerie de la législation fédérale me paraît disproportionné.

En résumé, l'observateur se heurte à deux difficultés: la première a trait à l'exacte position des problèmes en cause; la seconde, aux voies et moyens de leur donner des solutions appropriées. Le droit de repentir en est, à mon sens, aux débuts d'une problématique correcte.



## IV. Le Code fédéral des obligations et les techniques modernes

Dans cet avant-dernier chapitre, je me propose d'aborder deux sujets qui n'ont en réalité aucun lien entre eux, sinon le vocable «*technique*».

Il y a d'abord la *technique législative*. Je vise ici la question que voici: les dispositions générales du CO, du point de vue formel et matériel, ont-elles atteint leur but?

La rédaction et la substance des articles 1 à 183 sont-elles conformes à ce que des juristes et des justiciables de ce siècle et du prochain peuvent espérer trouver dans le code à propos du contrat en général?

La seconde question vise l'utilisation de *l'informatique* et de la *télématique* au regard de la formation et de l'exécution du contrat.

### *1. La technique législative et les dispositions générales du Code des obligations*

Sous l'angle critique, il est opportun de distinguer deux aspects au problème évoqué ici:

La matière de la partie générale est-elle bien distribuée? Est-elle incomplète ou, au contraire, trop étendue?

La rédaction des articles est-elle convenable?<sup>121</sup>

#### A. Introduction

Comme on le sait, l'Helvétie répugne à l'esprit de système.

Les titres préliminaires trop développés ou les parties générales trop dogmatiques ne comptent pas parmi les péchés

<sup>121</sup> Je remercie particulièrement M. PIERRE WIDMER, vice-directeur de l'Office fédéral de la justice à Berne, et son collaborateur M. LIN-NOËL PERRUCHOD, de la Section du droit des obligations, pour les renseignements qu'ils ont eu l'obligeance de me faire parvenir et que j'utilise ci-après.

mignons du législateur fédéral. Faut-il regretter l'absence d'articles de loi sur l'acte juridique, l'obligation, les sources de l'obligation, par exemple, et recommander une adaptation future à cet égard? A la vérité, le besoin ne s'en fait pas sentir et les travaux de la doctrine suffisent à cet égard. Un code n'est pas un traité; à chacun sa spécialité. L'expérience pratique révèle que le citoyen moyen peut contracter, exercer ses droits et exécuter ses obligations sans être imprégné des notions théoriques données ci-dessus à titre d'exemple <sup>122</sup>.

En revanche, il faut regretter une répartition défectueuse des matières. Cette remarque vise moins le domaine du contrat que celui de la responsabilité civile – et encore est-elle pour une bonne part extérieure au code lui-même. Outre les dispositions disséminées dans le Code civil suisse et dans le Code des obligations, le droit de la responsabilité a proliféré dans de nombreuses lois spéciales. Cette bigarrure de textes a engendré des réglementations disparates et parfois inéquitables. Comme on s'en souviendra certainement, des propositions visant à simplifier et à coordonner la matière avaient été avancées par les professeurs FRANÇOIS GILLIARD et EMIL W. STARK dans leurs rapports à notre société en 1967 <sup>123</sup>, ainsi que par des députés au Parlement.

Les vœux d'amendements ou d'harmonisation sont motivés par des différences de fors et de délais de prescription entre la législation ordinaire et les lois spéciales, la réparation du tort moral, plus spécialement les difficultés posées par l'article 47 CO, la solidarité parfaite ou imparfaite, le recours et la subrogation. Certains auteurs préconisent l'instauration d'une responsabilité spéciale à raison du risque inhérent à l'activité du producteur. Par ailleurs, le Parlement met la dernière main à une loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire, laquelle statue une responsabilité objective de l'exploitant de l'installation atomique, même en cas d'accident causé par la force majeure ou par des actes de guerre.

<sup>122</sup> Ce disant, je ne méconnaiss pas l'utilité d'un minimum d'information juridique dispensée aux élèves de nos écoles, ne serait-ce qu'en fin de scolarité – quelques heures suffiraient – sur le contrat, son caractère obligatoire, les précautions à prendre avant de s'engager, la conservation de la correspondance; bref, les rudiments du commerce juridique – sans oublier les éléments du droit de la personne, de la famille et du mariage.

<sup>123</sup> M. FRANÇOIS GILLIARD, Vers l'unification du droit de la responsabilité, RDS 86 II, 1967, pp. 193 ss. M. EMIL W. STARK, Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, RDS 86 II, 1967, pp. 1 et ss.

En matière de protection de la personnalité (art. 27 et ss. CCS), le Conseil fédéral a publié un message «*concernant la révision du Code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO)*», du 5 mai 1982<sup>124</sup>.

Aux prises avec ce puzzle, de bons esprits souhaitent que le Code des obligations redevienne le texte fondamental régissant la responsabilité civile et que les lois spéciales n'y dérogent que dans la mesure strictement nécessaire.

Il ne faut pas se dissimuler la difficulté de l'entreprise: celle-ci excède les limites d'un effort de systématisation; il faudrait en effet probablement repenser quelques unes des règles cardinales du sujet en tenant compte non seulement de la richesse des opinions mais des lignes de force de législations voisines, ainsi que des intérêts parfois divergents des assurés et des assureurs.

Dans le champ du *contrat* régi par les dispositions générales, la systématique ne pèche que sur certains points relativement mineurs. C'est ainsi que la promesse de porte-fort (art. 111 CO) qui est en réalité un contrat particulier de garantie serait mieux à sa place parmi les contrats spéciaux, par exemple au titre vingt-ième qui traite du cautionnement. En revanche, la gestion d'affaires, art. 419 à 424, sise au titre quatorzième, ressort de la source des obligations comme quasi-contrat selon la dogmatique classique<sup>125</sup>.

La technique législative gagnerait sans doute en logique si le législateur s'avisait de retrancher la gestion d'affaires du Titre XIV pour l'insérer dans un chapitre IV du Titre premier consacré à «*la formation des obligations*» – après le chapitre I, des obligations résultant d'un contrat; le chapitre II, des obligations résultant d'actes illicites; le chapitre III, des obligations résultant de l'enrichissement illégitime. D'un point de vue pratique, l'habitude étant prise depuis cent ans, le changement n'est pas d'une urgence prioritaire.

<sup>124</sup> Feuille fédérale No. 28, vol. II, 20 juillet 1982, pp. 661 ss. L'article 49 aurait désormais la teneur suivante:

«3. Atteinte à la personnalité

1. Celui qui subit un tort moral à la suite d'une atteinte illicite à sa personnalité peut réclamer une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que le préjudice subi le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement.

2. Le juge peut substituer ou ajouter à l'allocation de cette indemnité un autre mode de réparation.»

<sup>125</sup> Ainsi que l'observe judicieusement M. RAYMOND JEANPRÊTRE in: RJB 117, 1981, p. 444 (compte rendu de l'ouvrage de M. le professeur Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*).

B. Les améliorations rédactionnelles de détail (dans le seul domaine du droit contractuel).

Sont énoncées ci-après quelques remarques propres à préciser ou à amender le texte législatif.

Article 6. Note marginale.

«*Acceptation tacite*». Il vaudrait mieux dire «*Acceptation par le silence*». En effet, selon le contexte de cet article, seul le silence est pris en considération: une offre acceptée par actes concluants est expresse.

Article 8. Note marginale.

«*Promesses publiques*». Le texte allemand porte: «*Preisau-schreiben und Auslobung*»; le texte italien dit: «*Offerta publica e concorso*». Il faudrait compléter la note marginale en français par le concours: «*Promesses publiques et concours*».

Article 16 alinéa 1:

«*réputées*». Le texte allemand dit «*vermutet*», qu'il faudrait traduire plus exactement par «*présumées*».

Article 19 alinéa 2:

«*règles de droit strict*». Le législateur a voulu viser en réalité les dispositions *impératives*.

Article 21 alinéa 1

Comme on le sait, le législateur n'a pas adopté une terminologie rigoureuse quant aux notions de résiliation (effet ex nunc) et de résolution (effet ex tunc). Ici, il conviendrait de dire *résout*.

Article 21 alinéa 2

La loi statue «*le délai d'un an court dès la conclusion du contrat*». Par comparaison avec l'article 31 alinéa 2, il est judicieux de se demander si ce délai ne devrait pas courir dès la connaissance effective de la lésion ou du moment où la gêne s'est dissipée.

Je laisse d'ailleurs de côté le problème plus large de la révision de l'art. 21 dans son ensemble.

Il ne manque pas de bons esprits pour juger que les conditions d'application de cette disposition sont trop restrictives: la «*disproportion évidente*», le cumul des conditions objectives et subjectives, limiteraient à l'excès l'utilité de l'article, en dépit du pouvoir d'accueil compréhensif de la jurisprudence fédérale (RO 92/1966, p. 168 = JT 1967 I, p. 130). A mon sens, les cas criants qui échappent à l'art. 21 sont le plus souvent justiciables de l'art. 20: c'est ainsi que la violation d'une règle cantonale

fixant un taux d'intérêt maximum tombe sous le coup de l'art. 20, comme contraire aux bonnes mœurs (RO 80/1954 II, p. 327 = JT 1955 I, p. 497).

#### Article 31 alinéa 1

Par souci de précision, on pourrait écrire: «*Le contrat entaché d'erreur, de dol, de crainte fondée ou de lésion, est tenu pour ratifié lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé s'écouler une année...*».

#### Article 95:

«résilier le contrat». Le texte allemand porte: «*vom Vertrage zurücktreten*»; il faudrait dire: «résoudre le contrat».

#### Article 97 alinéa 1:

«... ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement». C'est-à-dire: «ou qui ne l'a obtenue qu'imparfaitement».

#### Article 99 alinéa 3

Comme on le sait, le texte français va trop loin. Il faut se rallier aux versions allemande («*das Mass der Haftung*») et italienne («*misura della responsabilità*») qui ne visent que l'étendue de la responsabilité.

#### Article 107

La note marginale énonce: «droit de résiliation». Le texte allemand porte: «*Rücktritt und Schadenersatz*», qu'on pourrait traduire par «Résolution et dommages-intérêts».

#### Article 108

La note marginale dit: «Résiliation immédiate». Comme le texte allemand énonce «*Ohne Fristansetzung*» par symétrie avec l'article 107 («*Unter Fristansetzung*»), il sied d'écrire: «Sans fixation de délai».

#### Article 109

Là encore la note marginale est erronée. Il faudrait dire «Résolution» et non résiliation.

#### Article 107 alinéa 2 et 109 alinéa 1:

«se départir du contrat». En bon français, on dirait «résoudre» le contrat.

#### Article 111 Porte-fort

Il serait plus clair d'écrire dans la note marginale: «Promesse de forte-fort».

## Article 125 ch. 2

Le texte français énonce: «*Ne peuvent être éteintes par compensation contre la volonté du créancier:*

...

2. *Les créances dont la nature spéciale exige le paiement effectif entre les mains du créancier, telles que les aliments et le salaire absolument nécessaires à l'entretien du débiteur et de sa famille.*»

Dans le texte allemand de ce dernier membre de phrase, on lit: «... *des Gläubigers*» et dans le texte italien: «*del creditore*». Il faudrait dire en français du créancier <sup>126</sup>.

Article 172. La note marginale porte:

«*Cession à titre de dation en paiement*». Le texte de l'article est pareillement erroné. Il s'agit en réalité d'une cession *en vue de paiement*.

Comme le disait le publiciste et philosophe non moins que juriste JÉRÉMIE BENTHAM: «*Les paroles de la loi doivent se peser comme des diamants.*»

Les imperfections relatées ci-dessus ne sont que de détail. Elles n'affectent pas le sens et la portée du code. D'une manière générale, sur le plan technique, les mécanismes créés et rédigés par le législateur en 1881 puis en 1911 continuent à rendre les services que notre époque attend d'eux. Les travaux législatifs subséquents, consacrés avant tout aux contrats spéciaux, ont engendré des articles nombreux et parfois prolixes qui ne vont pas dans le sens de la simplicité et de la facilité d'accès au droit du citoyen moyen, lors même que l'accroissement législatif ambitionne de le protéger. Notre devise devrait être: «*Non multa sed multum*».

## 2. Le contrat et l'électronique (Aperçu)

### A. Introduction

Les problèmes résultant des techniques modernes appliquées aux actes juridiques dont le contrat ne sont pas tous de la dernière nouveauté. Pensons par exemple aux ventes par des automates <sup>127</sup>. L'art. 7 al. 3 CO résout la question:

<sup>126</sup> A ma connaissance, c'est Me ROBERT PHILIP BRINER, avocat au barreau de Genève, qui a signalé le premier, en décembre 1980, aux autorités fédérales compétentes, l'inadvertance rapportée ici.

<sup>127</sup> Voir M. OTHMAR BÜRKE, *Der Warenautomat im Schweizerischen Recht* ..., Th. Saint-Gall 1967; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, op. cit. (n 27) N 36 ad Art. 7; VON TUHR/PETER, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Zurich 1979, vol. I, par. 24 N 6, p. 182.



«Le fait d'exposer des marchandises, avec indication du prix, est tenu dans la règle pour une offre.»

Celui qui offre des prestations par des appareils automatiques assume des obligations ayant trait au bon fonctionnement, aux instructions explicites d'emploi de l'automate, à la sécurité des usagers, etc. dont la violation relève de la *culpa in contrahendo*<sup>128</sup>, ainsi que des obligations relatives aux prestations promises dont l'inexécution est sanctionnée selon les règles du contrat en cause.

Je rappelle par ailleurs que les art. 962 et 963 CO relatifs aux obligations de conserver les livres et de produire livres et correspondance ont été modifiés selon la loi fédérale du 19 décembre 1975, en vigueur dès le 1<sup>er</sup> juillet 1976<sup>129</sup>. Le législateur reconnaît les enregistrements sur des supports d'images et des supports de données en fixant les modalités de leur lisibilité – et ce pour certains livres et certains documents. Ces textes sont émouvants dans la mesure où ils marquent l'avènement des microfilms et des supports de données dans l'empire du papier, souverain du droit commercial, des origines à nos jours.

Sur un plan plus général, il sied de se demander si l'emploi de l'électronique influera sur le régime traditionnel des déclarations de volonté. En théorie d'abord, reste vraie la distinction opérée entre les déclarations *immédiates* et *médiates*. Les déclarations immédiates (ou directes) sont celles qui sont reçues par le destinataire sans intermédiaire. B reçoit la lettre même que lui écrit A. Ou bien A et B conversent directement par téléphone. Les déclarations médiate (ou indirectes) sont celles qui sont échangées entre des personnes présentes mais par le truchement d'un tiers, par exemple un interprète. Ou celles qui s'effectuent par un messenger, un télégramme ou un télex. Dans des déclarations de ce genre, peuvent se produire des erreurs de transmission.

Selon l'art. 27 CO,

«Les règles concernant l'erreur s'appliquent par analogie, lorsque la volonté d'une des parties a été inexactement transmise par un messenger ou quelque autre intermédiaire.»

<sup>128</sup> En droit allemand, cf M. HELMUT KÖHLER, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, in Archiv für die civilistische Praxis 182 (1982), p. 126s.

<sup>129</sup> ROLF 1976, p. 1331; FF 1975 I, p. 1809; voir aussi l'Ordonnance du Conseil fédéral du 2 juin 1976 concernant l'enregistrement des documents à conserver, ROLF 1976, p. 1334; RS 221.431.

L'erreur de transmission consiste en ceci: le déclarant a la volonté d'émettre une déclaration mais il ne sait pas que sa volonté n'est pas transmise correctement. Le messenger remet la lettre de A à C au lieu de B. Le télex parvient adultéré par un contre-sens chez le destinataire.

Supposé que A n'a voulu faire aucune déclaration: un tiers usurpe le télex y compris l'indicatif de A. La déclaration est ici inexistante. Dans la première hypothèse, A, fort de l'art. 27 CO, peut se réclamer des art. 23 ss. CO pour invalider l'acte; dans la seconde, il objecte qu'aucune déclaration ne lui est opposable.

Bien évidemment, il faut réserver la réparation du dommage causé à B lorsque A est responsable de l'erreur de transmission ou de l'inexistence de l'acte.

Les raisonnements qui précèdent sont valables pour les actes juridiques accomplis au moyen de l'ordinateur, y compris les manipulations abusives <sup>130</sup>.

Les techniques modernes de déclarations à distance posent le problème de la forme solennelle, là où la loi ou la volonté des parties la requièrent à peine de nullité (art. 11 à 16 CO).

De ce point de vue, le télex ne serait pas utilisable pour souscrire à des contrats ou des clauses soumis à la forme écrite; l'écrit, en effet, exige la signature manuscrite des personnes auxquelles l'acte impose des obligations (art. 13 al. 1 CO) <sup>131</sup>. En revanche, si l'écrit sert seulement de support à un avis, à une communication, à un acte de disposition et non à un rapport

<sup>130</sup> Voir M. HELMUT KÖHLER, op. cit. (n 128), pp. 137–138, et les auteurs qu'il cite. Sur cette question, les considérations inspirées du droit allemand sont valables pour le droit suisse.

Pour une initiation à l'électronique et les problèmes de société – donc de droit – pouvant en résulter, voir MM. PIERRE ARNOLD, *Vivre l'électron*, Lausanne et Zurich 1981; PIERRE MATHELOT, *La télématique*, éd. «Que Sais-je?», Paris 1982. Dans *Fidès – Information* 1/82 et dans *Fides Mitteilungen* 3/81, on trouvera des exposés relatifs à l'adoption et la gestion de l'informatique dans l'entreprise – et un lexique.

<sup>131</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, op. cit. (n 27), N 72 ad Art. 13. Pour l'admission du télex à la clause compromissoire devant être écrite au regard du Concordat suisse sur l'arbitrage, voir M. IVAN COHEN, De la validité formelle des clauses compromissoires conclues par télex, in: RSJ 75, 1979, p. 259. Autre opinion M. JEAN-FRANÇOIS POUDRET, Code de procédure civile vaudois et Concordat sur l'arbitrage, annotés et commentés, Lausanne 1980, p. 386.

A noter que l'art. 173 du projet de loi fédérale de droit international privé prévoit que:

«La convention d'arbitrage est valable quant à la forme si elle est écrite et signée par les parties ou si elle est contenue dans un échange de lettres, de télégrammes ou de télex.»

d'obligation, la signature manuscrite n'est pas un élément de l'acte solennel, partant elle n'est pas requise<sup>132</sup>.

Ce qui précède vaut aussi pour les actes d'obligation transmis par l'ordinateur.

## B. La télématique

En matière de *télématique*, soit la combinaison de l'informatique et des télécommunications<sup>133</sup>, j'aimerais brièvement évoquer deux questions:

- a) Le videotex
- b) La monnaie électronique

### a) *Le videotex*

Par le truchement d'un appareil relié au téléphone, une personne peut entrer en relation sur son téléviseur avec l'ordinateur d'un fournisseur de biens ou de services et passer commande. De grandes maisons allemandes de vente par correspondance auraient déjà effectué par ce moyen des transactions commerciales importantes<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> Voir p. ex. RO 101/1975 III, p. 66. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, op. cit. (n 28), N 307 p. 60.

<sup>133</sup> Définition empruntée au lexique de M. PIERRE ARNOLD, op. cit. (n 130), p. 209.

<sup>134</sup> M. H. MICKLITZ, in: Rapport du Centre de droit de la consommation; Les consommateurs et les nouvelles technologies de l'information, Louvain 1982.

En France, «d'après les indications fournies par la Direction générale des Télécommunications, l'utilisateur pourra par exemple réserver ses billets SNCF, consulter l'état de son compte en banque, envoyer et recevoir des messages écrits, passer commande auprès des sociétés de vente par catalogue, ou auprès des commerçants de son quartier grâce au service de messages, se renseigner sur ses droits, connaître les démarches à effectuer auprès des administrations, jouer, consulter les services des petites annonces offerts par la presse, etc...» (M. PIERRE MATHELOT, op. cit. (n 130), pp. 110–111).

La Direction générale des téléphones essaiera, à fin 1983, la carte à mémoire dans les «publiphones» (cabines téléphoniques). L'utilisateur introduira sa carte dans l'appareil au lieu de pièces de monnaie. «Les cabines sont devenues la cible privilégiée des «casseurs»» – 116.000 effractions en 1981 (M. JAMES SARAZIN, Le Monde No. 11 691 du 31 août 1982).

En Suisse, l'administration compétente a mis en place un service de télécopie et un service de commutation de messages. L'Ordonnance sur les télégraphes, modifiée au 27 septembre 1982 (ROLF 1982, p. 1834), prévoit: «Art. 4a Service de télécopie

Le service de télécopie permet aux abonnés d'échanger des documents, fidèlement reproduits quant au contenu et à la forme, au moyen de téléco-

La situation juridique est différente selon que le sujet est en relation directe avec le terminal du fournisseur ou indirectement avec la Centrale video. Dans ce dernier cas, puisqu'il n'y a pas de rapport contractuel direct, tout se résout en offre ou appel d'offre puis d'acceptation habituels, qui ne paraissent pas sortir du cadre des art. 3 à 10 CO.

En revanche, la situation est différente si les partenaires entrent en relation personnelle directe. L'art. 4 al. 2 CO s'applique:

«Les contrats conclus par téléphone sont censés faits entre présents, si les parties ou leurs mandataires ont été personnellement en communication.»

S'agissant d'actes formels, les réserves exprimées ci-dessus sous lettre a) subsistent. Il n'est pas concevable dans l'état actuel de la législation helvétique de conclure un contrat formel par videotex. Partant, les amateurs d'achats à tempérament devront en rester aux modes traditionnels de l'écrit avec la signature.

Quid des contrats préétablis proposés par videotex? D'après la doctrine du consentement dûment formé<sup>135</sup>, les conditions générales ne sont incorporées au contrat que si elles ont été acceptées par l'adhérent, c'est-à-dire, à lui soumises avant son acceptation.

Le fournisseur devra donc prendre soin de les passer, voire de les repasser sur l'écran, puis d'obtenir l'accord de son interlocuteur avant de tenir le contrat pour conclu.

Savoir si le mode instantané de conclusion par videotex nécessite une protection légale accrue du client soit en imposant au fournisseur la formalité d'un écrit de confirmation, soit en ménageant au client un droit de renonciation, peut être discuté<sup>136</sup>. Il s'agit là d'un parti pris pédagogique et politique au

pieurs, sur le réseau téléphonique public ou un autre réseau public de télécommunications.

Art. 4b Service de commutation de messages

1 Le service de commutation de messages permet aux abonnés de transmettre à un système central de commutation se chargeant du réacheminement, au moyen d'appareils de télécommunications et sur un réseau de télécommunications, des messages à l'intention d'un ou de plusieurs destinataires.

2 Les messages traités sont archivés automatiquement et peuvent être redemandés ultérieurement.»

<sup>135</sup> Supra, II, 2, C p. 53 s.

<sup>136</sup> Voir M. TH. BOURGOIGNIE, in: Rapport du Centre du droit de la consommation, cité supra n. 134.

sens large: si la technique a pour fin de faciliter la vie quotidienne, l'homme (der Mensch) doit apprendre à en affronter les risques – dans la liberté. Me paraît plus importante la protection de la personnalité du sujet de droit quant au secret résultant de l'usage du videotex. Il tombe sous le sens qu'un acheteur ou un utilisateur peut légitimement souhaiter que ne soient pas divulgués ou interceptés les données de ses contrats et le fait de contracter lui-même. La technique offre, il est vrai, le camouflage des codes et des chiffres. Il reste que le fournisseur a le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires quant à la sauvegarde des mémoires de commandes, de manière à respecter et faire respecter les droits de la personnalité de son partenaire (art. 27 CCS).

*b) La monnaie électronique*

On peut tout d'abord concevoir dans le système *Videotex* que l'utilisateur est relié simultanément au fournisseur et à un banquier: par une seule et même opération, il passe commande et règle la dette y relative par le débit de son compte courant <sup>137</sup>.

L'autre moyen est celui de la *carte à mémoire*. Voici comment la décrit M. JAMES SARAZIN:

«La carte à mémoire permet de s'affranchir de toutes les phases scripturales de l'échange, en faisant appel à la fameuse «puce», un microprocesseur qui renferme, sur quelques millimètres carrés, toutes les données d'identité bancaire du porteur, y compris un numéro de code secret, et qui porte, de plus, trace d'un certain capital. Lors d'un achat, la carte est glissée dans une machine spéciale qui débite automatiquement le «pouvoir d'achat» du montant de la somme en cause, et qui garde en mémoire l'opération pour en rendre compte directement par fil à la banque du commerçant, lequel transmet ensuite, par le même moyen, ses données pour compensation, à la banque de l'acquéreur.» <sup>138</sup>

<sup>137</sup> Sur la monnaie électronique, voir outre M. P. MATHELOT, op. cit. (n 130), M. FELIX PFISTER, L'avenir appartient aux paiements sans espèces, in: Le mois économique et financier, Société de Banque Suisse, Mai 1982, pp. 20–21; M. WOLF-DIETER SCHLECHTHAUPT, L'électronique bancaire: c'est arrivé demain. Eodem loco septembre 1982, pp. 11–14; M. JAMES SARAZIN, Le paiement par «carte à mémoire» va être expérimenté dans trois villes françaises – Bientôt, plus besoin d'argent? Le Monde No. 11 561, 31 mars 1982; Mme AGNÈS REBATTET, La banque Presse-bouton, in: L'Express, M 1722–1612, 28 mai–3 juin 1982, pp. 86–88.

<sup>138</sup> M. JAMES SARAZIN, op. cit. (n 137).

Le congrès de Lyon de l'Association nationale des docteurs en droit, des 26 et 27 novembre 1981, s'est consacré au thème: «Informatique – Banque – Affaires». Ses travaux sont rapportés dans les bulletins Nos 41 et 42, «Droit et économie», de janvier et mars 1982. Ils font le point et la prospective des vues françaises en la matière.



La carte à mémoire offre à toutes les parties prenantes des avantages certains. Dans les pays où le paiement par chèques est très répandu, les opérations en résultant nécessitent de nombreuses prestations d'écritures, de classement, d'enregistrement, de correspondance et de comptabilisation chez le commerçant et chez le banquier sinon chez le tireur. La carte à mémoire supprime toutes ces opérations. Par rapport à la carte de crédit, elle a l'avantage d'orienter clairement et matériellement le porteur sur son découvert: il doit de temps en temps «recharger» sa carte, *avant* de s'en servir.

Pour certaines personnes, il est vrai, cette discipline électronique est considérée comme un inconvénient: elles préfèrent le chèque ou la carte traditionnelle qui font que leur compte est débité *après*, un peu plus tard.

L'horizon de la carte à mémoire en Suisse apparaît plutôt lointain. Le chèque est encore peu utilisé dans le règlement des transactions courantes. Partant, les avantages de la carte électronique n'en sont que moins évidents<sup>139</sup>.

Du point de vue juridique, la souplesse du code permettrait d'adopter cette nouveauté sans difficulté. L'autonomie de la volonté des partenaires implique que le mode de paiement est stipulé scriptural entre parties, que l'acquéreur des biens ou des services est libéré de sa dette au moment où sa carte a été «acceptée» par la machine; ce moment coïncide avec celui des compensations qui s'effectuent entre les banquiers, l'acquéreur et le commerçant. Tous les titulaires sont crédités et débités dans le même temps. La «valeur» est la même sur tous les comptes courants en jeu.

La responsabilité de l'utilisateur pour l'usage, la perte ou les abus de la carte à mémoire n'est pas différente de celle du titulaire d'une carte de crédit ordinaire. Les questions y relatives sont connues. Les solutions me paraissent ressortir principalement des règles du mandat.

Le cas de la monnaie électronique est intéressant surtout en ceci: il enseigne que même un code centenaire dans ses dispositions générales peut rester largement ouvert sur l'avenir de la technologie pourvu que ses lignes directrices soient simples et souples.

<sup>139</sup> Après avoir analysé les modes de paiements sans numéraire que constituent le système des chèques postaux, le clearing bancaire et le système de virements de la Banque nationale, celle-ci fait le point des enseignements fournis par ces trois modes:



## V. Dispositions générales et particularismes nationaux

### *1. Introduction*

La question que j'aimerais soulever ici, en guise de conclusion à ce rapport, tend à déterminer si une politique d'avenir est requise pour la Suisse, si oui, laquelle, dans le domaine des dispositions générales. Faut-il nous borner à cultiver notre jardin sans nous préoccuper des actes de nos voisins, partant de la constatation que les articles 1 à 183 CO suffisent à notre bonheur et que si des réformes sont à envisager, elles ne sont que de détail? Que si nous voulons continuer de faire œuvre pratique pour notre seul usage, il suffit, de proche en proche, de réviser les contrats spéciaux pour les adapter à nos seuls besoins, dans la seule enceinte de nos frontières.

Il ne me paraît pas que le comportement d'un hérisson juridique replié sur lui-même soit absolument conforme au meilleur destin d'un pays, à vocation internationale de services, d'échanges et d'arbitrage.

En tout cas, le pour et le contre d'un choix doivent être posés devant une société comme la nôtre après qu'elle aura été mise à même de relever quelques tendances et quelques efforts en vue d'une plus grande solidarité entre divers pays de la planète.

«Trait caractéristique du système suisse, les moyens de paiement sans numéraire, qui sont généralement les plus économiques, se sont de tout temps imposés dans notre pays plus lentement qu'à l'étranger. Cette constatation vaut aussi bien pour le remplacement de la monnaie métallique par la monnaie-papier que pour celui de la monnaie-papier par la monnaie scripturale. Bien que de nouveaux modes de paiement sans numéraire aient été créés durant les années septante, les habitudes du public n'ont pas changé sensiblement. De tous les pays industrialisés, la Suisse est encore celui où la part des paiements en espèces est la plus importante. Il est probable toutefois qu'à l'avenir une évolution fondamentale du système des paiements se produira et que le recours à des instruments électroniques de paiement s'accroîtra.» (Banque nationale suisse, 75<sup>e</sup> anniversaire, éd. française, Zurich et Lausanne 1982, p. 289)

On sait que dans le domaine du droit privé en général et des obligations en particulier, les voies et moyens de concertation dirigée des ordres juridiques passent soit par des conventions de droit international privé soit par des conventions de droits de fond, portant loi uniforme.

A titre d'exemple du premier type, je citerai la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, signée à Rome le 19 juin 1980<sup>140</sup> ou la *Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* du 15 juin 1955, ou enfin, le projet de *Convention de La Haye sur la loi applicable à certaines ventes aux consommateurs*<sup>141</sup>.

Comme exemple du second type, je me réfère à la *loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels* du 25 avril 1964<sup>142</sup>.

Comme le remarque M. MICHEL AMAUDRUZ,

«il est par ailleurs certain que des règles matérielles régissant le fond du droit sont préférables aux règles uniformes du droit international privé, lesquelles peuvent souvent conduire le juge à appliquer du droit étranger qu'il connaît mal.»<sup>143</sup>

Cette conception paraît être aussi celle des Nations Unies, plus exactement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial, international (CNUDCI), à laquelle on doit, entre autres, la *Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises*, signée à Vienne le 11 avril 1980<sup>144</sup>.

Toutefois, force est de constater que les lois uniformes de droit matériel sont plutôt propres à régir des institutions déterminées ou des contrats spéciaux, tels les effets de change, les transports, la vente et que l'unification trouve sa limite dans

<sup>140</sup> Journal officiel des Communautés européennes, no. L 266.1. du 9 octobre 1980.

<sup>141</sup> Voir M. ALFRED E. VON OVERBECK, Le projet de convention de La Haye sur la loi applicable à certaines ventes aux consommateurs, in: *Annuaire Suisse de droit international*, vol. XXXVII, 1981, p. 96 ss. Mme ANNE-CATHERINE IMHOFF-SCHEIER, Quelques observations sur le projet de convention de La Haye sur la loi applicable à certaines ventes aux consommateurs, *ibid.* p. 129 ss.

<sup>142</sup> Voir M. MICHEL AMAUDRUZ, La garantie des défauts de la chose vendue et la non-conformité de la chose vendue dans la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, *Etude de droit comparé*, Th. Lausanne 1968.

<sup>143</sup> M. MICHEL AMAUDRUZ, *op. cit.* (n 142), p. 177.

<sup>144</sup> Voir M. JOHN HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer 1982. M. ALFRED E. VON OVERBECK, *op. cit.* (n 141), p. 101. Texte français in: *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1980, p. 731.

l'indétermination ou l'absence d'unification de secteurs préjudiciels comme la capacité ou la formation du contrat. Cet aspect de la question n'a certes pas échappé aux experts, comme ceux de la loi uniforme de 1964 sur la vente internationale: ils ont préparé deux conventions, l'une déjà citée <sup>145</sup>, l'autre portant loi uniforme sur la formation des contrats d'une telle vente.

Quoi qu'il en soit, il serait vain de préconiser dogmatiquement une voie plutôt qu'une autre.

## *2. Pour le rapprochement des systèmes juridiques*

Comme disait Napoléon, *«le paradis est un lieu central où convergent beaucoup de chemins»*.

Le paradis juridique des peuples en voie de rapprochement, si tant est qu'il existe, comporte de nos jours d'autres avenues inégalement fréquentées: je vise en bref A. les itinéraires nationaux et B. les itinéraires internationaux.

### *A. Les itinéraires nationaux*

Parmi les premiers, il sied de citer les lois ou les codifications de droit privé, d'une part, et de droit international privé, d'autre part.

On connaît le projet suisse de codification du droit international privé dont le titre huitième est consacré au droit des obligations et spécialement aux contrats. Un tel projet comporte nécessairement une ouverture au monde, au monde du droit comparé autant qu'au monde des affaires <sup>146</sup>.

<sup>145</sup> Supra n 142.

<sup>146</sup> Voir M. PAUL LAGARDE: «Les sources auxquelles ont puisé les auteurs du projet en la matière sont aisément repérables. C'est d'abord, et fort heureusement la tradition nationale incarnée par la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse. C'est aussi la Conférence de La Haye, parfois de manière expresse, comme pour la convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes mobilières, dont le projet réserve l'application, parfois plus discrètement, comme pour la convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation, dont le projet reprend en substance certaines des dispositions, en attendant peut-être d'y renvoyer purement et simplement. Le projet s'est inspiré aussi des travaux de la Communauté économique européenne et particulièrement de la convention du 27 septembre 1968 pour la compétence judiciaire et, pour les conflits de lois, de l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, élaboré par les six Etats fondateurs de la Communauté économique européenne en 1972 et dont la renégociation avec les trois nouveaux Etats membres vient de s'achever en février 1979.» (Les contrats dans le projet suisse de codification du droit international privé, in: *Annuaire Suisse de droit international*, vol. XXXV, 1979, p. 72 s.)

Il est constant – et c’est un phénomène encourageant – que les diverses législations nationales s’inspirent et s’interpénètrent. Les influences directes ou indirectes constituent sans doute un bon moyen de rapprochement entre des systèmes juridiques différents.

Pour relativement lent que soit le procédé, il permet sûrement un tissu plus homogène du moment que la trame tend à l’uniformité par l’effort librement concerté des tisserands.

Mais le droit matériel de divers Etats est lui-même en mutations et en résonnances constantes. A titre d’exemples, je prends le projet d’un nouveau code de droit privé aux Pays-Bas. Dès 1947, un code aux structures entièrement remaniées fut mis en chantier par le professeur E. M. Meijers qui s’est inspiré d’exemples récents, tels le BGB allemand, le CCS, le Codice civile italien et les codes égyptien, éthiopien (le Code David), hellénique, hongrois, japonais, et l’avant-projet franco-italien. Présentement, sont entrés en vigueur deux des huit livres proposés: le livre 1 sur les personnes et la famille et le livre 2 sur les personnes juridiques. Deux autres livres ont été publiés au *Journal officiel* mais ne sont pas encore entrés en vigueur: les livres 4 sur les successions et 8 sur les transports (publié partiellement). Le «cœur» du nouveau code est formé par les livres 3 (partie générale du droit patrimonial), 5 (droit des biens) et 6 (droit des obligations: partie générale). Ces trois livres ont été approuvés par le Parlement en 1980; ils devraient entrer en vigueur en 1985. Le livre 7 consacré aux contrats spéciaux a été publié<sup>147</sup>.

Qui ne voit qu’un tel effort législatif, accompli par un Etat moderne et dynamique, rayonnant d’une tradition juridique aussi ouverte qu’ancienne, influencée par la France hier et sans doute l’Allemagne demain (dans une certaine mesure), offre à notre réflexion et à notre progrès un vaste champ de recherches et d’exemples?

A propos de l’Allemagne fédérale, je me réfère aux deux forts volumes qui exposent le sens et la portée des travaux résultant des consultations demandées par le Ministre de la Justice autour de cette question centrale: Faut-il entreprendre une

<sup>147</sup> Voir MM. EDWOUD HONDIUS et WIL WEDEKIND, Rapport néerlandais, in: Travaux de l’Association Henri Capitant, Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges (Journées italiennes 1980), Paris 1982, p. 151. M. ARTHUR HARTKAMP, Vers un nouveau code civil néerlandais: in: Revue internationale de droit comparé, 1982, p. 319s.

révision du droit des obligations en RFA? Les contributions ont été publiées<sup>148</sup>. Elles sont pour notre information d'un poids sans égal.

Je voudrais seulement appeler l'attention sur les conclusions de l'étude de droit comparé, due au Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hambourg, qui constitue la publication liminaire de l'ensemble<sup>149</sup>.

Hormis le cas en devenir des Pays-Bas, aucun Etat européen n'a réalisé, au cours des dernières décennies, une codification ni même une révision d'ensemble du droit des obligations. Le législateur y procède par à-coups, en promulguant des lois spéciales, par exemple en matière de vente, de bail à loyer, de bail à ferme, de droit de la construction – et parfois des clauses contractuelles dites abusives. Il est évident que des visées politiques – au sens large – motivent ces interventions en faveur du consommateur ou de la partie réputée faible, y compris le contractant d'un voyage à forfait<sup>150</sup>.

Il faut relever à propos des systèmes juridiques étudiés par le consultant qu'aucun législateur (sauf le Néerlandais) n'a remis sur le métier les règles de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse, en général. Ça et là, dans des nouvelles, quelques dispositions parent à des difficultés spécifiques.

## B. Les itinéraires internationaux

En ce qui regarde les itinéraires internationaux, je me réfère à l'introduction de cette partie. Je n'aurai garde d'oublier les travaux du *Conseil de l'Europe* qui, au nombre des conventions touchant l'unification matérielle du droit, propose à la signa-

<sup>148</sup> Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 2 vol. publiés par le Ministre fédéral de la Justice, Cologne 1981.

<sup>149</sup> Op. cit. (n 148), vol. 1, p. 1 et ss sous le titre: «*Rechtsvergleichung, Zur neueren Entwicklung des Vertragsrechts*».

<sup>150</sup> La belle étude du Max-Planck-Institut me suggère la réflexion suivante:

Aucun Etat de l'Europe traditionaliste n'a réalisé de codification d'envergure depuis le Code civil hellénique de 1940–1946 et le Code civil italien de 1942. Il est difficile de déterminer si c'est le pluralisme démocratique ou l'absence de besoin qui explique ce phénomène. Il est de fait que des pays d'ancienne pratique démocratique comme la Suède et la Grande-Bretagne n'ont ni code civil ni corps complet de droit des obligations. Il est en revanche avéré que les régimes forts ou dotés d'un parti unique sont volontiers codificateurs. Sans parti radical majoritaire, la codification helvétique eût sans doute été beaucoup plus malaisée.



ture de ses membres, dans le seul domaine contractuel, les suivantes:

- Convention No. 41 sur la responsabilité des hôteliers quant aux objets apportés par les voyageurs (1962);
- Convention No. 60 relative aux obligations en monnaie étrangère (1967);
- Convention No. 75 relative au lieu de paiement des obligations monétaires (1972);
- Convention No. 76 sur la computation des délais (1972);

Dans le *domaine communautaire*, je cite:

- La directive du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins (JO L 045, du 19 février 1975, p. 19);
- La directive du Conseil, du 19 juin 1979, relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des denrées alimentaires (JO L 158, du 26 juin 1979, p. 19).

Je rappelle que les pays membres du Marché commun ont adopté, le 19 juin 1980, une convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (JO L 266, du 9 octobre 1980, p. 1)<sup>151</sup>.

Si l'on tente de dégager la résultante des efforts nationaux et internationaux en vue d'un certain rapprochement des systèmes juridiques, les observations que voici peuvent être formulées:

Premièrement, les soucis des Etats intéressés sont d'abord d'ordre interne. L'inflation législative sévit partout d'une manière également vive. Elle provient des pressions économiques, sociales et politiques. Les pouvoirs responsables sont contraints de satisfaire les besoins ou les revendications de leurs justiciables. Les contingences nationales priment les aspirations au rapprochement. Quand bien même des maux identiques pourraient être soignés par les mêmes médicaments, la pharmacopée juridique reste nationaliste.

Deuxièmement, le rapprochement des systèmes juridiques ne dépend pas que de nécessités techniques. Il y faut un sentiment d'appartenance à une entreprise commune. Dans le domaine du contrat, sera-ce l'Europe, sera-ce l'ensemble des pays industria-

<sup>151</sup> Je réitère ici à M. GABRIEL AUBERT, Directeur adjoint du Centre d'études juridiques européennes, mes remerciements pour les renseignements et les références rapportés ici.



lisés, sera-ce le droit élaboré par l'Europe et le monde anglo-saxon? Il serait profondément injuste de méconnaître l'importance et la qualité des travaux qui s'accomplissent à Strasbourg et à Bruxelles. Force est toutefois de reconnaître que leur influence directe sur les pays et les justiciables concernés est très atténuée. Plus exactement, l'individualisme des nations affaiblit l'écho et l'effet de ces travaux, même si leur apport est loin d'être négligeable sur les plans de l'enseignement et de l'information des spécialistes.

Troisièmement, il appartient aux praticiens, aux marchands, aux banquiers et aux usagers de faire entendre leur voix sur une question concrète: souhaitent-ils l'élaboration d'une loi uniforme relative aux dispositions générales des obligations en matière contractuelle?<sup>152</sup>

Une concertation pragmatique des chambres de commerce, des universités et des associations de consommateurs pourraient peut-être aider à répondre à cette question.

Quatrièmement, chacun sait que dans le domaine de l'unification comme dans celui de la codification, il faut être à la fois persévérant et modeste. La force d'inertie est considérable et les routines sont solidement incrustées. L'information étendue est un contrepoids indispensable. Nos études comme nos monographies et nos commentaires devraient réserver un large accueil aux problèmes et aux solutions de droit étranger. C'est

<sup>152</sup> Au sommet de Versailles, le 5 juin 1982, le Président de la République française a présenté aux sept grandes puissances industrialisées (plus la C. E. E.), un exposé sur le thème «Technologie, emploi et croissance». Au chapitre intitulé: «Favoriser ensemble l'épanouissement des cultures», M. FRANÇOIS MITTERAND a préconisé, entre autres, «une charte de la communication», dans les termes suivants:

«Je pense qu'une négociation devrait être menée par étapes, dans les instances internationales, en vue de préparer une charte mondiale de la communication aujourd'hui si difficile. Elle pourrait s'organiser autour de cinq principes:

- Affirmer le respect de la diversité des langues;
- Promouvoir l'harmonisation des législations en matière d'information, de propriété intellectuelle, de droit contractuel, de protection des libertés individuelles;
- Inciter à la détermination de règles communes pour les échanges internationaux de données;
- Protéger la souveraineté des Etats et leur intégrité culturelle menacée par les nouvelles technologies;
- Garantir aux pays du Sud les moyens de maîtriser leurs moyens de communication et les messages qu'ils véhiculent.» Le Monde, No. 11 618, 6-7 juin 1982.)

en faisant connaître les lois voisines que l'on peut dégager des comparaisons et surtout des priorités en élucidant, au-delà des apparences, les fausses divergences et les convergences fécondes. Les juristes de ce pays savent bien que l'auteur du Code civil suisse a d'abord effectué un immense travail de recension et d'exposition des droits cantonaux avant de s'attaquer au projet fédéral. Il me semble qu'un processus semblable devrait être adopté en Europe.

On ne sait pas assez qu'en plus ou en fonction des centres irradiants de Bruxelles et de Strasbourg, l'Europe des communications et des échanges s'affirme dans la réalité quotidienne des faits. Je pense aux chemins de fer, aux transports routiers, aux banques centrales, aux postes. Les hauts fonctionnaires et les techniciens sont en avance sur les hommes d'affaires et les juristes. L'heure n'est-elle pas venue de tenter d'apporter à nos vieux pays un instrument de travail et de communication, soit un petit vade-mecum de contrat uniforme?

### *3. Esquisse d'un programme d'étude et d'action*

#### *A. L'étude*

Il résulte de ce qui précède que la première démarche est celle d'une étude comparative des dispositions générales regardant le contrat. A dessein, je ne vise pas toutes les dispositions que l'on range d'ordinaire dans la partie générale ou la théorie générale mais seulement le contrat. L'opportune nécessité de l'objet s'allie au caractère faible et concret de l'entreprise. C'est dans ce domaine en effet que le fonds commun issu du droit romain est le plus répandu et le plus homogène. Je vois bien que les faits sociaux influent aussi sur les principes inhérents à l'autonomie de la volonté. Cela ne milite pas contre une recension des mécanismes contractuels identiques de pays aux racines communes. Même si «*un code des contrats reposant avant tout sur les principes individualistes et sur la prééminence du principe de l'autonomie de la volonté, ne saurait plus nous donner complète satisfaction*»<sup>153</sup>, il s'agit justement de placer les dérives entre parenthèses pour axer la recherche sur le lieu central de la voie commune.

<sup>153</sup> Rapport de M.A.AMIAUD, présenté par M.R.PERROT sur «L'intérêt d'actualité du projet de code franco-italien des obligations» in: Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, Tome VIII, 1953, p. 102.

Personne ne songe à rééditer la prouesse de FRANCESCO CONSENTINI, auteur d'un code international des obligations en 3115 articles!<sup>154</sup>. Même le projet de code franco-italien de 1927, issu de l'initiative de VITTORIO SCIALOJA, en 739 articles embrassant les dispositions d'ordre général sur les obligations et les contrats de droit civil, excède le cadre d'une ambition d'actualité<sup>155</sup>. La sagesse commande précisément de dresser d'abord l'inventaire des convergences pour délimiter un éventuel champ de législation uniforme.

En d'autres termes, dans le domaine contractuel, il s'agirait de centrer l'étude sur des questions essentiellement techniques, par exemple:

- La formation du contrat: l'offre, l'acceptation, le lieu, le moment et les modes de la conclusion (y compris les procédés modernes utilisés comme vecteurs des manifestations de la volonté).
- L'objet du contrat.
- Les vices du consentement et la lésion.
- L'imprévision.
- La représentation et la stipulation pour autrui.
- La condition.
- L'exécution, l'inexécution.
- Le transfert du rapport de droit (cession de créance et reprise de dette).

<sup>154</sup> FRANCESCO CONSENTINI, Code international des obligations en 3115 articles, perfectionnement et amplification du Projet franco-italien de Code des obligations et des contrats (1927) en vue de l'unification des législations civiles et commerciales sur des bases internationales, Paris 1937, rappelé dans le «deuxième rapport belge» de MM. J. LIMPENS et J. VAN DAMME, «De l'intégration du droit civil et du droit commercial en matière d'obligations» in: Travaux de l'Association Henri Capitant... (n 153) p. 79 n 3.

<sup>155</sup> Ce n'est pas le lieu de rapporter en détail les causes de l'échec du projet franco-italien. L'avènement du fascisme a conduit au Code civil italien de 1942. La parenté du Code Napoléon et du Code italien de 1865 s'est trouvée brisée.

«Ce travail était incontestablement de grande valeur, mais il n'est resté qu'un projet, et ceci pour des raisons politiques. L'Italie, devenue fasciste, a renouvelé tous ses codes et a créé ainsi un nouveau code civil qui comprend aussi le droit des obligations et le droit de commerce, sans attendre une convention avec la France en vue d'une unification du droit. En revanche, les dispositions du Code civil français concernant le droit des obligations sont restées inchangées.» (M. A. F. SCHNITZER, «De la diversité et de l'unification du droit», Bâle 1946, p. 57).

Ce n'est pas à dire qu'une telle tâche soit demeurée inféconde: en son temps, elle a fourni inspiration et matériaux à divers codes: albanais (1927), roumain (1934), polonais (1937), grec (1940).

A mon avis, le choix et l'ordre des matières dépendent moins de la stricte logique que des chances de convergences *réelles* et des nécessités pratiques.

Je crains moins des codes mal taillés quant au plan que des cotes mal taillées quant à la réglementation d'institutions déterminées. Les sujets plus controversés viendraient en second échelon: la solidarité, l'enrichissement illégitime, la prescription.

Mais, encore une fois, il importe moins d'arrêter un programme abstrait que de mettre en évidence les zones d'identité de vues et de voies.

### B. Les moyens d'action

Sans entrer dans les détails, je relève que dans le monde occidental, nombre d'institutions ou de figures juridiques sont sinon identiques du moins étroitement apparentées.

La simulation, la lésion, la condition, la clause pénale, la théorie de l'imprévision, la stipulation pour autrui, la mise en demeure sont, entre autres, parties intégrantes d'un patrimoine commun, résultant soit des lois, soit de la jurisprudence, ainsi que le relevaient en 1953 déjà MM. J. LIMPENS et J. VAN DAMME<sup>156</sup>. Il s'agit d'en dresser un inventaire aussi complet que possible.

Il m'apparaît qu'une initiative bienvenue pourrait venir de la Suisse. Placée à l'un des carrefours de l'Europe, elle convierait d'abord ses voisins à une sorte de colloque du droit contractuel. Nul doute que l'Autriche, la France, l'Italie, la Principauté du Liechtenstein et la République fédérale d'Allemagne n'apportent sur cet objet des trésors législatifs, jurisprudentiels et doctrinaux qui, ajoutés à nos ressources propres, fourniraient des matériaux en vue d'un avant-projet de loi uniforme. Ce n'est pas le lieu de décider si l'invitation viendrait du département fédéral de justice et police, des facultés de droit, des instituts spécialisés ou des chambres de commerce – ou de tous conjointement.

En revanche, il importe à mes yeux de souligner qu'un tel colloque devrait compter des légistes issus de la science, de la pratique du droit et de l'économie, sans oublier les sages de Strasbourg et de Bruxelles.

Comme déjà dit, la première tâche consisterait dans l'établissement d'un constat des zones de convergences puis d'un code d'urgence. La phase proprement rédactionnelle viendrait ensuite.

<sup>156</sup> Op. cit. (n 154), p. 80 et pp. 92–95.

Cette méthode aurait l'avantage de redonner à l'Europe du droit un certain esprit d'entreprise. Bien entendu, selon les résultats acquis dans une première étape, d'autres groupes apparentés pourraient être consultés ou conviés afin d'intensifier le choc des idées et d'enrichir l'avant-projet.

Une autre méthode pourrait être envisagée: une autorité ou un organisme de patronage conférerait un mandat à six comparatistes issus des Etats concernés (La Suisse et ses cinq voisins), à l'effet de proposer un avant-projet de loi uniforme contractuelle dans un champ préalablement circonscrit. Cette méthode présenterait l'avantage d'une plus grande célérité mais l'inconvénient d'une moins grande résonnance sociologique.

Or, dans le domaine de l'unification, le sentiment d'appartenance à une entreprise concertée constitue un facteur de succès.

Je vois bien les difficultés d'une telle initiative, quelles qu'en soient les modalités. On dira d'abord que la malice des temps, due à la récession, au chômage, à la résurgence du protectionnisme contrarie toute humeur d'unité ou d'uniformisation des lois. J'y ai déjà fait allusion. Je répondrai qu'au contraire l'accomplissement d'un effort commun dans un plan déterminé et bien défini est un facteur de rapprochement et d'optimisme de bon aloi.

Certains objecteront que les lois uniformes n'empêchent pas les divergences d'interprétation, faute d'unicité de juridiction. Tout d'abord, il ne faut pas s'exagérer les leçons centrifuges en pareilles matières: l'exemple des lois uniformes sur les lettres de change, les billets à ordre et les chèques (conventions de Genève du 7 juin 1930 et 19 mars 1931) le prouve. Les ressemblances sont plus importantes que les différences. On dira enfin que des dispositions générales communes n'interdisent pas les tempéraments apportés par les contrats spéciaux. C'est exact et le cas de la Suisse le vérifie, par exemple, à propos de la demeure et de ses effets dans les contrats bilatéraux. Mais nombre de mécanismes fondamentaux et maintes questions de la théorie générale justifient amplement à eux seuls un colloque de concertation pratique. Les tempéraments indiqués par certains contrats spéciaux ne sont, du reste, la plupart du temps, que la résultante de l'histoire et des nécessités du commerce juridique. Elles ne sont pas forcément discordantes d'un système à l'autre.



## Conclusion

En définitive, les dispositions générales du Code des obligations ont, en matière contractuelle, heureusement atteint les objectifs à elles assignés par le législateur de 1881: faciliter les échanges en Suisse par la mise en place de mécanismes uniformes, simples et pratiques. Cent ans de contrat fédéral n'ont pas ligoté la jurisprudence ni tari la doctrine, au contraire. La revision de 1911 n'a sans doute pas amélioré la qualité du texte. Deux écueils nous guettent. Le premier tient au juge: parfois il est trop timide (voir par exemple la prescription survenue en cas de procès), d'autres fois trop audacieux (voir par exemple le concours alternatif de la garantie, de l'inexécution et des vices du consentement en matière de vente). Je me réfère à cet égard au rapport alémanique. L'autre écueil, c'est le dédain de la simplicité. Les sirènes de la science allemande, insistantes et vigoureuses, ont tout pour séduire nos équipages.

Comme le disait le regretté WALTER YUNG, le Code civil suisse est un code simple pour gens simples. Or, le Code des obligations est et doit rester le cinquième livre du Code civil suisse.

Cette exigence n'empêche pas qu'une rencontre avec les systèmes juridiques voisins offrirait – à tout le moins – l'avantage d'aviver la conscience de nos qualités et de nos défauts tout en nous amenant à coopérer à l'élaboration progressive d'une loi uniforme du contrat pour les systèmes issus du droit romain.