

Colloque en l'honneur du
professeur Gilles Petitpierre

Le législateur et le droit privé

Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre

Faculté de droit
de Genève

Le législateur et le droit privé : Colloque en l'honneur du professeur
Gilles Petitpierre

CHAPPUIS, Christine (Ed.), FOËX, Bénédicte (Ed.), THÉVENOZ, Luc (Ed.)

Reference

CHAPPUIS, Christine (Ed.), FOËX, Bénédicte (Ed.), THÉVENOZ, Luc (Ed.). *Le législateur et le droit privé : Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre*. Genève : Schulthess, 2006, 237 p.

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:9122>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**





Faculté de droit de Genève

Les éditeurs remercient la *Société académique de Genève*, le *Fonds général de l'Université*, la *Société genevoise de droit et de législation*, le Rectorat de l'Université de Genève, la Faculté de droit, sa Section de droit privé et son Département de droit civil, dont les généreux subsides ont permis la tenue du colloque et la publication du présent ouvrage.

La photographie reproduite en page I a été réalisée par M. Eduard Rieben, photographe.

Colloque en l'honneur du
professeur Gilles Petitpierre

Le législateur et le droit privé

Edité par
Christine Chappuis
Bénédict Foëx
Luc Thévenoz

Schulthess § 2006

Information bibliographique: «Die Deutsche Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2006
ISBN 3 7255 5211 8

www.schulthess.com

Table des matières

<i>Avant-propos</i>	7
<i>Préface</i>	9
PIERRE WESSNER	
La responsabilité du fait des produits, un droit venu d'ailleurs!	11
PIERRE TERCIER	
La réforme du droit de la responsabilité civile: Chronique d'une mort annoncée	25
MARGARETA BADDELEY	
Le droit de la famille, un droit en constante évolution	39
DOMINIQUE MANAI	
Les nouveaux adjoints pensants du législateur	57
PAUL-HENRI STEINAUER	
Das Gericht, le juge, il giudice? Le principe de l'équivalence des textes légaux dans les trois langues	69
BÉNÉDICT FOËX	
Sûretés mobilières: un si long silence (Variations sur un air de <i>cha-cha-cha</i>)	85
LUC THÉVENOZ	
Réflexions sur le rôle de l'administration, des experts et des milieux intéressés dans la réforme du droit privé	105
ALEXANDRE FLÜCKIGER ET JEAN-DANIEL DELLEY	
L'élaboration rationnelle du droit privé: de la codification à la légistique	123

BERND STAUDER

Le consommateur – enfant chéri ou mal-aimé du législateur? 145

ARIANE MORIN

Le droit du bail ou la voie du milieu 167

CHRISTINE CHAPPUIS

L'harmonisation internationale du droit des obligations,
muse du législateur suisse? 177

ELEANOR CASHIN RITAINE

La réforme du droit des contrats – entre tradition et modernité.
Exemples choisis de la pratique législative en Europe 211

GILLES PETITPIERRE

Docendo discimus. Leçon d'adieu prononcée le 10 juin 2005 229

Avant-propos

Les pages qui suivent rendent au professeur Gilles Petitpierre l'hommage scientifique qui lui est dû. Cet avant-propos, qui se doit d'être bref afin de ne pas heurter la modestie du destinataire, se veut exclusivement un témoignage personnel sur l'apport du professeur Petitpierre à une Faculté qu'il a profondément marquée durant les quelque trente-cinq ans d'activité déployée en son sein.

Gilles Petitpierre assure l'insertion de la Faculté dans son histoire. D'abord parce qu'il a le sens de l'histoire, de son histoire, de notre histoire. Ensuite parce que mieux que quiconque, il sait nous rappeler que nous sommes serviteurs d'une cause qui nous dépasse: le service de l'Etat, *l'éducation nationale* au sens le plus fort de ces mots. Enfin, parce qu'il est porteur d'une des valeurs essentielles de l'université telle que nous devons la défendre: le *respect*. Respect pour les étudiants d'abord, à l'égard desquels il est d'une politesse et d'une courtoisie inépuisables, en décalage avec l'affichage d'une familiarité artificielle, voire contrainte, qui est de rigueur, si on ose l'écrire, aussi bien sur les ondes que dans certains auditoires. Respect à l'égard de tous ceux et toutes celles qui travaillent dans cette faculté ensuite. Respect à l'égard de ses collègues enfin, dont il sait toujours mettre en valeur les mérites et écouter les opinions, même quand elles sont éloignées des siennes.

Il faut vivre avec son temps mais ne pas se laisser gouverner par lui, dit un personnage de Schiller. Cette belle formule convient parfaitement au professeur Petitpierre. Jamais il ne se fait dicter son style, ses convictions, ses références par l'air du temps. Il préfère toujours citer la Bible, avec un faible me semble-t-il pour l'Écclésiaste, plutôt que les syncrétismes à la mode. Aux chantages bruyants de l'épanouissement personnel à tout prix et de l'individualisme comme clef de lecture de la société, il préfère les promoteurs discrets des vertus collectives et du service de la communauté. Son protestantisme profond et serein affleure à tout moment dans ses propos. L'homme, heureusement, reste présent dans la vie académique et politique de son canton d'adoption. «Sa» Faculté continue à être fière de lui.

ROBERT ROTH

Doyen

Préface

A l'occasion du soixante-cinquième anniversaire du professeur Gilles Petitpierre, la Faculté de droit de l'Université de Genève a organisé, les 22 et 23 septembre 2005, un colloque consacré à un thème qui combine les intérêts scientifiques et l'engagement politique du jubilaire : *Le législateur et le droit privé*.

Ce sont les conférences présentées à cette occasion par des collègues – et amis – de Gilles Petitpierre dont la version écrite est publiée ici. Centrées sur le rôle et les interventions du législateur en droit privé, ces contributions apportent un éclairage nouveau sur la réforme des grands textes du droit privé suisse (Code civil et Code des obligations) et de leur législation accessoire, ainsi que sur le rôle et l'importance des multiples intervenants dans la procédure législative. Quand le législateur intervient-il? Quand s'abstient-il? Dans quels domaines et pour quels motifs? S'il choisit d'intervenir, comment le fait-il? Quel est le rôle des experts consultés et des lobbys concernés? Telles sont quelques-unes des questions qui sont discutées.

Cet ouvrage s'achève par la leçon d'adieu donnée par Gilles Petitpierre le 10 juin 2005. Chacun pourra ainsi relire les paroles pénétrantes qu'il a prononcées à cette occasion et se remémorer avec émotion la *standing ovation* qui les a suivies.

* * *

Nous tenons à remercier ici les auteurs des textes qui suivent, et les autres participants au colloque, dont l'enthousiasme pour ce projet témoigne du rayonnement de Gilles Petitpierre et de l'amitié qu'il inspire. En outre, que Mesdames Nicole Crausaz, Francine Pinget et Ariane Tschopp ainsi que Monsieur Gervais Muja, collaborateurs de la Faculté, trouvent ici l'expression de notre reconnaissance pour la part active qu'ils ont prise dans l'organisation du colloque et la publication de cet ouvrage.

CHRISTINE CHAPPUIS

BÉNÉDICT FOËX

LUC THÉVENOZ

La responsabilité du fait des produits, un droit venu d'ailleurs!

PIERRE WESSNER

Professeur à l'Université de Neuchâtel

Introduction

Comment surprendre aujourd'hui sur la responsabilité du fait des produits, tant ce thème a fait l'objet, ces dernières années, de discussions et de publications, au point de générer ce qu'on pourrait appeler ici un risque de développement? Et, en particulier, comment étonner le collègue et ami que nous honorons dans cet ouvrage, lui qui en 1974 signa une thèse mémorable en la matière¹, lui qui, au surplus, vota comme parlementaire fédéral la loi emblématique de 1993? Cela a sans doute constitué pour Gilles Petitpierre une opportunité de vivre une dialectique transcendante entre la pensée et l'action.

Le cheminement emprunté par la loi sur la responsabilité du fait des produits évoque en moi l'itinéraire d'une enfant gâtée. C'est dire que mon exposé se situera dans la temporalité. En fait, il suivra un choix diachronique non surprenant: le passé (I.), le présent (II.) et le futur (III.). Le passé, ce sera un regard dans le rétroviseur. D'où vient le concept? Comment s'est-il imposé en Suisse? Pourquoi le législateur helvétique a-t-il transposé dans son droit, sans le devoir, une directive européenne? Le présent, ce sera un constat sous la forme de deux questions. Quel est le bilan de la loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994? Et, puisqu'on le sait, quelles sont les raisons du peu d'intérêt que cette loi suscite dans la pratique? Le futur, ce sera l'occasion de décrire l'attitude qu'affiche le législateur face à l'évolution récente du droit européen: attitude contrastée, voire ambivalente. Et il s'agira alors d'observer quelques perspectives plutôt paradoxales.

¹ PETITPIERRE Gilles, *La responsabilité du fait des produits. Les besoins d'une responsabilité spéciale en droit suisse à la lumière de l'expérience des Etats-Unis*, thèse, Genève 1974.

I. Le passé : un regard dans le rétroviseur

A. Une prise de conscience

L'idée d'un regard particulier – entendons d'un traitement plus sévère – de la responsabilité des entreprises qui conçoivent, fabriquent et distribuent des produits défectueux, émerge dans la période de l'entre-deux guerres mondiales. Elle s'impose comme un concept juridique aux Etats-Unis d'Amérique dans les années soixante. Elle repose sur le constat que de plus en plus de personnes interviennent dans la mise en circulation de produits (fabricants, sous-traitants, assembleurs, importateurs, grossistes, détaillants et j'en passe). D'où la difficulté lorsque les choses se passent mal et que, comme c'est souvent le cas, le dernier maillon de la chaîne – c'est-à-dire le vendeur – n'est pour rien dans la défectuosité du produit, d'identifier le responsable.

Par ailleurs, les produits sont de plus en plus complexes, c'est-à-dire le résultat de procédés de fabrication sophistiqués et secrets qui échappent souvent aux utilisateurs. Il suffit de penser à la sinistre *thalidomide* (médicament visant la prévention de nausées pour les femmes enceintes) qui entraînait des malformations chez les nouveaux-nés, au tragique *DES* (un autre médicament tendant à éviter les fausses-couches) qui provoquait des cancers chez les filles nées de mères qui l'avaient ingurgité, ou encore à l'amiante pernicieuse, utilisée massivement pour l'isolation des bâtiments, dont on sait depuis le dernier quart du 20^e siècle que l'inhalation des fibres peut générer toutes sortes d'affections, notamment le cancer de la plèvre². D'où la difficulté de déterminer le défaut et, le cas échéant, de le qualifier : défaut de conception, de présentation ou de fabrication (par exemple, simple bavure dans une production en série)³, et par conséquent d'imputer une faute à la personne que la victime veut tenir pour responsable⁴. D'où la difficulté encore d'établir un rapport de cause à effet entre le défaut éventuel du produit incriminé et le préjudice subi par le lésé, comme c'est souvent le cas en matière de médicaments⁵.

² WESSNER Pierre, « Les responsabilités environnementales et l'appréhension des risques de développement », in *Droit international privé, droit de l'arbitrage et droit comparé, Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Bâle 2005, n° 8 et les références citées.

³ Exemple : cas d'une bouteille d'eau gazeuse qui, conditionnée en des milliers d'exemplaires, explose. Cf. ainsi Cour suprême de Californie, 1944, *Escola c. Coca Cola Bottling Co*, 150 P 2d 436 ; *Bundesgerichtshof*, République fédérale d'Allemagne, 9 mai 1995, *Versicherungsrecht* 1995.924, RSA 1997, p. 123.

⁴ PETITPIERRE Gilles, « L'apparition d'un besoin social face à l'inadéquation du droit en vigueur : la genèse d'une nouvelle réglementation », in *Responsabilités objectives* (Chappuis Christine / Winiger Bénédicte éd.), Zurich 2003, pp. 11 à 17.

⁵ On citera par exemple la maladie de *SMON* qui serait due à l'absorption du médicament *Entero-Vioform* produit par Ciba-Geigy, qui a frappé essentiellement des victimes vivant dans l'archipel japonais ; cf. sur ce point Pierre WESSNER (n. 2), n° 8 et les références citées.

C'est en fin de compte cette problématique déroutante, quelques fois aussi – et hélas – spectaculaire, liée tout autant à l'érosion de la production artisanale des biens qu'à l'éclosion d'un mouvement consumériste, qui induit le constat que les instruments classiques du droit de la responsabilité ne suffisent plus à régir convenablement la compensation des dommages causés par des produits défectueux⁶ et, en conséquence, qu'une solution spécifique s'impose en ce domaine.

B. L'itinéraire du concept de responsabilité

Le cheminement du concept de responsabilité objective, tel qu'il est ancré dans la loi suisse de 1993, est marqué par cinq étapes géographiquement identifiées : San Francisco, Strasbourg, Lausanne, Bruxelles et, bien sûr, Berne.

Première étape : San Francisco 1963. Dans un arrêt retentissant⁷, la Cour suprême de Californie juge que le producteur répond de plein droit, c'est-à-dire sans violation d'un devoir de diligence, si son produit crée un danger anormal pour l'utilisateur qui l'utilise de façon raisonnable. A vrai dire, cette jurisprudence résulte de la convergence de deux notions : d'une part, la garantie contractuelle, expresse ou tacite (*warranty*) – dont bénéficient aussi peu à peu les proches de l'acheteur déçu – ; d'autre part, la faute délictuelle (*negligence*) – qui s'objectivise de plus en plus et dont la preuve s'allège par la maxime *res ipsa loquitur*⁸. On en arrive ici, à tout le moins pour les préjudices corporels et matériels, à un principe de *strict liability* en faveur d'un cercle indéterminé de lésés potentiels. Ce principe sera repris dans la *common law* de la plupart des Etats américains⁹, ainsi que dans le *Restatement (second) of Torts* de 1966¹⁰.

Deuxième étape : Strasbourg 1977. Le Conseil de l'Europe adopte une « Convention sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles et de décès »¹¹. Rappel intéressant : des juristes d'outre-Atlantique

⁶ Cf. pour des exemples jurisprudentiels en droit suisse : ATF 49 I 465 : cas de l'aniline ; ATF 64 II 264 : cas de la ceinture de travail d'un électricien ; ATF 90 II 86 : cas de la friteuse ; ATF 96 II 108 : cas de la gazoline.

⁷ Cour suprême de Californie, 1963, *Greeman c. Yuba Power Products Inc.* 59 2d 57, 377 P 2d 897 ; cf. aussi d'autres références jurisprudentielles chez WERRO Franz, « La responsabilité objective du fait des produits est-elle stricte ? », in *Responsabilités objectives* (Chappuis Christine / Winiger Bénédicte éd.), Zurich 2003, p. 29, n. 1.

⁸ PETITPIERRE Gilles (n. 1), pp. 39 à 123, (n. 4), pp. 17 à 21.

⁹ Sous réserve de l'*Uniform Commercial Code*. Cf. HAAS Josiane, *La responsabilité de l'entreprise en Europe : Un droit unique pour le Marché unique ?*, Berne et Bruxelles 2004, n° 587 et 649 ; LEVASSEUR Alain, *Le droit américain*, Dalloz, Paris 2004, p. 141.

¹⁰ § 402 A. Cf. PETITPIERRE Gilles (n. 1), pp. 105 ss ; cf. ouvrage cité en n. 4, Annexe 4.

¹¹ Convention du 27 janvier 1977, in *Série des Traités européens*, n° 91.

participent à l'élaboration du texte. Ils usent de leur influence pour étendre la responsabilité (notion large du producteur, obligation de réparer déconnectée de la faute), mais aussi pour l'exclure (lorsque le produit incriminé n'a pas été mis en circulation ou que le dommage résulte d'un risque de développement). Pour le reste, la Convention prévoit des règles qui ont été reprises par la Directive de 1985 et qui sont donc aujourd'hui applicables à pratiquement toute l'Europe. On citera celles qui régissent la prescription et la préemption de l'action en réparation, celle qui exclut les clauses limitatives de responsabilité ou encore celle qui autorise le concours avec les moyens du droit commun¹². Cette Convention, on le sait, est restée lettre morte, faute de signatures suffisantes. En réalité, elle a été évincée par le mouvement d'unification de l'Europe politique et économique.

Troisième étape: Lausanne 1984. Dans un arrêt explosif – le fameux *Schachtrahmenfall*¹³ – le Tribunal fédéral conçoit une véritable responsabilité objective du producteur, sévère sinon draconienne. Appliquant l'art. 55 CO, il impose à l'employeur-fabricant l'obligation – supplémentaire dira-t-on – de veiller à une organisation rationnelle de son entreprise et de procéder à un contrôle final de ses produits lorsque, de cette manière, un dommage à un tiers peut être évité¹⁴. Et si un tel contrôle s'avère impossible ou disproportionné, l'employeur devra choisir un autre mode de production qui exclut les risques avec un haut degré de vraisemblance. Cette jurisprudence, on le sait, a été fortement critiquée. En sollicitant à l'extrême l'art. 55 CO, le Tribunal fédéral a rendu pratiquement impossible la preuve libératoire de la diligence¹⁵. En imposant une solution prétorienne brutale, il a privé les entreprises et leurs assureurs d'un temps d'adaptation souhaitable¹⁶. Il n'empêche que cette jurisprudence a révélé les lacunes du droit suisse dans le domaine de la responsabilité du fait des produits; elle a également souligné la nécessité d'une législation spécifique qui transcende le cadre des relations contractuelles entre producteurs, distributeurs et utilisateurs.

¹² Cf. notamment art. 6, 7, 8 et 12 de la Convention.

¹³ ATF 110 II 456, JT 1985 I 378.

¹⁴ L'arrêt susmentionné fut confirmé peu après pour l'employeur-distributeur de produits non fabriqués par lui, s'agissant du devoir de contrôle; ATF 14 mai 1985, JT 1986 I 571.

¹⁵ WESSNER Pierre, «Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux», in *Responsabilités objectives* (Chappuis Christine / Winiger Bénédicte éd.), Zurich 2003, pp. 65 et 74 s.; la preuve libératoire devrait être possible pour les préjudices découlant de risques de développement. Cf. aussi WIDMER Pierre, «Produktehaftung», *recht* 1986, pp. 50 ss.

¹⁶ PETITPIERRE Gilles (n. 4), p. 23. Selon CHAPPUIS Guy, «La responsabilité civile du fait des produits: les expériences d'un assureur», in *Responsabilités objectives* (Chappuis Christine / Winiger Bénédicte éd.), Zurich 2003, pp. 145 ss, les craintes des assureurs portant sur une augmentation des sinistres ne se sont pas vérifiées.

Quatrième étape: Bruxelles 1985. Le Conseil des Communautés européennes adopte la « Directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux »¹⁷. Ce texte est fortement symbolique. Il reflète en effet l'idée que le droit privé a aussi un rôle à jouer dans le processus d'intégration européenne comme dans le développement d'un commerce international loyal et organisé. Compte tenu des intérêts en jeu, sa genèse et sa transposition se sont heurtées à des écueils¹⁸. L'objectif de l'harmonisation – qui ne reste que partielle, eu égard aux options ouvertes – est double¹⁹. D'une part, il vise à assurer une meilleure et plus égale protection aux consommateurs. D'autre part, il tend à éliminer les disparités législatives qui peuvent fausser la concurrence et donc affecter la libre circulation des marchandises. C'est ce qu'a rappelé il y a quelques années la Cour de justice du Luxembourg à la Grèce, qui n'avait pas transposé dans sa législation l'exigence de la franchise de 500 euros pour les cas-bagatelles²⁰. Quant à sa portée, la Directive de 1985 a exercé une influence considérable en Europe, également dans les Etats qui n'étaient pas membres de l'Union ou n'avaient pas adhéré à l'Espace économique, et même dans d'autres pays, comme la Turquie, le Japon et l'Australie²¹. La Suisse n'a pas échappé à ce phénomène exceptionnel.

Cinquième étape: Berne 1993. Le Parlement fédéral adopte la loi sur la responsabilité du fait des produits²². Sur la forme, le législateur reste fidèle à la terminologie et à la systématique qui caractérisent le droit suisse. Sur le fond, il reprend la Directive européenne, et donc le principe d'une responsabilité attachée au seul défaut et détachée de la faute. Alors la question se pose²³. En général, comment s'explique ce phénomène d'attraction du droit communautaire? En particulier, pourquoi la Suisse, et sans y être tenue après l'historique refus du 6 décembre 1992 d'adhérer au Traité de l'Espace économique européen, a-t-elle de fait « reçu », pour ne pas dire « transposé », la Directive de 1985? Et dans le prolongement, pourquoi la loi de 1993 a-t-elle

¹⁷ Directive du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, (85/374/CEE), JO n° L 210/29.

¹⁸ HAAS Josiane (n. 9), n° 373 et 412: recherche d'un équilibre entre les intérêts des producteurs et des consommateurs.

¹⁹ HAAS Josiane (n. 9), n° 375 à 383.

²⁰ Art. 9, par. 1, litt. b; cf. Arrêt du 25 avril 2002, Affaire C – 154/00, Commission des Communautés européennes c. République hellénique.

²¹ Commission des Communautés européennes, Livre vert, « La responsabilité du fait des produits défectueux », 29 juillet 1999, COM (1999) 396 final, p. 11.

²² LF du 18 juin 1993, RS 221.112.944. Cf. à ce sujet FELLMANN Walter/VON BÜREN-VON MOOS Gabrielle, *Grundriss der Produktheftpflicht*, Berne 1993, pp. 21 ss; WERRO Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2005, n° 706 et l'imposante bibliographie aux pp. 182 à 184.

²³ Nous reprenons ici largement les propos inscrits dans une contribution à un ouvrage collectif déjà cité: WESSNER Pierre (n. 15), pp. 62 à 64.

fait une entrée si discrète dans notre ordre juridique, sans être combattue par les milieux économiques ou politiques qu'elle pouvait *a priori* indisposer. Ces questions appellent plusieurs réponses.

Tout d'abord, il y a lieu de rappeler que la responsabilité régie par la Directive ne vise pas seulement le fabricant résidant dans un Etat membre de l'Union européenne, mais aussi l'importateur, par exemple le distributeur en Allemagne d'un produit suisse. Cela signifie que ce distributeur est naturellement enclin à imposer à son fournisseur étranger la responsabilité, telle que prévue par la Directive, de manière à pouvoir se retourner contre lui s'il est recherché en réparation par la victime d'un défaut. A cet égard, les importateurs et distributeurs de l'Union européenne ont depuis longtemps obtenu de leurs fournisseurs étrangers d'être inclus dans l'assurance couvrant la responsabilité de ces derniers.

A ce motif qui s'inscrit dans la logique économique de la chaîne de la fabrication et de la distribution des produits s'ajoutent des raisons liées à l'application de nouvelles dispositions de portée internationale. On pense à la règle de conflits de lois posée à l'art. 135 LDIP, et surtout à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, adoptée à Lugano le 16 septembre 1988²⁴. Cette Convention, on le sait, permet l'exécution dans notre pays de décisions rendues dans des Etats qui y ont adhéré, et notamment dans les Etats membres de l'Union européenne et ceux de l'Association européenne de libre-échange²⁵. Autrement dit, les producteurs suisses, et notamment les exportateurs, ont été de fait obligés de se soumettre aux exigences de la Directive et d'assumer la responsabilité objective qu'elle prévoit, au risque sinon de perdre leurs clients européens. Et, au vu du rapport de forces, on les voyait mal fabriquer deux sortes de produits, ceux étant destinés au marché communautaire, et d'autres au marché helvétique. Ce n'est donc certainement pas par europhilie que l'industrie de notre pays s'est résignée à l'acceptation du modèle européen, mais c'est pour montrer que le consommateur suisse victime du défaut d'un produit suisse méritait une protection équivalente à celle du consommateur étranger lésé dans les mêmes circonstances. En fin d'analyse, c'était pour elle une question de crédibilité et de compétitivité sur le marché européen.

D'autres motifs encore expliquent que la loi sur la responsabilité du fait des produits a été votée en 1993 sans opposition majeure. On mentionnera le fait que le terrain avait été préparé depuis plusieurs années. Des propositions

²⁴ RS 0.275.11.

²⁵ WIDMER Pierre, « Responsabilité du fait des produits et responsabilité du fait de l'organisation », in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, p. 351 et les références citées. Ce passage est repris mot à mot de WESSNER Pierre (n. 15), pp. 63 ss.

doctrinales, comme celle de Gilles Petitpierre dans sa thèse²⁶, plaidaient en faveur d'une solution législative spécifique. Des interventions parlementaires également, dont une initiative déposée par le secrétaire de la Fondation pour la protection des consommateurs, M. Neukomm²⁷. Par la suite, c'est-à-dire après le référendum négatif à l'adhésion de la Confédération suisse à l'Espace économique européen, le projet de loi s'est glissé naturellement dans le « paquet législatif » dénommé *Swisslex*²⁸. L'objectif avoué était certes de « régénérer » l'économie de notre pays, mais aussi de poursuivre une politique mesurée d'intégration européenne. Enfin, toujours dans ce contexte, on rappellera que la jurisprudence, une dizaine d'années avant l'adoption de la loi, avait conçu une véritable responsabilité objective du producteur, dont la sévérité ne cédait en rien à celle instituée par la Directive européenne²⁹.

II. Le présent: un bilan surprenant

A. Le bilan jurisprudentiel de la loi

Jusqu'à ce jour, il apparaît que la loi sur la responsabilité du fait des produits est pratiquement restée lettre morte. Le Bureau fédéral de la consommation confirme qu'elle n'a pas fait l'objet de décisions judiciaires³⁰; avec la doctrine³¹, il y voit un effet préventif de la législation en question.

En Europe également, on constate en général que peu d'affaires sont portées devant les tribunaux³². On avance encore l'argument de l'effet préventif, et aussi celui de l'application préférentielle des régimes délictuels et contractuels nationaux de droit commun – jugés à certains égards plus favorables

²⁶ PETITPIERRE Gilles (n. 1), pp. 148 ss.

²⁷ WIDMER Pierre (n. 25), pp. 351 s.

²⁸ Cf. Projet et Message du Conseil fédéral du 27 mai 1992, FF 1992 V 412 à 430; Projet et Message du Conseil fédéral du 24 février 1993, FF 1993 I 760, 833 à 835, 929 à 932.

²⁹ Cf. *supra* n° 9.

³⁰ Lettre à l'auteur de la présente contribution du 13 juillet 2005. Dans sa publication la plus récente, WERRO Franz (n. 22), pp. 184 ss, ne cite aucune référence jurisprudentielle en rapport avec la LRFP. Cf. pourtant ATF 121 IV 10 sur la responsabilité pénale d'un vendeur d'une installation technique dangereuse.

³¹ PETITPIERRE Gilles (n. 1), p. 3; HAAS Josiane (n. 9), n° 383; WERRO Franz, «Le droit suisse de la responsabilité du fait des produits face au droit européen», in *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, (Werro Franz / Probst Thomas éd.), Berne 2004, p. 46.

³² BECK Peter, « Erste Auswirkungen des europäischen Produkthaftungsrechts », *Revue suisse d'assurance*, 1989, pp. 118 ss; HAAS Josiane (n. 9), n° 775 et 787; Commission des Communautés européennes, Rapport concernant la mise en œuvre de la directive 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, 31 janvier 2001, COM (2000) 893 final, p. 33; ce rapport souligne pourtant le succès de l'application de la Directive en Autriche (p. 8, 10 et 13).

aux victimes – qui ne sont pas évincés par la Directive (art. 13). Ce désintérêt contraste évidemment avec le contentieux énorme qu'on observe en la matière aux Etats-Unis³³.

B. Les raisons du désintérêt

Que la sévérité de la responsabilité pesant sur les producteurs les incite – et sans doute la pression de leurs assureurs n'y est pas étrangère – « à maximiser leurs efforts pour produire sans risques inutiles pour la santé et l'intégrité humaines »³⁴, est indéniable. La loi spéciale offre en effet à la victime d'un produit défectueux des avantages non négligeables, donc redoutables. Par rapport à l'action contractuelle fondée sur la garantie du vendeur (art. 197 ss CO), le lésé est dispensé de prouver les incombances draconiennes de vérification et d'avis des défauts (art. 201 CO) et il ne risque aucunement de se faire opposer par le défendeur la disculpation (art. 208 al. 3, tempéré par l'art. 208 al. 2 CO), l'exception de courte prescription (art. 210 al. 1 CO) ou encore une clause exclusive de responsabilité. Au surplus, il est habilité à agir en réparation, même s'il n'est pas partenaire contractuel du producteur recherché, qu'il soit acheteur de seconde main d'une chose d'occasion ou simple utilisateur³⁵. Par rapport à l'action délictuelle fondée sur l'art. 55 CO, il est vrai que les avantages de la législation spéciale s'estompent considérablement, eu égard à l'interprétation qu'en fait la jurisprudence³⁶. Néanmoins, le constat est incontestable : les plaideurs préfèrent clairement recourir aux instruments classiques du Code³⁷, comme le permet expressément la loi (art. 11 al. 2 LRFP). Cette disposition réserve d'ailleurs aussi l'application du droit cantonal, ce qui n'est pas insignifiant dans les cas où la responsabilité découle d'une transfusion sanguine ou de la pose d'un stimulateur cardiaque défectueux dans un hôpital dépendant d'une collectivité publique³⁸.

A cette première raison s'ajoute une deuxième, qui a trait aux restrictions du champ d'application de la loi spéciale. On pense avant tout aux règles qui excluent la réparation des dommages purement économiques et de ceux causés au produit lui-même, ainsi que la compensation découlant d'atteintes à des choses destinées à des fins commerciales ou professionnelles, ce qui

³³ WERRO Franz (n. 7), pp. 56 s. ; WERRO Franz (n. 22), pp. 182 ss et les références citées.

³⁴ HAAS Josiane (n. 9), n° 383 ; cf. aussi *supra* n° 9 et la référence à CHAPPUIS Guy, en note 16 ; Commission des Communautés européennes, Rapport (n. 32), pp. 11 s.

³⁵ Cf. art. 1 al. 1, 8 et 9 LRFP. CHAPPUIS Guy (n. 16), pp. 145 ss.

³⁶ Cf. *supra* n° 9. On précisera que l'action contre l'employeur est soumise à la courte prescription de l'art. 60 al. 1 CO.

³⁷ Cf. les exemples cités par CHAPPUIS Guy (n. 16), p. 148.

³⁸ CHAPPUIS Guy (n. 16), pp. 149 s.

représente en pratique une importante sinistralité (art. 1 LRFP)³⁹. On pense également aux exceptions que l'art. 5 LRFP permet d'opposer au lésé, sans parler évidemment de la franchise légale fixée à Fr. 900.–, si exceptionnelle en droit suisse de la responsabilité civile (art. 6 LRFP)⁴⁰. Par ailleurs, la difficulté à définir le défaut dans certaines circonstances peut être répulsive, qu'il s'agisse du défaut de conception (avec la question des risques de développement), du défaut de fabrication (avec la question des bavures) ou encore du défaut de présentation (où la faute refait inévitablement surface)⁴¹.

Une troisième raison est avancée pour expliquer l'inapplication de la loi de 1993: c'est l'interprétation extensive qu'a fait notre Cour suprême de l'art. 55 CO. En bref, c'est bien une présomption de responsabilité qui pèse sur l'employeur-producteur, une présomption qui dispense la victime de prouver le défaut de l'organisation de l'entreprise incriminée, donc celui du produit qu'elle fabrique ou distribue. La donne est différente pour le lésé se prévalant de la loi spéciale. Sur lui pèse le fardeau de la preuve, qui pourra prendre l'allure d'une *probatio diabolica*, lorsque le défaut représente une simple bavure d'une fabrication en série ou est lié à un produit sophistiqué, comme un médicament. D'un point de vue législatif, la Commission européenne n'est pas loin de reconnaître qu'il s'agit d'une anomalie conceptuelle⁴².

III. Le futur: des perspectives paradoxales

A. L'action de l'Union européenne

Depuis l'adoption de la «Directive-phare» de 1985, l'Union européenne a élargi par l'effet de trois textes – en clair, trois directives – le champ de la responsabilité du fait des produits. A chaque fois, et même si les moyens sont différents, les objectifs restent identiques: d'une part, inscrire l'activité économique dans un cadre mieux régulé, d'autre part élever le degré de protection du consommateur.

Le premier texte est une Directive adoptée en 1999⁴³, qui modifie celle de 1985. Il étend la responsabilité du producteur aux matières agricoles premières, c'est-à-dire non transformées (viande, fruits, légumes, céréales),

³⁹ CHAPPUIS Guy (n. 16), p. 147.

⁴⁰ Cette franchise est limitée aux dommages matériels.

⁴¹ PETITPIERRE Gilles (n. 4), p. 13; WERRO Franz (n. 7), p. 31 et pp. 39 ss.

⁴² Commission des Communautés européennes, Livre vert (n. 21), pp. 19 s.; WESSNER Pierre (n. 15), pp. 69 ss.

⁴³ Directive 1999/34/CE du 10 mai 1999 du Parlement européen et du Conseil, JO n° L 141 du 4 juin 1999, pp. 0020-0021.

ainsi qu'aux produits de la chasse. On tient ainsi à restaurer la confiance des consommateurs, après des tragédies à répétitions qui ont affecté l'agriculture et l'élevage, et on pense ici surtout à la crise de la « vache folle ».

Pour l'heure, et il vient de le confirmer dans la nouvelle loi sur la transplantation⁴⁴, le législateur helvétique juge qu'il n'est pas nécessaire de réviser dans ce sens la loi sur la responsabilité du fait des produits. Il considère qu'en termes de sécurité, les réponses administratives et pénales de la législation alimentaire suffisent⁴⁵.

Le deuxième texte européen significatif date aussi de 1999. C'est la déjà fameuse « Directive sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation »⁴⁶. Elle s'adresse prioritairement au client, en élargissant la garantie dite de « conformité au contrat » (art. 2), avec un délai fixé en principe à deux ans au moins, sans limitation conventionnelle. La Directive en question tend également à prendre en compte les nouvelles technologies de ventes à distance.

En Suisse, l'idée d'appréhender cette problématique dans une future loi sur le commerce électronique a émergé dans un avant-projet du 17 janvier 2001. Mais l'évolution du processus a été bloquée par l'adoption jugée prioritaire de la loi sur la signature électronique⁴⁷. Actuellement c'est, semble-t-il, l'incertitude qui prédomine en ce domaine.

Quant au troisième texte annoncé, il s'avère complémentaire à la Directive de 1985, en ce sens qu'il remplit une fonction essentiellement préventive. Il s'agit de la Directive de 2001 relative à la sécurité générale des produits⁴⁸. L'objectif poursuivi est de mettre en place des mécanismes – souvent administratifs – tendant à surveiller la commercialisation de produits qui soient sûrs. Parmi les mesures préconisées, on notera celles qui obligent le producteur à informer et au besoin à avertir spécialement les consommateurs de risques particuliers, et également celles qui permettent aux autorités – au-delà du contrôle et de l'autorisation – d'ordonner le retrait, le rappel ou la destruction des produits dangereux.

En Suisse, la question de la sécurité des produits ne fait pas l'objet d'une loi à vocation générale. A côté de normes de qualité non étatiques, qui évi-

⁴⁴ LF sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004, FF 1984 5115 ss, notamment p. 5139: modification de l'art. 3 al. 2 LRF. P.

⁴⁵ LF sur les denrées alimentaires du 9 octobre 1992, RS 817.0; cf. notamment art. 23 (autocontrôle) et art. 47 ss (dispositions pénales). Cf. aussi la LF sur les épizooties du 1^{er} juillet 1966, RS 916.40.

⁴⁶ Directive 1999/44/CE, du 25 mai 1999, JO n° L 171 du 7 juillet 1999, pp. 0012-0016.

⁴⁷ LF sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique du 19 décembre 2003, RS 943.03.

⁴⁸ Directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001, JO n° L 011 du 15 janvier 2002, pp. 004-0017, qui constitue la refonte d'une directive antérieure.

demment jouent aussi un rôle préventif⁴⁹, et de dispositions pénales⁵⁰, il existe de très nombreuses prescriptions administratives qui, sous forme d'injonctions (exemple : obligation de renseigner), d'interdictions (exemple : retrait de marché) et de répression (exemple : confiscation), appréhendent ce domaine. On citera ici notamment deux lois fédérales significatives⁵¹, sans mentionner la multitude d'ordonnances d'application en tout genre⁵².

L'opportunité de « transposer » la Directive européenne en la matière dans notre droit a été étudiée, mais abandonnée, compte tenu de l'ampleur du domaine considéré. Aux yeux des autorités fédérales, les exigences communautaires ne sont pas proportionnelles aux besoins établis et l'approche législative helvétique peut et doit rester sectorielle. Actuellement, un avant-projet de loi sur l'information des consommatrices et consommateurs fait l'objet d'une consultation⁵³. Au surplus, le Bureau fédéral de la consommation a reçu mandat d'assumer la gestion d'un service « sécurité des produits » et d'une banque de données législatives⁵⁴.

S'agissant de la question particulière liée à l'obligation du suivi du produit, elle n'est prévue ni par la Directive de 1985, ni par la loi de 1993. A défaut de règles spéciales, la doctrine suisse prône l'application des régimes de droit commun⁵⁵. C'est à nouveau l'art. 55 CO qui s'impose⁵⁶. En clair, l'employeur – fabricant ou distributeur – assume un devoir de surveiller l'évolution du produit après sa commercialisation. S'il apprend qu'un défaut est propre à mettre en danger les droits des utilisateurs et qu'il s'abstient de prendre les mesures adéquates (avertissement, retrait, rappel), sa responsabilité pourra être engagée⁵⁷. Cette question doit notamment être mise en rapport avec celle des risques de développement⁵⁸.

⁴⁹ BÜHLER Theodor, « Ist die Schadenprävention kein Thema für das schweizerische Haftpflichtrecht? », in *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey*, Zurich 2003, pp. 201 ss.

⁵⁰ On mentionnera les nouvelles dispositions sur la responsabilité de l'entreprise pour manque d'organisation coupable, art. 100 *quater* et *quinquies* CPS, introduits par la loi du 21 mars 2003. Cf. *supra* n° 22, n. 45.

⁵¹ LF sur les denrées alimentaires (n. 45) ; LF sur la sécurité d'installations et d'appareils techniques du 19 mars 1976, RS 819.1.

⁵² Cf. ainsi : RS 813.11, 814.81, 817.02, 817.044.1, 916.161.

⁵³ La procédure de consultation échéait au 14 octobre 2005. Elle laisse apparaître un mécontentement qu'expriment à la fois les défenseurs des consommateurs et les milieux de l'économie (Quotidien *Le Temps*, 15 octobre 2005).

⁵⁴ Cf. le site www.consomption.admin.ch.

⁵⁵ FELLMANN Walter / VON BÜREN-VON MOOS Gabrielle (n. 22), n° 345.

⁵⁶ Cf. *supra* n° 9.

⁵⁷ OFTINGER Karl / STARK Emil, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, II/1, Zurich 1987, p. 332, N. 378 ; REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3^e éd., Zurich 2003, N. 957c ; WESSNER Pierre (n. 15), p. 74 : Cf. les informations à ce sujet au Bureau fédéral de la consommation (n. 54).

⁵⁸ WERRO Franz (n. 31), pp. 70 s.

B. L'appréciation synthétique de la situation

Face à l'élargissement marqué du champ de la responsabilité du fait des produits en Europe, la Confédération adopte *a priori* une attitude frileuse, qui est attentiste et manque de vision. Sur le refus d'étendre la responsabilité en question aux produits agricoles primaires et à ceux de l'élevage d'animaux, le législateur suisse fait montre d'une suffisance qui dénote une représentation angélique et dépassée de ce secteur économique ; à moins qu'il ne faille l'interpréter comme une volonté de préserver les producteurs concernés, dont on connaît la chute constante des revenus. Pour ce qui touche le refus de s'aligner sur le droit européen en matière de garantie dans les ventes de biens de consommation, notre pays risque d'en faire subir les conséquences néfastes à l'industrie d'exportation actrice dans ce marché. Quant à la législation suisse sur la sécurité des produits, elle reste sectorielle, donc lacunaire, et d'une complexité qui entache sa lisibilité.

En revanche – et le contraste est saisissant –, dans des domaines de pointe liés aux nouvelles biotechnologies, la Suisse a mis en place des dispositifs de responsabilité jugés exemplaires par leur sévérité, ce qui les rend d'ailleurs aujourd'hui pratiquement inassurables. On pense bien sûr tout d'abord à la responsabilité découlant de l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés et pathogènes⁵⁹. On pense également à la responsabilité résultant de la transplantation d'organes, de tissus et de cellules sur l'être humain⁶⁰. Contrairement à la loi de 1993, ces régimes spécifiques incluent la couverture des risques de développement, en raison de l'incertitude caractérisée des dangers potentiels générés par les activités visées⁶¹. D'une certaine manière, on peut parler de responsabilité « sans bénéfice du doute »⁶².

⁵⁹ Art. 30 ss de la LF sur le génie génétique du 21 mars 2003, RS 814.91 ; art. 59a^{bis} nouveau de la LF sur la protection de l'environnement, introduit par la loi précitée, RS 814.01. Cf. WESSNER Pierre, « Les responsabilités environnementales : un regard de droit suisse sur des questions choisies dans une œuvre inachevée », in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen* (Viney Geneviève / Dubuisson Bernard éd.), Bruxelles/Paris/Zurich 2005, n° 89 ss.

⁶⁰ Art. 3 al. 2 litt. b de la loi précitée (n. 44).

⁶¹ Art. 30 al. 5 LGG ; art. 59a^{bis} al. 4 LPE ; Cf. WESSNER Pierre (n. 2), n° 19 ss.

⁶² MAZEAUD Denis, « Responsabilité civile et précaution », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, Responsabilité civile et assurances, Juris-classeur 2001*, No 6bis (hors série), Paris 2001, p. 72.

Conclusion

Alors, quelques mots en guise de conclusion ! Ils s'exprimeront sous la forme d'un double regard que le législateur suisse ne saurait manquer de porter, tout d'abord, circonstance oblige, sur la loi qu'il a adoptée en 1993, ensuite sur l'europanisation du droit privé.

Le premier regard pose l'objectif sur la loi régissant la responsabilité du fait – ou plutôt du méfait – des produits. C'est bien l'image d'une enfant gâtée que nous renvoie le miroir de la réalité. On l'a cru nécessaire, elle n'était que suffisante. On l'a dit emblématique, elle est en berne. On l'enseigne avec jubilation, elle n'a pas subi l'épreuve de la jurisprudence. Restera-t-elle une « anecdote d'histoire législative », pour reprendre l'expression de Jean Carbonnier⁶³. Je ne le crois pas, en rappelant qu'une horloge arrêtée marque l'heure juste deux fois par jour. S'agissant de la loi dont nous parlons, sa signification symbolique, sa portée internationale suffisent à ne pas la considérer comme un acte manqué, et cela au moment où la responsabilité des prestataires de services se rediscute à l'échelle continentale. Et puis, tôt ou tard, par la force des choses, cette loi devrait se traduire dans les faits. Sinon, elle aura au moins réussi à préfigurer peut-être l'élargissement très à la mode – principe de précaution oblige – de la fonction préventive de la responsabilité civile. La question est bien sûr complexe : statistiquement, on manque de données empiriques ; politiquement, on néglige l'impact de la législation, en particulier dans notre pays.

Le second regard auquel ne peut échapper le législateur, c'est celui qui vise le phénomène d'europanisation du droit privé, donc de dénationalisation, comme on a décantonalisé le droit civil en Suisse à la fin du 19^e siècle⁶⁴. Ce phénomène reste pour l'heure sectoriel. En matière de responsabilité civile, la Directive de 1985 aura constitué le premier texte de référence, une sorte de modèle de prêt-à-porter. Selon la Commission européenne, l'efficacité d'harmonisation sur le marché intérieur est réelle, bien que difficilement mesurable en raison de la mondialisation de l'économie⁶⁵. A sa manière, la Cour de justice de Luxembourg joue son rôle dans ce phénomène⁶⁶.

Il n'en demeure pas moins que l'harmonisation législative par directives interposées est problématique. C'est avant tout la juxtaposition et le chevauchement entre les régimes transposés et ceux de droit commun qui s'avèrent

⁶³ CARBONNIER Jean, « De quelques actes manqués en législation », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris 2001, p. 3.

⁶⁴ HAAS Josiane (n. 9), n° 73 et les références citées.

⁶⁵ HAAS Josiane (n. 9), n° 772 et les références à des rapports de la Commission.

⁶⁶ WERRO Franz (n. 31), pp. 52 ss C'est notamment la délimitation entre le droit transposé et le droit d'origine qui fait problème.

épineux. On a parlé de « mille-feuille juridique »⁶⁷, pour stigmatiser les risques de morcellement et d'incohérence⁶⁸.

Ce constat pessimiste suffit-il à expliquer que le législateur suisse, « décidément décidé » en 1993, ne se sente plus aujourd'hui sous la pression européenne. Sauf dans quelques domaines porteurs, comme celui des organismes génétiquement modifiés, c'est la dynamique du fait accompli qui prévaut. Il n'empêche que tôt ou tard le silence deviendra assourdissant face à l'évolution de certains faits comme :

- les limites que montre la responsabilité civile – en dépit de la prolifération de clauses spéciales – et parfois les signes d'épuisement qu'elle accuse lors de tragédies collectives, comme celles de la « vache folle » ou du sang contaminé par le virus du SIDA ;
- le retrait de l'assurance qui, pour ce qu'on appelle les nouveaux risques, en particulier ceux que génèrent des produits alimentaires ou pharmaceutiques, ne suit plus la responsabilité comme son ombre ;
- le transfert de l'imputation des dommages aux agents économiquement désignés vers des systèmes d'indemnisation mutualistes ou étatiques, qui traduisent l'abandon de la justice commutative ;
- enfin, la victimisation de la société, à laquelle le consumérisme a sans doute contribué, qui rend pratiquement la fatalité « hors la loi »⁶⁹.

En bref, c'est bien l'image d'un éclatement des régimes régissant la réparation des préjudices qui s'affiche ici, celle plus implacable d'un « droit en miettes », comme le prédisait André Tunc au siècle passé⁷⁰.

⁶⁷ TOURNAFOND Olivier, « Quelques observations sur la garantie de conformité issue de l'ordonnance du 17 février 2005 », in *Revue des contrats, L.G.D.J.*, Paris 2005/3, p. 933.

⁶⁸ HAAS Josiane (n. 9), n° 499 ss ; GHESTIN Jacques, « Le futur : exemples étrangers. Le Code civil en France aujourd'hui », in *Revue des contrats, L.G.D.J.*, Paris 2004/4, pp. 1152 ss.

⁶⁹ BUCKNER Pascal, Entretien publié dans le Quotidien *Le Temps*, 27 août 2005.

⁷⁰ TUNC André, « Le droit en miettes », in *Archives philosophiques du droit*, Tome 22 : La responsabilité, Paris 1977, p. 31.

La réforme du droit de la responsabilité civile: Chronique d'une mort annoncée

PIERRE TERCIER

Professeur à l'Université de Fribourg

*Président de la Cour internationale d'arbitrage de
la Chambre de commerce internationale (Paris)¹*

Le thème que l'on m'a proposé, la réforme du droit de la responsabilité civile, est à deux titres au moins particulièrement familier à celui que nous honorons : d'abord parce que Gilles Petitpierre a été pendant des années l'un des membres les plus en vue du Parlement fédéral ; ensuite et surtout parce qu'il a été et reste l'un des maîtres incontestés du droit suisse de la responsabilité civile. Parler de cette réforme que nous avons l'un et l'autre accompagnée tout au long de notre carrière, de son initiation en 1967 à son abandon en 2004, c'est suivre les hésitations et les interrogations d'une société en état d'attentisme ou d'activisme chroniques. S'il est vrai, comme l'affirment les pédagogues et les psychologues, que l'on n'apprend que par l'échec, tentons de voir en quoi cette réforme, dont l'avortement était programmé, peut nous rendre plus sages.

On commencera par un bref rappel des principales étapes de la réforme (I.) ; on cherchera ensuite à dégager les causes qui peuvent expliquer son échec (II.) ; on terminera par quelques réflexions sur sa portée et ses effets (III.), ce qui constituera indirectement une modeste contribution à la recherche des « nouveaux fondements normatifs du droit privé ».

¹ Ce texte reprend la conférence donnée le 22 septembre 2005 lors du Colloque organisée en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre. En dépit d'un appareil critique sommaire, il a gardé les caractéristiques d'une présentation orale, plus spontanée, mieux adaptée au thème. Je tiens à remercier Monsieur Fabien Hohenauer, assistant à la Faculté de droit de Fribourg, pour l'aide qu'il m'a apportée dans la mise au point de ce texte.

I. Comment? Le rappel des faits²

A. L'origine de la réforme

Le droit suisse de la responsabilité civile a d'abord été forgé dans l'ancien Code des obligations de 1881 (= aCO; cf. articles 50 et suivants) et sa révision dans le Code de 1911 (= CO; cf. articles 41 à 61)³. Il s'est alors agi d'une contribution majeure à l'évolution de la matière, contribution qui mariait tant bien que mal quelques choix fondamentaux tirés du droit français, avant tout la reconnaissance générale du principe de la responsabilité pour faute (article 41 CO)⁴, et une série de règles et applications concrètes directement importées de traditions germaniques⁵. Le mélange était détonnant, car les doctrines qui sous-tendaient ces influences n'étaient pas toujours compatibles⁶.

Evoquant les fondements de la responsabilité civile, on ne peut pas ne pas signaler la première contribution de la doctrine à sa réforme: le remarquable rapport que le professeur Carl Burckhardt consacra à cet objet, lors de l'Assemblée de la Société suisse des juristes (= SSJ) de 1903⁷. Cent ans plus tard, la lecture de ce texte continue d'interpeller, de conforter, de surprendre; l'essentiel s'y trouve déjà.

² Pour une description plus détaillée de cette évolution, cf. avant tout les passages qu'y consacre le *Rapport explicatif* P. WIDMER / P. WESSNER sur la *Révision et l'unification du droit de la responsabilité civile*, dactylographié, s.l. 1999, p. 1-60 (ci-après: Rapport explicatif; le document est également consultable sur www.ofj.admin.ch, thèmes, économie, législation, responsabilité civile [état 12 avril 2006]).

³ Sur l'évolution du droit suisse de la responsabilité civile, cf. par exemple P. TERCIER, «Cent ans de responsabilité civile en droit suisse», in H. Peter / E. Stark / P. Tercier (édit.), *Le centenaire du Code des obligations*, Fribourg 1982, p. 203 ss.

⁴ Art. 41 I CO: A. Principes généraux, I. Conditions de la responsabilité: «Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.»

Art. 1382 CCfr.: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.»

Art. 1383 CCfr.: «Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.»

⁵ C'était le cas dès 1881 pour les règles déterminant le contenu de certains préjudices: en cas de lésions corporelles (art. 53 aCO = art. 46 CO) ou de mort d'homme (art. 52 aCO = art. 45 CO). Le mélange le plus indigeste fut sans doute l'introduction en 1911 dans le texte original de l'exigence de l'«illicéité», directement importée des conceptions germaniques.

⁶ On sait l'influence considérable et grandissante qu'eut la doctrine (la «dogmatique») allemande sur notre droit privé, avant tout à la suite du traité magistral dont fit cadeau Andreas von Tuhr (A. VON TUHR, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Tübingen 1925). Or, ces conceptions entendaient expliquer, dans la responsabilité civile, un système largement coulé dans les conceptions françaises. Il en est résulté d'infinis malentendus.

⁷ C. BURCKHARDT, «Die Revision des schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht: Referat an der Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins in Lausanne (21. September 1903)», in *Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins*, Bâle 1903, p. 1 ss.

La matière a par la suite évolué dans trois directions principales :

- *Par l'adoption d'une série de lois spéciales.* La plupart d'entre elles consacraient des régimes de responsabilité objective⁸. C'est avant tout le cas des lois sur la responsabilité des détenteurs de véhicules automobiles⁹, qui eurent une influence considérable en pratique du fait de l'augmentation du nombre et de la gravité des accidents de la circulation routière, mais aussi dans d'autres domaines où le législateur pressentait l'existence d'un risque qualifié contre les effets duquel il entendait protéger les victimes potentielles par l'imposition d'une responsabilité indépendante de toute faute et la couverture obligatoire des préjudices par une assurance de responsabilité civile. Du même coup, et parce que le législateur intervenait de manière ponctuelle, ces nouvelles règles contribuèrent à créer la diversité des solutions que l'on connaît. Or, l'un des premiers, voire le premier postulat de la réforme aurait été précisément d'uniformiser ces solutions.
- *Par l'harmonisation progressive du droit de la responsabilité civile avec les mécanismes d'assurances.* Ces assurances, qu'elles soient privées ou publiques, obligatoires ou facultatives, ont marqué le paysage de l'indemnisation. Or, pendant des décennies, les deux domaines, responsabilité civile et assurances, se sont souverainement ignorés, au point qu'une victime pouvait souvent cumuler les indemnités des responsables et les prestations des assurances¹⁰. Le rapprochement se fit toutefois progressivement, par des révisions législatives, mais aussi par des affirmations jurisprudentielles¹¹. L'un des postulats de la réforme aurait été de favoriser et d'améliorer la complémentarité des deux régimes; en réalité, les révisions intervenues avant tout dans le domaine des assurances publiques¹² ont largement permis d'atteindre ce résultat, ce que la « réforme » entreprise n'aurait pu que confirmer.
- *Par des créations de la jurisprudence et de la pratique.* Devant la stabilité des normes, ce sont les juges qui ont peu à peu développé quelques principes qui ont eu une incidence directe sur le régime de la responsabilité. Ainsi par la création de quelques nouveaux cas de responsabilité (la

⁸ Pour une énumération de ces lois, cf. F. WERRO, *Commentaire Romand du Code des obligations I*, Bâle 2003, Intro. CO 41-61 N 3 (ci-après: F. WERRO, *Commentaire Romand*).

⁹ La LF du 15 mars 1932 sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles, qui consacrait le régime de la responsabilité objective du détenteur, puis la LF du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR; RS 741.01).

¹⁰ On se souvient de l'époque des « veuves joyeuses » qui pouvaient cumuler les indemnités pour perte de soutien (art. 45 CO) et les indemnités dues au titre de la prévoyance sociale (LAVS).

¹¹ Le pas le plus spectaculaire fut sans conteste l'arrêt Winterthur (ATF 93 II 407, JdT 1968 I 290) qui, partant de l'art. 88 LCR, consacra le principe du droit préférentiel du lésé; cf. ég. ATF 98 II 129, JdT 1973 I 465; 104 II 307, JdT 1979 I 454.

¹² On pense au régime de la subrogation introduit dans les révisions de la LAVS, de la LAI et de la LPP, mais aussi et surtout par l'adoption de la LF du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1).

responsabilité pour le dommage causé par des immissions excessives mais inévitables¹³), l'admission de nouveaux cas d'indemnisation (la réparation du tort moral aux proches d'une personne grièvement atteinte¹⁴), la reconnaissance récente d'une responsabilité fondée sur la confiance (« die Vertrauenshaftung »¹⁵). La pratique, avant tout celle des assureurs qui règlent par transactions l'immense majorité des cas, a pu elle aussi jouer un rôle et parfois dicter des solutions par la suite reprises et confirmées par les tribunaux. L'un des postulats de la réforme eût pu être de donner à ces créations une légitimité accrue et des contours plus précis.

C'est en réalité la variété des solutions qui frappa le plus et provoqua l'étincelle : En 1967 en effet, la Société suisse des juristes mit à l'ordre du jour de son *Assemblée générale de 1967 à Neuchâtel* le thème non de la réforme, mais de l'unification du droit de la responsabilité civile. A cette occasion, les professeurs Emil W. Stark et François Gilliard présentèrent deux rapports excellents, contenant nombre de propositions concrètes et intéressantes¹⁶. L'Assemblée adopta à l'unanimité une résolution, rédigée ou inspirée par « le pape » incontesté, le professeur Karl Oftinger, dont l'influence sur la matière avait été déterminante et le diagnostic en conséquence irréfutable. En voici le texte¹⁷ :

Les membres de la SSJ réunis à Neuchâtel expriment le vœux que soit unifié le droit de la responsabilité civile actuellement dispersé dans un trop grand nombre de textes. Il s'agirait de revoir le fond du problème pour améliorer les solutions en vigueur. Ils demandent au législateur d'entreprendre cette révision, que la doctrine a déjà préparée dans une large mesure.

D'où l'on apprend :

- que l'unification était jugée nécessaire, au vu de la dispersion des textes ;
- qu'elle devait reposer sur une analyse de fond, afin d'améliorer le système ;
- qu'elle devait intervenir rapidement, grâce à l'importance des travaux préparatoires existants ; et
- qu'elle devait se fonder sur les matériaux préparés par la doctrine.

¹³ ATF 91 II 100, JdT 1965 I 590 ; 114 II 230, JdT 1989 I 144 ; 120 II 15, JdT 1995 I 186 ; cf. ég. F. WERRO, *La responsabilité civile*, Berne 2005, N 689 ss.

¹⁴ ATF 112 II 226, JdT 1987 I 450 ; 125 III 412, SJ 2000 I 303 ; cf. ég. F. WERRO, *Commentaire Romand*, CO 49 N 9 s.

¹⁵ Not. ATF 108 II 419, JdT 1983 I 204 ; 121 III 350 ; cf. F. WERRO, *Commentaire Romand*, CO 41 N 63 ; Id., *La responsabilité civile*, N 305 ss ; cf. ég. C. Chappuis / B. Winiger (édit.), *La responsabilité fondée sur la confiance (Journée de la responsabilité civile 2000)*, Zurich 2001 ; E. BUCHER, « Vertrauenshaftung : Was ? Woher ? Wohin ? », in *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis*, Mél. Hans Peter Walter, Berne 2005, p. 231 ss.

¹⁶ E. STARK, « Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts », in *Rapports et communications / Société suisse des juristes*, RDS 1967 II p. 1 ss ; F. GILLIARD, « Vers l'unification du droit de la responsabilité », in *Rapports et communications / Société suisse des juristes*, RDS 1967 II p. 193 ss.

¹⁷ RDS 1967 II p. 819 ; cf. ég. Rapport explicatif cité note 2, p. 8.

B. Le parcours de la réforme

Voyons ce qu'il advint, étape par étape :

1. *Première étape: on se lance (de 1967 à 1988)*. Prenant l'invitation au sérieux, le Département fédéral de Justice et Police entreprit les premiers travaux, lesquels durèrent environ vingt ans. On le voit, «l'urgence» est une notion relative.

Le Chef du Département confia le dossier à l'un de ses jeunes et brillants collaborateurs, Pierre Widmer, lequel accompagnera la réforme jusqu'à son terme. Il est vrai que l'accumulation des mandats que celui-ci devait assumer dans la section «droit privé» de l'Office fédéral de la Justice absorba longtemps son temps et ses forces. Pour l'anecdote, on signalera que le même juriste dut donner toute priorité durant une partie de ces années à la réforme du droit de la vente par acomptes, qui échoua elle aussi lamentablement lors du vote final de la loi au Conseil des Etats¹⁸; dix ans de travaux pour rien!

Il n'empêche: le mouvement – si l'on peut dire – était lancé. Or le premier effet de cette «dynamique» fut de bloquer presque systématiquement toutes les initiatives qui pouvaient être prises en cette matière afin de modifier des dispositions spéciales ou d'en introduire de nouvelles¹⁹. La réponse était toujours la même: «Il est urgent d'attendre puisque nous sommes en train de mener une réforme générale du droit de la responsabilité civile». D'où l'on apprend qu'un projet de réforme général peut paralyser et pour longtemps des projets de réforme indispensables souvent, simples en général, mais de dimension modeste.

2. *Deuxième étape: on réfléchit (de 1988 à 1991)*. Les choses sérieuses commencent en réalité le 26 août 1988 par la nomination d'une Commission d'étude (Studienkommission), présidée par Pierre Widmer, largement noyautée par les incontournables professeurs, réfléchissant il est vrai sous le contrôle d'un représentant des assureurs et d'un avocat, tous deux proches des milieux académiques²⁰. Le mandat de la Commission fut formulé dans les termes les plus larges²¹; il ne s'agissait pas seulement d'unifier le droit de la responsabilité civile, ce qui eût été finalement relativement simple à réaliser, mais de reprendre le problème en profondeur, jusqu'à ses racines.

¹⁸ Projet du 12 juin 1978 sur le crédit à la consommation, FF 1978 II 481 ss. Il fut rejeté par les Chambres lors du vote final; cf. BO CN 1986 1772, CE 1986 700; cf. ég. P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, Zurich 2003, N 1232.

¹⁹ Parmi d'autres, l'intervention parlementaire de Vannay (Postulat 81.492 N 18.12.81) pour adopter un régime particulier pour les exploitants ou propriétaires de barrages; cf. ég. Rapport explicatif cité note 2, p. 8 s. et l'annexe.

²⁰ Faisaient partie de la Commission d'étude: Pierre Widmer, Alfred Keller, Alfred Koller, Emil W. Stark, Peter Stein, Pierre Tercier et Pierre Wessner. Cf. Rapport explicatif cité note 2, p. 16 note 61.

²¹ Cf. Rapport explicatif cité note 2, p. 16 ss.

C'est dans cette perspective que la Commission diligenta une expertise auprès d'un Institut de la Haute Ecole de St Gall afin d'analyser les aspects économiques du régime, en particulier le coût que pouvait engendrer la superposition des régimes de responsabilité, d'assurances de responsabilité civile et d'assurances directes, avant tout pour l'indemnisation des préjudices corporels²². Dans leurs conclusions, les experts estimèrent que ces surcoûts étaient réduits et ne justifiaient donc pas une remise en cause fondamentale du régime. La conclusion n'était (à mon avis) pas pleinement convaincante, car elle reposait de l'aveu même des auteurs sur des données statistiques extrêmement limitées et peu fiables. Qu'à cela ne tienne: on rejetait «scientifiquement» toute solution visant à réduire la place de la responsabilité au profit des mécanismes d'assurances. Rien ne s'opposait donc plus à ce que l'on réduise «l'examen des fondements» à une simple réadaptation du système en place.

La Commission déposa son rapport (bilingue) en 1991²³. Elle proposait certes de conserver le système dans son essence, mais d'intervenir dans quelques domaines: la responsabilité du fait du produit, la responsabilité pour les barrages, la responsabilité en matière d'environnement, la responsabilité des entreprises de chemin de fer, et le régime du privilège de l'employeur selon l'article 44 LAA. Elle préconisait une coordination des règles actuelles, dont la disparité est connue. Elle terminait par l'énoncé d'un certain nombre de thèses.

L'inconvénient est qu'il ne s'agissait encore que de travaux préparatoires, si l'on peut dire, lesquels devaient encore être repris par une véritable commission d'experts. D'où l'on voit confirmé que la notion d'urgence reste une notion relative et, plus fondamentalement, qu'à trop vouloir creuser, on finit par s'enfoncer.

3. *Troisième étape: on propose (1991-2003)*. Par gain de temps, si l'on peut dire, le Département renonça à mettre en œuvre une nouvelle commission d'experts, pour confier à deux professeurs la rédaction d'un Avant-projet et du Rapport explicatif l'accompagnant. Ce mandat fut confié aux professeurs Pierre Widmer et Pierre Wessner. Leur avant-projet ainsi que leur rapport furent remis en 1999. On le constate, on reste entre professeurs, mais on progresse.

Le texte se fondait certes sur les thèses de la Commission d'étude, mais il les développait voire les complétait. Le régime n'était certes pas révolutionnaire mais il comprenait quelques innovations intéressantes, qui allaient

²² D'après les résultats de l'analyse effectuée, «un système basé sur une assurance-accidents généralisée ne permettrait pas de réaliser des économies substantielles par rapport au système actuel». Cf. Rapport explicatif cité note 2, p. 18 s.

²³ *Rapport de la Commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile du mois d'août 1991*, s.l. 1991; cf. Rapport explicatif cité note 2, p. 10 note 39; cf. ég. www.ofj.admin.ch, thèmes, économie, législation, responsabilité civile, «Les étapes préalables» (état 12 avril 2006).

malheureusement peser lourdement sur l'accueil que certains milieux réserverent par la suite au projet; les plus remarquables concernaient l'intégration de principe de la responsabilité étatique dans le régime de droit privé²⁴, un système novateur pour la réparation des dommages écologiques²⁵, ainsi qu'une tentative de clarification des relations entre les responsabilités contractuelles et les responsabilités délictuelles²⁶.

Après bien des tergiversations, le Rapport et l'Avant-projet furent acceptés le 2 octobre 2000 par le Conseil fédéral, qui autorisa du même coup l'ouverture de la procédure de consultation. Celle-ci eut lieu jusqu'au 30 avril 2001. Les résultats ne furent pas aussi négatifs qu'on aurait pu le craindre et qu'on l'a prétendu par la suite. Sans doute quelques innovations furent vivement contestées, mais les échos auraient été dans l'ensemble acceptables. On notera en particulier l'agrément que les milieux de l'assurance finirent par donner au texte, sans que cela implique de leur part un engagement décidé en sa faveur.

L'analyse des prises de position dura jusqu'en 2003 et fit l'objet d'un rapport²⁷. Restait à mettre au point le Projet et le Message qui devait l'accompagner. C'est là que les choses se compliquent parce que le Projet cumula les malchances.

Un premier obstacle tient en effet aux changements intervenus au sein de la Section « droit privé » de l'Office. Il ressort des prises de position de l'un des nouveaux responsables du Projet qu'il est loin de partager l'enthousiasme dont avaient fait preuve ses prédécesseurs. La nécessité d'une réforme est (discrètement) remise en cause; on constate avec une satisfaction toute helvétique que finalement les choses ne vont pas si mal et que ni les assureurs, ni les avocats ne souhaitent cette réforme. Or, et c'est une autre leçon de l'histoire, un projet peut parfaitement être bloqué dans l'administration par la conviction et l'attitude de quelques fonctionnaires; il n'a de chances réelles de passer le cap que s'il est soumis en débat public au Parlement. Or le nôtre ne le sera jamais.

²⁴ L'Avant-projet prévoit à son art. 43 que « la Confédération, les cantons et communes ainsi que leurs corporations et établissements et agents sont soumis aux dispositions du droit fédéral régissant la responsabilité civile ». La loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCF; RS 170.32), est également modifiée. Cf. Rapport explicatif cité note 2, p. 69 ss et 310 ss.

²⁵ Cf. art. 45d de l'Avant-projet et les explications qui s'y rattachent dans le Rapport explicatif cité note 2, p. 84 ss.

²⁶ Cf. art. 53 de l'Avant-projet et les explications qui s'y rattachent dans le Rapport explicatif cité note 2, p. 161 ss.

²⁷ *Classement des réponses à la procédure de consultation sur l'Avant-projet relatif à une loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile*, 2004, consultable sur www.ofj.admin.ch, thèmes, économie, législation, responsabilité civile (état 12 avril 2006).

4. *Quatrième et dernière étape: on renonce (2003)*. Déjà poursuivi par la guigne, le Projet tombe au plus mauvais moment, à l'approche des élections au Parlement fédéral et par voie de conséquence lors des élections au Conseil fédéral. Les responsables de l'époque avaient d'autres préoccupations que de pousser sur les rails un texte qui n'était pas de nature à faire gagner des voix populaires, mais pouvait au contraire susciter quelques mécontentements dans les milieux influents. On décida d'attendre.

Par un souci louable de cohésion, la Société Suisse des Juristes décida de s'intéresser une nouvelle fois à la réforme, en mettant ce thème à l'ordre du jour de son Assemblée générale, tenue à Brunnen les 26 et 27 septembre 2003²⁸. Les débats eurent un goût d'éloge funèbre et les interventions faites par les dignitaires fédéraux ne laissaient guère d'illusion. Mais il y eut un beau baroud d'honneur, inutile puisque de bon niveau. Même la plus jeune génération des professeurs quittait le bateau. La messe était dite.

Le fait est que, après les élections et le changement intervenu à la tête du Département de Justice et Police, le Projet fut «reporté» aux calendes grecques. Selon les informations qui ont filtré, il a été décidé qu'il recevrait la priorité «3» dans la législature qui commençait (2003-2007) et qu'il y avait même peu de chance qu'il soit repris dans la législature suivante²⁹. Autant dire qu'il est mort, même si on s'abstient de constater le décès. Curieuse démonstration de courage politique, par ceux-là mêmes qui s'en disent les parangons: au lieu de dire en toute honnêteté que le projet est abandonné, on le met dans le plus bas des tiroirs («on ne sait jamais»), ce qui permettra toujours de répliquer à ceux qui s'enquerraient de son sort qu'il est toujours «à l'étude».

D'où l'on apprend qu'un projet n'a de chance que s'il est porté par un(e) Conseiller(e) fédéral(e).

II. Pourquoi? La recherche des causes

Il est évidemment présomptueux de vouloir dégager toutes les causes de cet échec, tant elles sont nombreuses, complexes, incertaines. Risquons quelques affirmations:

²⁸ Cf. C. CHAPPUIS / F. WERRO, *La responsabilité civile: A la croisée des chemins, Rapport à la société suisse des juristes 2003*, Genève 2003.

²⁹ Le Conseil fédéral a décidé de ne pas intégrer la révision du droit de la responsabilité civile dans le programme de la législature 2003-2007. Cf. www.ofj.admin.ch, thème, économie, législation, responsabilité civile (état 12 avril 2006).

1. *Premier constat : une réforme trop peu soutenue.* C'est une première évidence qu'une réforme de ce type n'a de chance que si elle est soutenue par des milieux disposant d'un pouvoir politique réel.

On l'a vu en suivant son parcours, la réforme a été largement l'œuvre de professeurs. Ils en prennent l'initiative dans le cadre de la Société Suisse des Juristes dont ils constituent l'ossature. Les travaux préparatoires sont de la plume de Pierre Widmer, qui appartient à la corporation. L'étude en est menée par un groupe de théoriciens, ayant tous, y compris les « praticiens », publié sur le sujet. L'Avant-projet est encore préparé par deux professeurs. Toutes les discussions que ces textes suscitent passionnent avant tout les théoriciens. Les vrais décideurs attendent leur tour patiemment et on ne peut rétrospectivement qu'admirer leur patience.

Sans vouloir jeter un quelconque discrédit sur une corporation dont nous faisons partie depuis plus de trente ans, on sait que notre crédit et notre poids sont aujourd'hui réduits. Il faut constater avec quelque nostalgie peut-être mais au moins sans illusion que notre influence est à la baisse. La reconnaissance sociale n'est plus ce qu'elle pouvait être encore dans le premier vingtième ; alors que l'on pouvait prétendre disposer pendant longtemps d'une position dominante, dans le domaine juridique en tout cas, d'autres acteurs sont apparus, plus puissants, plus efficaces. S'il a été possible au professeur Eugen Huber et à quelques-uns de ses collègues de réussir en un temps record une incroyable percée dans notre droit privé, c'est parce qu'ils disposaient alors d'un savoir que d'autres n'avaient pas et qu'il étaient appelés à créer de toutes pièces un système qui avant eux n'existait pas. Or ce savoir est aujourd'hui en partie partagé par ceux qui font de la matière une application quotidienne et se sont donc accommodés des dysfonctionnements d'un régime qui leur est familier. Appelés par vocation à expliquer ce régime à d'autres, en particulier à leurs potaches, dans leurs livres et leurs cours, les professeurs sont plus attentifs aux incohérences et aux faiblesses du système, mais leurs interrogations ne sont écoutées qu'avec un intérêt poli.

On est tenté d'ajouter que le groupe des professeurs qui portaient le projet était restreint, les véritables acteurs, les professeurs Widmer et Wessner, trop isolés, trop éloignés sans doute des centres de décision zurichoïses et bâloises. L'opposition apparut clairement dans la phase finale, notamment lors de l'Assemblée de Brunnen, où l'on vit de jeunes collègues suisses allemands, proches des assureurs et helvétiquement conservateurs, manifester leurs réserves de principe à l'égard d'une réforme : ils prenaient à leur compte en la paraphrasant la sagesse des stades de football qui veut qu'on ne change pas un droit qui gagne. Entendez : on ne change pas un droit qui satisfait les entreprises, les assureurs et les avocats.

C'est une évidence, mais un projet n'a de chance que s'il est (aussi) porté par des ou quelques milieux influents. Or le droit de la responsabilité civile n'est pas de ceux qui suscitent l'enthousiasme, politiquement parlant. Le projet n'était à l'évidence pas « porteur ». Qui pouvait d'ailleurs avoir intérêt à s'en charger ? Les assureurs ? Ils furent au début très réservés, mais leur soutien final – d'ailleurs nuancé – fut trop tardif et trop timide. Les avocats et les juges ? On les sait guère enclins aux réformes, eux qui connaissent le système et n'entendent pas échanger ce qui est imparfait peut-être, mais qu'ils maîtrisent contre ce qui sera parfait peut-être (et encore) mais qu'ils doivent encore assimiler. Les milieux économiques ? Ils y furent d'abord timidement, puis franchement opposés, par la crainte de voir certaines de leurs responsabilités aggravées et leurs primes d'assurance en conséquence augmentées. Les victimes potentielles ? Alors que ce sont en définitive leurs intérêts qui sont jeu, on ne voit ni comment les désigner, ni comment les rassembler ; les syndicats n'y trouvent aucun intérêt direct et les milieux de consommateurs semblent avoir d'autres chats à fouetter.

Les opposants à la réforme ont su créer l'impression qu'elle poursuivait un objectif largement cosmétique, une assertion que le rôle moteur des professeurs pouvait accréditer. C'était oublier qu'elle a fondamentalement des dimensions économiques, puisqu'on y joue chaque année avec des montants de plusieurs milliards de francs. Ce n'est pas seulement une question de rhétorique que de décider qui doit en dernière analyse supporter le poids de la réparation d'un dommage. Ceux qui ont « achevé » la réforme, aux sens propre et figuré, l'avaient pourtant parfaitement compris, qui rappelaient qu'on ne pouvait décemment imposer aux industries suisses – déjà lourdement chargées – des obligations supplémentaires pour les dommages qu'elles pourraient causer. C'était admettre et sans vergogne qu'il appartenait aux victimes et à leurs assureurs de continuer à prendre en charge ces dommages, pour en soulager l'industrie.

2. *Deuxième constat : une réforme trop longue.* C'est une deuxième évidence qu'une réforme n'a de chance réelle que si elle menée dans des délais raisonnables.

Celle-ci fut à la fois trop lente et trop longue, puisqu'elle couvrit presque quatre décennies ; elle ne pouvait dans ces conditions que s'enliser. La faute n'en est pas au Parlement, qui n'en fut jamais saisi et reçu, à chaque question portant sur elle, la réponse rassurante que le projet avançait. La faute, car c'en est une, tient à l'administration et à son fonctionnement. Pour des raisons sur lesquelles il n'est pas nécessaire de revenir, tout fut trop lent, tout fut trop lourd. Comment convaincre que la réforme s'impose lorsqu'il faut près de vingt ans pour la mettre en branle, et près de vingt ans à nouveau pour lui donner forme ?

Il en résulte d'abord que certaines données changent: de nouveaux thèmes surviennent qu'il faut intégrer; ainsi, la responsabilité du fait des produits, le dommage écologique, les dommages indirects, les grands sinistres; de nouvelles normes voient le jour à l'étranger dont il faut tenir compte, en particulier au vu de l'évolution du droit européen dont l'influence même chez nous est patente; d'autres questions qui avaient pu paraître importantes n'ont plus le même poids. On pourrait nous opposer que c'est bien la démonstration qu'il est vain de vouloir légiférer, puisqu'il faut de toute façon s'adapter en permanence. Loin de moi l'idée que l'on aurait pu par la réforme définitivement cristalliser les choses, tant il est vrai que le droit suit l'évolution de la société, laquelle est mouvante par nature. Mais, par les options de base qu'elle proposait, la réforme aurait façonné un moule dans lequel il eût été plus aisé par la suite de couler les nouvelles solutions, sans élargir la mosaïque qui nous sert de carte.

Il résulte ensuite de cette longueur que les acteurs changent. Ce fut le cas des hauts fonctionnaires de l'administration: les premiers ont tout fait pour la promouvoir, les derniers pour la torpiller. Ce fut le cas des professeurs: les premiers s'y sont investis, les plus jeunes s'en sont détachés. Ce fut le cas des Conseillers fédéraux: les premiers ont admis le principe; les derniers lui ont donné le coup de grâce.

Mais c'est plus profondément le système lui-même qui est en cause. Ce qui était possible au début du siècle dernier ne l'est plus. L'obsession du perfectionnisme helvétique nous amène à multiplier les groupes, les commissions, les experts, les auditions, les consultations. On en veut beaucoup et les meilleurs, mais le temps leur manque. La méthode a fait faillite. Il faut revenir à plus simple, à plus efficace. Que n'a-t-on en 1967 demandé au Professeur Karl Otfinger de préparer un premier Avant-projet? Quelques mois y auraient suffi: il maîtrisait toute la matière, il savait la tracer en quelques formules claires, il y apportait son autorité. La démocratie de la concordance, qui veut que l'on cherche autant que possible une solution acceptable pour le plus grand nombre, déteint même sur la préparation des textes. Or l'objectif est illusoire de vouloir à ce stade satisfaire tout le monde. C'est au Conseil fédéral qu'il appartient d'abord de proposer un projet politique clair et, dans les domaines à coloration juridique, il n'y parviendra qu'en confiant à quelques-uns le soin de le préparer.

3. *Troisième constat: une réforme sans idée-force.* L'exercice a finalement pâti d'un incontestable manque de souffle. Ceux qui y ont travaillé n'en sont pas responsables, le mandat qui leur avait été confié était ambigu.

Principalement, il s'agissait d'unifier les règles de la responsabilité civile, éparses et diverses. Il se fût alors agi d'une simple révision, certes dépourvue de grandes ambitions, mais qui aurait permis un toilettage nécessaire, en

supprimant des différences infondées et en mettent au goût du jour quelques textes surannés. On aurait ainsi uniformisé le régime de la prescription – où les divergences sont les plus choquantes –, les règles sur le for, sur l’annulabilité des transactions injustes. On aurait corrigé quelques anomalies introduites au fil des ans dans des lois nouvelles. On aurait surtout repris pour les rajeunir les lois sur la responsabilité des chemins de fer ou sur la responsabilité des exploitants d’installations électriques³⁰. L’exercice n’était pas d’une complication extrême, et il eût été possible de le mener à terme « à bref délai », au meilleur sens que peut avoir la formule dans le langage législatif suisse.

Rétrospectivement, l’erreur a consisté à y joindre un objectif plus ambitieux portant sur les fondements de la responsabilité. Or cette analyse requiert un tout autre investissement. L’inconvénient est que le projet ne proposait finalement aucun changement essentiel, mais se bornait à remettre en forme le système qui avait jusqu’ici été appliqué. Ce n’est pas que les auteurs aient manqué d’idées et de bonnes idées ; on rappelle le principe général de la responsabilité pour risque, l’intégration de principe de la responsabilité étatique, mais ces idées n’étaient pas suffisantes pour porter le projet. Au contraire, parce que rajoutées en cours de route, elles n’ont fait que le lester. Bref, on a reproché au texte d’en faire trop, alors qu’il n’en faisait peut-être pas assez.

III. Pour quel résultat ? Tentative de bilan

Il est des conséquences qu’il est aujourd’hui possible de dégager, mais ce n’est qu’à l’usage que l’on pourra vraiment mesurer les effets de l’échec.

1. *Première certitude : Un gaspillage.* Sur ce point, il ne peut y avoir de doute : L’exercice se solde par une déperdition de tous les moyens :

- Le temps d’abord : Quarante ans pour ne pas être à même de faire passer devant le Parlement une réforme pourtant jugée à l’origine simple et facile. On l’a dit, l’inconvénient majeur est que dans l’intervalle, tout a été bloqué ou presque. Il faut maintenant se remettre au travail, et on apprend que l’Office s’y emploierait et aurait lancé quelques travaux.
- Le travail ensuite : Quarante ans de travaux effectués par des centaines de personnes, au sein de l’administration, dans les commissions, parmi les experts, dans les états-majors invités à la consultation. Sans parler de l’apport, vain à première vue, des professeurs, des théoriciens, des

³⁰ La LF sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et de La Poste Suisse (LrespC ; RS 221.112.742) date du 28 mars 1905 ; la LF concernant les installations électriques à faible et à fort courant (LIE ; RS 734.0) date du 24 juin 1902.

chercheurs, des praticiens qui, dans des livres, des articles, des colloques, ont commenté les textes en préparation.

- L'argent enfin : Quarante ans d'investissement dans le vide. Il est piquant de constater que le coup de grâce a été donné par un Conseiller fédéral qui s'est fait – non sans raison sans doute – le champion de la lutte contre le gaspillage. Mais qui estimera pour lui les millions, car c'est là l'ordre de grandeur, qui ont été investis pour le résultat que l'on sait et qu'il a mis à néant par sa décision ?

2. *Deuxième certitude : une faute politique.* Force est d'admettre, au vu de l'évolution de la législation dans notre pays, que l'époque n'est plus guère aux grands projets. Il a certes été possible de réformer le droit de la famille, au terme d'un effort lui aussi considérable, mais le résultat est au moins là. Dans les autres domaines, on se borne à réagir, avant tout – et avec prudence – aux exigences du droit européen. Le constat n'est pas dramatique dans la mesure où il est possible de combler ces lacunes autrement : par la pratique, par les conditions générales, et surtout par les interventions jurisprudentielles. Il n'empêche que l'on se trouve en présence d'une authentique démission.

Le constat est grave en revanche pour les domaines qui ne sont pas laissés à la libre disposition des parties. Dans le droit de la responsabilité civile, la loi reste essentielle puisque c'est elle qui dicte les solutions, qui arbitre les intérêts en jeu, qui porte les jugements de valeur. Or, ne rien décider c'est décider qu'il n'y a rien à changer et qu'il est donc inutile de mettre notre droit centenaire en harmonie avec une société qui a connu des bouleversements fondamentaux. Sans doute, la jurisprudence peut-elle y apporter quelques correctifs, mais son intervention est insatisfaisante : D'abord parce que la voie est contraire aux options démocratiques de notre Etat, qui donne au parlement compétence exclusive pour trancher ; or ces choix peuvent avoir des incidences personnelles, sociales et économiques considérables dont on ne peut charger nos juges, aussi bons soient-ils. Ensuite parce que la solution ne repose en Suisse sur aucune tradition réelle, à la différence de ce que l'on connaît et pratique depuis des siècles dans les pays du common law ; la jurisprudence évolue par à-coups, en réaction aux cas qui surgissent. Enfin et surtout, les juges fédéraux conservent une grande réticence à sortir du cadre légal, même lorsque les solutions auxquelles ils sont ainsi amenés sont manifestement injustes et contraires à l'équité.

Rien ne s'opposerait à mon avis à ce que l'on admette l'existence d'une faute civile, entraînant la responsabilité de l'Etat. Que répond-on aux personnes qui sont privées de toute réparation morale à la suite d'un accident à un passage à niveau alors que la solution est contraire aux principes les plus élémentaires de notre droit ? Suffit-il vraiment de leur dire que l'on a tenté de réformer la loi sur la responsabilité des chemins de fer, mais que l'on y a

renoncé ? Dans d'autres pays, les négligences de l'administration dans la mise à jour des règles légales ouvrent effectivement la voie à des responsabilités. Faudra-t-il en passer par là pour faire bouger les choses ?

3. *Troisième certitude : une réflexion utile.* Il reste dans ce gâchis au moins une lueur : Toute la réflexion qui a été faite autour du projet n'a pas été inutile ; elle a même été riche d'enseignements.

Pour la doctrine suisse d'abord. N'en déplaise à l'administration, l'Avant-projet existe, avec tous les commentaires qu'il a suscités. Il ne pourra pas être simplement ignoré, notamment par les juges et les professionnels. Les idées feront leur chemin et finiront peut-être par trouver des fonctionnaires plus entreprenants.

Il est piquant de constater qu'une fois de plus, c'est à l'étranger que le projet aura eu le plus d'influence. On a dit qu'il a déjà influencé les travaux de commissions officielles ou officieuses se donnant pour mandat d'harmoniser le droit européen. Il a même été apparemment repris par le législateur turc, qui vient de réformer son droit des obligations. Il y a quatre-vingts ans, la Turquie réceptionnait le droit suisse ; ce serait un juste retour des choses que nous soyons prochainement à même de réceptionner le droit turc de la responsabilité civile...

Conclusion

Le droit suisse de la responsabilité n'a donc pas réussi sa réforme. Pour l'anecdote, on signalera tout de même qu'un seul changement a été apporté à la matière récemment : l'introduction dans le Code de deux dispositions – au reste inutiles – destinées à protéger les animaux de compagnie et leurs maîtres. D'où l'on apprend que notre législateur sait reconnaître les vrais besoins !

Terminons sur une note positive. La réforme a échoué, soit. Elle a échoué principalement parce que l'administration en a eu peur, alors qu'il n'y avait guère de révolution. Or le droit a horreur du vide. Si le législateur démissionne, c'est aux tribunaux et à la doctrine de réagir, dans la ligne de l'art. 1 al. 3 du Code civil. Les tribunaux doivent faire preuve de plus de courage et les auteurs multiplier leurs efforts.

Le droit de la famille, un droit en constante évolution

MARGARETA BADDELEY

*Professeure à l'Université de Genève**

I. Mise en perspective

L'interrogation générale des contributions au présent ouvrage porte sur l'activité ou l'inactivité du législateur et les raisons de l'une ou de l'autre. Pour le droit de la famille, il est aisé de constater que le législateur n'a pas chômé pendant les cinquante dernières années.

Jusque dans les années 1970, le droit de la famille était régi par le Code civil de 1907. La tâche de ses rédacteurs avait été ardue: il avait fallu uniformiser le droit de la famille pour toute la Suisse, tenant compte d'une grande variété de solutions cantonales préexistantes, de solutions de droit comparé et de quelques amorces de droit fédéral déjà existant à la fin du 19^e siècle¹. Le résultat des travaux des rédacteurs et, ensuite, du parlement était impressionnant. L'œuvre d'Eugen Huber et de ses collègues était qualifiée de progressiste par rapport aux législations cantonales antérieures et aussi par rapport aux législations étrangères contemporaines.

Et pourtant, depuis 1973, le Code civil a subi des modifications fondamentales. Les trois quarts de la législation consacrée au droit de la famille, soit 12 des 17 titres, à savoir environ 475 des 629 dispositions spécifiques du Code civil, ont aujourd'hui, ou auront sous peu, un autre contenu qu'à l'entrée en vigueur de l'œuvre d'Eugen Huber, en 1912. Des réformes totales ont eu lieu en droit de la filiation, du mariage et du divorce, complétées de la révision du droit de la personnalité, de la majorité civile et de quelques dispositions du droit successoral. Le cadre légal s'est étoffé en outre par des lois spécifiques complémentaires, notamment sur la protection des données², la procréation

* Je remercie mes assistants pour l'aide dans la recherche et en particulier M^{me} V. Jaquier pour la relecture attentive du texte.

¹ Il s'agissait notamment de la Loi fédérale sur la capacité civile de 1881, qui n'avait réglé qu'une petite partie de la matière regroupée subséquemment dans le Code civil (CC).

² Loi fédérale sur la protection des données (LPD), du 19.6.1992 (RS 235.1), entrée en vigueur le 1.7.1993.

médicalement assistée³ et l'adoption internationale⁴. L'entrain de notre législateur ne s'est pas, pour autant, affaibli. Une nouvelle loi sur le partenariat enregistré de personnes du même sexe entrera en vigueur le 1.1.2007⁵. Les réformes continueront avec la loi sur la protection de l'adulte qui sera débattue au parlement en 2007 et qui est appelée à remplacer le droit de la tutelle du Code civil, pour l'instant encore dans sa version originale. Seul le droit des successions ne semble pas voué à une réforme substantielle, du moins dans un futur prévisible.

Pourquoi a-t-il fallu modifier à un tel degré une législation jugée progressiste au moment de son élaboration? Les principales raisons sont les suivantes: en dépit des mérites du Code civil de 1907, ce texte légal restait en deçà des buts fixés, notamment s'agissant de l'égalité des sexes; il appelait donc d'emblée des améliorations. En outre, des réformes législatives sont rapidement apparues comme indispensables, en raison de l'évolution et des changements importants de la société suisse au 20^e siècle; ceux-ci concernaient en particulier la situation des enfants et le divorce.

Comme tout droit en décalage avec la société qu'il régit, le droit suisse de la famille tombait graduellement en désuétude; dans l'ère de l'après-guerre, son application ne se faisait plus ou ne se faisait que partiellement ou mal, exposant ainsi les destinataires des normes à des traitements inégaux et arbitraires et à l'insécurité du droit⁶. Malgré les attentes de la population, les demandes répétées des juristes et celles des divers milieux professionnels concernés dès les années 1910 déjà, le Code civil de 1907 devait rester inchangé pendant presque 70 ans. L'adaptation du droit par l'interprétation jurisprudentielle n'offrait pas une alternative à une révision législative. Le droit des personnes et de la famille doit uniformiser certains aspects de la vie privée des individus et assurer la protection de chacun dans le cercle de ses proches et à l'extérieur. Les normes, dans ce domaine, exigent donc une application uniforme et ne laissent que peu de place à l'interprétation.

Dès le milieu du siècle dernier, il était donc admis que, pour redevenir un miroir de la société, le droit se devait d'établir une vraie égalité des sexes. De

³ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), du 18.12.1998 (RS 810.11), entrée en vigueur le 1.1.2001.

⁴ Loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale (LF-CLaH), du 22 juin 2001 (RS 211.221.31), entrée en vigueur le 1.1.2003. Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, du 29 mai 1993 (RS 0.211.221.311, entrée en vigueur pour la Suisse le 1.1.2003.

⁵ Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart), du 18.6.2004 (RS 211.231), acceptée en votation populaire le 5.6.2005 (emportant notamment des modifications des art. 95 I et 105 III CC, entrées en vigueur le 1.1.2006; RO 2005 5685).

⁶ Ainsi, p. ex. avant l'introduction de l'autorité parentale conjointe, celle-ci était consentie par certains juges cantonaux *contra legem*, mais pas par d'autres; elle n'était jamais admise par le Tribunal fédéral.

même, il se devait d'assurer une égalité entre les enfants indépendamment de la situation personnelle des parents, et aménager des espaces réservés à l'auto-détermination de chacun. En effet, conformément aux conceptions de notre société caractérisée par l'individualisme et le souci de la protection de la sphère privée du particulier, la loi doit garantir la liberté individuelle dans la famille et permettre aux destinataires des normes, plus que dans le passé, d'organiser leur vie privée et leurs relations dans la famille et avec des tiers sans l'ingérence d'autrui.

La présente contribution se propose d'étudier la réalisation de ces buts. Le bilan de l'activité du législateur, mesurée à l'aune des mœurs de notre société actuelle, permettra de déterminer si le législateur pourra se contenter de la loi telle qu'elle existe aujourd'hui ou non. Dans ce dernier cas, quelques questions à régler encore seront esquissées.

II. L'égalité des hommes et des femmes

Avec l'industrialisation, la famille cessa déjà au 19^e siècle d'être, pour une grande partie de la population, le groupe relativement large et autonome des milieux paysans. La petite famille émergea dans le milieu urbain ; elle vivait dans des circonstances moins uniformes que celles du monde traditionnel⁷. La situation économique et sociale força les femmes à sortir de chez elles, pour pourvoir aux besoins de la famille et, pour un nombre croissant d'entre elles, afin d'exercer un travail rémunéré. Les nouvelles expériences leur permirent d'acquérir plus d'assurance et une meilleure formation. Dans la foulée, elles assumèrent aussi un rôle différent, plus déterminant qu'avant, dans la famille. Il n'est donc pas étonnant que l'on commença à ressentir alors, tant parmi les femmes que parmi les hommes, au sein de la société civile et politique, le besoin de reconnaître les femmes aussi comme des participantes actives dans la vie sociale et économique. Mais était-il bien concevable à l'aube du 20^e siècle de faire de la femme l'égale de l'homme à tous égards ?

La Constitution de 1874 instaurait bien dans son article 4 le principe de l'égalité des citoyens. Toutefois, en l'absence de toute mention sur l'égalité des sexes, cette disposition constitutionnelle était interprétée de sorte à ne pas s'appliquer en matière d'égalité des sexes. Le droit se refusait d'entériner la réalité vécue. Eugen Huber, s'exprimant en 1894 devant les membres de la Société suisse de juristes, préconisait une solution fondée sur la raison et la bonne foi.

«Le mariage est ennobli lorsque l'homme est à la tête d'une communauté dans laquelle sa partenaire est tenue pour capable d'exercer les droits civils,

⁷ Message CC, p. 34.

et non comme un enfant assujetti à sa volonté. Les convenances et le bon goût suffisent à exiger que l'homme accorde à son épouse, qui porte son nom, le même droit dont il use lui-même [...] on voit combien souvent, sous un régime contraire, le bon droit et le meilleur jugement de la femme sont bafoués.»⁸

L'égalité de la femme devait donc, dans l'idée de celui qui sera la personnalité-clé dans la rédaction du nouveau Code civil fédéral, se réaliser dans la soumission au mari qui, en tant qu'être humain raisonnable, respectait volontairement – mais sans y être contraint par la loi! – les droits de la femme. L'image du mari comme chef du ménage et détenteur de la puissance paternelle, seul rompu aux affaires et donc seul capable de représenter la famille vis-à-vis des tiers, était encore bien enracinée dans les mœurs et dans l'esprit des parlementaires. La mission donnée aux rédacteurs du Code civil était d'améliorer la condition de la femme, surtout de la femme mariée. Toutefois, pour réussir cette mission, il était essentiel de ne pas égratigner cette image de l'homme⁹. Ainsi, le Message accompagnant le projet de loi affirmait que la femme mariée disposait de la capacité civile, mais que cette capacité était «bornée, d'un côté, par les intérêts de l'union conjugale, de l'autre par le régime matrimonial»; il n'était donc pas nécessaire de la traiter dans la Code civil¹⁰. Cette vision de la capacité civile de la femme paraissait parfaitement acceptable, comme l'était aussi le fait que la capacité civile du mari n'était pas – ou du moins pas dans la même mesure – «bornée»!

Le Code civil de 1907 libéra la femme de la tutelle du mari, et obligea ce dernier à exercer ses pouvoirs dans l'intérêt de la femme et de la famille, mais il n'a consenti qu'un statut restreint à la femme mariée, comme d'ailleurs aux enfants adoptifs et à ceux nés hors mariage. Le Code civil comportait des inégalités flagrantes tant dans la réglementation en droit matrimonial, au niveau des effets généraux du mariage et des régimes matrimoniaux, qu'en droit de la filiation¹¹. Ces inégalités en droit tranchant de plus en plus avec le vécu des

⁸ Message Mariage, p. 1182; HUBER, p. 553 s.

⁹ Quant à l'adéquation sociale nécessaire de la loi, cf. BÜCHLER, p. 52.

¹⁰ Message CC, p. 27.

¹¹ Ces inégalités concernaient en majorité la femme mariée, p. ex. il appartenait au mari de choisir la demeure commune et d'autoriser le travail à l'extérieur de la femme; en cas de désaccord sur l'éducation des enfants, l'opinion du mari primait; la femme n'avait qu'un pouvoir restreint de représentation de l'union conjugale que son mari pouvait lui retirer, alors qu'elle répondait des dettes du ménage sur tous ses biens sauf les biens réservés. La femme, au moment du mariage, perdait aussi son nom et son domicile autonome. L'épouse était, de surcroît, restreinte dans sa capacité d'administrer ses propres biens et désavantagée dans le partage du bénéfice de l'union de biens. Cette conception se reflétait aussi en droit public, par l'inexistence du droit de vote et par l'interdiction de certaines professions et fonctions aux femmes. Les rédacteurs du Message CC émettaient encore comme postulat que la femme s'accommoderait d'autant plus volontiers de sa situation légale qu'elle recevait une portion assez considérable du bénéfice de l'union conjugale, soit 1/3 (!). Cette réglementation suscitait d'emblée des discussions, car

gens, les aspects progressistes reconnus au Code civil de 1907 ne suffirent pas longtemps à contenir les insatisfactions des femmes, en particulier dans le monde du travail. Le Tribunal fédéral fut amené, en 1923, seulement onze ans après l'entrée en vigueur de la loi, à ordonner qu'une femme fut admise au barreau¹². La réglementation des régimes matrimoniaux également ne tarda pas à être critiquée par les intervenants de la Journée de la Société suisse des juristes, en 1928¹³.

Les deux guerres mondiales et la crise économique de l'entre-deux-guerres de même que les nécessités de la reconstruction d'après 1945 bouleversèrent à nouveau la société en Suisse et ailleurs en Europe. Les processus sociaux qui aboutissaient à donner aux hommes et aux femmes des rôles semblables et de même importance dans la société s'étaient accélérés pendant la première moitié du 20^e siècle, augmentant d'autant le décalage de la loi par rapport à la réalité sociale. Dans le domaine du droit de la famille et du droit du mariage, le texte légal était de moins en moins en adéquation avec la vie de tous les jours.

Le droit de vote avait été refusé aux femmes suisses au début du siècle, alors qu'à la même époque le suffrage universel avait été introduit dans plusieurs pays européens, par exemple en Allemagne, en Union soviétique et en Scandinavie¹⁴. Dans l'Europe de l'après-guerre, seules les Suissesses et les Liechtensteinoises étaient exclues du droit de vote. La discussion sur le droit de vote des femmes, reprise en Suisse dès les années 1940, faisait resurgir celle de l'égalité de la femme en droit de la famille¹⁵. A juste titre, semblerait-il, car à ce moment déjà, selon le professeur Egger, les hommes ne songeaient plus vraiment à faire valoir leurs prérogatives. Aucun mari n'aurait plus osé déchoir sa femme de son pouvoir de représentation de l'union conjugale alors que la loi lui en donnait parfaitement le droit. La justice avait également contrecarré l'application pure et simple du texte légal. Les juges interprétaient de manière extensive la loi, par exemple concernant les biens réservés de la

le mari disposait de tous les apports de la femme pour générer le bénéfice de l'union conjugale et la femme supportait une partie non négligeable de la charge des dettes contractées par le mari. L'inégalité de traitement n'était pas suffisamment compensée par le fait que le produit d'un éventuel travail de la femme hors du foyer lui était intégralement réservé et que la loi contenait quelques sauvegardes contre l'abus et la mauvaise gestion du mari.

Les *femmes non mariées* étaient également désavantagées, notamment sur le plan de l'autorité parentale sur leurs enfants ; cf. chapitre suivant.

¹² ATF 49 I 16, Roeder.

¹³ Cf. Message Mariage, p. 1211 s.

¹⁴ Pour des détails, cf. EGGER, p. 4 ss.

¹⁵ Un fort courant politique préconisait une meilleure protection de la famille, par des mesures incitatives et de rééquilibrage (impôt sur les célibataires !) et certaines mesures de santé publique telles que la création de nouveaux empêchements au mariage notamment de personnes atteintes de déficiences physiques ou mentales. Cf. Rapport Famille, p. ex. pp. 828, 876, 956 et 988.

femme, et donnaient un contenu franchement protecteur pour la femme aux mesures protectrices de l'union conjugale¹⁶.

Néanmoins, en comparaison avec les législations étrangères, le Code civil suisse, initialement à la tête du peloton des législations progressistes, s'achemina vers la position de dernier de la classe, au fur et à mesure des années. Pour les juges, la doctrine et les destinataires de la loi, une modification de la loi devenait urgente¹⁷. Pour le professeur Egger, l'égalité des hommes et des femmes était une égalité de valeur et de dignité; sa consécration par la loi était indispensable pour réaliser la liberté de tous les êtres humains¹⁸. Une modification de la loi se justifiait car la protection de cette liberté devait servir la famille et la collectivité. A cet égard, la Suisse ne faisait que constater ce qu'avaient déjà expérimenté les autres pays européens. Plusieurs parmi ceux-ci avaient procédé à des réformes du droit de la famille dès les années 1950, notamment l'Allemagne et la France¹⁹.

Une commission d'étude, mise sur pied par le Département fédéral de justice et police, en 1957, et présidée par le professeur Grossen, fut chargée d'étudier la question d'une révision de tout le droit civil. Elle rendit deux rapports en 1962 et 1965 respectivement, dans lesquels elle préconisait de procéder par étapes, en commençant par une révision du droit de la filiation. Sous l'impulsion des professeurs Egger, Grossen, Deschenaux, Petitpierre, Schnyder, Hausheer, Perrin, ainsi que de la Société suisse des juristes et à la suite de multiples interventions de parlementaires aux Chambres, la réforme du droit des effets du mariage – effets généraux et régimes matrimoniaux – eut finalement lieu dès 1968²⁰. Le projet de loi fut approuvé par le Parlement en 1984 et entra en vigueur en 1988. Excepté quelques modifications mineures, il régit toujours notre droit du mariage.

Ce texte légal, soigneusement préparé et tenant compte non seulement des avis de juristes et de divers milieux intéressés, mais aussi de données statistiques et de rapports sociologiques, va très loin sur le chemin de l'égalité parfaite des époux²¹. Les droits et les devoirs réciproques sont les mêmes pour la femme et pour l'homme. La capacité civile des deux époux reste intacte après le mariage, sous réserve de quelques restrictions dans les relations des époux avec les tiers, qui toutefois sont les mêmes pour le mari et la femme. Sur

¹⁶ EGGER, p. 32 s.

¹⁷ EGGER, p. 10 s.

¹⁸ EGGER, p. 33.

¹⁹ Message Adoption, p. 1227. Beaucoup d'autres pays européens avaient entrepris la réforme de leurs droits du mariage 10 à 15 ans plus tôt que la Suisse. Les textes adoptés démontraient une très forte convergence en dépit de l'absence de concertation et réalisaient les mêmes buts que la législation suisse de 1984. Cf. Message Mariage, p. 1219 ss.

²⁰ Message Mariage, p. 1213 ss.

²¹ Pour le détail de la mission des experts, cf. DESCHENAUX/PETITPIERRE, not. p. 142 ss.

le plan patrimonial, la loi prévoit comme solution de base une position identique des époux pendant le mariage et un partage égal du bénéfice de l'union conjugale. Le mariage est maintenant le partenariat de personnes égales à tout point de vue. Ce principe est clairement exprimé dans la réglementation sur l'entretien du couple et des enfants : la tenue du ménage et les soins aux membres de la famille par l'un des époux valent le salaire ou les bénéfices obtenus grâce à une activité lucrative du conjoint.

La réforme posa les jalons d'un droit qui tient compte des nouvelles valeurs de la société, telles que le respect de l'individualité ainsi que de l'autonomie de l'individu et du couple²². Il n'y a plus de rôles spécifiques assignés aux épouses ou aux époux, et aucun des deux partenaires n'a de poids prédominant dans la prise de décisions ou pour restreindre les droits de l'autre. La loi a, de surcroît, aménagé des espaces réservés aux seuls époux. Pour certains effets du mariage, la loi laisse la décision au couple et ne prévoit plus nécessairement d'autorité de recours en cas de conflit : ainsi ni le mari, ni le juge, ni la femme, n'ont un droit prioritaire à faire valoir leur point de vue lorsqu'il s'agit de choisir la demeure commune, la manière de régler les contributions des deux époux à l'entretien de la famille ou d'exercer ou non une profession. Par ailleurs, les père et mère mariés assurent ensemble l'éducation et les soins apportés aux enfants, ils les représentent et prennent les décisions qui s'imposent d'un commun accord²³. La solution à de nombreuses questions éventuellement conflictuelles doit être trouvée par le couple, par voie d'entente et dans l'intérêt de la famille. La loi insiste, dans plusieurs de ses dispositions, en particulier, dans le domaine des effets généraux du mariage, sur la concertation et la solidarité, entre époux et dans la famille.

Globalement, cette réforme répondait donc aux attentes des Suisses²⁴ et mettait la loi en conformité avec la réalité vécue. Comme en 1907, toutefois, l'égalité parfaite ne semblait toujours pas concevable en 1984 : en dépit de longs débats parmi les experts et au parlement, aucun consensus respectant l'égalité des sexes n'a pu être trouvé pour la réglementation en matière de nom et de droit de cité²⁵.

²² Message Mariage, p. 1220 ss.

²³ Voir notamment les dispositions sur les effets généraux du mariage, art. 159 - 179 CC.

²⁴ Cela est vrai même si certains praticiens habitués notamment à l'ancien régime matrimonial légal de l'union de biens, ont accueilli la participation aux acquêts, avec ses quelques subtilités, avec beaucoup d'hésitations et de réticence. En revanche, l'attente des couples hétéro- et homosexuels non mariés de voir leur communauté reconnue légalement, a été déçue ; une réglementation de leur situation de vie a été renvoyée à une autre occasion. La LPart (cf. note de bas de page 5) régira le partenariat de personnes homosexuelles dès le 1.1.2007 ; une réglementation spécifique pour les concubins hétérosexuels n'est pas prévue à ce stade. Les lois cantonales relatives aux couples homo- et hétérosexuels seront ainsi remplacées en partie, dès 2007.

²⁵ Cf. Message Mariage, p. 1227 ss. Voir aussi p. 1217, au sujet du résultat de la consultation suite à l'avant-projet, et concernant les divers arguments pour ou contre la solution légale adoptée.

La position du législateur par rapport au droit du nom de famille n'était pas facile. Comme les sondages l'avaient révélé, le nom de famille revêtait une importance toute particulière pour de nombreuses personnes et les opinions quant à sa formation et sa transmission étaient extrêmement diverses. Cette problématique est chargée d'émotions²⁶. Dans les sondages qui précéderent la réforme du droit du mariage de 1984, un attachement très fort des Suisses, femmes et hommes, au nom du mari comme nom de famille²⁷ semblait se dessiner et une solution légale dans ce sens a été approuvée par le Parlement la conscience tranquille. La loi continuait à consacrer la prééminence du mari, ce qui – effet paradoxal – résulte en un traitement de faveur de l'épouse en matière de droit de cité. Cette inégalité de traitement fut attaquée devant le Tribunal fédéral, et ensuite invoquée devant la Cour européenne des droits de l'homme par les époux Schnyder et Burghartz. La Cour fit droit à la demande en 1994²⁸. Depuis, l'Ordonnance sur l'état civil²⁹ complète le Code civil, rétablissant l'égalité des droits de l'époux et de l'épouse en matière de nom. Il s'agit d'une solution conforme à la décision de la Cour, mais critiquable du point de vue de la systématique législative.

Sous l'impulsion de la professeure Sandoz, en 1994, le processus législatif fut relancé. Le but était ambitieux : la réforme devait non seulement adapter le Code civil à la jurisprudence Burghartz et Schnyder, mais le droit du nom des personnes mariées et de leurs enfants tout entier devait être modernisé, de même que les dispositions sur le droit de cité. Le but devait se révéler trop ambitieux puisqu'en l'absence d'un consensus sur le nom de famille des enfants dans les cas de désaccord des parents, la réforme échoua devant le Parlement, en juin 2002. Encore une fois, le législateur n'était pas prêt. Aujourd'hui, douze ans après la jurisprudence Schnyder et Burghartz, l'ouvrage est à nouveau sur le métier, à la suite d'une initiative de la conseillère nationale Leutenegger Oberholzer, en 2004³⁰. La position de la société par rapport au nom de famille a changé dans l'intervalle. Le travail du législateur reste donc entier par rapport au nom de famille des époux.

²⁶ Cf. PERRIN, pp. 5 et 7 ss.

²⁷ Cf. art. 160 et 270 CC. Les Suisses s'étaient également prononcés en grande majorité pour la transmission du droit de cité du mari à l'épouse et aux enfants. Le Code civil en vigueur, aux art. 161, resp. 271, consacre toujours cette solution.

²⁸ ATF 115 II 193 ; arrêt no. 49/1992/394/472 de la Cour (RUDH 1994, 27)

²⁹ Ordonnance sur l'état civil (OEC), du 28 avril 2004 (RS 211.112.2).

³⁰ Cf. STURM, pour une discussion concise de la problématique et un survol de l'historique des réformes du droit du nom.

III. L'égalité de tous les enfants dans leurs relations avec leurs parents

Une deuxième tâche importante pour les rédacteurs du Code civil de 1907 consistait en l'unification du droit de la filiation, avec comme buts principaux l'amélioration du statut des enfants nés hors mariage et adoptés et le renforcement des mesures protectrices de l'enfant³¹. Le chemin parcouru pour aboutir à cette conception du droit de la filiation fut long : en 1831 encore, le Code civil lucernois spécifiait qu'il n'y avait rien d'infamant dans le fait d'être illégitime, tout en niant à un tel enfant le droit à une filiation maternelle et paternelle ; l'enfant né hors mariage était traité de manière similaire à Obwald, Nidwald et en Argovie³².

La situation de l'enfant dans la société avait changé pendant la deuxième moitié du 19^e siècle. L'enfant commençait à être perçu comme une composante importante de la famille, surtout dans le milieu citadin ; son besoin de protection et d'éducation était admis plus volontiers qu'auparavant. L'appui de l'Etat était acquis aux parents dans leur rôle d'éducateurs et l'Etat assumait le rôle de protecteur en cas de problème. Néanmoins, au tournant du 19^e au 20^e siècle, l'enfant, comme les autres membres de la famille, n'était pas encore reconnu dans son individualité. L'accent dans la société et, par conséquent, dans la loi restait posé sur la famille. La famille en tant qu'institution jouissait de l'approbation unanime et d'un soutien inconditionnel ; ses intérêts primaient les intérêts individuels, fussent-ils ceux d'un enfant³³.

Fidèle à sa mission, le Code civil de 1907 comprenait des solutions novatrices en faveur des enfants. Il instaurait la filiation maternelle automatique et la possibilité pour les pères non mariés à la mère de reconnaître leur enfant³⁴ ; l'action en recherche de paternité à l'encontre du géniteur d'un enfant illégitime³⁵

³¹ Cf. MEIER/STETTLER, N. 18, avec références à la doctrine sur ce sujet.

³² Message Filiation, p. 11. Selon le message, dans aucun domaine les lois cantonales présentaient une telle diversité de solutions juridiques que dans celui de la filiation illégitime.

³³ Pour un exposé des racines historiques de la relation juridique entre parents et enfant, cf. HAUSHEER, p. 45 ss.

³⁴ La reconnaissance, auparavant, n'était connue que dans quelques cantons. Les exigences de forme du Code civil étaient allégées par rapport aux droits cantonaux. La reconnaissance ne dépendait pas du consentement de la mère. Cf. Message CC, p. 39.

³⁵ L'action en recherche de paternité, inconnue dans certains cantons jusqu'à l'introduction du Code civil fédéral, était déjà assortie d'un for à choix ainsi que d'une présomption de paternité lorsque la cohabitation entre l'homme et la mère était établie. Les délais de l'action en recherche de paternité étaient extrêmement brefs, pour ne pas dire prohibitifs : l'action devait être introduite dans les 3 mois depuis la naissance, car ces affaires « doivent se traiter avec la plus grande célérité ». La demande de l'enfant dans l'action en recherche de paternité ne pouvait aboutir qu'à des paiements d'entretien, lorsque le père était marié, et la demande devait être rejetée sans exception lorsque la mère « menait mauvaise vie ». Il est intéressant de noter que certains droits cantonaux antérieurs avaient, dans des situations semblables, condamné plusieurs hommes à l'entretien de l'enfant. Cf. Message CC, p. 40 s.

et l'adoption³⁶ devenaient possibles partout en Suisse. Il comprenait ainsi, pour presque tous les enfants, des voies pour créer un lien de filiation maternel et paternel. La protection de l'enfant était renforcée par des mesures définies dans la loi et par un pouvoir discrétionnaire important des autorités de tutelle³⁷. L'accent était mis sur la protection contre les suites d'abandon des enfants par leurs parents, souvent contraints à cela par les conditions de travail³⁸.

Mais la portée de ces solutions était limitée par le souci de ménager la famille légitime. Les conditions de l'adoption étaient strictes, comme l'étaient celles de l'action en recherche de paternité, en particulier si la mère d'un enfant illégitime menait « une mauvaise vie ». L'enfant payait encore pour les violations par ses géniteurs des lois morales de la société et pour la non-conformité de sa situation avec le modèle social de la famille légitime.

Au niveau des effets de la filiation, la prépondérance de l'homme, même du père de l'enfant illégitime, sur la mère, restait fermement enracinée dans la loi³⁹. Même si, en règle générale, les mères non mariées étaient seules à s'occuper de leurs enfants, les autorités de tutelle ne leur attribuaient en principe pas la « puissance paternelle »⁴⁰.

Au 20^e siècle, la perception de l'enfant s'est profondément modifiée : l'enfant n'est plus seulement une composante de la famille ; il est aussi perçu dans son individualité. Une place privilégiée lui est reconnue d'une part en raison de son importance pour les parents et la famille, et d'autre part en raison de sa vulnérabilité. Cela lui confère le droit aux soins, à l'éducation et à la protection nécessaires de la part des parents, de l'école et de l'Etat. L'idée centrale de la relation parents-enfant, telle qu'elle émerge en Suisse et ailleurs, est d'assurer le bien de l'enfant ; les intérêts de la famille cèdent le pas devant

³⁶ L'adoption, encore peu commune en Suisse au 19^e siècle, devenait possible partout et le texte légal faisait une allusion aux intérêts de l'enfant, fait innovant, même si le but principal était de veiller aux intérêts de la famille adoptive. Néanmoins, les conditions de l'adoption étaient trop strictes – en particulier, l'adoption était impossible pour des personnes avec descendants –, ce qui rendait impossible de nombreuses adoptions. Peu d'importance était donc accordée au bien de l'enfant. De même, les droits des parents naturels n'étaient pas suffisamment protégés. Cf. Message Adoption, p. 1241.

³⁷ Message CC, p. 36 s.

³⁸ Message Filiation, pp. 81 ss et 83 s.

³⁹ La puissance paternelle n'était pas partagée entre le père et la mère mariés ; celle-ci n'y participait que de manière secondaire ou subsidiaire. Lorsque le père avait reconnu l'enfant et dans les rares cas où l'action en recherche de paternité menait à une filiation entière avec suite d'état civil, l'enfant était soumis à la puissance paternelle, réservant à la mère un droit de visite (art. 326). Cf. Message CC, p. 41. En matière successorale, le Code civil prévoyait également que l'enfant illégitime suivait la condition du père pour hériter de ce dernier. Cette conception fut abolie en Scandinavie avant la seconde guerre mondiale et par toutes les législations étrangères ensuite. Cf. Message Filiation, p. 73. Toutefois, l'enfant illégitime – ou ses descendants – n'obtenait que la moitié de la part qui revenait à l'enfant légitime ! Cf. Message CC, p. 50.

⁴⁰ Message Filiation, pp. 74 ss et 76 ; Message CC, p. 39.

l'intérêt de l'enfant. Cette perception a comme conséquence un accroissement des devoirs parentaux et change la nature des droits des parents. Les droits parentaux, qui doivent s'exercer seulement dans le but de réaliser le bien de l'enfant, se muent graduellement en droits dont l'exercice est obligatoire, soit en *Pflichtrechte* dans la terminologie allemande.

Cette perception de l'enfant était déjà largement admise par la population dans les années 1950, alors que le statut juridique des enfants était toujours régi par le Code civil de 1907. Le statut des enfants illégitimes et adoptifs était particulièrement choquant et devenait insoutenable⁴¹. Il était admis que « l'enfant illégitime n'est pas responsable des circonstances de sa conception ; tout autant que l'enfant légitime, il a droit à ce que sa dignité d'être humain soit respectée »⁴². Mais ni l'initiative privée, ni l'interprétation large de la loi par les juges ne pouvaient éliminer les défauts en matière de filiation du Code civil. De nombreuses voix – de la Société suisse des juristes aux associations professionnelles concernées, en passant par la doctrine et les parlementaires – s'élevèrent dans le courant de la première moitié du 20^e siècle pour réclamer une révision de la loi⁴³. Les conventions internationales dans les domaines de l'adoption et de l'entretien auxquelles la Suisse avait adhéré au fil des années ajoutèrent du poids à ces réclamations⁴⁴.

La réforme fut entamée dès la fin des années 1950⁴⁵. Elle avait comme buts principaux l'amélioration de la situation de l'enfant illégitime⁴⁶ et de sa mère, la réforme du droit de l'adoption, la meilleure prise en considération du bien de l'enfant, et la réalisation de l'égalité des devoirs et droits des père et mère⁴⁷. Le processus se déroula en deux étapes, sous l'inspiration des professeurs Grossen et Hegnauer, aboutissant à un nouveau droit de l'adoption, entré en vigueur le 1.4.1973, et au remaniement complet du reste du droit de la filiation, en vigueur depuis le 1.1.1978.

⁴¹ P. ex. la Société suisse des juristes en 1965 et 1970 ; Message Filiation, p. 17.

⁴² Message Filiation, p. 10.

⁴³ Message Filiation, p. 13 (et la note de bas de page 9) et p. 53, pour les auteurs d'articles, de conférences etc.

⁴⁴ Convention de La Haye concernant la compétence la loi applicable et la reconnaissance en matière d'adoption, de 1965 ; Convention du Conseil de l'Europe en matière d'adoption, de 1967. Cf. Message Adoption, p. 1235.

⁴⁵ Pour les détails sur le déroulement de la révision, cf. SCHNYDER, pp. 59 ss et 65 s., avec des informations intéressantes sur les enquêtes, consultations, statistiques, sondages d'opinions, etc., pris en compte lors de cette révision, ainsi que sur la facilité ou la difficulté de faire adopter certaines innovations.

⁴⁶ Il s'agissait d'env. 3-4% de tous les enfants nés en Suisse entre 1963 et 1973 ; cf. Message Filiation, p. 7.

⁴⁷ Message Filiation, p. 1. On entendait réaliser pleinement des objectifs que le CC 1907 « n'était pas tout à fait en mesure d'atteindre ... » ; pour les rédacteurs des nouveaux textes, réformer le CC « témoigne d'une plus grande fidélité à l'esprit de la codification suisse que le maintien, par pusillanimité, de positions surannées » ; cf. Message Filiation, p. 21, Message Adoption, p. 1228.

Les nouveaux textes légaux ont un contenu et une structure radicalement différents du droit antérieur. Le droit de la filiation résultant des réformes des années 1970 et enrichi depuis son adoption par les Chambres par des modifications ponctuelles, est toujours en vigueur.

Ses points saillants sont les suivants.

La reconnaissance et l'action en paternité sont construites de sorte à faciliter la constitution d'un lien de filiation paternelle. Le nouveau droit de l'adoption, plus étoffé que l'ancien⁴⁸, est conçu entièrement pour assurer que l'adoption serve le bien de l'enfant⁴⁹ et respecte les droits de la personnalité des personnes impliquées⁵⁰. Il accorde une attention particulière à la protection de l'enfant pendant la procédure d'adoption⁵¹. Au niveau des effets de l'adoption, il assure à l'enfant un lien de filiation avec les parents adoptifs qui ne se distingue pas du lien de filiation de l'enfant né de ses parents : seule l'adoption plénière, qui doit assurer la pleine insertion de l'enfant dans sa nouvelle famille, est possible⁵².

Au niveau des effets de la filiation, la puissance paternelle a été profondément remaniée et renommée autorité parentale⁵³. Elle appartient aux deux parents mariés, sans pouvoir décisionnel prioritaire de l'un ou de l'autre. Elle est enfin – après des interventions parlementaires en 1958 et 1959, l'appel de la doctrine et même une décision du Tribunal fédéral dans ce sens – donnée d'office aux mères non mariées⁵⁴. Ainsi, on a éliminé non seulement

⁴⁸ Les huit articles de loi passaient à quinze, modifiés et complétés depuis ; cf. Message Adoption, p. 1237.

⁴⁹ Ce principe a permis des adoptions par des personnes ayant déjà des enfants. L'intérêt de ceux-ci doit être pris en compte, mais ne doit plus faire échec à ce qu'un autre enfant trouve dans cette famille les soins, l'éducation et la protection dont il a besoin. Cf. Message Adoption, pp. 1236 ss et 1241.

⁵⁰ Message Adoption, p. 1247, avec références à la doctrine. La mère non mariée et le parent divorcé non attributaire de l'autorité parentale, qui, sous l'empire du CC 1907, n'avaient pas le droit de consentir respectivement de refuser l'adoption de leur enfant, se voient reconnus ce droit en vertu de leur qualité de parent. Une protection toute spéciale de la mère qui vient d'accoucher a été incluse, à l'instar de la loi anglaise, par l'art. 265a II CC qui admet le consentement de telles femmes au plus tôt six semaines après l'accouchement. Tous les parents ont un délai de réflexion de six semaines à l'intérieur duquel ils peuvent révoquer leur consentement.

⁵¹ En effet, des graves lacunes avaient été constatées en matière de placement des 60'000 à 80'000 enfants placés en vue ou non d'une adoption au début des années 1960. Cf. Message Filiation, p. 89 s. avec références à la doctrine.

⁵² L'ancien droit connaissait l'adoption simple. Sans autre solution, les familles concernées s'efforçaient souvent de faire ressembler leur situation à celle consécutive à une adoption plénière. La nouvelle législation permet le passage de l'une à l'autre. Cf. Message Adoption, pp. 1229 ss et 1251 ss.

⁵³ Les termes « *elterliche Gewalt* » de la version allemande n'ont été remplacés par les termes « *elterliche Sorge* », jugés en général plus représentatifs des attentes faites aux parents, que lors de la modification partielle du droit de la filiation dans le cadre de la réforme du droit du divorce. Cf. Message Filiation, p. 71 s.

⁵⁴ Message Filiation, p. 75 ; ATF 97 I 263.

l'inégalité de traitement entre hommes et femmes, mais aussi entre femmes, mères célibataires et mères veuves ou divorcées, et entre enfants légitimes et non légitimes. Quelques innovations relatives surtout au recouvrement de l'entretien dû à l'enfant⁵⁵, aux mesures de protection de l'enfant⁵⁶, et des dispositions de procédure unifiées pour la Suisse se sont révélées efficaces ces trente dernières années. La réforme du droit de la filiation a également abouti à la modification d'autres parties du Code civil, notamment du droit successoral⁵⁷, ainsi que d'autres textes législatifs pertinents, par exemple en matière de nationalité⁵⁸, d'assurances sociales et de surveillance du placement d'enfants et de droit international privé⁵⁹.

A plusieurs égards, la loi suisse était au moment de son adoption dans les années 1970 – et est encore aujourd'hui – plus progressiste et plus simple que les législations étrangères⁶⁰. Elle pourrait néanmoins encore être améliorée. Citons l'exemple du droit du nom.

Le droit du nom des enfants prévoit que l'enfant porte le nom de famille des parents. Celui-ci peut donc être le nom du père ou le nom de la mère. L'égalité des pères et mères mariés est donc réalisée, mais non celle des parents non mariés. En l'absence d'un mariage des parents de l'enfant, même si celui-ci est reconnu par son père, le nom de l'enfant est celui de la mère au moment de la naissance⁶¹. Ni le ménage commun des parents, ni même le fait que les parents exercent ensemble l'autorité parentale n'ont de pertinence à cet égard. La solution légale ne concorde pas avec la réalité vécue par un nombre croissant de couples. En effet, l'enfant, reconnu par son père et qui vit dans le ménage commun de ses parents non mariés, se trouve dans une situation sociale comparable à celle de l'enfant de parents mariés. La position plutôt libérale du Tribunal fédéral en matière de changement de nom des enfants, pendant les années 1990, a quelque peu atténué l'effet de la loi⁶². Toutefois,

⁵⁵ Il s'agit notamment de l'aide à l'encaissement de la contribution d'entretien, de l'avis aux débiteurs et des avances sur la contribution d'entretien de la part de l'autorité publique. De telles mesures étaient, selon le Message Filiation, p. 68, « déjà appliquées par les autorités d'assistance ouvertes au progrès » et pratiquées par ailleurs en Scandinavie également à ce moment.

⁵⁶ Qui incluent depuis lors aussi des préoccupations au niveau de la santé et de l'éducation de l'enfant, et de nouveaux moyens de recours ; cf. Message Filiation, pp. 81 ss et 83 s.

⁵⁷ Message Filiation, p. 99 s.

⁵⁸ Message Filiation, p. 112 s. ; ATF 98 Ib 81. Résultat entre autres de l'intervention du canton de Genève.

⁵⁹ Message Adoption, p. 1237.

⁶⁰ Beaucoup de pays avaient réformé leur droit de la filiation avant la Suisse, mais maintenu des différences entre les enfants légitimes et les autres ; pour les détails : Message Filiation, p. 22.

⁶¹ Le Code civil actuel ne connaît donc plus l'incongruité du droit ancien qui prévoyait, comme nom de l'enfant de mères non mariées, le nom de jeune fille de celles-ci, même si elles portaient un autre nom au moment de la naissance de l'enfant ; cf. Message Filiation, p. 51.

⁶² Dans de telles hypothèses et aussi dans celle de l'enfant vivant dans le ménage de sa mère avec un nouveau mari.

devant la multiplication des ménages de couples non mariés ou remariés et la composition très diversifiée des familles, le Tribunal fédéral est revenu sur sa position. Il applique maintenant strictement les règles légales et ne permet à un enfant de prendre le nom du père non marié à la mère que si l'enfant démontre un désavantage tangible dû à son nom établi sur la base de la loi⁶³. Des solutions légales plus proches de la réalité sociale sont appliquées dans d'autres ordres juridiques. La problématique méritera réflexion lors d'une prochaine révision du droit du nom. Tel est également le cas du droit de cité.

Un autre reproche peut être fait aujourd'hui à la loi adoptée dans les années 1970, concernant les actions en contestation de la filiation. Les conditions des actions, notamment le cercle des personnes ayant qualité pour agir et les moyens au fond, ne sont pas les mêmes si la filiation repose sur la présomption de la paternité du mari ou sur une reconnaissance. Comme on l'a évoqué plus haut, beaucoup de jeunes couples stables ne sont pas mariés; dans la quasi-totalité des cas, l'homme reconnaît l'enfant de sa compagne et, souvent, l'autorité parentale est exercée conjointement par les parents non mariés. La situation ressemble parfaitement à celle de parents mariés et de leurs enfants. Les différences dans l'action en contestation de la filiation paraissent donc injustifiables, et ce dans des cas de plus en plus nombreux. Le législateur est donc appelé à agir.

IV. Bilan

L'expérience des quinze dernières années démontre que les modifications législatives se suivent à un rythme croissant. Même des lois déjà révisées sont modifiées à nouveau. Le droit du divorce de 2000, par exemple, revu une fois déjà en 2004, fait depuis peu l'objet d'une autre révision partielle. Nous l'avons dit d'entrée, le droit de la famille se doit de suivre les mutations sociales sous peine de devenir lettre morte. La question de l'opportunité ou de la nécessité d'une réforme des lois se posera plus fréquemment et de manière plus pressante que par le passé dans la société du 21^e siècle car les mentalités et les concepts philosophiques importants évoluent également plus rapidement que par le passé. La tâche du législateur sera compliquée, en droit de la famille, par les processus sociaux qui démantèlent la famille traditionnelle en la remplaçant par une multitude de formes de communautés domestiques, et par les modifications des systèmes de valeurs et des convictions dans la société⁶⁴. Il sera plus difficile d'adapter le cadre légal aux multiples modes de la vie moderne.

⁶³ ATF 121 III 145.

⁶⁴ BÜCHLER, pp. 47 s. et 49.

Le législateur sera interpellé – et l'est déjà en partie – et reverra la loi sur certains sujets, par exemple le droit du nom et le droit de cité, les modalités de la constitution et de la rupture du lien de filiation (les conditions des actions en désaveu et en contestation de la reconnaissance), la procréation médicalement assistée (l'accès pour des couples non mariés à l'insémination hétérologue, la maternité de substitution), l'autorité parentale sur les enfants de couples non mariés et divorcés, la réglementation du 2^e pilier des couples mariés et la procédure de divorce ainsi que d'autres aspects du droit du divorce (la durée de la séparation avant de pouvoir déposer une demande unilatérale, la séparation de corps).

Pendant, l'approche des révisions ponctuelles engendre le risque de détruire la cohérence de la loi. Elle peut entraîner des effets négligés lors de la révision partielle qui auraient été pris en compte à l'occasion d'une révision globale. De ce fait, une réévaluation approfondie de la situation paraît nécessaire, même si la modification d'une seule ou de quelques dispositions légales est envisagée. L'analyse globale des intérêts en présence peut mener à renoncer à une révision ponctuelle ou à opter pour une révision plus englobante.

Actuellement, le droit du divorce, sous le feu de multiples critiques, est assoupli graduellement ce qui, à son tour, affaiblit le mariage. Or, cette conséquence semble bien correspondre au souhait des destinataires des normes. Cela nous mène au constat que le droit du mariage et le droit de la filiation sont remis en question par rapport à quelques-uns de leurs principes les plus importants. Dans le cadre de la loi actuelle, font problème par exemple la détermination des devoirs et droits de partenaires, notamment celle du devoir d'assistance entre époux dans le contexte de familles dé- et recomposées; la durée de ce devoir en cas de mésentente; l'absence de toute réglementation pour de nombreux couples non mariés; l'autorité parentale, son attribution et son contenu, en particulier lorsque la famille éclate; la gestion du patrimoine familial pour des couples aux fortes chances statistiques de ne pas rester ensemble pour toute leur vie. Face aux défis de la société du 21^e siècle, il ne s'agit pas seulement de modifier quelques aspects du droit de la famille. Le droit en vigueur ne convient plus, il est à la fois trop contraignant et lacunaire. Le temps pour une nouvelle révision globale du droit de la famille est peut-être venu.

Quelles seraient les idées maîtresses d'un nouveau droit suisse de la famille? *De lege ferenda*, le nouveau droit serait plus ouvert aux diverses formes de la famille présentes dans la société actuelle et accommoderait ainsi mieux l'individualité des personnes. En reconnaissant plusieurs modèles familiaux, voire chaque famille dans sa propre réalité, il rendrait peut-être superflu la distinction entre unions entre personnes de sexe opposé et celles entre personnes du même sexe. Il établirait le libre choix et l'égalité des partenaires en matière de nom et de droit de cité. Il conserverait l'approche du droit actuel

de la responsabilité individuelle des partenaires pendant la communauté domestique et du partage des obligations envers la famille selon une conception qualitative des contributions de chaque partenaire. Le nouveau droit de la famille se baserait sur un concept de filiation où le lien social et affectif de l'enfant avec des personnes qui ne sont pas ses géniteurs, jouerait un rôle plus important qu'actuellement. L'expérience des nouveaux modèles familiaux impliquerait très probablement de nouvelles définitions de l'autorité parentale et du droit de garde et une délimitation entre ces concepts qui diffère de celle opérée actuellement. Le droit de la famille tiendrait mieux compte qu'aujourd'hui du droit étranger et international. Le droit qui régirait la dissolution de la communauté de deux personnes bénéficierait des expériences de ces dernières années en matière de divorce. Ces expériences étaient, sur des points importants, inattendues et surprenantes, et ont modifié les prémisses sur lesquelles les nouvelles normes seraient construites.

Bibliographie

Messages du Conseil fédéral

- concernant le projet de code civil suisse, du 28.5.1904, in FF 1904 IV 1 ss (cité Message CC)
- concernant la modification du code civil suisse (Adoption et article 321 CC), du 12.5.1971, in FF 1971 I 1222 ss (cité Message Adoption)
- concernant la modification du code civil suisse (Filiation), du 5.6.1974, in FF 1974 II 1 ss (cité Message Filiation)
- concernant la révision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), du 11.7.1979, in FF 1979 II 1179 (cité Message Mariage)
- concernant la révision du code civil suisse (abaissement de l'âge de la majorité civile et matrimoniale, obligation d'entretien des père et mère), du 17.2.1993, in FF 1993 I 1093 ss
- concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), du 15.11.1995, in FF 1995 I 1 ss (Message Divorce)
- relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, du 29.11.2002, in FF 2003 I 1192 ss

Rapport du Conseil fédéral sur la demande d'initiative pour la famille, du 10.10.1944, in FF 1944 I 825 ss (cité Rapport Famille)

BÜCHLER Andrea, « Das Familienrecht der Zukunft », in *Auf dem Weg zum Familiengericht*, Berne 2004, p. 45 ss

DESCHENAUX Henri, PETITPIERRE Gilles, « Vers une réforme du droit du mariage », in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier* 1975, p. 138 ss

EGGER Anton, « Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der jüngsten familienrechtlichen Gesetzgebung », in *Revue de droit suisse*, 1954, p. 1 ss

HAUSHEER Heinz, « Rechte des Kindes und Personensorge als Kontinuum der Rechtsordnung », in *Revue du droit de la tutelle* 1-2/2001, Sonderausgabe, p. 45 ss

HUBER Eugen, « Die Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht », in *Revue de droit suisse* 1894, NS 13, p. 550 ss

MEIER Philippe, STETTLER Martin, *Droit de la filiation*, t. 1, 3^e éd., Genève, Zurich, Bâle, 2005

PERRIN Jean-François, *Comparaisons pour la réforme du droit matrimonial*, Lausanne, 1985

SCHNYDER Bernhard, «Schweizerisches Familienrecht im Wandel von 1968 bis 2002», in *Numéro spécial RFJ 10 ans – Le droit en mouvement*, Fribourg 2002, p. 59 ss

STURM Fritz, «Die Namensrechtsreform läuft wieder an», in *Revue de l'état civil* 2005, p. 2 ss

Les nouveaux adjoints pensants du législateur

DOMINIQUE MANAÏ

Professeure à l'Université de Genève

La contribution que j'ai le grand plaisir d'offrir au Professeur Petitpierre porte sur le dialogue entre les différents acteurs sociaux producteurs de normes, afin d'analyser la place du législateur dans ce dialogue.

J'entends ainsi rendre hommage à mon collègue et à l'homme de dialogue qu'il est par sa parole toujours sereine et apaisante quelles que soient les circonstances.

Je suis d'autant plus sensible à sa sérénité que le Professeur Petitpierre est un homme de droit qui aime le droit, qui le vit au quotidien et qui le communique à ceux qu'il côtoie.

Si j'ai intitulé ma contribution les nouveaux adjoints pensants du législateur, c'est que, comme vous le savez, notre collègue a participé à de nombreuses reprises au processus législatif en Suisse.

Or, il fut un temps où le législateur était au sommet d'une hiérarchie des sources du droit. Sa place était incontestée : le législateur crée la loi, le juge l'applique. C'était au début du XIX^e siècle. C'était ce que l'on a appelé le règne de la loi. Le juge était chargé de tirer la norme juridique à partir des « mots de la loi »¹. Mais cela n'a même pas duré un siècle : souvenez-vous des débats animés et nourris de la seconde moitié du XIX^e siècle auxquels Eugen Huber a pris part² et qui exprimaient la révolte contre la plénitude légale. Ces mouvements européens (mouvement du droit libre, de l'*Interessenjurisprudenz*, ou de la Libre recherche scientifique) ont montré que le juge est bien plus qu'un simple serviteur de la loi. Il ne fait pas qu'appliquer mécaniquement une loi déjà toute faite, il est là aussi pour aider le législateur : en effet, il revient au juge d'insuffler du sens au texte, de découvrir derrière les mots de la loi, le sens de la loi, son non-dit, ce qui revient à choisir par un travail d'interprétation, une signification parmi l'ensemble des possibles. Ainsi il participe à la détermination de la normativité de la loi ; mais plus encore, le juge peut même créer du droit, lorsque celui-ci est lacunaire, il est habilité par le législateur à

¹ HAUSER Jean, Le juge et la loi, in *Pouvoirs*, n° 114, La loi, septembre 2005, p. 141.

² MANAÏ Dominique, *Eugen Huber, jurisconsulte charismatique*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1990.

formuler un principe de solution pour statuer dans le cas d'espèce ; il a alors un devoir de dire la norme.

Ainsi l'idée selon laquelle le juge collabore à la production du droit, le situe comme un adjoint du législateur, un adjoint qui n'est pas « la bouche de la loi », mais qui se laisse guider par sa « conscience du droit » pour faire, lorsque la loi ne dit rien, « office de législateur »³ ; cette idée d'adjoint pensant du législateur remonte au milieu du XIX^e siècle.

Le législateur de 1907, Eugen Huber, a eu l'audace et le génie de canaliser ces idées et de les prolonger dans l'article 1 du Code civil. Il exprime trois idées fortes : le pluralisme des sources du droit, la hiérarchie des sources ainsi que la primauté de la loi.

Un siècle plus tard, en 2005, cette conception des sources du droit ne permet plus de rendre compte de la diversité et de la complexité de la réalité normative contemporaine où coexistent plusieurs « pôles émetteurs »⁴ de droit. Désormais le législateur a plusieurs adjoints, et plus seulement le juge.

J'ai choisi comme axe de mon analyse l'article 31 alinéa 1 Code civil, où à travers le rapport entre le droit, la science et les normes non juridiques, je me propose d'analyser ce que fait le législateur dans ces interactions normatives.

J'ai découvert une dramaturgie qui se déploie en trois actes.

Acte I. Le législateur de 1907 ou la tentation du non-droit

L'art. 31 al. 1 *in fine* CC dispose que la personnalité finit par la mort. Pourtant, le législateur ne définit nulle part la mort.

J'ai alors consulté les travaux préparatoires, et de ceux-ci il ressort que le législateur de 1907 a volontairement renoncé à définir le moment du décès en invoquant qu'une telle définition serait vite dépassée du point de vue scientifique. L'absence de critères juridiques pour déterminer le moment de la mort est donc un silence qualifié. Le législateur s'abstient et s'en remet aux médecins pour déterminer le critère du décès.

Ainsi, comme vous le voyez, *le législateur a cédé à la tentation du non droit et a laissé « carte blanche », si l'on peut dire, aux médecins.*

³ HUBER Eugen, *Exposé des motifs*, t. 1, Berne 1901, p. 31.

⁴ JESTAZ Philippe, Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, 2, p. 299 ss.

Mais, dès 1960, le développement scientifique, et plus particulièrement celui des techniques de réanimation, bouleverse les frontières entre la vie et la mort; il met en évidence l'importance de la détermination des modalités du constat de la mort.

En effet, jusque là, le critère de la mort était cardio-respiratoire: c'est l'arrêt de la respiration et de la circulation sanguine qui confirme la mort d'un individu. Mais les techniques de maintien artificiel de la vie ont montré que ce critère est insuffisant. Avec la respiration artificielle non seulement les chances de réanimation sont devenues plus grandes, mais bien plus elle permet de maintenir un corps en vie, alors que simultanément le cerveau meurt. De plus, les progrès en soins intensifs et le développement de la transplantation d'organes ont mis en évidence qu'il fallait d'une part s'assurer du caractère définitif et total de l'arrêt de la circulation sanguine et de la respiration et d'autre part éviter de prodiguer des soins à une personne décédée. D'où l'importance de déterminer le moment de la mort. C'est ainsi qu'à la fin des années soixante, des études sur le coma dépassé, c'est-à-dire l'état dans lequel un individu comateux ne manifeste aucune activité discernable du système nerveux central, rendent possible le critère de la mort cérébrale⁵.

Pour encadrer ces progrès scientifiques et maîtriser ses applications sur l'être humain, l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) a adopté, en 1969, des directives sur la définition et le diagnostic de la mort. Elles ont été révisées en 1983, en 1996 puis dernièrement en 2005.

L'ASSM est une fondation de droit privé au sens des articles 80 et suivants du CC, créée le 24 septembre 1943 par les facultés de médecine, de médecine vétérinaire ainsi que la Fédération des médecins suisses (FMH). Son activité consiste notamment à élaborer des directives d'éthique médicale. Ses directives, qui émanent d'un organisme privé, ne sont pas des règles de droit. Néanmoins, ces normes servent de référence à la pratique thérapeutique et constituent les règles de l'art en exprimant l'état de la science médicale.

Ces normes déontologiques visent à garantir le bon exercice d'une pratique professionnelle. Par ailleurs, la FMH a décidé de les intégrer dans son Code de déontologie, ce qui renforce leur caractère normatif, dans la mesure où elles deviennent de véritables obligations professionnelles et en cas de violation, les sanctions prévues par le Code de déontologie peuvent être appliquées⁶.

⁵ Comité *ad hoc* du Harvard Medical School, Document *A question of irreversible coma*, 1968; VERSPIEREN Patrick, Critères de la mort, in HOTTOIS Gilbert, MISSA Jean Noël, *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, De Boeck univ., 2001, p. 600 ss; MISSA Jean Noël, Mort cérébrale, in HOTTOIS Gilbert, MISSA Jean Noël, *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Bruxelles, De Boeck univ., 2001, p. 605 ss.

⁶ RUETSCHI David, Die medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW aus juristischer Sicht, *Bulletin des médecins suisses*, 2004, 85, p. 1223.

Ce premier acte, qui commence en 1907 et s'étend jusqu'à la fin des années soixante, met en évidence que le *législateur s'abstient* et laisse la place aux normes déontologiques. Le législateur est modeste et trouve *un relais dans les normes déontologiques non juridiques*.

Acte II. Le droit hors la loi

Mais le droit n'a pas pu se tenir longtemps à l'écart de cette pratique scientifique.

En effet, en 1972, les *juges fédéraux* sont appelés à se prononcer à propos d'un arrêté zurichois sur les hôpitaux qui prévoyait la possibilité d'un prélèvement d'organes effectué sur une personne décédée, sauf en cas d'opposition du patient ou de ses proches (arrêt Gross). Le Tribunal fédéral affirme qu'«un être humain doit être considéré comme mort dès que les fonctions nécessaires à sa survie ont totalement et définitivement cessé» et observe que le Code civil ne contient pas de règle fixant de quelle manière le décès doit être constaté. Il approuve la retenue du législateur et en déduit que la loi laisse aux médecins le soin de déterminer ce qu'est la mort en renvoyant «aux dernières connaissances reconnues de la science médicale»⁷.

Ainsi la jurisprudence cautionne le concept de mort cérébrale adopté dans les milieux scientifiques et médicaux. Il s'agit de la mise en œuvre de ce que François Gény nommait la «libre recherche scientifique»⁸ lorsque le juge recherche en dehors de la loi des critères objectifs pour formuler une norme qui répond à la finalité sociale du moment.

En l'espèce, les obligations déontologiques formulées par les professionnels acquièrent désormais un caractère quasi juridique par leur reconnaissance judiciaire. Ce qui marque l'intégration des normes déontologiques dans le droit mais en dehors de la loi, par la voie prétorienne.

A son tour, cette intégration confère une force normative supplémentaire aux directives ASSM.

Puis, à l'instar des juges fédéraux, les législateurs cantonaux renvoient aux directives ASSM dans leur loi sur la santé.

Cette *intégration des normes déontologiques dans le droit* a ouvert la voie à une *collaboration* entre la doctrine et la jurisprudence en suscitant un débat

⁷ Arrêt Gross du 28 juin 1972, ATF 98 Ia 508, JdT 1973 I 490, 494.

⁸ GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1954, t. II, p. 92 § 159.

fort intéressant : la doctrine s'est interrogée sur la légitimité démocratique de cette référence à l'avis des organisations professionnelles.

La jurisprudence, quant à elle, a posé le principe de la validité d'un renvoi direct de la loi, lorsque celui-ci vise une version déterminée des règles déontologiques (renvoi statique), alors que si la loi s'en remet aux règles privées en vigueur, ce renvoi, qualifié de dynamique, est contesté car les normes peuvent changer sans l'intervention du législateur, ce qui est problématique d'un point de vue démocratique⁹.

Puis la réalité sociale a poussé les juges à occuper le rôle principal sur la scène juridique en posant des principes relatifs à la protection de la personnalité *post mortem*, dont voici quelques jalons.

La II^e Cour civile du Tribunal fédéral, en 1975, a admis, face au risque de porter atteinte à une dépouille, la nécessité de prolonger le respect de la personnalité au-delà du décès (arrêt Gautschi). Mais elle se borne à reconnaître les « effets subséquents de la personnalité du défunt »¹⁰ sans fournir les modalités de ce respect.

La Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral a, en 1992, exprimé, dans le fameux arrêt Barschel, l'idée selon laquelle la personne qui vient de décéder se trouve dans ce qu'il appelle une « zone tabou » où certains droits de la personnalité protègent ce corps humain sans vie. On peut lire ceci dans les considérants : « si la constatation de la mort physique relève de l'établissement des faits, il n'en va pas de même de la fixation du moment où les droits attachés à la personnalité prennent fin. ... Si l'on s'en tient à cette conception qui coïncide avec le sentiment général selon lequel un cadavre ne saurait être un objet de propriété, ni un bien sans maître que l'on peut traiter n'importe comment, il faut admettre que, jusqu'à ses funérailles en principe, le défunt est titulaire de droits de la personnalité protégeant sa dépouille et ce qui l'entoure des atteintes contraires aux moeurs et aux usages. Cette persistance de l'existence de certains droits se justifie d'autant plus que le moment de la disparition de toute trace de vie dans le corps de l'individu est très difficile à fixer et que la solution retenue par l'Académie suisse des sciences médicales n'a pas été élaborée avant tout pour définir la fin de la personnalité ou la perte de la jouissance de droits, mais bien pour déterminer le moment où il est possible de prélever des organes sur un cadavre et non plus sur un être susceptible de revenir à la vie. ... Le mort est entouré d'une zone tabou pendant un certain laps de temps suivant son décès et pendant lequel sa dépouille et ce qui l'entoure sont protégés par les droits de la personnalité qui étaient les siens de son vivant »¹¹. Ainsi le mort bénéficie des effets de ses propres droits de la personnalité.

⁹ ATF 123 I 112, 130.

¹⁰ Arrêt du 3 juillet 1975, ATF 101 II 177, JdT 1976 362.

¹¹ Arrêt du 10 juillet 1992, ATF 118 IV 319, 322-324.

La 1^{re} Cour de droit public du Tribunal fédéral, en 2001, a rappelé, à propos d'un ordre d'autopsie, les effets *post mortem* du respect de l'intégrité corporelle: «la liberté personnelle ne se limite pas à la durée de la vie d'un individu. Elle s'étend au-delà du décès et permet à toute personne de se déterminer à l'avance sur le sort de sa dépouille, et de se prémunir contre toute intervention illicite, qu'il s'agisse de prélèvements d'organes ou d'une autopsie. ... Il est généralement reconnu que le respect dû aux morts découle de la dignité humaine. ... A l'instar de toute atteinte à un droit fondamental, un ordre d'autopsie doit se fonder sur une base légale (...), et reposer sur un intérêt public prépondérant (en l'occurrence, la nécessité de déterminer la cause précise du décès)»¹².

Face au souci des juges de respecter la personnalité *post mortem*, la doctrine a poursuivi son rôle que l'on pourrait qualifier d'expert-consultant.

Quelques auteurs ont suggéré d'admettre une *représentation du défunt*, qui permettrait aux proches d'agir en justice en son nom¹³.

Mais la doctrine majoritaire¹⁴ et la jurisprudence refusent d'aller dans ce sens et soutiennent que les proches peuvent agir en leur propre nom pour défendre l'intégrité corporelle du défunt ou pour consulter son dossier médical mais leur refusent un pouvoir de représentation.

Déjà en 1983, le juge civil a précisé que «bien qu'incontestablement certains intérêts personnels puissent être lésés même après la mort, comme par exemple la considération dont jouit la personne, la qualité pour agir cesse nécessairement avec la fin de la capacité civile qui coïncide avec la mort»¹⁵.

Dix-huit ans plus tard, en 2001, les juges fédéraux rappellent que «l'ordre juridique admet toutefois une prolongation de la protection, eu égard à la dignité du défunt et au sentiment de piété de ses proches»¹⁶. Leur motivation est intéressante: selon la conception retenue en Suisse, cette prolongation de la protection de la personnalité tient «à la volonté de protéger le sentiment de piété des proches survivants. La protection s'étend aussi aux sentiments intimes qui comprennent le sentiment de piété envers les proches décédés, les souvenirs d'événements communs importants, de circonstances particulières

¹² Arrêt du 18 juin 2001, ATF 127 I 115, consid. 4.

¹³ KEHL Robert, *Die Rechte der Toten*, Zürich, 1991; OTT Walter, GRIEDER Thomas, *Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz*, PJA, 2001, p. 627 ss.

¹⁴ RIEMER Hans Michael, *Personenrecht des ZGB*, Berne, Stämpfli, 2002, n° 133, p. 85; DESCHENAUX Henri, STEINAUER Paul-Henri, *Personnes physiques et tutelle*, Berne, Stämpfli, 4^e éd., 2001, n° 536 ss, p. 167; BUCHER Andreas, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 4^e éd., 1999, n° 222, p. 53; TERCIER Pierre, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich, Schulthess, 1984, n° 406.

¹⁵ ATF 109 II 353.

¹⁶ ATF 127 I 115, consid. 6 a, 122 – 123.

qui attachent les uns aux autres et qui s'incorporent en quelque sorte à notre personnalité (...) les proches du défunt ont le droit de disposer du cadavre de celui-ci; en cela, ils n'exercent pas le droit qu'avait le *de cuius* de disposer de son cadavre, mais bien leur propre droit de la personnalité»¹⁷.

Puis en 2003, la 1^{re} Cour de droit public du Tribunal fédéral intervient énergiquement et met un terme à l'insistance de la doctrine minoritaire: elle affirme clairement qu'il n'est pas possible de *représenter* une personne décédée¹⁸. Elle exclut en l'état du droit actuel que quiconque introduise une action fondée sur l'art. 28 CC en tant que représentant d'une personne décédée, dans la mesure où la personnalité finit avec la mort. Il s'agissait du recours d'un mandataire de Dignitas contre un ordre d'autopsie. Le mandataire avait prêté son assistance au suicide de deux personnes souffrant depuis l'enfance d'une maladie mentale provoquant angoisses et paranoïa, sans espoir de traitement. Un ordre d'autopsie avait alors été ordonné.

Le Tribunal fédéral refuse explicitement de se rallier à la théorie allemande de la protection de la personnalité post-décès et rejette les propositions récentes faites par un courant doctrinal minoritaire. Ce dernier fait valoir que la protection juridique du défunt est insuffisante et que les droits de la personnalité devraient aussi comprendre le droit au respect de la personnalité après la mort. Cela non indéfiniment mais pendant un laps de temps à déterminer. Aussi le respect direct de la personnalité du défunt protégerait-il celle du vivant¹⁹.

Le Tribunal fédéral a refusé d'aller dans ce sens.

Ce deuxième acte révèle que le juge a joué le rôle principal et que la collaboration dans la production des principes juridiques s'est établie entre la jurisprudence, la doctrine et les normes déontologiques. Le législateur est resté encore une fois à l'écart.

Acte III. Le rendez-vous manqué du législateur

Les juges ont montré au législateur que la mort n'est pas seulement une décision de technique médicale. La détermination de la mort est une marque de la civilisation. Elle comporte des valeurs anthropologiques et des enjeux juridiques fondamentaux qui nécessitent un choix démocratique. Dès lors, il est apparu qu'il n'était pas judicieux que le législateur démissionne sur une question aussi importante et qu'il laisse le juge seul en face de la demande

¹⁷ ATF 127 I 115, consid. 6 a, 123.

¹⁸ Arrêt du 4 juillet 2003, ATF 129 I 302.

¹⁹ KEHL (note 13); OTT/GRIEDER (note 13), p. 627 ss.

de normes de la part des citoyens. C'est pourquoi la question de légiférer à ce propos s'est posée lors de l'élaboration de la loi sur la transplantation d'organes, cette loi qui a été adoptée le 8 octobre 2004, domaine où le problème avait surgi en 1972 auprès des juges.

Deux problèmes majeurs devaient alors être résolus :

Le premier est de savoir quel critère retenir, mort cardiaque ou mort cérébrale ? En d'autres termes, l'être humain est-il mort quand son cœur cesse de battre ou quand son cerveau est atteint de manière irréversible, alors que son cœur bat toujours sous l'action des machines ?

Le second est de savoir si une définition juridique de la mort doit être intégrée dans le Code civil ou dans la loi sur la transplantation d'organes.

Le législateur a résolu le premier problème en retenant comme critère celui de la mort cérébrale dont la cause peut être notamment un arrêt cardio-circulatoire.

Puis, pour la seconde question, il a considéré que sa réglementation dans le Code civil présenterait l'avantage de fournir une seule définition de la mort, alors que placée dans la loi sur la transplantation d'organes elle serait reliée à un exemple concret. Toutefois, c'est l'intégration dans la loi sur la transplantation qui a été retenue ; l'argument avancé consiste à dire que si l'on définit la mort dans le Code civil, il faudrait aussi parvenir à définir le début de la vie, ce que personne n'a encore fait. Or dans le cadre de la médecine de transplantation, il est nécessaire d'avoir une définition.

C'est un choix très pragmatique qui a conduit le législateur à adopter la disposition suivante : « Une personne est décédée lorsque les fonctions du cerveau, y compris du tronc cérébral, ont subi un arrêt irréversible » (art. 9 LTO).

Toutefois, en consultant les travaux préparatoires, j'ai pu repérer tout de même l'embarras du législateur de placer la réglementation du critère du décès dans la loi sur la transplantation.

En effet, le message du Conseil fédéral de 2001 semble dialoguer avec le Code civil quand il précise qu'il est « nécessaire, du point de vue législatif, de définir un critère du décès applicable à tous les êtres humains, indépendamment du contexte propre à la médecine de transplantation. Il n'y a qu'une seule mort pour chaque être humain et celle-ci doit être la même pour tous au plan juridique »²⁰. En d'autres termes, il n'y a donc pas une mort pour le prélèvement et une autre mort « normale ». Il n'y a qu'une seule mort quelles que soient les causes qui l'ont provoquée.

Puis ce législateur lance un double appel : un appel au juge puis un appel au corps médical.

²⁰ Conseil Fédéral, Message 12.09.01, p. 137.

L'appel au juge a été lancé en 2003, lors des débats parlementaires, où il a été proposé au *Conseil national* de spécifier, dans le cadre de l'art. 9, «la mort comme mort cérébrale», conception valable dans le contexte de la transplantation d'organes. Cette proposition a été rejetée au motif qu'elle sous-entend qu'il existerait d'autres morts, que la mort cérébrale n'est pas vraiment la mort (86 voix contre 58)²¹. Les débats au *Conseil des Etats* reviennent sur l'idée qu'il ne peut y avoir qu'une seule mort et font appel au pouvoir du juge, en indiquant qu'il lui appartient de décider si la définition peut avoir une portée plus générale. A cet égard, l'intervention du Conseiller fédéral Couchepin est claire: «le but du législateur ... n'est pas de donner une définition générale de la mort, mais probablement de faire en sorte qu'elle soit reconnue comme telle par la jurisprudence au cours des années qui viennent. La définition qu'on donne dans la loi sera probablement utilisée ailleurs, mais ce n'est pas le premier but. Le premier but, c'est de définir la mort au sens de la présente loi»²².

C'est ainsi que la proposition d'intégrer dans le texte légal «au sens de la présente loi» n'a pas semblé nécessaire à la majorité et a donc été rejetée (24 voix contre 6) pour laisser au juge la possibilité de lui conférer une portée générale.

L'appel au corps médical s'est manifesté de la manière suivante: le législateur confère au Conseil Fédéral la compétence d'édicter des dispositions détaillées sur la constatation du décès (art. 9 al. 2 LTO) et mentionne dans les travaux préparatoires qu'il s'agira de normes identiques à celles que contiennent les directives de l'ASSM sur la définition et le diagnostic de la mort en vue d'une transplantation d'organes.

Le législateur recherche ainsi explicitement deux collaborations: celle du juge et celle du milieu professionnel. Ce faisant, il rappelle sa présence et sa suprématie.

En effet, les *normes déontologiques* en vigueur au moment de l'adoption de la loi sur la transplantation d'organes prévoyaient deux types de mort, la mort cardiaque et la mort cérébrale. Elles se trouvent ainsi en contradiction avec la loi qui considère qu'une personne est décédée après le constat de l'arrêt irréversible des fonctions cérébrales. L'option du législateur contraint le corps médical à réviser ces normes pour les mettre en adéquation avec la loi. L'enjeu n'est pas mineur puisqu'il s'agit de redéfinir les critères de la mort.

L'ASSM a révisé ses directives. Les nouvelles ont été adoptées le 17 mai 2005. Le critère de la mort est «la mise en évidence des signes qui démontrent les défaillances irréversibles de toutes les fonctions cérébrales, celles du tronc cérébral comprises». Conformément à la règle de droit, il n'y a qu'une seule

²¹ Bulletin officiel, Conseil national, 17.12.03.

²² Bulletin officiel, Conseil des Etats, 2.06.04.

mort, dont les causes sont diverses: soit la défaillance complète et irréversible du cerveau, y compris du tronc cérébral, due à une lésion ou maladie primaire du cerveau; soit l'arrêt cardiaque et circulatoire persistant, qui diminue ou interrompt la circulation sanguine cérébrale, (ou la compromet, en cas de réanimation), jusqu'à la défaillance irréversible du cerveau et du tronc cérébral, c'est-à-dire la mort (mort par arrêt cardio-circulatoire).

Le point d'achoppement principal longuement discuté en commission fut celui du moment officiel de la déclaration de la mort. Selon la loi, c'est celui du second examen clinique, car la disposition légale mentionne l'arrêt irréversible. Ce second diagnostic ne fait pas que confirmer le premier, mais il assure, après un laps de temps défini, l'irréversibilité de la défaillance cérébrale²³. Entre le premier et le deuxième examen, le patient doit être traité comme une personne vivante, et ainsi aucune intervention pour le bénéficiaire d'un tiers (le receveur) ne peut être effectuée sans le consentement préalable du donneur²⁴.

Le législateur a ainsi exprimé son choix et subordonne de cette manière les normes déontologiques.

Par ailleurs, ces normes déontologiques seront intégrées dans le droit. L'Office fédéral de la santé publique a demandé à l'Académie de pouvoir publier le texte intégral de ces directives comme partie intégrante des ordonnances liées à la nouvelle loi sur la transplantation²⁵.

Ainsi, le législateur a voulu marquer de son sceau le critère de la mort. La loi manifeste sa prépondérance par rapport aux normes déontologiques. Celles-ci perdent leur indépendance par rapport aux normes juridiques. Mais cette perte est en réalité une plus-value juridique, une sorte de valeur ajoutée, dans la mesure où le particularisme des normes déontologiques liée à l'activité professionnelle se double d'un universalisme²⁶ qui intègre les principes juridiques fondamentaux. Si bien que l'on assiste à un *recouplement* entre obligation déontologique et normes juridiques.

Mais, dans cette interaction normative, où est donc passé notre législateur en matière de droit privé?

²³ Académie suisse des sciences médicales, Diagnostic de la mort dans le contexte de la transplantation d'organes, directives médico-éthiques, 20 juin 2005.

²⁴ Bulletin de l'ASSM, 3/05, p. 5.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ GUTMANN Daniel, L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique, *APD* 2000, 44, p. 115 – 127.

Force est de constater que le *législateur* s'est abstenu de retoucher le Code civil alors qu'il en avait l'opportunité. Il a tout simplement manqué le rendez-vous. Peut-être par prudence, ou par crainte de devoir trancher une question aussi fondamentale, et de surcroît chargée d'autant d'émotions.

Bref bilan en guise de conclusion

En reconnaissant le *pluralisme* des sources *du* droit, le législateur de 1907 était à l'avant-garde ; il s'était montré novateur et créateur en situant le juge comme son adjoint pensant, lui confiant le rôle essentiel de rechercher la meilleure adéquation entre la norme juridique et la réalité sociale.

Au modèle statique des sources du droit de 1907 se substitue, en 2005, une *dynamique* d'interactions entre les différentes sources *de* droit.

En 2005, le modèle hiérarchique de la primauté légale est infiltré par des *collaborations indispensables et multiples* avec divers foyers émetteurs de droit. Le monolithisme juridique est périmé, et fait place à un *polycentrisme maîtrisé par le législateur*.

Loin de régresser, le juridique prolifère. Le législateur se réapproprie des questions laissées aux mains des scientifiques, cela mérite d'être souligné.

La *sagesse* du législateur consiste à organiser la *réception des normes non juridiques dans le droit*, à être à l'écoute de la diversité des foyers de droit et à les coordonner. Ainsi le législateur s'associe de nouveaux adjoints pensants.

Demeure cependant une zone d'ombre dans ces interactions normatives que nous avons analysées : le législateur s'est abstenu de placer dans le Code civil cette intégration juridique de normes non juridiques.

Puisse-t-il se montrer aussi audacieux mais tout aussi sage en 2005 que le fut Eugen Huber en 1907 !

Das Gericht, le juge, il giudice?

Le principe de l'équivalence des textes légaux dans les trois langues

PAUL-HENRI STEINAUER*

Professeur à l'Université de Fribourg

Le langage organise forcément la pensée – mais d'une certaine façon qui n'est pas la rationnelle, – ou la rigoureuse – ou la naturelle – mais l'historique. Il organise chaque esprit historiquement, imitativement.

Le langage est ce qu'il est parce qu'il n'y avait pas toujours des philologues.

Le droit – langage comme opérant.

Paul VALÉRY

I. Le principe de l'équivalence des langues

A. Fondement et champ d'application

Trois langues – un seul sens¹. Tel est le principe de l'équivalence des textes légaux dans les trois langues et sa conséquence pour l'interprétation du droit. On l'étudie en première année de droit ... et on l'applique ensuite le moins possible. C'est que ce principe est d'abord destiné à faciliter la vie juridique de tous les jours : normalement, on peut faire confiance au texte légal exprimé dans sa propre langue, puisque, comme les deux autres versions linguistiques, ce texte est censé exprimer le vrai sens de la loi. Ce n'est que pour les instances supérieures d'application du droit (principalement, les tribunaux fédéraux et cantonaux) et la doctrine que le principe s'exprime dans sa dimension la plus exigeante : d'elles, on attend en effet qu'elles s'appuient sur les trois textes légaux pour dégager et expliquer le vrai sens de la loi².

* Avec la collaboration de Me Laurent BIERI, assistant docteur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg.

¹ Selon l'expression «Drei Sprachen – ein Gedanke» de Bernhard SCHNYDER (p. 39).

² SCHNYDER, pp. 39 sv.

Notre principe est donc plus subtil qu'il n'y paraît puisqu'il porte en lui le germe d'une contradiction entre la lettre et l'esprit de la loi et semble en outre instaurer une application de la loi «à deux vitesses», à première vue peu satisfaisante. Ce ne sont toutefois pas ces questions, liées à la théorie de l'interprétation du droit, qui retiendront ici mon attention, mais, conformément au thème général de ce colloque, les conséquences du principe en matière de législation. En effet, avant d'être un précepte pour l'interprétation du droit, le principe de l'équivalence des langues est une injonction destinée au Parlement lui-même.

Ce principe a son fondement à l'art. 70 al. 1 1^{re} phrase de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, selon lequel les «langues officielles de la Confédération sont l'allemand, le français et l'italien»³. Il trouve toutefois sa véritable expression à l'art. 14 al. 1 de la Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles, LPubl), du 18 juin 2004, dont la teneur est la suivante :

«La publication a lieu simultanément dans les langues officielles que sont l'allemand, le français et l'italien. *Dans le cas des actes, les trois versions font foi.*»⁴

Avouons-le d'emblée: ce n'est pas dans cette loi technique, au titre plus que technocratique, que nous serions allés chercher un principe aussi fondamental pour notre système juridique. Mais la place de la règle montre au moins d'emblée que celle-ci a une portée très générale. La description légale du champ d'application du principe («Dans le cas des actes») n'est pas d'une élégance particulière; il ressort cependant de l'art. 2 de la loi que ce principe vaut pour la Constitution, les lois, les ordonnances, les arrêtés et les autres actes normatifs de la Confédération, mais non pour les traités internationaux et les décisions de droit international et pour les conventions entre Confédération et cantons.

³ Le romanche n'est une langue officielle que pour les rapports que la Confédération entretient avec les personnes de langue romanche (art. 70 al. 1 2^e phrase de la Constitution fédérale). Sur l'importance prise par l'anglais dans certains domaines administratifs, voir BAUMANN, pp. 34 ss, qui en fait même une langue officielle *de facto*.

⁴ „Die Veröffentlichung erfolgt gleichzeitig in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch. *Bei Erlassen sind die drei Fassungen in gleicher Weise verbindlich.*“ „La pubblicazione è fatta contemporaneamente nelle lingue ufficiali tedesco, francese e italiano. Per gli *atti normativi, ciascuna delle tre versioni è vincolante.*” L'art. 14 al. 1 LPubl reprend des règles qui figuraient auparavant aux art. 8 et 9 de la loi du 21 mars 1986 sur les recueils de lois et la Feuille fédérale; en particulier, l'art. 9 al. 1 1^{re} phrase de cette loi avait la teneur suivante: “Les trois versions des actes législatifs de droit interne, publiées dans le Recueil officiel, font également foi.”

B. Conséquences pour le Parlement

Pour le Parlement, l'équivalence des langues signifie sans aucun doute qu'il doit s'efforcer de donner aux trois versions des lois qu'il vote le même contenu : c'est la seule façon de maintenir la cohérence du système juridique si ces trois textes « font foi ». Il n'est cependant pas nécessaire que les trois versions linguistiques soient exprimées d'une manière identique. Le Parlement ne doit pas travailler dans une langue et faire traduire ensuite son texte ; il doit « parler trois langues » et exprimer sa pensée, la même pensée, dans ces trois langues, avec le génie propre de chacune d'elles.

On sait combien cela est difficile et, en ce sens, le principe de l'équivalence des langues est l'une des premières fictions sur lesquelles repose notre système juridique. Le Canada⁵ et la Belgique⁶ ont pourtant adopté le même principe pour leurs deux langues nationales, et l'Union européenne l'a également fait pour les vingt langues dans lesquelles est publié le droit communautaire⁷. C'est qu'affirmer le principe de l'équivalence des langues est en réalité une décision politique destinée à assurer la cohésion des communautés linguistiques concernées. C'est l'équivalence des communautés linguistiques qui est reconnue par le biais de l'égalité des langues, indépendamment de toute considération sur la grandeur, le poids politique ou l'importance économique de chacune de ces communautés.

Le Parlement a confié la mise en œuvre du principe à sa Commission de rédaction. Il s'agit d'une commission commune aux deux Chambres et composée de trois sous-commissions (une par langue officielle)⁸. Elle est chargée de vérifier les textes législatifs et d'en arrêter la version définitive avant le vote final. Elle veille aussi « à ce que les textes soient intelligibles et concis, ... et vérifie leur concordance dans les trois langues officielles » (art. 57 LParl). La Commission travaille en sous-commissions : chacune de celles-ci met le texte au point dans sa langue, mais est également chargée d'assurer la concordance avec les deux autres langues⁹. Plus spécialement, ce sont les « présidents des sous-commissions [qui] éliminent, sous la direction du président de la commission, les divergences contenues dans les propositions des sous-commissions »¹⁰.

⁵ Voir l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et l'art. 18 de la Loi constitutionnelle de 1982.

⁶ Pour plus de détails, voir THEUX / KAVALOVSKY / BERNARD, n° 129, avec réf.

⁷ Le droit communautaire est publié dans les vingt langues officielles de l'Union européenne et la Cour de justice a jugé que, par principe, toutes les versions linguistiques d'un texte communautaire ont la même valeur. Pour plus de détails, voir FLÜCKIGER, pp. 341 ss, avec réf.

⁸ Voir l'art. 56 de la Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl).

⁹ Art. 3 al. 1 de l'Ordonnance du 3 octobre 2003 sur la Commission de rédaction.

¹⁰ Art. 3 al. 2 de ladite Ordonnance.

Ces quatre personnes sont donc en définitive les gardiennes du principe de l'équivalence des langues.

II. La révision de 1998 du Code civil

Le 26 juin 1998, les Chambres fédérales ont voté une révision du Code civil portant essentiellement sur le droit de la conclusion du mariage et le divorce¹¹. Le texte de cette loi comporte neuf fois la mention « Ne concerne que le texte allemand » et, juste avant les dispositions transitoires et finales, une curieuse mention : « Remplacement d'expressions Ne concerne que l'allemand ». On découvre ainsi que, dans la version allemande du Code civil, le Parlement a remplacé l'expression « *elterliche Gewalt* » par « *elterliche Sorge* » et le mot « *Richter* » par celui de « *Gericht* ».

Le message concernant cette révision donne, dans les trois langues, de longues explications sur la première de ces substitutions : alors que les textes français et italien ont été modernisés lors de la révision de 1978 du droit de la filiation (remplacement de « puissance paternelle » et « *patria potesta* » par « autorité parentale » et « *autorità parentale* »), le texte allemand n'a pas été revu à cette occasion et n'est aujourd'hui plus acceptable¹². En revanche, le Message est plus que discret sur le second changement. Il explique simplement que la procédure de consultation a montré que « les formulations sexistes heurtent de plus en plus la sensibilité des citoyens » et que les « réactions les plus virulentes se manifestent surtout en Suisse alémanique ». En conséquence, poursuit le Conseil fédéral, « le texte allemand a été formulé de la manière la plus neutre possible ». Le message en français n'en dit pas plus.

Les textes allemand et italien du message sont un peu différents : tous deux font bien allusion aux critiques adressées lors de la consultation aux formulations sexistes, mais ils ne précisent pas que ces critiques sont venues surtout de Suisse alémanique. Tous deux ajoutent aussi que, pour cette raison, le texte de la révision est formulé de manière non sexiste, mais n'indiquent pas que cet exercice n'a été fait que pour le texte allemand. On peut éventuellement le comprendre pour le texte allemand, encore qu'il eût été correct d'informer aussi les germanophones que l'effort de formulation non sexiste n'avait été fait qu'en allemand ; c'est moins compréhensible pour le message en italien car, précisément, une telle formulation neutre n'a pas non plus été mise en œuvre en italien¹³.

¹¹ RO 1999 1118 ss.

¹² Voir le Message du 15 novembre 1995, ch. 15 (FF 1996 I 49-50).

¹³ Les textes allemand et italien du message contiennent aussi une justification du fait que le projet de loi a maintenu le mot « *Ehegatte* » et ils citent comme exemple de formulation non sexiste le remplacement du mot « *Richter* » par celui de « *Gericht* ».

Alors que le texte italien du message apparaît ainsi plutôt comme une traduction (peu réfléchie) du texte allemand, la version française du texte a été adaptée au public francophone. Ce fut aussi une surprise pour moi : l'équivalence des langues n'est apparemment pas non plus toujours respectée dans les messages du Conseil fédéral et, dans le cas précis, cela ne laisse pas de susciter un certain malaise. Le message devrait en réalité expliquer (de la même manière) dans les trois langues ce qui a été fait dans les trois versions linguistiques de la loi.

Toujours est-il que, ayant lu ou non le message, les parlementaires, et en particulier les membres de la Commission de rédaction, n'ont apparemment rien trouvé à redire à la proposition du Conseil fédéral, puisque le texte de la loi est sur ces points identique à celui du projet. Et c'est ainsi que l'expression «*der Richter*» a été remplacée par l'expression «*das Gericht*», avec les adaptations grammaticales nécessaires, dans 107 dispositions du Code civil. De la même façon, le mot «*richterlich*» a été remplacé par «*gerichtlich*», avec les adaptations grammaticales nécessaires, dans huit dispositions du même Code. Bien que cette même loi ait aussi modifié de nombreuses dispositions du Code des obligations et que ce Code comporte aussi plus d'une centaine de fois l'expression «*der Richter*», cette expression n'y a pas été remplacée, pas plus d'ailleurs que dans les autres lois révisées à la même occasion.

Par ailleurs, la version allemande de la nouvelle loi est d'une manière générale formulée de manière non sexiste (*die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte, Ärztinnen oder Ärzten*, etc., mais on a par exemple laissé *gesetzlicher Vertreter* et *Inhaber der Obhut*). En outre, lors du premier usage du terme «*Ehegatte*», le Parlement s'est senti obligé d'ajouter la note de bas de page suivante : «*Es handelt sich um einen feststehenden Rechtsbegriff, der sich auf Personen beider Geschlechter bezieht (im Gegensatz zu den Ausdrücken «Ehemann» und «Ehefrau»)*». A noter enfin que, depuis 1998, les Chambres ont voté plusieurs lois révisant spécifiquement le Code des obligations, sans toutefois y faire les adaptations linguistiques opérées dans le Code civil¹⁴.

On peut donc légitimement se demander quelle est la politique de notre Parlement en la matière.

III. La formulation non sexiste des lois

Selon l'art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale, l'«homme et la femme sont égaux en droit» et la loi pourvoit à leur «égalité de droit et de fait ...». Ce

¹⁴ Voir notamment la révision des règles sur la comptabilité commerciale (RO 2001 1047), l'abaissement de la valeur nominale des actions (RO 2002 949) et la modification de la valeur litigieuse dans les litiges de droit du travail (RO 2001 1048).

texte, formulé d'une façon légèrement différente, fut introduit en 1981 dans l'ancienne Constitution. Quelques années plus tard, dans son *Rapport de 1986 sur le programme législatif « Égalité entre hommes et femmes »*¹⁵, le Conseil fédéral écrivait: « D'un point de vue purement juridique, les dispositions qui utilisent une terminologie d'un genre déterminé ne sont (...) pas forcément discriminatoires. Mais cela ne veut pas dire que ces dispositions n'aient pas besoin d'être modifiées: car, même si elles ne contiennent pas d'inégalités de droit, elles renforcent néanmoins certaines inégalités de fait. ... Mais nous n'avons pas l'intention d'entamer une procédure de révision uniquement dans ce but; en effet, nous préférons attendre que ces normes soient révisées quant au fond et nous profiterons alors de l'occasion pour mettre à jour leur terminologie. » (p. 1141 sv.)

Le ton était donné et, en juin 1991, la Chancellerie fédérale publia le *rapport d'un groupe de travail interdépartemental sur la Formulation non sexiste des textes législatifs et administratifs*¹⁶, document volontariste qui, après avoir détaillé les raisons plaidant pour un langage législatif non sexiste, arrivait à la conclusion suivante: « il ne s'agit donc plus de se demander si l'égalité des sexes dans la langue législative est défendable du point de vue linguistique, mais bien sous quelle forme elle doit être réalisée » (p. 33). Et le groupe de travail de recommander la méthode dite « créative » qui recourt d'une manière souple à toutes les manières possibles pour éviter une formulation sexiste: termes épïcènes (personnes, membres, etc.), doublets (professeurs et professeures, éventuellement professeur[e]), neutralisation (corps professoral), nouvelle formulation (personne qui donne un enseignement), tournures passives, etc.

Pourtant, dès l'année suivante, la question s'est posée de l'application de ces beaux principes dans les trois langues, car – on le sait – il est plus aisé de trouver des formulations neutres en allemand qu'en français et en italien. Et c'est ainsi que la Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale a demandé au Professeur Jean-François Aubert un avis sur la nécessité de la concordance des langues dans la formulation non sexiste des lois. Très bref, cet avis distingue la question de fait du traitement des genres dans chaque langue et la question de droit de la concordance des langues. Ses conclusions sont très claires dans les deux cas. Quant à l'évolution de la langue, c'est l'affaire du grammairien, non du juriste: « Il est possible que l'usage se modifie, que cette solution simple [l'usage d'un mot masculin, comme « travailleur »] soit abandonnée au profit de l'emploi juxtaposé des deux genres ou de toute autre solution jugée plus conforme à l'égalité des sexes. Mais ceci relève du comportement social et de la linguistique qui le codifie. » « Il est même concevable, ajoute M. Aubert, qu'indépendamment de l'évolution de la langue

¹⁵ Feuille fédérale 1986 I 1132 ss.

¹⁶ Ce rapport n'a pas été publié dans la Feuille fédérale.

française, une certaine pression s'exerce un jour sur les rédacteurs suisses francophones pour qu'ils adoptent une nouvelle manière de s'exprimer. Mais ceci relève de la politique. Le juriste, lui, n'a rien à dire sur ce point. »

Vient ensuite la question juridique de la concordance des trois versions de la loi. Ce que vise la loi¹⁷, explique l'avis, c'est la concordance des significations. Elle exige aussi la concordance des dispositions, des articles, des alinéas, des phrases. Mais le génie de chaque langue dans la manière d'exprimer le même sens n'en est pas affecté. Dès lors, conclut M. Aubert, « un traitement différencié des genres dans les versions allemande, française et italienne d'une loi fédérale, aussi longtemps qu'il correspond à l'usage de chacune de ces langues, est parfaitement conforme aux exigences de la loi ».

La Commission de rédaction était dès lors armée pour écrire, dans son *rapport du 22 septembre 1992 sur la Formulation non sexiste des textes législatifs*¹⁸:

« La commission est d'avis que l'exigence de rédiger les lois de manière non sexiste doit être satisfaite dans toute la mesure du possible. Il apparaît que la solution dite créative est applicable en allemand, mais qu'elle pose en l'état des problèmes insurmontables en italien et en français. Pour cette raison, la commission estime que la solution dite créative doit pouvoir être mise en œuvre en langue allemande, même si ce n'est pas le cas en français et en italien. Un traitement différencié selon les langues est admissible... ».

Et la commission de conclure :

« La formulation non sexiste des textes législatifs s'appliquera aux lois nouvelles ou aux lois faisant l'objet d'une révision totale. On n'entreprendra aucune modification systématique des lois anciennes pour y introduire des formulations non sexistes. De même, on évitera d'introduire des formulations non sexistes lors de la révision partielle d'anciennes lois, afin d'en maintenir l'homogénéité et la cohérence. »

Au Conseil national, M. Maspoli a proposé de prendre acte du rapport en le désapprouvant, pour le motif que la formulation non sexiste rend les lois encore plus incompréhensibles pour le citoyen normal ; il n'y eut aucune discussion et le Conseil prit acte du rapport en l'approuvant, par 65 voix contre 37. Au Conseil des Etats, le rapport fut aussi approuvé (il n'a pas été précisé avec quelle majorité) ; il y eut une discussion, uniquement en allemand, mais la différence entre les versions linguistiques des lois ne fut pas évoquée.

Vu la décision du Parlement, la *Circulaire du 19 août 1993 de la Chancellerie fédérale sur la formulation non sexiste* ainsi que le *Guide de 1995 de l'Office fédéral de la justice pour l'élaboration de la législation fédérale* adoptent un profil bas : « [Pour les textes en français, on] s'en tiendra donc au masculin générique

¹⁷ L'avis se réfère à la loi de 1962 sur les rapports entre les conseils, aujourd'hui abrogée par la LParl. Mais le principe de la concordance des textes est resté le même.

¹⁸ Feuille fédérale 1993 I 113/117.

ou à des formulations neutres : – pour ce qui est de l'utilisation du masculin générique, «le travailleur» ou «les travailleurs» désigneront des personnes des deux sexes; – lorsque la lisibilité du texte n'en souffre pas, il est recommandé d'utiliser d'autres formulations non sexistes ... ». Et, pour celles et ceux qui n'auraient pas compris, la Chancellerie fédérale ajoute : « Il est donc inutile de rédiger des textes de cette nature de manière ostentatoirement «bisexiste», comme certains offices ou services ont pris l'habitude de la faire : le temps de travail serait non seulement perdu mais entraînerait une perte de temps supplémentaire pour le correcteur chargé de supprimer des formulations utilisées à tort. »

Rien d'étonnant donc à ce que, le 7 octobre 1999, la Conseillère nationale Liliane Maury Pasquier et vingt-cinq cosignataires déposent un postulat demandant au Conseil fédéral d'appliquer dans les trois langues les recommandations figurant dans le rapport de 1991 du groupe de travail interdépartemental¹⁹. Dans sa réponse du 6 décembre 1999, le Conseil fédéral s'est naturellement montré tout disposé à encourager des formulations non sexistes dans les trois versions linguistiques, citant en exemple le texte de la nouvelle Constitution fédérale pour lequel un effort particulier a été fait aussi en français et en italien. Il n'en a pas moins proposé le rejet du postulat « afin de conserver une certaine souplesse dans l'application des solutions [des recommandations de 1991] et de laisser place au développement de nouvelles propositions »²⁰. Cela n'a pas empêché le Conseil national d'adopter ledit postulat le 22 juin 2000, il est vrai seulement par 68 voix contre 66²¹.

Sur quoi, en décembre 2000, la Chancellerie fédérale, se référant à la décision du Conseil national de 1992 et sans souffler mot de celle prise par celui-ci six mois plus tôt, émit un *Guide de formulation non sexiste des textes administratifs et législatifs de la Confédération*²², qui présente une douzaine de procédés permettant de contribuer à une formulation neutre des textes.

Le dernier élément que je peux verser au dossier avant de faire quelques réflexions personnelles est une lettre du 14 juin 2004 adressée à Mme Huber-Hotz, Chancelière de la Confédération, par le Conseiller national Jacques-Simon Eggly, Président de la sous-commission de langue française de la Commission de rédaction. On peut y lire ceci :

« La sous-commission de langue française a souhaité examiner la question de la formulation non sexiste pour l'ensemble des textes de lois. Elle est arrivée aux mêmes conclusions qu'en 1992, à savoir que les critères déterminants restent le respect de la syntaxe et de la grammaire françaises ainsi que la

¹⁹ Postulat 99.3522, du 7 octobre 1999.

²⁰ Voir « http://www.parlament.ch/afs/data/f/gesch/1999/f_gesch_19993522.htm » (10.11.2005).

²¹ BO CN 2000 p. 815.

²² www.admin.ch, sous rubriques Chancellerie fédérale, Services linguistiques centraux : Section française.

sécurité du droit. Dans ces limites-là, elle estime qu'il est souhaitable de recourir dans la mesure du possible à des formulations neutres, pour autant que la précision, la concision et la clarté des lois n'en souffrent pas.

Toutefois, la sous-commission souhaite mettre un accent particulier sur le fait que les termes désignant des personnes se réfèrent aussi bien aux hommes qu'aux femmes. Elle a donc décidé d'ajouter à cet effet une note en bas de page. Afin de mettre cette note en évidence, elle placera l'appel de note à la fin du titre de l'acte législatif.»

Et c'est effectivement cette technique qui est désormais utilisée en français, par exemple, dans la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005. Le texte français utilise donc des termes tels que «le juge», «le président», le «secrétaire général», «les greffiers», alors que la version allemande emploie «*die Richter und Richterrinnen*», «*der Präsident oder die Präsidentin*», «*der Generalsekretär oder die Generalsekretärin*», «*die Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen*»; quant à la version italienne, elle s'en tient aux termes masculins et ne comporte même pas la note de bas de page précisant que les nom de personnes s'appliquent également aux femmes et aux hommes.

La politique du Parlement en matière de formulation non sexiste n'a donc guère évolué depuis 1992. Les parlementaires connaissent mieux que quiconque les sentiments de leurs électeurs et électrices et ils ont bien sûr compris que la sensibilité de la population (au moins d'une partie de celle-ci) sur ce sujet n'est pas la même chez les germanophones que chez les latins, les italophones semblant encore moins sensibles à la question que les franco-phones. On pourrait en prendre acte et, comme le Parlement, passer au point suivant de l'ordre du jour, dans un souci de consensus d'autant plus compréhensible que les questions linguistiques provoquent souvent des réactions irrationnelles²³.

Pour le juriste que je suis, il reste pourtant la question de l'équivalence des langues et celle de la valeur symbolique et éducatrice de la loi. Il demeure aussi, je l'avoue, un certain malaise devant les arguments utilisés pour justifier la politique actuelle. Commençons par ce dernier aspect.

IV. Pouvoir et vouloir

En somme, la pratique actuelle est le fruit de l'appréciation faite en 1992 par la Commission de rédaction, selon laquelle la formulation non sexiste «pose en l'état des problèmes insurmontables en français et en italien». Je n'entends pas me prononcer sur l'italien; mais pour ce qui est du français, cette appréciation me paraît difficilement acceptable, et en tout cas trop massive. Il me semble en effet que l'on peut distinguer trois cas de figure.

²³ C'est aussi VALÉRY qui a écrit: «Les mots font partie de nous plus que les nerfs.» (t. I, p. 382).

- Le premier est celui où *l'emploi d'une formulation neutre ne soulève aucun problème*. Je placerais dans ce groupe précisément le cas qui a servi de point de départ à cet exposé: le remplacement du mot «juge» par celui de «tribunal». Le terme «juge» a immédiatement été compris comme l'expression symbolique de l'organe judiciaire, qu'il s'agisse d'une cour siégeant à plusieurs juges ou d'un juge unique. Inversement, le mot «tribunal» sera compris comme désignant aussi bien les cours siégeant à plusieurs juges que le juge ayant à trancher seul d'un litige. «Tribunal» est à peine moins concis et certainement pas moins clair que «juge». Il est vrai que c'est peut-être un peu moins «beau» du point de vue de la langue, en tout cas de cette langue juridique à laquelle nous ont habitués le droit romain et certaines formules lapidaires²⁴. Mais, sous cette (toute relative) réserve esthétique, je ne vois personnellement aucun obstacle à introduire en français la terminologie neutre adoptée en allemand.
- Un deuxième cas de figure est celui où la formulation non sexiste n'est certes pas d'une élégance particulière en français, mais ne pose pas plus de problèmes qu'en allemand. On entend souvent que l'allemand se prête mieux à une formulation neutre que les langues latines. C'est parfois vrai, mais les doublets ne sont pas plus légers en allemand qu'en français. En tout cas, dans la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, il n'y aurait pas eu plus de difficulté à utiliser «greffier ou greffière» que «*Gerichtsschreiber oder Gerichtsschreiberin*». Les germanophones l'ont fait, pourquoi pas les latins?
- C'est que, me répondra-t-on, il y a encore le troisième cas de figure, celui où effectivement il est moins facile de trouver une solution en français. Là aussi, bien des cas se règlent cependant très facilement moyennant un peu de souplesse. Par exemple, selon l'édition 1993 du Petit Robert, une chancelière est une boîte ou un sac «ouvert, fourré à l'intérieur et servant à tenir les pieds au chaud». Cela n'a pas empêché le président de la sous-commission de rédaction de langue française d'écrire la lettre citée ci-dessus à «Madame la Chancelière de la Confédération», peut-être parce qu'entre temps, l'art. 179 Cst. a introduit officiellement le terme. Et personne, je pense, ne s'en offusque, car la langue évolue souvent bien plus vite que les dictionnaires. Qui s'étonne aujourd'hui de l'emploi de «Madame l'Ambassadrice» ou «Madame la Conseillère» pour désigner la titulaire de la fonction, alors que Le Littré (de 2003) n'y voit encore que l'épouse du titulaire?

Et l'on s'habitue sans doute de la même façon, pour ne pas dire que l'on s'est déjà habitué, à «la juge», «la ministre», «la notaire» ou «la pro-

²⁴ «*De minimis non curat praetor.*», «Le mort saisit le vif.», «En fait de meubles, la possession vaut titre.» (art. 2279 CCfr), «Toute personne jouit des droits civils.» (art. 11 al. 1 CC).

fesseuse», qui figurent cependant tous comme noms masculins dans le Petit Robert. Mais les mots qui par leur sens même désignent aussi bien les femmes que les hommes (être humain, personne, membre, etc.) ne seront utilisés – je l’espère – que dans leur genre grammatical : on ne va pas commencer avec « un personne » ou « une membre du Conseil fédéral »...

Il reste toutefois les irréductibles, et ils ne sont pas rares. La femme médecin n’est pas « une médecine » (ni d’ailleurs « une carabine »...), pas plus que le « top model » (anglicisme curieusement utilisé au masculin) est « une mannequine » ou la recrue de garde « un sentinel ». Le génie de la langue reprend ici ses droits, pour le moment du moins. Il ne reste alors que le recours à l’imagination et aux autres procédés de la méthode créatrice pour réussir une formulation neutre. Mais, sans bien sûr pouvoir le démontrer ni en estimer le nombre, on peut admettre qu’il reste probablement des difficultés insurmontables dans des textes législatifs qui doivent être concis et facilement compréhensibles.

La question est alors de savoir si, en raison de ces cas, il faut renoncer d’une façon générale à la formulation non sexiste. C’est finalement le véritable sens de la décision de 1992 de la Commission de rédaction, ou en tout cas de la pratique qui s’est développée depuis lors. Je pense cependant que cette position extrême est aussi peu défendable que l’autre extrême qui conduirait à recourir à tout prix à une formulation non sexiste. D’ailleurs, la nouvelle Constitution fédérale, pourtant soigneusement formulée de façon non sexiste, comporte quand même les mots « défenseur », « orphelin », « officiers », « employeurs et travailleurs », « survivants » ... et « députés ».

Bref, tout en reconnaissant bien volontiers mon incompetence en matière de grammaire et de philologie, je ne parviens à me défaire de l’impression que ce n’est pas faute de pouvoir, mais faute de vouloir que la sous-commission de rédaction de langue française n’est pas véritablement entrée en matière sur une formulation non sexiste des lois. Et cela pose la question du bien-fondé du choix qui a ainsi été fait.

V. Le poids des mots

M. le Professeur Aubert l’a déjà écrit dans son avis de 1992, il n’appartient pas aux juristes de se prononcer sur le génie d’une langue. En revanche, il n’est pas interdit aux juristes de constater que le regard porté sur les mots peut avoir changé, que la perception de ceux-ci s’est modifiée au gré de l’évolution des idées. Pendant des décennies, on a lu « le juge » dans le Code civil en y voyant une expression abstraite de l’organe judiciaire, ou plus vraisemblablement une abstraction qui s’incarnait tout naturellement dans le ou les

hommes qui exerçaient cette fonction. Et subitement, « le juge » commence à être perçu comme le « juge-homme » par rapport à la « juge-femme ». Ce n'est pas de la grammaire. C'est le regard porté sur le mot qui donne à celui-ci un autre poids.

La loi peut-elle faire abstraction de cette évolution sociale et s'en tenir à une approche purement grammaticale de la langue? D'une manière générale, l'intervention d'une nouvelle loi dans la société est toujours un mélange de réaction et d'action: réaction à une évolution qui s'est déjà produite et qui fait dire que le droit est toujours en retard sur la réalité; mais en même temps, action, car si la loi prend en marche l'évolution sociale, elle est aussi destinée à l'infléchir dans le sens de la norme posée. Ce qui vaut pour le contenu de la loi doit aussi valoir pour la forme de celle-ci: le langage législatif doit s'inscrire dans une évolution sociale et influencer sur celle-ci.

Sans la surestimer, il ne faut donc pas non plus sous-estimer la valeur symbolique de la terminologie législative et sa force éducatrice. De ce point de vue, il faut bien reconnaître que la note en bas de page préconisée par la Commission de rédaction, même appelée à la fin du titre, n'apporte pas l'effet souhaité. A moins, comme l'a suggéré le Conseiller national Paul Günter²⁵, que l'on écrive la loi – ou pourquoi pas? une loi sur deux – avec des dénominations au féminin. On le voit par ce genre de remarque, une évolution est maintenant nécessaire, mais il faut raison garder. Souhaitons que le Parlement saura utiliser dans ce sens l'occasion qui lui en sera donnée prochainement: en effet, un communiqué de presse du 9 septembre 2005 a annoncé que la Commission de l'éducation, de la science et de la culture du Conseil national a entamé la discussion du projet de loi sur les langues nationales²⁶, dont l'art. 7 a la teneur suivante:

«Les autorités utilisent un langage adéquat, clair et compréhensible. Elles veillent à utiliser des formulations non sexistes.»

VI. Equivalence des langues et formulations non sexistes

Enfin, même sous l'angle de l'équivalence des textes légaux dans les trois langues, la pratique actuelle n'est à mon avis pas satisfaisante. J'admets volontiers qu'il n'y a pas de problème de fond dans la mesure où les trois versions linguistiques expriment le même contenu. Je vois aussi que la liberté

²⁵ BO CN 2000 p. 815.

²⁶ Voir l'initiative parlementaire du Conseiller national Christian Levrat du 7 mai 2004, à laquelle les Chambres ont décidé de donner suite (Conseil national, le 12 novembre 2004, Conseil des Etats, le 3 février 2005).

actuellement laissée aux sous-commissions de rédaction est une forme de tolérance et de reconnaissance de la sensibilité de chaque communauté linguistique, et qu'il y a là quelque chose de positif.

En même temps, je reste perplexe devant une lecture parallèle des trois versions de l'art. 14 al. 1 de la nouvelle loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral:

L'Assemblée fédérale élit parmi les juges ordinaires :

- a. le président ;
- b. le vice-président.

Die Bundesversammlung wählt aus den ordentlichen Richtern und Richterinnen :

- a. den Präsidenten oder die Präsidentin des Bundesgerichts ;
- b. den Vizepräsidenten oder die Vizepräsidentin.

L'Assemblea federale elegge, scegliendoli tra i giudici ordinari :

- a. il presidente del Tribunale federale ;
- b. il vicepresidente del Tribunale federale.

La forme n'influence-t-elle pas malgré tout le contenu ? Pas le contenu immédiat bien sûr, mais le message d'égalité exprimé dans la version allemande ne manque-t-il pas dans les versions française (malgré la note au bas de la première page de la loi) et italienne (où il n'y a même pas cette note) ? La manière même dont la langue est utilisée est aussi de la communication, et – qu'on le veuille ou non – cette communication est différente en allemand et dans les langues latines sans qu'il y ait à cela une explication grammaticale immédiate. L'équivalence des communautés linguistiques et l'équivalence des droits dans les communautés linguistiques, qui sont le fondement de l'équivalence des langues, ne sont-elles pas un peu vite sacrifiées sur l'autel de la grammaire ?

VII. Conclusion

Le Parlement fédéral est à l'évidence hésitant sur la nécessité de formulations non sexistes dans les trois versions des lois fédérales. Sans grands débats, il s'est prononcé une fois contre, l'autre fois pour, dans le second cas à une majorité très faible. « Heureux pays, s'est exclamé le Conseiller aux Etat Carlo Schmid, qui n'a pas de plus grand problème ! »²⁷ A quoi sa collègue Rose Marie Simmen a répondu, sans doute avec un grand sourire, que si les discussions sur les formulations non sexistes n'étaient guère appréciées au Conseil des Etats, c'était parce que ses collègues masculins préféraient exprimer leur bienveillance envers les femmes (*Frauenfreundlichkeit*) dans la vie politique quotidienne et non par des théories sur la formulation de la loi²⁸.

²⁷ BO CE 1992 p. 1030.

²⁸ BO CE 1992 p. 1030.

Certes, mais l'un n'empêche pas l'autre! Lorsqu'une cause dont la légitimité ne paraît pas contestée n'avance pas, c'est probablement que la méthode choisie n'est pas la bonne. On peut comprendre que le Parlement, sur proposition du Conseil fédéral, ait décidé de ne pas entreprendre une révision systématique des lois existantes pour les formuler de façon non sexiste. Mais les révisions récentes du Code civil et du Code des obligations montrent aussi les limites de cette démarche. Il serait donc à mon sens préférable que les grands codes et quelques lois fondatrices fassent l'objet d'une révision spécifique en vue d'introduire, sans modification quant au fond, une formulation non sexiste. Cela permettrait de se concentrer sur les questions de forme, maintiendrait l'unité du texte et donnerait le ton pour l'adaptation progressive des autres lois. Et puisqu'il est question du Code civil et du Code des obligations, n'y aurait-il par là un but que le Parlement pourrait se fixer pour fêter, le 1^{er} janvier 2012, le centième anniversaire de l'entrée en vigueur du Code civil?

Bibliographie

BAUMANN Max, « Die Amtssprachen des Bundes sind Deutsch, Französisch, Italienisch und Englisch », *Revue suisse de jurisprudence* 2005, pp. 34-38.

DE THEUX Axel / KOVALOVSKY Imre / BERNARD Nicolas, *Précis de méthodologie juridique*, 2^e édition, Bruxelles (Publication des Facultés universitaires Saint-Louis) 2000.

FLÜCKIGER Alexandre, « Le multilinguisme de l'Union européenne: un défi pour la qualité de la législation », in *Jurilinguistique: entre langues et droit*, Paris (Bruylant) 2005, pp. 340-361.

SCHNYDER Bernhard, « Die Dreisprachigkeit des ZGB: Last oder Hilfe? », in *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Bâle 2000, pp. 37-50.

VALÉRY Paul, *Cahiers*, Paris (La Pléiade) 1974.

Sûretés mobilières : un si long silence (Variations sur un air de *cha-cha-cha*)

BÉNÉDICT FOËX

Professeur à l'Université de Genève

Introduction	85
I. La situation lors de l'adoption du Code civil (Un chat dans la gorge?)	86
II. Les raisons du silence	88
A. Ne réveillons pas le chat qui dort	88
1. Protéger les tiers	88
2. Protéger le créancier gagiste	89
3. Protéger le constituant	90
B. Il n'y a pas un chat	90
C. La nuit, tous les chats sont gris	91
D. Du pipi de minet?	91
E. Il n'y a pas de quoi fouetter un chat	92
III. Reprendre la parole?	93
A. Il faut appeler un chat un chat	93
B. Qui ne nourrit pas le chat nourrit le rat	94
C. Quand le chat dort les souris dansent	96
IV. Un souhait <i>de lege ferenda</i> (Chat échaudé craint l'eau froide)	97
Conclusion (<i>Cats have nine lives!</i>)	99

Introduction

«Sûretés mobilières : un si long silence» : j'étais assez content de ce titre, il y a un peu plus d'un an, lorsque nous avons commencé à préparer ce *Colloque en l'honneur de Gilles Petitpierre*, Christine Chappuis, Luc Thévenoz et moi. Le sujet me semblait bien convenir et l'allitération était amusante.

Mais plus la date du colloque s'approchait, plus j'étais angoissé. D'abord à l'idée du départ de Gilles, bien sûr, mais également parce que mon sujet me paraissait finalement bien austère. J'ai donc pensé qu'il fallait rendre mon exposé un peu plus léger. Et j'ai eu l'idée suivante : Gilles Petitpierre aime

beaucoup l'environnement, la nature, les animaux et particulièrement les chats ; j'ai donc décidé, cher Gilles, chers Amis, de décliner mon sujet sur le thème du chat. Ce sera notre fil rouge¹.

Je prie d'ores et déjà le lecteur de m'excuser d'avoir cédé à cette tentation. J'ai bien peur que cela ne donne en définitive un exposé qui n'est pas très académique et qui, en tout cas en un point, n'est pas très convenable².

Quoi qu'il en soit, mon exposé sera divisé en quatre parties (pour ne pas dire en quatre *chapters*) :

- Dans un premier temps, nous rappellerons comment le législateur a réglé la matière des sûretés mobilières en adoptant le Code civil, en 1907.
- Puis nous nous interrogerons sur les raisons qui l'ont amené à ne pas intervenir depuis lors.
- En troisième lieu, nous nous demanderons s'il a eu raison de s'abstenir.
- Et enfin, je me permettrai de formuler un souhait, *de lege ferenda*.

I. La situation lors de l'adoption du Code civil (Un chat dans la gorge ?)

La manière de régler les sûretés mobilières a été beaucoup débattue lors des travaux préparatoires qui ont conduit à l'adoption du Code civil³. Dans son avant-projet de 1900, Eugen Huber proposait d'introduire dans le Code civil, aux côtés du nantissement, une hypothèque mobilière au champ d'application assez étendu⁴. Elle aurait pu porter non seulement sur le bétail, mais également sur les fonds de marchandises, le matériel mobilier d'exploitation et les stocks⁵.

Le Conseil fédéral, dans son message de 1904, s'est montré plus restrictif. Il prévoyait d'interdire expressément la réserve de propriété (dont l'avant-projet d'Eugen Huber ne parlait pas)⁶. Et il apportait diverses limitations à la proposition d'hypothèque mobilière, notamment par crainte d'abus tant des créanciers que des débiteurs⁷.

¹ Peut-être devrais-je préciser que l'idée m'est venue aux alentours du 15 août, qui est comme chacun sait la fête des chats, puisque c'est la *mi-août*.

² Voir *infra*, II.D.

³ Cf. pour plus de détails ZOB, Syst. T., n. 110 ss.

⁴ Cf. HUBER, p. 332 ss.

⁵ V. l'art. 884 de l'avant-projet (HUBER, p. 642).

⁶ Art. 702 (Message, p. 285).

⁷ Art. 890 al. 2 (Message, p. 335).

Les Chambres fédérales, après des débats assez animés⁸, ont adopté la solution que l'on connaît :

- Le gage mobilier ne peut en principe être constitué que moyennant la dépossession du constituant. Le créancier gagiste (ou un tiers possédant pour lui) doit être nanti de la chose. C'est ce que l'on appelle le principe du nantissement, ancré à l'art. 884 CC.
- L'hypothèque mobilière (soit un gage sans dépossession, mais moyennant inscription) est admise, mais seulement pour l'engagement du bétail (art. 885 CC).
- La réserve de propriété, qui n'avait jusqu'alors qu'un fondement jurisprudentiel⁹, fait son entrée dans notre codification (art. 715 CC). Elle nécessite, elle aussi, une inscription dans un registre. C'est une solution ingénieuse, que le professeur Suzette Sandoz a qualifiée de « diabolique »¹⁰.

Le législateur avait ainsi parlé, avant son long silence en la matière. Mais on peut se demander si, lorsqu'il a parlé, il n'avait pas un chat dans la gorge. En effet, la solution qu'il a adoptée n'était pas nécessairement convaincante. Les reproches qu'on lui a formulés sont nombreux. Je ne veux pas y revenir longuement et me contenterai à ce stade d'en mentionner deux¹¹ :

- D'une part, la possession n'est pas un instrument de publicité idéal. Il est donc un peu curieux d'ériger en dogme le principe du nantissement, l'exigence du transfert de possession au créancier-gagiste.
- D'autre part, en n'accueillant que du bout des lèvres l'hypothèque mobilière, le législateur a privé un peu rapidement les acteurs économiques d'un instrument utile. Il suffit de penser à l'artisan ou à la petite ou moyenne entreprise qui souhaiteraient remettre en gage une machine ou un autre instrument de travail pour obtenir du crédit, mais qui ne peuvent simultanément s'en séparer, puisqu'ils en ont précisément besoin pour poursuivre leur activité économique.

Quoi qu'il en soit, le législateur s'est apparemment satisfait de son travail, puisqu'il n'est plus intervenu en la matière depuis 1907 (si ce n'est pour autoriser, en-dehors du CC, l'extension de l'hypothèque mobilière à certaines choses mobilières suivant un régime juridique proche des immeubles : les bateaux¹², les avions¹³, etc.).

⁸ Voir par exemple FASEL, pp. 1246 ss, 1393 ss, 1515 ss et 1689 s. (pour les débats devant la Commission d'experts de 1902, voir FASEL, p. 579 ss).

⁹ Cf. ZOBL, Syst. T., n. 108.

¹⁰ SANDOZ, p. 543.

¹¹ Voir pour le surplus, par exemple : ZOBL, n. 493 s. *ad* art. 884 ; BERGER, p. 206 ss ; GIRSBERGER, p. 102 s. ; AESCHLIMANN / FoEX, p. 21 ss ; etc.

¹² Art. 38 ss de la Loi fédérale sur le registre des bateaux, du 28 septembre 1923 (LRB ; RS 747.11).

¹³ Art. 26 ss de la Loi fédérale sur le registre des avions, du 7 octobre 1959 (LRA ; RS 748.217.1).

II. Les raisons du silence

On peut s'interroger sur les raisons de ce silence, qui a maintenant duré presque un siècle. J'en vois au moins cinq, que je vais me permettre de présenter brièvement.

A. Ne réveillons pas le chat qui dort

La première raison peut tenir en ce proverbe : *Ne réveillons pas le chat qui dort*. Elle consiste à dire à peu près ceci : au fond, les choses ne vont pas si mal. Le principe du nantissement est l'expression d'une certaine sagesse et l'on ne voit pas pourquoi on y renoncerait. Le professeur Dieter Zobl l'a bien démontré, l'exigence de la dépossession poursuit un triple objectif : il s'agit de protéger les tiers, le créancier gagiste et le constituant¹⁴.

1. Protéger les tiers

En exigeant que le constituant se dessaisisse des choses mobilières qu'il remet en gage, la loi évite que les tiers ne soient trompés par la présence de ces biens dans la sphère de puissance du constituant¹⁵ : ils pourraient être amenés à prêter de l'argent à quelqu'un sur le vu des biens matériels dont il est entouré, alors même que ces biens sont en réalité grevés de gage sans dépossession. C'est donc pour parer au risque que cette solvabilité apparente¹⁶ fait courir aux tiers, notamment à ceux qui envisagent de devenir créanciers du constituant, que la loi exige la dépossession.

Il y a là ce que l'on appelle un effet négatif de publicité¹⁷. Le transfert de possession n'a pas tant pour but de rendre visible le gage dont le créancier est titulaire, mais bien plutôt de priver le constituant de l'apparence du plein pouvoir de disposer sur la chose grevée.

On a souvent critiqué cet argument tiré de la solvabilité apparente¹⁸. Les prêteurs seraient devenus sages et ne se fieraient plus aux apparences. Mieux, ils disposeraient dans le bilan et autres comptes de leur débiteur d'instru-

¹⁴ ZOBL, n. 484 *ss ad art.* 884. Voir aussi : GIRSBERGER, p. 100 s.

¹⁵ Cf. ZOBL, n. 486 *ad art.* 884 ; GIRSBERGER, p. 100.

¹⁶ GIRSBERGER, p. 100.

¹⁷ ZOBL, n. 486 *ad art.* 884 ; GIRSBERGER, p. 100.

¹⁸ Voir par exemple : GIRSBERGER, p. 100.

ments de publicité adéquats¹⁹. J'avoue être assez sceptique. Il me semble que l'on se fie aujourd'hui au moins autant aux apparences que par le passé. Quant au bilan, tout le monde n'a pas l'obligation d'en tenir un ; il présente en outre le désavantage de donner des informations qui émanent avant tout du débiteur lui-même et qui ne sont à jour qu'une fois par an.

2. Protéger le créancier gagiste

Ensuite, le principe du nantissement vise à protéger le créancier gagiste. Puisque le bien se trouve chez le créancier, le débiteur ne peut pas accomplir des actes de disposition qui seraient préjudiciables à son gage ou qui seraient de nature à le lui faire perdre²⁰.

Il y a en outre un deuxième aspect, qui est souvent négligé : la possession représente un avantage important pour le créancier gagiste lorsque les choses vont mal et qu'il s'agit de procéder à la réalisation forcée du bien grevé. Grâce au principe du nantissement, le créancier gagiste est *déjà* possesseur du bien à réaliser : il n'est pas nécessaire d'aller le chercher chez le débiteur, qui risquerait de s'accrocher à la chose, de refuser de la remettre puisque cela aggraverait encore sa situation. Aux Etats-Unis, qui connaissent le gage sans dépossession, la *repossession*, le fait de devoir récupérer l'objet grevé chez le débiteur pour pouvoir procéder à la réalisation, est la source de difficultés pratiques importantes²¹, que nous ne devrions pas négliger.

On répond généralement à ces arguments qu'après tout, il incombe au créancier de décider s'il entend courir ces risques. Ce n'est pas à la loi de l'empêcher d'accepter un gage qui présente des faiblesses parce que la chose reste chez le constituant. Certes. Mais la *repossession* a un coût, qui est en définitive répercuté par le créancier sur ses débiteurs. N'y a-t-il pas un intérêt général à maintenir les conditions-cadres d'un crédit abordable pour les emprunteurs ? Et souhaitons-nous vraiment voir les « *repo men* », « *repo agents* » et autres « *repo companies* » s'installer chez nous pour faire métier de prendre possession des biens grevés sur mandat des créanciers, ainsi qu'ils le font aux USA ?

¹⁹ Sur le rôle que ces écritures pourraient jouer, voir par exemple : BISCHOF, p. 210 ss ; THÉVENOZ, p. 311 ; HEINZER, p. 31 ; etc.

²⁰ Cf. ZOBL, n. 489 *ad art.* 884.

²¹ L'art. 9-609 (b) prévoit que le droit de prendre possession de l'objet grevé ne peut s'exercer sans recours au juge que s'il s'effectue « *without breach of the peace* », notion qui a donné lieu à une abondante jurisprudence. Voir par exemple, à titre d'illustration l'arrêt de l'*Appellate Division (3rd department)* de la *Supreme Court* de l'Etat de New York *General Motors Acceptance Corp. v. Vucich* (2005 NY Slip Op 00304), du 20 janvier 2005 (applicable l'art. 9-503 UCC sur lequel était antérieurement fondé le droit à la *repossession*) (http://www.courts.state.ny.us/reporter/3dseries/2005/2005_00304.htm [11.4.06]).

3. Protéger le constituant

Le principe du nantissement protège enfin le constituant lui-même²². Il s'agit d'une part de lui éviter la tentation de constituer un second gage, dans le dos de son créancier gagiste actuel. Et d'autre part, il s'agit de prévenir le risque de surendettement du débiteur. S'il veut remettre sa machine ou son tableau en gage, il va devoir s'en dessaisir. Cela rend sa décision plus concrète, mais aussi, cela le rend attentif au fait qu'en réalité, son actif ne peut pas être à la fois « au four et au moulin » : soit le constituant le conserve en sa maîtrise directe, soit il le grève ; mais il ne peut pas faire les deux simultanément (si on le lui permettait, il risquerait de s'endetter au-delà du raisonnable).

Il s'agit évidemment là d'un argument particulièrement fort en faveur du principe du nantissement. On lui oppose généralement que cette problématique relève du droit de la consommation et des règles sur la protection de la partie faible ou inexpérimentée, et non pas des droits réels²³. En d'autres termes, notre droit devrait permettre la constitution d'hypothèques mobilières, quitte à en limiter les effets lorsque cela se justifie.

B. Il n'y a pas un chat

La deuxième raison du long silence du législateur tient en un deuxième proverbe : *Il n'y a pas un chat !* On est frappé de constater qu'apparemment les milieux intéressés (l'économie, les banques, les associations professionnelles, etc.) se satisfont du système actuel. D'ailleurs, dans la procédure de consultation qui a précédé l'adoption du Code civil au début du Siècle passé, on trouvait notamment les chambres de commerce de Genève et de Zurich parmi les opposants à l'introduction de l'hypothèque mobilière étendue proposée par Eugen Huber²⁴.

Il ne semble pas, aujourd'hui encore, que l'absence d'une véritable hypothèque mobilière soit ressentie comme un handicap majeur par les milieux économiques suisses. Il n'y a donc pas grand-monde pour pousser à une réforme du droit des sûretés mobilières. Peut-être s'agit-il là d'un scepticisme

²² ZOBL, n. 492 *ad* art. 884 ; GIRSBERGER, p. 101.

²³ Cf. GIRSBERGER, p. 101 ; voir aussi ZOBL, n. 492 *ad* art. 884.

²⁴ Cf. le procès-verbal de la Commission d'experts, séance du 13 novembre 1902, intervention de M. Gampert : « *La chambre de commerce à Genève, d'abord séduite par l'idée de l'hypothèque mobilière, s'est, après examen plus approfondi, prononcée contre toute l'institution* » (FASEL, p. 579 ; v. p. 1523 s'agissant de la Chambre de commerce de Zurich : « *Die Zürcher Handelskammer hatte sich seinerzeit in den Anträgen zum Departementalentwurf sehr entschieden gegen die Wiederaufnahme der Fahrnisverschreibung ausgesprochen* » [débat au Conseil des Etats, 1906, rapport de M. Hoffmann]).

face aux réformes en général, à l'instar de ce bon mot attribué au juge anglais Astbury : « *Reform, reform : aren't things bad enough already ?* »²⁵.

Toujours est-il que l'on ne constate pas une demande pressante émanant de la pratique. En doctrine, c'est différent : diverses propositions ont été faites (notamment dans la thèse de M. Antoine Eigenmann)²⁶ qui tendent à une modernisation de notre droit des sûretés.

C. La nuit, tous les chats sont gris

Notre troisième raison peut être résumée ainsi : *La nuit, tous les chats sont gris*.

Dans la pénombre de la réglementation actuelle, il est difficile d'en voir et d'en apprécier les insuffisances. On s'habitue vite à une réglementation restrictive, on s'en accommode et l'on ne pense pas à la remettre en question. On se fait à l'idée qu'il n'est pas possible de mettre en gage les choses mobilières sans dépossession : il s'agit là d'une contrainte parmi d'autres, qui n'est plus nécessairement ressentie comme une lacune. Bref, le système ronronne et par manque d'imagination peut-être, on ne le remet pas en question.

D. Du pipi de minet ?

La quatrième raison est à peine avouable : tout cela n'est-il que du pipi de minet ? En effet, une des raisons du silence du législateur tient peut-être au manque d'enjeu de la problématique qui nous intéresse. En Suisse, les taux d'intérêts sont bas, même pour des crédits en blanc. La nécessité d'être à même de fournir des sûretés performantes se fait donc probablement moins sentir qu'ailleurs²⁷. Les parties ont par ailleurs la faculté de recourir à d'autres sûretés mobilières, qui donnent satisfaction. On peut penser à la cession de créances aux fins de garantie, au *leasing* mobilier et même à la réserve de propriété.

On le voit, le tableau d'ensemble n'est pas aussi sombre qu'on pourrait le croire. Le confinement dans le CC de l'hypothèque mobilière à la seule mise en gage du bétail n'a pas nécessairement des effets dévastateurs pour notre économie.

²⁵ Cf. par exemple JACKSON, p. xi.

²⁶ Voir notamment la proposition rédigée de loi fédérale sur les sûretés mobilières, EIGENMANN, p. 338 ss. Voir aussi, par exemple : ALTORFER, p. 211 ss ; GIRSBERGER, p. 106 ss ; BERGER, p. 214 ss ; GRAHAM-SIEGENTHALER, p. 816 ss ; LYNEJIAN, p. 214 ss ; AESCHLIMANN / FOËX, p. 30 ss ; WERLEN, p. 245 ss et 267 ss ; FOËX, p. 400 s. ; etc.

²⁷ Sur l'impact des sûretés sur le taux d'intérêt du crédit, voir par exemple AFFAKI, p. 26 s.

E. Il n’y a pas de quoi fouetter un chat

Dernière raison du silence que j’aimerais évoquer : *Il n’y a pas de quoi fouetter un chat*, se dit peut-être le législateur. En effet, si l’on s’en tient en tout cas aux Etats voisins, notre droit des sûretés réelles mobilières tient somme toute assez bien la comparaison.

La France pose également l’exigence de la dépossession du débiteur²⁸. Mais le gage ainsi procuré, qui nécessite un écrit²⁹, est soumis à toute une série de restrictions et est primé par de très nombreux privilèges (et même un « superprivilège » des salariés)³⁰. En outre, la réalisation de l’objet grevé suppose en principe l’intervention du juge³¹. A ce gage moyennant dépossession viennent s’ajouter toutes sortes d’autres formes de mise en gage, si bien que l’on a pu parler d’« inventaire à la Prévert », de « kaléidoscope » et d’« éclatement du droit des sûretés »³².

La situation ne paraît pas beaucoup plus satisfaisante en droit italien, qui connaît également le principe du nantissement³³. L’hypothèque mobilière n’y est admise que sur certains biens, parmi lesquels il faut citer le jambon : l’Italie connaît en effet un « *pegno sui prosciutti* »³⁴, dont la constitution nécessite l’apposition d’une marque indélébile sur le jambon et l’inscription dans un registre³⁵.

Quant au droit allemand, il est marqué (on le sait) par l’admission du transfert de propriété aux fins de garantie sans dépossession³⁶. Les problèmes pratiques qui en ont résulté ont amené des raffinements successifs de la

²⁸ Voir les art. 2071 et 2076 du Code civil français. Il est fait abstraction ici de l’Ordonnance du Ministère français de la Justice n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés (Journal officiel de la République française du 24 mars 2006, texte 29), qui emporte d’importantes modifications du droit des sûretés en France.

²⁹ Art. 2074 CCfr.

³⁰ Voir les art. 2095 et 2100 ss CCfr. « *Dresser la liste des privilèges est une tâche pratiquement impossible [...]. Les privilèges pullulent* » (SIMLER/DELEBECQUE, p. 545 et, sur le « superprivilège » des salariés, p. 557).

³¹ Art. 2078 CCfr.

³² AFFAKI, pp. 28 et 27.

³³ Cf. art. 2786 CCit.

³⁴ Voir la loi du 24 juillet 1985, n° 401, intitulée « Norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata » (publiée au Journal officiel n° 187 du 9 août 1985 et disponible à la page *internet* suivante : http://www.italgiure.giustizia.it/nir/1985/lexs_108912.html [11.4.06]). Cf. par exemple : GABRIELLI, p. 17 ss.

³⁵ Voir l’art. 1 de la loi du 24 juillet 1985 (mentionnée *supra*, note 34) : « *il pegno sui prosciutti a denominazione d’origine tutelata può essere costituito [...] con l’apposizione sulla coscia a cura del creditore pignoratorio, in qualunque fase della lavorazione, di uno speciale contrassegno indelebile e con la contestuale annotazione su appositi registri vidimati annualmente* ».

³⁶ Cf. par exemple à cet égard : BAUR/STÜRNER, p. 706 ; WILHELM, p. 795.

jurisprudence. Ainsi et notamment, le créancier doit veiller à ce que la sûreté ainsi obtenue n'implique pas un bâillonnement du débiteur (« *Knebelung* »)³⁷ et qu'elle ne soit pas disproportionnée par rapport au montant de sa créance (« *Übersicherung* »)³⁸.

En comparaison, le droit suisse n'est pas ridicule. La constitution du nantissement est aisée: la loi ne soumet pas la validité du contrat à une forme particulière. Le gage ainsi créé procure à son titulaire une sûreté efficace, notamment lors de la réalisation. Elle ne prévoit pas de passage obligé par le juge, ni même n'impose de suivre la procédure d'exécution forcée. Bref, les règles adoptées ne sont pas parfaites mais elles ont relativement bien supporté l'épreuve du temps, surtout en comparaison avec celles de nos pays voisins.

III. Reprendre la parole ?

Il est temps d'en venir à la troisième partie de mon exposé. Le législateur ne devrait-il pas mettre fin à son long silence et reprendre la parole dans notre domaine ? La réponse est à mon sens clairement affirmative. Et j'aimerais développer à cet égard trois points.

A. Il faut appeler un chat un chat

Tout d'abord, il faut appeler un chat un chat: le principe du nantissement, comme principe cardinal de notre droit des sûretés mobilières, a fait son temps. Non pas tant parce que les buts que le législateur lui a assignés seraient devenus obsolètes, mais parce qu'il existe aujourd'hui d'autres moyens de les promouvoir.

Je pense naturellement à un registre informatisé. On peut comprendre qu'en 1907, le législateur ait hésité à étendre les sûretés moyennant inscription au-delà de l'hypothèque sur le bétail et de la réserve de propriété. Tenir un registre était relativement lourd, compliqué et coûteux. Mais à l'heure actuelle, l'on peut fort bien introduire un registre informatisé, unique et centralisé pour toute la Suisse, accessible et consultable par *internet* 24h sur 24 et 7 jours sur 7³⁹.

³⁷ Cf. par exemple BAUR / STÜRNER, p. 714 s.

³⁸ Cf. par exemple BAUR / STÜRNER, p. 715 ss; WILHELM, p. 797 ss. Sur la « *prise de sûretés excessives* » et ses conséquences en droit suisse, voir par exemple: HEINZER, p. 27.

³⁹ AESCHLIMANN / FOËX, p. 36.

Le nantissement a toujours sa place dans notre codification. Mais pourquoi nous priverions-nous des développements que l'informatique rend possible? Bien sûr, il ne faut pas s'imaginer qu'il s'agit d'introduire en matière mobilière un registre comparable au registre foncier.

D'abord, vu la variété des biens susceptibles d'être grevés en matière mobilière, il ne s'agirait pas d'un registre tenu selon le système réel, en fonction des biens, mais selon le système personnel, en fonction de la personne. Les informations seraient donc classées, les inscriptions opérées et les recherches effectuées en fonction du nom du débiteur⁴⁰.

Ensuite, ce registre ne pourrait pas produire tous les effets du registre foncier. La valeur parfois limitée des objets en cause impose de limiter le coût de sa tenue. Il n'y aurait pas de conservateur qui procéderait à un contrôle scrupuleux avant de procéder à une inscription. Les parties devraient pouvoir procéder elles-mêmes, directement et par le biais d'*internet*, aux inscriptions⁴¹. Partant, le registre serait pourvu d'une foi publique limitée. Il serait censé complet: sans inscription, l'hypothèque mobilière n'existe pas. Mais il ne serait pas censé exact: l'inscription ne garantirait pas que le droit inscrit existe valablement. Bref, le registre produirait l'effet négatif de la foi publique, mais non ce que l'on appelle l'effet positif de la foi publique⁴².

Avec un tel registre, minimaliste⁴³ mais fonctionnel, il serait possible d'étendre l'objet de l'hypothèque aux choses mobilières en général, aux créances et aux autres droits aliénables⁴⁴. Le nantissement subsisterait, naturellement, et les parties auraient le choix entre les deux institutions⁴⁵.

B. Qui ne nourrit pas le chat nourrit le rat

Deuxièmement, il ne faut pas oublier que qui ne nourrit pas le chat nourrit le rat. En d'autres termes, ne pas rajeunir notre droit des sûretés mobilières a un coût.

A l'évidence, il y a en principe une corrélation entre le risque que prend la banque, que prennent les prêteurs en général, et la rémunération qu'ils exigent. Plus le risque est important, plus le taux d'intérêt que devra payer le

⁴⁰ EIGENMANN, p. 420; AESCHLIMANN/FOËX, p. 36.

⁴¹ AESCHLIMANN/FOËX, p. 36.

⁴² GIRSBERGER, p. 108. AESCHLIMANN/FOËX, p. 36 s.; FOËX, p. 401. Voir cependant: BERGER, p. 225.

⁴³ Cf. GIRSBERGER, p. 107; AESCHLIMANN/FOËX, p. 36.

⁴⁴ EIGENMANN, p. 390; AESCHLIMANN/FOËX, p. 30 s. Plus nuancé: GIRSBERGER, p. 108.

⁴⁵ Cf. EIGENMANN, p. 352 ss; AESCHLIMANN/FOËX, p. 34 s. Voir aussi: GIRSBERGER, p. 108.

débiteur sera élevé : « la rémunération du capital économique investi dans une opération donnée doit être d'autant plus élevée que le risque de crédit est important »⁴⁶.

Dans ce contexte, le rôle des sûretés mobilières ne doit pas être négligé. Elles contribuent à diminuer le risque du prêteur et sont donc de nature à emporter une baisse du taux d'intérêt⁴⁷. Elargir l'assiette de l'hypothèque mobilière au-delà du seul bétail devrait donc ouvrir aux emprunteurs de nouvelles possibilités d'obtenir du crédit à meilleur compte.

En l'état actuel, les machines, les autres biens d'équipement, les stocks, les biens destinés à être transformés ne se prêtent guère à une mise en gage. Le propriétaire en a besoin pour la poursuite de son entreprise et ne peut donc pas s'en dessaisir. Il y a là des « gisements » inexploités de biens susceptibles de servir de garantie. On peut y voir un certain gaspillage économique, préjudiciable semble-t-il surtout aux petites et moyennes entreprises. Le législateur devrait permettre la mobilisation de ces valeurs, en rendant possible leur mise en gage.

Les banques étaient semble-t-il relativement peu sensibles à cet aspect des choses. Après tout, si le risque qu'elles prennent est plus élevé faute de sûreté appropriée, elles en présentent la facture à l'emprunteur. Mais un développement récent en matière de contrôle bancaire pourrait faire évoluer les choses. En effet, dans son rapport de juin 2004 sur les fonds propres, le *Comité de Bâle sur le contrôle bancaire* propose une nouvelle approche pour tenir compte de ce qu'il appelle les techniques d'atténuation des risques de crédit. Parmi ces techniques d'atténuation figurent les sûretés⁴⁸.

Et il en résulte, si j'ai bien compris, une diminution des exigences de fonds propres lorsqu'un crédit est assorti par exemple d'une sûreté efficace⁴⁹. En d'autres termes, Bâle II (ainsi qu'il est convenu d'appeler ce rapport) devrait entraîner un certain regain d'intérêt des banques pour les sûretés, puisqu'elles peuvent en escompter un allègement en termes de leurs

⁴⁶ AFFAKI, p. 26.

⁴⁷ Cf. par exemple : AFFAKI, p. 26 ; AFFAKI, *Analysis of Obstacles*, p. 197 s. Certains spécialistes indiquent qu'il peut en résulter un effet réflexe sur les crédits en blanc ; cf. BOUCKAERT (p. 178) : « One can expect that non-secured creditors anticipate the risk of future collateralisation of assets of their debtors by higher risk premiums. Theoretically, it is possible that these increases of risk premiums by the anticipation of future collateralisation exceed the gains realised by the risk premium-lowering propensities of securities » et BOWERS, p. 98 ss. Voir cependant, par exemple : SCHWARCZ, p. 465 ss.

⁴⁸ Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres*, Juin 2004 (disponible à la page internet suivante : <http://www.bis.org/publ/bcbs107fre.pdf> [11.4.06]), p. 23 ss. (Version révisée de novembre 2005 disponible en anglais à la page suivante [11.4.06] : <http://www.bis.org/publ/bcbs118.pdf>).

⁴⁹ Cf. le Rapport (note 48), p. 23 ss (« approche révisée de l'atténuation du risque de crédit (ARC) », par exemple p. 23).

fonds propres⁵⁰. On peut donc espérer que les banques contribueront à mettre en marche le mouvement en vue d'une réforme du droit des sûretés mobilières.

C. Quand le chat dort les souris dansent

J'en viens à la troisième raison qu'aurait le législateur de reprendre la parole: *Quand le chat dort les souris dansent*. Notre législateur reste silencieux. Pendant ce temps, d'autres pays ne sont pas restés inactifs. Plusieurs Etats d'Europe de l'Est ont déjà modernisé leur législation, en introduisant des gages sans dépossession⁵¹. Ils y ont été encouragés par la *Banque européenne pour la reconstruction et le développement* (BERD) qui a d'ailleurs élaboré à leur intention une *loi-modèle sur les sûretés* prévoyant notamment un gage mobilier sans dépossession⁵².

Par ailleurs, s'inspirant des solutions développées dans l'art. 9 UCC, plusieurs provinces du Canada⁵³ et la Nouvelle-Zélande⁵⁴ ont par exemple introduit un gage mobilier sans dépossession moyennant inscription. Plus près de nous, la Grande-Bretagne⁵⁵ et la France⁵⁶ ont ouvert le chantier d'une réforme du droit des sûretés et l'on y songe également en Autriche⁵⁷ par exemple.

Quant à l'Union Européenne, elle a commandé aux professeurs C. von Bar et U. Drobnig une étude sur l'interaction du droit des contrats et des droits réels en Europe⁵⁸. Une des recommandations à la fin de cet ouvrage de plus de 400 pages consiste justement à unifier ou au moins harmoniser à l'échelle européenne le droit des sûretés mobilières, en envisageant expres-

⁵⁰ Cf. BALTENSPERGER, p. 22. Voir aussi, par exemple, les art. 47 et 48 du projet d'Ordonnance sur les fonds propres (OFR), du 5 juillet 2006, disponible sur le site *internet* de la Commission fédérale des banques (<http://www.ebk.admin.ch/f/>).

⁵¹ Cf. par exemple DAHAN, pp. 97 s. et 101 ss.

⁵² Cf. <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/modellaw/modellaw.pdf> [11.4.06].

⁵³ *Personal Property Security Act* du Saskatchewan (<http://www.qp.gov.sk.ca/documents/English/Statutes/Statutes/P6-2.pdf> [11.4.06]), art. 2660 et 2665 du Code civil du Québec, etc.

⁵⁴ *Personal Property Securities Act*, cf. <http://www.legislation.govt.nz> [11.4.06].

⁵⁵ *Company Security Interest, Presented to the Parliament of the United Kingdom by the Secretary of State for Constitutional Affairs and Lord Chancellor by Command of her Majesty* (août 2005) (<http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc296.pdf> [11.4.06]); voir aussi: DAHAN, p. 96 ss.

⁵⁶ Cf. l'Ordonnance du Ministère français de la Justice n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés (Journal officiel de la République française du 24 mars 2006, texte 29; également publiée in *Juris-Classeur Périodique*, Supplément au n° 20 – 17 mai 2006, p. 37 ss). Voir aussi, notamment: SIMLER, La réforme, p. 597 ss; SIMLER, Avant-propos, p. 3 s.

⁵⁷ Cf. LUKAS, p. 100.

⁵⁸ C. VON BAR / U. DROBNIG, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*, Munich 2004.

sément l'introduction d'un gage sans dépossession⁵⁹. Plus récemment encore, le professeur H. Snijders a appelé de ses vœux l'introduction d'un *European security right* sur les biens mobiliers⁶⁰.

En Afrique, l'OHADA, l'*Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires* a élaboré un *Acte uniforme portant organisation des sûretés* qui prévoit également une hypothèque mobilière, sur les stocks de marchandises notamment⁶¹. Quant à l'Organisation des Etats américains, elle a adopté en 2002 une *Model Inter-American Law on Secured Transactions*⁶² qui prévoit notamment la constitution d'une hypothèque sur les biens mobiliers. Enfin, on peut relever que le Groupe de travail VI de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) est en train d'élaborer un *Guide législatif sur les opérations garanties* destiné à servir de source d'inspiration pour les législateurs soucieux de moderniser leur droit des sûretés⁶³.

Bref, on assiste à un véritable mouvement de fond. La Suisse ne pourra pas rester longtemps les bras croisés, si elle veut que son système reste compétitif. Il faut donc espérer que notre législateur sortira bientôt de son silence ou de sa réserve et se mettra lui aussi à l'ouvrage. Il ne ferait alors qu'appliquer le deuxième des dix *Principes fondamentaux d'un droit moderne des sûretés* élaborés par la BERD, selon lequel il appartient à la loi de « *permettre la constitution rapide, simple et peu onéreuse d'une sûreté sans priver le débiteur de l'usage des biens grevés* »⁶⁴.

IV. Un souhait de *lege ferenda* (Chat échaudé craint l'eau froide)

C'est le moment d'en venir à mon dernier point avant de conclure.

Il est temps, je crois, que le législateur se mette à la tâche. Certes, le principe du nantissement n'a pas perdu toute sa pertinence, certes on s'accommode d'un droit imparfait, certes les milieux intéressés ne semblent pas beaucoup se manifester, certes les taux d'intérêts sont bas, mais cela ne veut

⁵⁹ VON BAR/DROBNIG, p. 469 : "In a second phase, and in the light of the experiences with the uniform regime for cross-border security rights, the general introduction of a unified or harmonized regime of security, especially non-possessory security may be envisaged".

⁶⁰ SNIJDERS, p. 159 ss.

⁶¹ http://www.ohada.net/actescons_fr.php?IDTexte=3&idirb=9 [11.4.06].

⁶² Voir par exemple la *Model Inter-American Law on Secured Transactions* (2002) de l'Organisation des Etats américains (http://www.oas.org/dil/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng.htm [11.4.06]).

⁶³ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/6Security_Interests.html [11.4.06].

⁶⁴ <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/about/prin/french/index.htm> [11.4.06].

pas dire qu'il n'y a rien à gagner à moderniser notre droit des sûretés mobilières. On peut comprendre que notre législateur se soit accordé une pause de près d'un siècle en la matière, mais aujourd'hui les raisons d'intervenir l'emportent nettement sur les motifs qui l'ont poussé à rester inactif.

C'est d'autant plus vrai que, me concentrant sur le principe du nantissement, je n'ai pas parlé des autres insuffisances de la réglementation actuelle, qui tiennent par exemple aux principes dits de spécialité⁶⁵ et d'accessoriété.

J'aimerais seulement formuler le souhait que le législateur se donne le temps d'effectuer un travail de qualité. En effet, chat échaudé craint l'eau froide. A cet égard, s'agissant des droits réels, j'aimerais citer deux exemples pour illustrer mon propos.

Le premier concerne les dispositions relatives à la publicité du registre foncier. Il y a eu ces dernières années trois modifications successives de ces dispositions. La première a été adoptée en 1989 à l'occasion des arrêtés fédéraux urgents pour lutter contre la spéculation immobilière⁶⁶. La deuxième est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994 en même temps que l'on a réaménagé les règles sur les droits de préemption⁶⁷. Et la troisième est entrée en vigueur en le 1^{er} janvier 2005⁶⁸. La version de l'art. 970 CC introduite en 1994 aura donc duré à peine onze ans!

Et par ailleurs, on a réussi la prouesse de faire entrer en vigueur cette dernière version de l'art. 970 CC avant même que l'Ordonnance sur le registre foncier ait été modifiée⁶⁹. Et pourtant, le nouvel art. 970 al. 3 CC ne pouvait pas être appliqué sans cette modification de l'ORF (puisque'il prévoit que « *le Conseil fédéral détermine* » quelles indications autres que celles mentionnées au deuxième alinéa de cet article « *peuvent être mises à la disposition du public sans justification d'un intérêt particulier* »). Une modification de l'ORF était ainsi nécessaire; elle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2005⁷⁰. En d'autres termes, le troisième alinéa de l'art. 970 CC est demeuré inapplicable pendant trois mois.

L'on conviendra que ce n'est pas là une bonne manière de légiférer. Le thème de la consultation du registre foncier n'est pas si brûlant qu'il s'impose d'intervenir à trois reprises en l'espace de seize ans et de faire entrer en vigueur la dernière modification avant même que les « décrets d'application » ne soient pris.

⁶⁵ Voir par exemple: AESCHLIMANN / FOËX, p. 26 s.

⁶⁶ Art. 8 de l'Arrêté fédéral urgent concernant un délai d'interdiction de revente des immeubles non agricoles et la publication des transferts de propriété immobilière, qui prévoyait que « les cantons peuvent publier les transferts de propriété immobilière » (RO 1989 III 1974 ss, p. 1977).

⁶⁷ RO 1993 II 1407 et 1409 (modification de l'art. 970 CC et introduction de l'art. 970a CC).

⁶⁸ RO 2004 pp. 5096 et 5094 (modification des art. 970 et 970a CC).

⁶⁹ Voir les nouveaux art. 106a, 111I et 111m ORF (RO 2005 p. 1344 s. et 1348 s.).

⁷⁰ RO 2005 p. 1350.

Mais il y a plus fort. On le sait, notre Parlement a adopté une série de modifications ayant trait au statut des animaux en droit privé⁷¹. Parmi les dispositions introduites par cette loi du 4 octobre 2002 figure un nouvel alinéa *1bis* de l'art. 728 CC, réglant la question de l'acquisition par prescription de la propriété d'un animal⁷².

Notre Parlement s'est par ailleurs intéressé au traitement réservé aux biens culturels⁷³. Là aussi, il lui est apparu que des règles particulières s'imposaient, notamment s'agissant de la prescription acquisitive. Il a donc adopté une loi le 20 juin 2003, qui introduit un (deuxième) alinéa *1bis* pour l'art. 728, réglant la prescription acquisitive des biens culturels⁷⁴.

Ainsi donc, à huit mois d'intervalle notre législateur a adopté deux alinéas *1bis* pour le même article. La commission de rédaction de l'Assemblée fédérale a renuméroté l'art. 728 al. *1bis bis* (si j'ose dire) en art. 728 al. *1ter*⁷⁵.

En elle-même, cette histoire d'alinéas n'est pas très grave. Mais elle donne un peu l'impression d'un législateur (ou d'une administration fédérale) qui travaille « le nez dans le guidon ». On se concentre ici sur les animaux et l'on adopte des règles spéciales, rien que pour eux. Puis on passe aux biens culturels et on les soumet aussi à un régime juridique particulier. Mais a-t-on gardé à l'esprit la cohérence du système ?

Voilà donc deux exemples qui m'ont laissé songeur. J'espère donc que, s'il décide d'entreprendre une réforme du droit des sûretés réelles mobilières, le législateur se donnera le temps de réfléchir, d'élaborer des solutions équilibrées et s'insérant harmonieusement dans notre Code civil.

Conclusion (*Cats have nine lives!*)

Il est temps de conclure. Je le ferai en invoquant une dernière fois les chats, et plus précisément un proverbe en anglais : *Cats have nine lives!* Les chats ont neuf vies, dit-on. Il en va certainement de même de nos institutions juridiques. Le gage mobilier peut donc compter sur au moins neuf vies.

Avec l'aide du professeur Bénédicte Winiger, j'ai tenté de faire le décompte des vies que le gage a déjà écoulées en Suisse ; le droit romain, le droit coutumier, le droit commun helvétique, le droit cantonal, le CO de 1881 et le CC de 1907 : six vies.

⁷¹ RO 2003 p. 463.

⁷² RO 2003 p. 464.

⁷³ RO 2005 p. 1869.

⁷⁴ RO 2005 p. 1879.

⁷⁵ Cf. la note de bas de page 11 au RO 2005 p. 1879.

Il reste donc probablement encore plusieurs vies à notre gage. Nous pouvons dès lors sereinement envisager de lui faire entamer une nouvelle vie, en l'adaptant aux besoins et possibilités actuels. Et ce pourrait être une forme de retour aux sources, puisque le droit romain connaissait déjà le gage mobilier sans dépossession⁷⁶.

⁷⁶ Voir par exemple : SCHMIDLIN/CANNATA, p. 154 s. Voir aussi : Digeste 20,1,34.

Bibliographie

- Lionel AESCHLIMANN / Bénédicte Foëx, «Sûretés mobilières: limites et réforme du droit suisse», in *Journée 2005 de droit bancaire et financier* (C. BOVET et L. THÉVENOZ, éd.), Zurich 2006, p. 17 ss
- Georges AFFAKI, «Analysis of Obstacles to the Proper Functioning of the Internal Market: Legal, Economic and Social Aspects», in *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?* [U. DROBNIG, H. J. SNIJDERS et E.-J. ZIPPRO, éd.], Munich 2006, p. 195 ss [cité: Analysis of Obstacles]
- Georges AFFAKI, «De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés», in *Banque et Droit* n° 97, 2004, p. 26 ss (publié également in *Repenser le droit des sûretés mobilières* [sous la dir. de M.-E. ANCEL], Paris 2005, p. 9 ss)
- Peter ALTORFER, *Die Mobiliarhypothek. Ein Beitrag zur Reform des Fahrnispfandrechts*, thèse, Zurich 1981
- Ernst BALTENSPERGER, «Basel II – aus ökonomischer Sicht», in *Basel II – die rechtlichen Konsequenzen* (W. WIEGAND, éd.), Berne 2006, p. 13 ss
- C. VON BAR / U. DROBNIG, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*, Munich 2004
- Fritz BAUR / Jürgen BAUR / Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, 17^e éd., Munich 1999 [cité: BAUR/STÜRNER]
- Bernhard BERGER, «Registrierung von Mobiliarsicherheiten: Vorschläge zu einer Reform des Kreditsicherungsrechts», in *RJB 2002* p. 197 ss
- Diego BISCHOF, *Le leasing de biens mobiliers. Etude de droit privé positif et désirable*, thèse, Lausanne 1996
- Boudewijn BOUCKAERT, «Divergences of the Law on Securities. A Law and Economics Approach», in *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?* [U. DROBNIG, H. J. SNIJDERS et E.-J. ZIPPRO, éd.], Munich 2006, p. 175 ss
- James W. BOWERS, «Security Interests, Creditors' Priorities and Bankruptcy», in *Encyclopedia of Law and Economics. Volume II: Civil Law and Economics* [B. BOUCKAERT et G. DE GEEST, éd.], Cheltenham 2000, p. 90 ss
- Frédérique DAHAN, «Un point de vue de Londres: projet anglais et réformes en Europe centrale», in *Repenser le droit des sûretés mobilières* [sous la dir. de M.-E. ANCEL], Paris 2005, p. 95 ss
- Urs FASEL, *Sachenrechtliche Materialien. Von den ersten Entwürfen bis zum Gesetz 1912*, Bâle 2005

- Bénédict FOËX, « La Convention du Cap relative aux garanties portant sur des matériels d'équipement mobiles », in *La défaillance de paiement : retard et défaut de paiement*, Fribourg 2002, p. 393 ss
- Enrico GABRIELLI, *Il pegno « anomalo »*, Padoue 1990
- Daniel GIRSBERGER, « Ist das Faustpfandprinzip noch zeitgemäss? », in RSJ 1997 p. 97 ss
- Barbara GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr : eine rechtsvergleichende und international-privatrechtliche Untersuchung*, Berne 2005
- Boris HEINZER, *La responsabilité de la banque dispensatrice de crédit envers les tiers créanciers de son client*, thèse Lausanne, Bâle 2001
- Eugen HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2^e éd., vol. 2, Berne 1914
- Nicolas IYNEDJIAN, *Les sûretés globales*, thèse Lausanne, Zurich 1999
- Paul JACKSON, « Preface », in *The Reform of Property Law* (P. JACKSON et D. WILDE, éd.), Aldershot 1997, p. xi ss
- Meinhard LUKAS, « Effect of Security Rights vis-à-vis Third Persons », in *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?* [U. DROBNIG, H. J. SNIJDERS et E.-J. ZIPPRO, éd.], Munich 2006, p. 95 ss
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, du 28 mai 1904*, in FF 1904 IV 1 ss
- Suzette SANDOZ, « L'inscription du pacte de réserve de propriété : une solution « géniale »... diabolique », in RDS 1987 I 535 ss
- Bruno SCHMIDLIN / Augusto CANNATA, *Droit privé romain*, vol. II, Lausanne 1987
- Steven L. SCHWARCZ, « The easy case for the priority of secured claims in bankruptcy », in 47 *Duke Law Journal* (1997), p. 425 ss
- Philippe SIMLER, « Avant-propos et dispositions générales », in *Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, Juris-Classeur Périodique, Supplément au n° 20-17 mai 2006, p. 3 s. [cité : Avant-propos]
- Philippe SIMLER, « La réforme du droit des sûretés. Un Livre IV nouveau du Code civil », in *La Semaine juridique* 2006, p. 597 ss [cité : La Réforme]
- Philippe SIMLER / Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 3^e éd., Paris 2000
- Henk J. SNIJDERS, « Access to Civil Securities and Free Competition in the EU, a Plea for One European Security Right in Movables », in *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?* [U. DROBNIG, H. J. SNIJDERS et E.-J. ZIPPRO, éd.], Munich 2006, p. 153 ss

Luc THÉVENOZ, « La fiducie, cendrillon du droit suisse. Propositions pour une réforme », *in* RDS 1995 II 253 ss

Thomas J. WERLEN, « The Present and Future of the Use of Collateral in International Financial Transactions, with a Particular Focus on Switzerland », *in Rapports suisses présentés au XVI^{ème} Congrès international de droit comparé*, Zurich 2002 p. 229 ss

Jan WILHELM, *Sachenrecht*, 2^e éd., Berlin 2002

Dieter ZOBL, *Das Fahrnispfand. Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB*, Berner Kommentar, vol. IV.2.5.1, 2^e éd., Berne 1982

Réflexions sur le rôle de l'administration, des experts et des milieux intéressés dans la réforme du droit privé

LUC THÉVENOZ

Professeur à l'Université de Genève

L'activité de Gilles Petitpierre l'a amené à étudier ou à participer à l'élaboration des lois sous les angles les plus divers: en qualité de juriste et d'auteur de doctrine bien sûr, mais aussi en tant que membre de commissions d'experts et surtout, pendant seize ans, comme parlementaire fédéral, et donc législateur *stricto sensu*¹. Ainsi que l'attestent les contributions au présent colloque, les réformes du droit privé prennent la forme de projets qui, le plus souvent, sont conçus au sein de commissions d'experts puis discutés lors d'une ou plusieurs consultations publiques, si bien que de nombreuses années s'écoulent – parfois plus d'une décennie – avant qu'elles ne soient formellement adoptées. L'administration, les experts, le gouvernement et le parlement sont soucieux de préserver la cohérence des textes, en même temps qu'ils recherchent les bases d'un consensus qui donneront à la réforme envisagée toutes les chances de franchir l'étape parlementaire, et peut-être même celle du référendum populaire. L'étape parlementaire n'est elle-même que l'aboutissement d'un processus beaucoup plus long où les grands choix sont envisagés, évalués, soupesés, pour être retenus ou écartés. Ce long processus préalable n'empêche pas que les choix retenus soient modifiés à une étape ultérieure, et notamment par le parlement, dont c'est bien sûr la prérogative. Sans avoir fait de recherche empirique sur la question, on peut certainement dire de la « machine législative » helvétique qu'elle est lente en comparaison internationale, et plus dans la réforme du droit privé. Cette lenteur est souvent justifiée par un gain en qualité et en effectivité. L'équilibre délicat entre rapidité et qualité est-il toujours optimal ?

La brève contribution qui suit n'a pas la prétention d'apporter une réponse à cette question. Elle vise plus modestement à relater et à réfléchir sur la phase pré-parlementaire de trois projets législatifs récents auxquels son auteur a eu le privilège de prendre une part active. Il s'agit :

¹ On pourrait certes arguer que le référendum législatif, obligatoire ou facultatif, fait de tout citoyen apte à voter un législateur. Cela n'est vrai que dans le sens très restreint d'approuver ou de rejeter un texte législatif dans sa version finale. Seuls les membres de l'Assemblée fédérale participent individuellement et collectivement à la formulation de la législation.

- de la ratification de la convention de La Haye sur les trusts du 1^{er} juillet 1985 et de l'adaptation corrélative de quelques lois fédérales, un projet entrepris en 1999 que le Conseil fédéral a soumis à l'Assemblée fédérale en décembre 2005² et qui devrait être adopté par celle-ci à l'automne 2006³;
- du projet de régler le sort des avoirs financiers non réclamés (« avoirs en déshérence »), demandé par plusieurs interventions parlementaires en 1996 et 1997, qui a fait l'objet de deux consultations successives et sur lequel le Conseil fédéral n'a encore pris aucune décision finale⁴;
- de la future loi fédérale sur les titres intermédiés, projet informellement entamé par un groupe de travail institué par une organisation professionnelle (l'Association suisse des banquiers) en 2001, qui devrait faire l'objet d'un message du Conseil fédéral transmis en automne 2006⁵.

En relatant succinctement les itinéraires – fort différents – de ces trois projets, on tentera de réfléchir plus particulièrement à l'importance déterminante que l'administration, les experts qu'elle désigne et les milieux professionnels intéressés⁶ prennent dans leur traitement, leur rythme et leur sort. La longueur et la sophistication du processus législatif reflètent le souci de trouver non seulement de bonnes solutions, mais aussi (et parfois surtout) des solutions qui soient acceptables tant pour les entreprises concernées que pour les citoyens représentés par le parlement. On s'interrogera sur les facteurs qui augmentent ou diminuent les chances de succès d'un projet.

Il convient de relever d'emblée les limites méthodologiques de cet exposé. Elles commencent par l'échantillon choisi, qui résulte des activités de l'auteur de ces lignes et ne répond à aucune méthode de sélection reconnue par la science statistique ni par les sciences sociales. On peut relever que ces projets s'inscrivent tous dans le domaine du droit économique privé, et plus particulièrement des services financiers, et concernent des acteurs économiques qui ont un poids important dans l'économie nationale et sont capables d'influencer de manière significative la formation de la volonté politique. Ces limites tiennent ensuite aux qualifications personnelles de l'auteur, qui n'est ni politologue ni sociologue, et qui est donc conscient qu'il se livre à une

² Message du Conseil fédéral du 2 décembre 2005 concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, *Feuille fédérale (FF)* 2006 p. 561.

³ Ces lignes ont été finalisées en septembre 2006 et reflètent l'état des projets à cette date.

⁴ Consulter notamment www.finweb.admin.ch.

⁵ *Idem*.

⁶ L'art. 147 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 prévoit, notamment, que les *milieux intéressés* sont invités à se prononcer sur les actes législatifs et traités internationaux importants. Dans cette contribution, cette expression désignera le plus souvent les organisations et les représentants des secteurs économiques directement concernés par les projets législatifs discutés. La procédure de consultation prévue par l'art. 147 de la Constitution est discutée plus bas sous II.D.

forme de sociologie politique de boudoir... en espérant ne pas tomber dans la politologie de boulevard. La validité scientifique de cet exposé est également limitée par la subjectivité de l'observateur impliqué dans les processus qu'il analyse – un phénomène bien connu et décrit dans la littérature sociologique et pédagogique sous les mots d'« observation participante ». Cette difficulté n'est cependant pas inconnue de la doctrine juridique, produite par des juristes qui, en tant qu'avocats, juges de métier ou de milice⁷, auteurs d'avis de droit ou experts intervenant à un autre titre, fondent souvent leur opinion sur leur expérience personnelle.

I. Trois brèves histoires

A. Mieux reconnaître les effets juridiques des trusts

Nés en droit anglais de la juridiction du Chancelier (*equity*), répandus dans presque toutes les anciennes colonies de la Couronne, les trusts sont une institution en soi étrangère aux ordres juridiques issus de la tradition romano-germanique. Par une longue infusion, ils ont été progressivement reçus en Ecosse, au Québec et en Louisiane, îles de droit civil entourées par l'océan de la *common law*. D'autres Etats de tradition civiliste, proches de nous comme le Liechtenstein ou plus lointains comme le Japon ou le Panama, ont créé leurs propres trusts par un acte législatif. A l'instar de la France, de l'Allemagne et de l'Italie, la Suisse n'a pas suivi cette voie et a pendant longtemps marqué un certain scepticisme doctrinal quant à la compatibilité entre les trusts et son ordre juridique. Telle était l'opinion fortement affirmée par la Société suisse des juristes en 1954⁸, que les rapporteurs de 1995 sur la fiducie ont cependant remise en cause⁹.

Si la volonté de créer une institution équivalente en droit suisse matériel semble faire défaut, la nécessité de mieux reconnaître en Suisse les effets des trusts valablement constitués selon un autre droit a été progressivement reconnue. Les arrêts du Tribunal fédéral relatifs à l'emprunt obligataire allemand dont la Banque des règlements internationaux était le trustee ou encore au trust créé par un désormais célèbre Harrison laissent apparaître les problèmes particuliers du trust en droit international privé¹⁰. La loi fédérale

⁷ Sur la notion de milice au sens où l'expression est employée en Suisse, cf. *infra* II.C.

⁸ Cf. les rapports de C. REYMOND et de F.T. GUBLER, ainsi que le compte-rendu des débats de 1954, publiés dans la *Revue suisse de jurisprudence* 1954, II^{ème} partie, p. 121a-476a.

⁹ Cf. les rapports de R. WATTER et L. THÉVENOZ publiés dans la même revue en 1995, II^{ème} partie, p. 179-363.

¹⁰ ATF 62 II 40, JdT 1936 I 552, *Aktiebolaget Obligationsinteressenter c. Banque des règlements internationaux* (emprunt Young); ATF 96 II 79, JdT 1971 I 329 obs. C. REYMOND, *Harrison c. Crédit Suisse*.

sur le droit international privé de 1987 n'a pas posé de règles spécifiques pour les trusts. La jurisprudence a assimilé les trusts volontaires (*express trusts*) à un « patrimoine organisé » au sens de cette loi¹¹, une solution de fortune imparfaite mais qui pare au plus pressé.

La convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, adoptée sous l'égide de la Conférence de La Haye de droit international privé¹², énonce des règles de rattachement praticables et reconnues¹³. La Suisse fut associée à sa confection dès avant la conférence diplomatique puisque le rapporteur de la commission spéciale était A. VON OVERBECK, alors professeur à l'Université de Fribourg, devenu ultérieurement directeur de l'Institut suisse de droit comparé. Une consultation organisée par l'Office fédéral de la justice peu après l'adoption de cette convention a cependant montré une absence d'intérêt, et même des réticences importantes des experts juridiques du secteur bancaire. La perspective d'une ratification semblait donc abandonnée lorsque l'idée ressurgit à l'occasion des travaux de la Société suisse des juristes consacrés à la fiducie, en 1995¹⁴. Quatre ans plus tard, l'Office fédéral de la justice confia au soussigné le mandat de rédiger un avis de droit relatif à l'impact d'une telle ratification sur l'ordre juridique interne et aux éventuelles modifications législatives nécessaires. Le mandat comprenait un deuxième volet relatif à une éventuelle législation codifiant et améliorant la fiducie ; ce deuxième volet fut ultérieurement abandonné. L'avis de droit fut déposé en juin 2000.

Travail d'expert destiné à l'administration fédérale, un tel avis de droit, même lorsqu'il est publié¹⁵, n'est qu'une pièce au dossier et risque fort de voir la poussière s'accumuler sur sa couverture, s'il n'est pas porté par une volonté politique claire ou par une demande fortement exprimée par certains milieux professionnels. La perception politique d'un projet relatif aux trusts paraissait *a priori* plutôt défavorable, entre la crainte de favoriser le blanchiment de l'argent du crime ou de l'évasion fiscale et celle de provoquer une diminution des recettes fiscales. Au sein même de l'administration, le projet était embourbé dans une controverse opposant les internationalistes, favorables au renforcement de la sécurité juridique et de la compétitivité internationale de

¹¹ ATF du 3 septembre 1999, SJ 2000 I 269 (trust de Jersey) ; ATF du 14 septembre 2005, 4C.94/2005 (trust du Liechtenstein) ; décision du Tribunal de district de Zurich du 1^{er} février 1994, ZR 98/1999 n° 52-B p. 225 (trust de Guernsey).

¹² Les textes officiels, l'état de la convention et une bibliographie sont publiés par la Conférence sur son site www.hcch.net (consulté le 01.09.2006).

¹³ La convention est actuellement en vigueur dans dix Etats. Parmi les pays de droit civil, l'Italie a été la première à la ratifier (en 1990), suivie par Malte (en 1994), par les Pays-Bas (en 1995) au terme d'un important travail de réflexion, et plus récemment par le Luxembourg, Saint-Marin et le Liechtenstein.

¹⁴ *Supra* note 9.

¹⁵ En français et en anglais : L. THÉVENOZ, *Trusts en Suisse : Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie* [...], Zurich : Schulthess 2001.

la place financière, et les défenseurs de l'intégrité et de la cohérence de notre droit privé, lesquels craignaient de vider de sa substance la protection des créanciers, du conjoint et des héritiers réservataires.

En l'absence d'une décision de principe au sein de l'administration compétente, le projet se trouva bloqué pendant trois ans et le serait resté sans des interventions appuyées de l'Association suisse des banquiers et d'une grande banque sous la forme, notamment, d'une visite à la Conseillère fédérale en charge du dossier, d'une séance d'information destinée aux parlementaires et du dépôt d'une motion parlementaire¹⁶. De fortes craintes subsistaient néanmoins au sein de l'administration, de sorte que deux avant-projets ont successivement été mis en consultation, le premier en décembre 2003 à l'initiative du Département fédéral de justice et police et le second, en novembre 2004, par décision du Conseil fédéral. L'approche finalement adoptée consiste à assortir la ratification de la convention de modifications législatives aussi réduites que possible¹⁷.

Les deux consultations montrèrent qu'aucun obstacle politique n'était vraiment à craindre. Le Conseil fédéral put donc adopter un message le 2 décembre 2005 dont le traitement par le Conseil des Etats¹⁸, sans véritable débat en séance plénière, a confirmé le bien-fondé.

B. Régler le sort des avoirs non réclamés

Tout autre est le contexte qui vit plusieurs initiatives parlementaires demander qu'un acte législatif règle le sort des avoirs non réclamés. Contexte émotionnellement chargé puisque, après plusieurs décennies de dénégation complète du problème confortée par les résultats ambigus d'un arrêté fédéral de 1962 mal conçu¹⁹, la Suisse s'est trouvée prise à partie par l'opinion publique internationale quant à son rôle au cours de la deuxième Guerre mondiale en général, et quant au sort des avoirs déposés en Suisse par des victimes des persécutions du régime national-socialiste.

¹⁶ Motion 03.3233 de Marc F. Suter: *Reconnaissance des trusts. Accélérer la ratification de la Convention de La Haye*, transmise au Conseil fédéral sous forme de postulat; cf. search.parlament.ch/f/cv-geschaefte?gesch_id=20033233 (consulté le 1.09.2006).

¹⁷ Dans la loi fédérale sur le droit international privé et dans la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, à l'exclusion notamment du code civil. Sur d'autres modifications souhaitables ou envisageables, cf. *infra* II.A.

¹⁸ *Bulletin officiel* 2006 Conseil des Etats p. 290 ss.

¹⁹ Voir surtout le chapitre 6 du rapport de la COMMISSION INDÉPENDANTE D'EXPERTS SUISSE – SECONDE GUERRE MONDIALE, *La Suisse, le national-socialisme et la Seconde Guerre mondiale: Rapport final*, Zurich: Pendo, 2002, ainsi que le volume 15 des études publiées par la Commission: B. BONHAGE, H. LUSSI et M. PERERENOUD, *Nachrichtenlose Vermögen bei Schweizer Banken: Depots, Konten und Safes von Opfern des nationalsozialistischen Regimes und Restitutionsprobleme in der Nachkriegszeit*, Zurich: Chronos, 2001.

Parmi d'innombrables questions âprement débattues dès 1993, et douloureusement vécues par un peuple suisse convaincu de n'avoir pas mal agi dans des circonstances qui menaçaient son existence, le régime juridique des avoirs déposés auprès des intermédiaires financiers a suscité des profondes interrogations. On savait depuis longtemps la propriété des valeurs mobilières imprescriptible. Les comptes bancaires sont certes des créances mais, en 1965, le Tribunal fédéral avait jugé que les créances rendues exigibles par dénonciation²⁰ sont également imprescriptibles lorsque la banque ne peut pas les dénoncer au remboursement parce qu'elle est incapable de notifier la résiliation du contrat à un client dont elle est sans nouvelles²¹. Les banques se trouvaient donc – et sont toujours ! – débitrices d'avoirs financiers dont l'importance n'était pas établie, dont elles ne pouvaient pas se libérer, et à l'égard desquels d'éventuels ayants droits avaient le plus grand mal à se légitimer, en vue de les revendiquer. Cette situation forme d'ailleurs un contraste saisissant avec celle des assureurs, et notamment les assureurs sur la vie, dont les prestations se prescrivent deux ans après l'exigibilité de la prestation, laquelle intervient sans autre formalité à l'échéance contractuelle ou à la survenance du sinistre assuré²².

Au-delà du règlement de la question, unique mais cruciale, du sort des avoirs des victimes des persécutions nazies, plusieurs parlementaires ont requis du Conseil fédéral qu'il propose une loi réglant durablement les difficultés que la place financière ne pouvait résoudre par d'autres voies²³. Un premier avant-projet, élaboré conjointement par l'Office fédéral de la justice et par l'Administration fédérale des finances, fut mis en consultation en 2000. Celle-ci démontra un fort soutien politique en faveur d'une loi complétant l'autoréglementation existante, avec cependant des désaccords quant au périmètre de la législation et aux solutions proposées. En juillet 2002, le Conseiller fédéral responsable du Département des finances chargea une commission d'experts – présidée par l'auteur de la cette contribution et pourvue de davantage de représentants de l'administration que des milieux économiques – d'établir un nouvel avant-projet. Déposé en juillet 2004, publié sur le site web

²⁰ C'est-à-dire tous les comptes bancaires à l'exclusion des comptes à terme.

²¹ ATF 91 II 442, JdT 1966 I 338, *Thorwart c. X*.

²² Art. 46 al. 1 de la loi fédérale du 2 avril 1980 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1.

²³ Les directives de l'Association suisse des banquiers du 8 septembre 1995 « relatives au traitement des avoirs [...] auprès de banques suisses lorsque la banque est sans nouvelle du client », profondément révisées (et améliorées) en 2000, exigent désormais que les établissements prennent les mesures nécessaires à éviter la perte de contact, à le rétablir lorsque c'est nécessaire, et à protéger les avoirs concernés. Elles ne peuvent cependant régler le sort définitif des titres et des créances qui ne sont pas réclamés par leurs ayants-droits et dont les banques sont *ipso iure* les dépositaires ou les débiteurs imprescriptibles. Les directives en vigueur sont accessibles sur www.swissbanking.org, sous Autorégulation (site consulté le 1.09.206).

du Département des finances²⁴ et soumis *de facto* à une consultation informelle, ce nouveau texte et le rapport qui l'accompagne obtinrent un soutien clair des deux principaux secteurs économiques concernés, la banque et l'assurance, moyennant certains aménagements de détail.

Le climat politique avait cependant changé. Sur la scène internationale, le règlement de la grande masse des prétentions relatives aux « avoirs en dés-hérence » au sens strict et les errements du processus judiciaire mis en place à New York pour l'indemnisation d'autres victimes avaient pratiquement éliminé la pression exercée jusqu'alors sur l'opinion publique et les autorités suisses. Au plan interne, les élections fédérales de 2003 ont modifié les rapports de force au sein du parlement et du gouvernement suisses, semblant rendre indésirable et impraticable la poursuite d'un projet lancé dix ans auparavant dans un contexte apparemment révolu. Malgré la demande pressante de la place financière pour une dévolution des avoirs non réclamés que seul le législateur peut décider, le Conseil fédéral n'a pris aucune décision et demandé de nouvelles études.

C. Garantir la sécurité juridique des valeurs mobilières détenues auprès des intermédiaires financiers

Le troisième projet est, par le montant des valeurs concernées comme par sa substance juridique, de loin le plus ambitieux. Il est peut-être aussi celui qui jouit des meilleures chances d'inscrire dans un texte législatif des règles qui sont davantage le résultat d'un raisonnement juridique rationnel que d'arbitrages politiques.

Le projet de loi fédérale sur les titres intermédiés a été lancé non par des interventions parlementaires ou des initiatives de l'administration, mais par un groupe d'experts voulu conjointement par l'Association suisse des banquiers et par SIS SegaIntersettle SA, le dépositaire central des valeurs mobilières suisses. Dans notre pays comme à l'étranger, les années 1960 ont connu un engorgement des procédures de livraison et de règlement des opérations sur titres, dû à la progression exponentielle de leur nombre. Plutôt que de livrer matériellement les papiers-valeurs entre vendeurs et acheteurs, les places financières ont introduit des formes d'immobilisation (dépôt centralisé, *Sammelverwahrung*) ou même dématérialisation des papiers-valeurs (*papierlose Wertpapiere*) qui ont remplacé leur livraison physique par des écritures en comptes de titres.

²⁴ www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00911/index.html?lang=fr (consulté le 1.09.2006).

A l'étranger, cette transformation des procédures de dépôt et de règlement-livraison ont généralement requis l'intervention du législateur. La place financière suisse a pu tirer profit de textes législatifs très flexibles pour obtenir le même résultat sans s'adresser au législateur, en recourant à des réseaux de contrats créant une nouvelle forme de copropriété fongible. La solidité juridique de cette construction fut attestée par des avis de droit qui emportèrent la conviction de tous les intéressés. L'absence de tout contentieux judiciaire²⁵ fut interprétée comme la confirmation de cette solution entièrement fondée sur l'autonomie privée.

Cette solution pragmatique fut cependant remise en question par les grandes banques d'affaires étrangères au nom de la sécurité des systèmes de règlement-livraison de titres. La faillite du groupe Maxwell et le sort des titres soustraits sans droit aux caisses de pension du groupe firent prendre conscience des risques encourus. Requis par leurs correspondants étrangers et par les grands investisseurs institutionnels étrangers de remplir des questionnaires toujours plus longs et détaillés, les établissements suisses réalisèrent alors que la sécurité juridique était devenue un impératif catégorique que seul le législateur peut procurer. Sur la base d'un projet de codification confirmant le régime juridique actuel, tel qu'il résultait des travaux du groupe de travail présidé et animé par H.C. von der Crone²⁶, un groupe de travail – désigné ici encore par le chef du Département fédéral des finances – a rédigé un projet de loi établissant un régime juridique moderne et prévisible pour un bien juridique nouveau : les titres intermédiés, c'est-à-dire les titres détenus par le biais d'intermédiaires financiers et qui sont transférés ou grevés sans leur remise matérielle²⁷.

Il convient de relever que ce projet s'est jusqu'ici développé dans un environnement international favorable : adoption en décembre 2002 à La Haye d'une convention internationale promouvant une règle de rattachement qui accroît la sécurité juridique dans les situations internationales²⁸ ; préparation,

²⁵ Le seul arrêt du Tribunal fédéral relatif à cette figure juridique concerne des actions déposées auprès de leur émetteur et non auprès d'une banque ou du dépositaire central : ATF 112 II 406, JdT 1987 I 347, *Ems-Chemie*.

²⁶ Cf. <http://www.vondercrone.ch/projekte.php> (consulté le 1.09.2006).

²⁷ Cf. l'avant-projet publié en juin 2004 sur le site du Département des finances : www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00887/index.html?lang=fr (consulté le 1.09.2006), et l'analyse de la notion de titres intermédiés dans L. THÉVENOZ, « Du dépôt collectif des valeurs mobilières aux titres intermédiés : un saut épistémologique », in *Wirtschaft zu Beginn des 21. Jahrhunderts : Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag*, Berne : Stämpfli 2005, p. 681-712.

²⁸ Convention [du 5 juillet 2006] sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, cf. www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=72 (consulté le 1.09.2006). Bien que le texte de la convention fût adopté en décembre 2002 à l'issue d'une conférence diplomatique de deux semaines, la convention a pris date lors de sa signature simultanée par les Etats-Unis d'Amérique et par la Suisse.

sous les auspices de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), d'un projet de convention harmonisant un petit nombre de règles substantielles indispensables au bon fonctionnement des systèmes d'intermédiation de titres²⁹. L'importance de la place financière comme dépositaire de fortunes privées et institutionnelles internationalement diversifiées a amené notre pays à se situer à la pointe de ces développements.

En novembre 2004, la publication d'un avant-projet de loi fédérale sur les titres intermédiés et la proposition de ratifier la convention de La Haye de 2002³⁰ ont permis de s'assurer du fort soutien des milieux concernés. A la différence des trusts ou des avoirs non réclamés, la matière présente une grande technicité, qui explique probablement le désintérêt apparent de cercles plus larges et des milieux politiques. Sauf imprévu, le Conseil fédéral devrait adopter un message au cours de l'automne 2006.

II. Quelques réflexions

L'étude du parcours des trois projets législatifs pris ici pour échantillon amène à formuler quelques réflexions sur les conditions et les circonstances du succès ou de l'échec de ces projets, de la rapidité de leur avancement, ainsi que de la qualité et de la pertinence de leur résultat.

A. L'intangibilité des grands codes

Il est frappant de constater que chacun de ces trois projets a pris la forme d'une loi spéciale plutôt que d'une révision du code civil ou du code des obligations.

La convention sur les trusts ne règle que la question de la loi applicable et de ses effets. Dans un ordre juridique qui ne connaît pas les trusts, sa ratification appelle des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de juridiction et à la reconnaissance des décisions étrangères³¹. En outre, la reconnaissance des trusts par les tribunaux civils et les autorités administratives³² suisses rendrait utile l'insertion de quelques règles

²⁹ Cf. www.unidroit.org/french/workprogramme/study078/item1/main.htm (consulté le 1.09.2006).

³⁰ *Supra* note 28.

³¹ La convention conclue à Lugano le 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11) comprend des règles applicables aux trusts aux articles 5, 17 et 53; leur champ d'application est cependant limité à celui de la convention elle-même.

³² Notamment les conservateurs du registre foncier et les autres autorités qui administrent un registre immatriculant des biens pouvant être détenus par des trustees ès qualités.

matérielles dans d'autres textes importants de notre droit privé, et notamment dans le code civil et le code des obligations. Il est frappant de constater que ce dernier aspect, qui devait former l'essentiel de l'avis de droit demandé en 1999 par l'Office fédéral de la justice, s'est réduit au minimum absolu, c'est-à-dire à quatre alinéas qu'il est prévu d'introduire dans la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. Malgré la crainte que les trusts puissent favoriser la fraude aux droits des tiers, et notamment des héritiers réservataires, crainte qui a presque entraîné l'abandon du projet et qui a retardé significativement son traitement par l'administration, celle-ci n'a retenu aucune des autres mesures envisagées pour réduire ce risque. Par exemple, la difficulté rencontrée par les héritiers pour obtenir l'information relative aux trusts susceptibles de léser leur réserve aurait justifié une nouvelle disposition dans le code civil, fixant les conditions et modalités d'un droit judiciaire à ces informations. Comme le problème ne se limite pas aux trusts mais s'étend à tous les véhicules successoraux (sociétés de domicile, fondations et établissements de droit étranger notamment), l'administration a préféré y renoncer³³.

Quant au deuxième volet du mandat, à savoir le développement et la consolidation législative de la fiducie, il a été enterré aussitôt le rapport remis à l'Office fédéral de la justice.

Les deux volets de ce projet justifiaient une révision du code civil ou du code des obligations. Toucher aux grands textes fondateurs ne s'envisage cependant pas à la légère et une réflexion préparatoire de cinq ans n'y aura en tout cas pas suffi. Sans entrer ici dans les détails, on remarquera de même que la mise en place d'une réglementation sur les avoirs non réclamés comme sur les titres intermédiés aurait pu être effectuée par une modification du code civil ou du code des obligations. Cette possibilité a également été écartée.

Une telle réticence à inscrire des projets sectoriels relevant du droit privé économique dans une révision des grands textes fondateurs de notre droit privé tient probablement à plusieurs raisons.

Il y a d'abord le fait que, bien que chacun des trois projets ait une portée aussi générale que par exemple la substitution fidéicommissaire, les contrats voyageurs ou les lettres de change³⁴, ils concernent principalement les banques et d'autres intermédiaires financiers, alors que nos deux grands codes s'appliquent en principe à tous les sujets de droit privé. Les administrations concernées comme d'ailleurs les représentants des milieux intéressés sont aujourd'hui d'avis qu'il est plus simple de réglementer des opérations limitées à certains secteurs de l'économie dans une loi spéciale, plutôt que dans des codes applicables à tout citoyen.

³³ Cf. chap. 1.8.2.1 du message, FF 2006 592.

³⁴ Matières réglées aux art. 488 ss du code civil et aux art. 516 ss et 990 ss du code des obligations.

Cette préférence pour les lois spéciales fait naître un véritable droit commercial spécialisé, restreint à des sujets de droit qualifiés. Pour donner un exemple, le code des obligations fixe le régime des papiers-valeurs sans tenir compte des qualités personnelles du tireur, du tiré, de l'endossataire ou de l'aval. A l'inverse, le nouveau bien juridique que sont les titres intermédiés ne sera créé que lorsque ces titres seront inscrits en compte par des intermédiaires répondant à une liste exhaustive figurant dans une loi spéciale.

Eugen Huber et le législateur historique ont voulu éviter que, à l'instar de l'Allemagne et de la France, un code de commerce soit réservé aux commerçants ou aux opérations de commerce. Le sens pratique semble aujourd'hui à rebours : il est plus facile de convaincre le parlement d'adopter une loi spéciale, dont le champ d'application est limité de façon précise, que de modifier le droit de la propriété dans le code civil ou les contrats réglés par le code des obligations.

Par leur caractère général comme par leur histoire, les codes ont une portée symbolique et émotionnelle qui les rend plus difficiles à modifier. Dans la mesure du possible, on évite donc d'y toucher. Certes, le droit des personnes et de la famille essentiellement régi par le code civil³⁵ fait l'objet de changements plus fréquents et plus importants que ceux relatifs aux droits réels ou aux successions.

La difficulté particulière à retoucher les codes dans le domaine du droit économique semble d'ailleurs confirmée par la durée nécessaire à leur révision. Il aura fallu une trentaine d'années pour qu'une réforme importante du droit de la société anonyme soit adoptée par l'Assemblée fédérale en 1990, une durée comparable à celle des réformes des effets généraux du mariage ou du divorce. A l'exception de petites corrections ponctuelles, la réforme de tel ou tel chapitre de nos codes constitue une entreprise de longue haleine, dont la durée probable devient toujours moins compatible avec l'actualité, parfois pressante, des demandes exprimées par les personnes et les entreprises concernées.

B. Volonté politique et interventions des milieux intéressés

Les trois projets ici examinés ont chacun une origine différente.

L'idée d'une loi fédérale sur les avoirs non réclamés trouve son impulsion initiale auprès de l'Assemblée fédérale, laquelle a adressé au Conseil fédéral

³⁵ On relèvera quand même que le partenariat civil, pourtant très proche du mariage, a fait l'objet d'une loi spéciale (loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, RS 211.231), un choix sans doute aussi motivé par des raisons symboliques !

pas moins de huit interventions parlementaires entre novembre 1996 et septembre 1997³⁶. En dépit de cette volonté politique clairement affirmée, le projet relatif aux avoirs non réclamés est le plus ancien des trois et celui dont le sort reste le plus incertain. Le besoin de légiférer a disparu au parlement et au gouvernement comme au sein de l'administration. Les représentants de la place financière continuent néanmoins de demander que le législateur réalise ce que lui seul peut accomplir, c'est-à-dire régler le sort ultime des avoirs non réclamés afin de permettre à leurs dépositaires de se libérer.

La réflexion sur une ratification de la convention sur les trusts a commencé en 1999 sous l'impulsion de l'administration fédérale alors même que l'objet venait de disparaître de la planification du Conseil fédéral³⁷ où il figurait auparavant. Le rapport correspondant n'aurait vraisemblablement reçu aucune suite si des représentants de la place financière n'avaient fait connaître, avec insistance, l'importance qu'ils attachaient à une meilleure reconnaissance des trusts dans l'ordre juridique suisse. Le dépôt d'une motion au Conseil national³⁸ a finalement inscrit dans l'agenda parlementaire une requête formulée avec insistance auprès des administrations concernées.

Des trois textes législatifs ici examinés, la future loi fédérale sur les titres intermédiés est la seule à trouver son origine dans un projet élaboré par un groupe de travail constitué par des institutions privées : l'Association suisse des banquiers et SIS SegInterSettle³⁹. Bien que le texte issu de ces travaux ait été profondément modifié par la suite, le projet a continué de bénéficier du ferme soutien de ses initiateurs. Si le Conseil fédéral adopte le message correspondant en hiver 2006, il aura fallu près de quatre ans entre la première démarche officielle auprès du chef du Département des finances et la saisine du Parlement, un temps honorable si on le compare aux deux autres projets.

L'importance déterminante des milieux économiques et de leurs organisations représentatives dans la préparation et l'aboutissement (ou l'échec) des lois qui les concernent ne surprendra personne. Dans ces trois dossiers qui ne présentent pas d'enjeux politiques majeurs, il apparaît du reste que le rythme et le succès de la phase pré-parlementaire dépendent davantage du soutien apporté par les milieux intéressés que de la volonté politique qui les a faits naître.

³⁶ Cf. *Loi fédérale sur les avoirs non réclamés: Rapport de la commission d'experts instituée par le Département fédéral des finances*, juillet 2004, chiffre 2.1.

³⁷ Cf. les grands objets de la politique gouvernementale in CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur le programme de la législature 1999-2003, Feuille Fédérale* 2000 p. 2169.

³⁸ *Supra* note 16.

³⁹ Le groupe de travail, présidé par H.C. von der Crone, comprenait cependant des représentants de la Banque nationale suisse et de la Commission fédérale des banques.

C. Les experts et le système de milice

Même lorsqu'ils bénéficient de l'appui convergent de l'administration et des représentants de l'économie, les projets ici examinés progressent à un rythme... de sénateur. Cette lenteur s'explique sans doute par de nombreuses raisons. On peut ici en mettre en évidence deux.

La première est le système dit «de milice» auquel notre pays manifeste un fort attachement. Militaire par son étymologie, caractéristique de l'organisation de l'armée suisse, l'idée de milice veut que d'innombrables activités publiques soient assurées par des personnes qui n'y consacrent qu'une partie de leur temps. L'Assemblée fédérale comme les parlements cantonaux sont peuplés d'élus dont le mandat politique vient s'ajouter à une activité professionnelle souvent intense. Les commissions extra-parlementaires, y compris celles qui exercent des fonctions de surveillance et prennent des décisions contraignantes – telles que la Commission de la concurrence ou la Commission fédérale des banques – sont organisées selon le même principe. Les partis politiques, comme les organisations représentatives des intérêts les plus divers, ne comportent généralement qu'un nombre très restreint de collaborateurs à temps complet.

La Suisse est un petit pays, bénéficiant d'un niveau de formation élevé, mais dont les ressources humaines sont modestes, puisque sa population compte 7 millions d'habitants. Dans des domaines économiques et juridiques qui font appel à des compétences spécialisées et peu répandues, il n'est pas aisé de mobiliser à bref délai un nombre suffisant d'experts. A cela s'ajoute le fait que, contrairement à ce que peuvent laisser entendre certains partis, l'administration fédérale reste assez limitée au niveau de ses effectifs, notamment en ce qui concerne les services qui élaborent les politiques publiques (*policy making*). Dans l'économie privée comme dans l'administration et les milieux académiques, les personnes suffisamment spécialisées pour traiter de ces objets sont rares et déjà fortement sollicitées. Aisément motivés sur le principe et généreux de leurs compétences, ces experts ont toutefois des agendas chargés et sont difficiles à réunir.

Au crédit du système de milice, il faut inscrire, notamment, le degré élevé de compétence des personnes mobilisées (un autre mot emprunté au vocabulaire militaire!), leur représentativité et leur proximité avec la pratique. Ces avantages sont toutefois à mettre en rapport avec des inconvénients significatifs. La plupart des personnes qui participent aux travaux préparatoires ont un emploi du temps très chargé. Il est souvent difficile de les réunir plus d'une fois par mois, pour une demi-journée ou une journée complète. Le travail progresse de façon correspondante, c'est-à-dire lentement. Un rapport rendu en neuf à douze mois est considéré comme extraordinairement

rapide⁴⁰. Dix-huit ou vingt-quatre mois sont la règle pour des projets spécialisés, clairement circonscrits et sans enjeu politique significatif. Les grandes révisions occupent quant à elles les experts pendant de nombreuses années.

Chaque projet s'étend sur une longue période; il doit en outre être coordonné avec d'autres projets qui nécessitent également du temps. Il en résulte une dispersion des travaux, une difficulté de les coordonner et une dilution de l'impulsion et de la volonté politiques qui, par une forme de cercle vicieux, contribuent au ralentissement de chaque projet individuellement et à une perte d'efficacité d'ensemble.

Faut-il multiplier les petits projets ou les regrouper dans des projets plus vastes? Le choix est semblable à une navigation entre Charybde et Scylla. Un petit nombre de grands projets assure la cohérence du travail mais requiert un temps disproportionné. Un plus grand nombre de plus petits projets accélère le travail mais crée des difficultés de coordination considérables.

D. Consultation et recherche du consensus

Tout projet, qu'il émane d'une commission d'experts ou directement de l'administration, fait l'objet de multiples formes de consultations qui tendent à en vérifier la qualité, la praticabilité et l'acceptabilité politique.

L'art. 147 de la Constitution fédérale de 1999 semble limiter l'exigence de consulter les «cantons, les partis politiques et les milieux intéressés» aux travaux préparatoires des «actes législatifs importants et [...] autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires» ainsi qu'aux «traités internationaux importants.» La loi fédérale du 18 mars 2005 ajoute à la consultation proprement dite (*Vernehmlassung*) une procédure d'audition (*Anhörung*) pour les «projets de portée mineure»⁴¹.

Cependant, la loi du 18 mars 2005 ne reflète qu'une partie des méthodes par lesquelles le gouvernement et l'administration cherchent à sonder l'opinion et à vérifier le soutien des milieux, organisations et personnes intéressées. Ces derniers sont d'abord associés aux commissions d'experts ou entendus par elle. Au cours des travaux, les organisations concernées fournissent de nombreux documents, formulent des propositions alternatives, expriment leur soutien ou leur désaccord. Souvent, le secret des travaux des commissions d'experts devient une fiction: chaque étape est discutée, parfois dans

⁴⁰ Ce fut le cas de l'avant-projet de loi sur les placements collectifs (cf. FF 2005 5993), rédigée par une commission présidée par P. Forstmoser. Ses travaux furent cependant trop rapides pour l'Administration fédérale des contributions, qui retarda ensuite pendant plusieurs mois la saisine du Conseil fédéral en remettant en cause un avant-projet auquel ses représentants au sein de la commission d'experts avaient contribué et consenti!

⁴¹ Cf. l'art. 10 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation, RS 172.061.

le détail, au sein des organes compétents des organisations professionnelles. Les travaux achevés, ces mêmes organisations vont à nouveau s'exprimer sur l'ensemble du projet à l'intention de l'administration et du gouvernement, parfois à plusieurs reprises⁴².

Qu'elle s'appelle consultation ou audition, chacune de ces opérations requiert du temps: neuf mois entre son lancement et l'évaluation de ses résultats dans les cas les plus favorables, et jusqu'à deux ans dans les cas les plus difficiles. Bien que la Constitution fédérale entende limiter ces procédures, longues et coûteuses pour tous les acteurs, aux objets politiques et législatifs les plus importants, l'habitude de consulter systématiquement les milieux concernés – non seulement pour les projets de loi, mais aussi lors de la préparation des ordonnances – est l'un des traits saillants de la culture politique suisse.

Les trois projets que nous examinons ici ne représentent pas (pour le cas des trusts et des titres intermédiés) ou ne représentent plus (pour le cas des avoirs non réclamés) d'enjeux politiques importants. Là où un régime parlementaire permettrait au gouvernement de faire adopter rapidement et avec relativement peu de risques ce type d'objets, le régime politique spécifique de la Suisse impose la recherche d'un consensus sinon positif («c'est nécessaire»), du moins négatif («il n'y a pas d'objection»). Les formes diverses de la consultation – de la consultation «officielle» prévue par la loi du 18 mars 2005 aux procédures plus ou moins formelles développées par la pratique – visent à créer les bases d'un consensus susceptible de porter au travers de la procédure parlementaire des objets techniques et largement indifférents à l'opinion publique. Elles sont l'expression de la démocratie de consensus qui caractérise la Suisse.

E. Autres facteurs

Aux grands facteurs influençant le déroulement de la procédure pré-parlementaire discutés dans les sections précédentes, on en ajoutera quelques autres sans prétendre à l'exhaustivité.

Sous la houlette, finalement assez lointaine, du Conseil fédéral, c'est l'administration qui est le véritable moteur de la phase préparatoire du processus législatif. Lorsqu'elle n'est pas elle-même chargée de préparer un projet, elle est l'incontournable partenaire de l'expert ou du groupe d'experts, dont elle accompagne les travaux. Au sein d'une administration assez modestement pourvue et très chargée, l'expérience, la motivation et l'engagement du collaborateur responsable sont des atouts essentiels.

⁴² Deux avant-projets pour les trusts et les avoirs non réclamés; un seul pour les titres intermédiés: un seul.

C'est un truisme de rappeler que la préparation des lois reste une activité politique et qu'elle subit les aléas de son actualité. La révélation de scandales, l'opinion publique, façonnée par la presse sous toutes ses formes, se traduisent par des changements de priorité qui ne peuvent être ni prévus ni complètement maîtrisés. Entreprise à l'initiative du parlement fédéral et sous la pression de l'opinion publique internationale, la réglementation du sort des avoirs non réclamés languit aujourd'hui par le double effet de la quasi-disparition des conditions initiales et du sentiment souvent exprimé que notre pays a été maltraité et a été contraint de payer bien plus que ses dettes financières et morales⁴³. En 2001, avant que la Conseillère fédérale Ruth Metzler, alertée par les milieux bancaires, n'exige que des propositions relatives aux trusts soient rapidement mises en consultation, la révélation par la presse de la situation délicate du président du Conseil national relative à son activité professionnelle, au vu de son statut d'administrateur de sociétés de domicile, a fait craindre que les trusts ne deviennent un objet politiquement invendable⁴⁴.

Enfin, on peut relever l'importance, modeste mais néanmoins réelle, des travaux internationaux d'unification du droit privé ou du droit international privé. N'avait été l'existence d'une convention internationale sur les trusts préparée sous les auspices d'une organisation internationale prestigieuse, convention déjà entrée en vigueur dans des États importants pour la Suisse, il aurait probablement été inconcevable de chercher à régler la question par une révision autonome de notre loi fédérale sur le droit international privé⁴⁵: la matière est d'une telle complexité et en soi tellement étrangère aux institutions de notre droit privé qu'il aurait sans doute été impossible de rassembler la matière grise nécessaire et de créer un consensus sur des règles exclusivement suisses.

La réglementation des titres intermédiés est un cas différent. Le groupe de travail institué par l'Association suisse des banquiers avait déjà entrepris son travail lorsque UNIDROIT a chargé un petit groupe d'experts de s'atteler au même problème⁴⁶. Le travail parallèle sur les projets de loi fédérale et de

⁴³ Pour une excellente histoire de la crise des « fonds en déshérence » et une analyse lucide, cf. T. MAISSEN, *Verweigerte Erinnerung: Nachrichtenlose Vermögen und Schweizer Weltkriegsdebatte, 1989-2004*, Zurich: Neue Zürcher Zeitung, 2005.

⁴⁴ Peter Hess, président du Conseil national, avocat dans le canton de Zoug et intermédiaire financier affiliée à un organisme d'autorégulation au sens de la loi fédérale du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (RS 955.0), avait été soupçonné d'avoir manqué à ses obligations en ne soumettant pas quatre sociétés dont il l'était administrateur à la surveillance prévue par la loi. En août 2001, l'autorité de contrôle a finalement constaté qu'aucune infraction ne pouvait lui être reprochée, cf. *Neue Zürcher Zeitung* du 11 août 2001, p. 13.

⁴⁵ La Belgique a choisi la voie d'une codification domestique des règles de conflit relatives aux trusts, en s'inspirant cependant beaucoup de la convention de La Haye, cf. la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé.

⁴⁶ Supra note 29.

convention internationale a permis à notre pays, qui y a été étroitement associé depuis le début, de vérifier (et parfois de corriger) ses principaux choix en les confrontant aux législations et aux opinions d'experts de l'ensemble des grands centres financiers jouant un rôle important dans ce domaine. Inversement, le projet suisse est aujourd'hui très bien connu à l'étranger, où il suscite un vif intérêt et permet à notre pays d'exercer une certaine influence dans la préparation de la future convention. Pourtant, comme le montre l'exemple de la convention sur les trusts⁴⁷, l'influence des experts suisses dans la confection d'un tel instrument ne garantit pas nécessairement une réception favorable dans ce pays!

III. Conclusion

Même dans des matières très techniques du droit privé, où les enjeux politiques sont secondaires, le régime politique suisse, caractérisé notamment par l'élection du parlement au scrutin proportionnel, la stabilité gouvernementale, la recherche constante du consensus et une culture du référendum populaire (qui n'a en soi aucune application dans le domaine juridique ici examiné), influence de façon essentielle la gestion de projets législatifs, leur rythme et leur ampleur.

Dans ces matières, la volonté politique, telle qu'elle s'exprime dans l'action gouvernementale ainsi que dans les interventions et les votes des parlementaires, joue un rôle sensiblement moins important que l'activisme des milieux intéressés et de leurs associations représentatives. Le calendrier effectif de ces projets n'est fixé non par les grandes lignes de la politique gouvernementale publiées tous les quatre ans par le Conseil fédéral, mais par les besoins et les interventions (favorables ou défavorables aux projets) des milieux économiques concernés.

Tout cela a-t-il pour effet de rendre qualitativement meilleurs et politiquement plus acceptables les projets soumis au parlement? On peut l'espérer. Mais l'on doit aussi s'interroger sur l'adéquation d'un système institutionnel qui a pour effet que, si le projet n'est pas complètement abandonné, il faudra dix ans à l'Assemblée fédérale pour se voir proposer une réglementation des avoirs non réclamés qu'elle avait formellement requise en 1997. La ratification de la convention sur les trusts aura nécessité vingt-deux années depuis la conférence diplomatique, sept années depuis la résurrection du projet au sein de l'administration fédérale et trois années depuis que la place financière a exprimé fortement et publiquement son intérêt. Et l'on n'a pas ici examiné la

⁴⁷ Dans le cadre de la préparation de laquelle le prof. A. von Overbeck a joué un rôle important, cf. *supra* I.A.

rédaction de la loi fédérale sur les placements collectifs du 23 juin 2006⁴⁸, lancée par le gouvernement en février 2002 comme projet prioritaire et urgent, et soutenu par la place financière, mais dont le parlement n'a été saisi qu'en septembre 2005. N'a pas non plus été ici examinée la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance lancée en février 2003 et sur lequel la commission d'experts travaille encore.

Dans la plupart de ces projets, ce rythme de sénateur – pour ne pas dire d'escargot – n'est pas l'effet de choix politiques positifs de l'autorité politique mais le résultat de procédures et d'habitudes qui ont fait de la lenteur une vertu. Mais est-ce encore une vertu dans l'environnement politique, social et économique du XXI^e siècle ? Et cela permet-il vraiment au parlement de faire à temps les choix qui lui reviennent ? On peut désormais en douter.

⁴⁸ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux, *FF* 2006 p. 5333, qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

L'élaboration rationnelle du droit privé: de la codification à la légistique

ALEXANDRE FLÜCKIGER ET JEAN-DANIEL DELLEY

Professeurs à l'Université de Genève

Plan

I.	Introduction	123
A.	Le souci de la qualité du droit	123
B.	La légistique	125
1.	La légistique matérielle et formelle	125
2.	Les repères historiques	126
C.	L'élaboration de la loi: un art ou une science?	128
II.	La codification comme démarche légistique?	129
A.	Le code comme instrument de rationalisation législative	129
B.	La décodification progressive du droit privé: un besoin accru de légistique	130
1.	La codification: une logique de conservation	130
2.	Les techniques d'adaptation du code à la modernité	131
3.	L'idéal d'exhaustivité du code	133
C.	La démarche légistique: une solution à la décodification du droit privé?	134
III.	La légistique et le droit privé	136
A.	Le Code civil suisse comme modèle de légistique formelle	136
B.	L'obligation juridique de suivre une démarche légistique en droit privé	138
C.	La pratique légistique en droit privé	140
IV.	Conclusion	142

I. Introduction

A. Le souci de la qualité du droit

«Ecrits dans une langue simple, précise, ponctués avec soin, divisés en alinéas courts et peu nombreux, ses articles sont faciles à lire et à comprendre, même pour des personnes non versées dans la science du Droit. Clarté, précision, concision, mesure, ce sont là les qualités qui le distinguent, et en font un modèle qui n'a jamais été surpassé. [...] Malheureusement ces belles qualités de notre Code sont en train de disparaître, et cela par la faute du législateur

moderne. Depuis une vingtaine d'années, le Parlement a voté un grand nombre de lois touchant au Droit civil, et, plus spécialement, au Droit de la famille, qu'il a incorporées aux textes même du Code, et ces lois, votées sans une préparation suffisante, sont tellement imparfaites qu'elles déparent ce monument législatif, comme des adjonctions maladroites faites sans souci du style d'un édifice en détruisent la beauté et l'harmonie.»¹

Voilà ce qu'Henri Capitant écrivait en 1917 au sujet du Code civil français de 1804 dont il attribuait le succès «extraordinaire [...] pour une large part, au soin que ses auteurs ont apporté à sa rédaction»².

De tels propos ne pourraient-ils pas être tenus aujourd'hui ?

D'une part, l'œuvre-clef du droit privé suisse, le Code civil, a très tôt été louée pour ses qualités rédactionnelles. Raymond Saleilles écrivait ainsi en 1904 que, «pour retrouver l'analogie de certaines formules du Code civil français, il faut en arriver à l'avant-projet de Code civil suisse, cette œuvre admirable de M. le professeur Huber»³. D'autre part, fort nombreux sont aujourd'hui les auteurs à déceler un déclin de la loi contemporaine: une «pathologie de la loi»⁴, une «crise de la loi»⁵, une «loi malade»⁶.

La critique n'est cependant pas toujours aisée à synthétiser, car elle porte sur des points de nature aussi différente que l'inintelligibilité et l'obscurité des normes⁷, la prolifération ou l'inflation législatives⁸ ou encore

¹ CAPITANT, Henri, «Comment on fait les lois aujourd'hui», *Revue politique et parlementaire*, vol. 91, 1917, p. 305.

² CAPITANT 1917 (note 1), p. 305.

³ SALEILLES, Raymond, «Le Code civil et la méthode historique», *Le Code civil 1804-1904: livre du centenaire*, Paris 1904, t. 1^{er}, p. 95 ss, 103. Le Code civil suisse a également reçu dès son origine un certain nombre de critiques portant en particulier sur la concision excessive qui laisserait une trop grande liberté à la doctrine et à la jurisprudence. La louange ne fut donc pas unanime (GÉNY, François, «La technique législative dans la codification civile moderne», *Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire*, Paris 1904, p. 989 ss, 1034 ss [cité in GMÜR, Rudolf, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch: verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, Zurich 1965, p. 42]).

⁴ MATHIEU, Bertrand, *La loi*, 2^e éd., Paris 2004, p. 71 ss.

⁵ VIANDIER, Alain «La crise de la technique législative», *Droits*, n° 4, 1986, qui en souligne également la «décadence» (p. 75) (cité in DUPRAT, Jean-Pierre, «Genèse et développement de la légistique», in DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris 2005, p. 11).

⁶ LASSERRE-KIESOW, Valérie, «Comment faire les lois? L'éternel retour d'un défi», in DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris 2005, p. 209.

⁷ Sur l'intelligibilité, voir ci-dessous ch. III.A.

⁸ Chateaubriand n'écrivait-il pas en 1816 déjà que «c'est un vice capital de notre législation que les articles innombrables de nos projets de lois: ils amènent de force des discussions interminables et des amendements sans fin» (CHATEAUBRIAND [DE], François-René, *De la monarchie selon la chartre*, Imprimerie nationale, 1993, t. 2, p. 458, cité in MATHIEU 2004 [cit. note 4], p. 76). Pour une perspective historique plus générale sur le thème de l'inflation législative, voir MERTENS, Bernd, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen 2004, p. 17 et 406 ss. Pour une discussion plus récente du sujet, voir MORAND, Charles-Albert, «La croissance normative:

l'ineffectivité ou l'inefficacité de l'action législative, pour n'en citer que les plus saillants⁹.

La légistique s'est développée dans ce contexte, dans l'idéal de mieux légiférer.

B. La légistique

1. La légistique matérielle et formelle

On peut définir la légistique comme une méthodologie de la conception de l'action publique et de sa traduction normative, qui cherche à déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application de la norme¹⁰. Visant à rationaliser la production normative, la légistique prend appui sur les sciences sociales pour appréhender la réalité et sur les sciences de la communication et du langage pour formuler les normes¹¹.

Le développement contemporain de la légistique accompagne celui de l'Etat interventionniste, l'Etat des grandes politiques publiques qui ambitionne, si ce n'est de révolutionner la société, du moins d'en influencer le cours, que ce soit en matière économique (stimuler la croissance, maîtriser l'inflation), sociale (combattre les inégalités, éviter l'exclusion) ou de formation (promouvoir une part déterminée d'une classe d'âge à un degré explicite de formation) notamment.

On comprend aisément que de telles ambitions impliquent une approche rationnelle de l'action publique: une connaissance précise du terrain d'intervention, de sa logique de fonctionnement, un diagnostic explicite de la situation qui met en évidence non seulement le but poursuivi, mais encore les

comment faire face à une masse de droit considérable?», *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung* 1986, n° 8. Pour une bibliographie actuelle, voir DRAGO, Roland (dir.), *La confection de la loi*, Paris 2005, p. 238.

⁹ Pour une liste plus détaillée, voir par exemple MATHIEU 2004 (note 4), p. 75 ss: prolifération des lois, lois instables, éphémères et trop techniques, lois illisibles, lois « faiblement parlementaires » (c'est-à-dire accordant un rôle trop important au gouvernement dans la procédure législative), présence dans la loi de dispositions réglementaires ou non normatives, concurrence d'autres normes supra ou infra-étatiques, semi-publiques ou privées, lois inappliquées.

¹⁰ CHEVALLIER, Jacques, « L'évaluation législative: un enjeu politique », in DELCAMP, Alain *et al.*, *Contrôle parlementaire et évaluation*, Paris 1995, p. 15; MORAND, Charles-Albert, « Eléments de légistique formelle et matérielle », in MORAND, Charles-Albert (dir.), *Légistique formelle et matérielle – Formal and Material Legistic*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 1999, p. 18 ss. Voir également WINTGENS, Luc, *The justification of legislation: an introduction to legisprudence, a new theory of legislation*, thèse, Bruxelles 2005, qui préfère utiliser la notion de « legisprudence ».

¹¹ MORAND 1999 (note 10), p. 28 ss.

objectifs qui le concrétisent, l'élaboration d'une stratégie efficace, son évaluation aussi bien prospective que rétrospective et, le cas échéant, les corrections qui s'imposent.

On distingue la légistique *matérielle*, qui porte sur le contenu de la matière à réglementer et la manière de concevoir l'action, de la légistique *formelle*, qui porte sur la mise en forme normative de l'intervention¹².

2. Les repères historiques

Sans remonter à l'Antiquité – Platon déjà évoque la nécessité de réviser régulièrement les lois pour les adapter à leur temps¹³ –, on rappellera que les auteurs du XVIII^e siècle se sont autant si ce n'est plus intéressés à la formation de la loi qu'à son application¹⁴. Ainsi la préoccupation majeure de Jeremy Bentham a été de développer une théorie cohérente de la législation¹⁵. Pour y parvenir, Jeremy Bentham prône le recours à la codification, conçue comme un corps complet de législation élaborée selon certains principes¹⁶. Il s'intéresse de près à l'élaboration des lois et confectionne le premier ouvrage de légistique formelle sous le titre « *Nomography or the art of inditing Laws* »¹⁷. Il envisage de créer une école internationale de législation regroupant les juristes du monde entier afin de rédiger les textes de lois sur le modèle du code intégral (*pannomium*)¹⁸. Même si la construction en a été plus empirique, les études de légistique matérielle actuelles, centrées sur l'impératif d'efficacité, renouent avec cette logique benthamienne.

Il faut encore mentionner l'apport de Gaetano Filangieri¹⁹. Ce comte napolitain, auteur d'une monumentale « *Science de la législation* »²⁰, a théorisé l'évaluation législative, une démarche centrale pour la rationalisation du processus législatif. Il imagine un quatrième pouvoir, le « *censeur des lois* », qui doit tout

¹² MORAND 1999 (note 10), p. 17 s.

¹³ MERTENS 2004 (note 8), p. 275.

¹⁴ L'ouvrage de MERTENS 2004 (note 8) est précisément consacré aux auteurs du XVIII^e au XX^e siècle. Voir ég. DUPRAT 2005 (note 5).

¹⁵ OST, François, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in GÉRARD, Philippe / OST, François / KERCHOVE (VAN DE), Michel (éd.), *Actualité de la pensée de Jeremy Bentham*, Bruxelles 1987, p. 163 ; DUPRAT 2005 (note 5), p. 16 ss.

¹⁶ BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1^{re} publication en 1789 (et revision par l'auteur en 1823).

¹⁷ BENTHAM, Jeremy, « Nomographie or the art of inditing laws », in BOWRING, John (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 3, Londres 1838-1843. Voir Morand 1999 (note 10), p. 24.

¹⁸ OST 1987 (note 15), p. 177 s.

¹⁹ MORAND 1999 (note 10), p. 24.

²⁰ FILANGIERI, Gaetano, *La scienza della legislazione*, Milan (Prima edizione Milanese) 1784.

à la fois remédier à la multiplicité des lois et veiller à leur adaptation aux circonstances nouvelles :

« Consacré à la garde des lois, instruit de l'état de la nation, attentif à démêler et à saisir toutes les causes du désordre, il apercevrait le premier les erreurs de la législation ; et la nature du mal une fois connue, il saurait employer les moyens les plus propres à le détruire. »²¹

Deux évolutions vont toutefois contribuer à affaiblir ces tentatives d'élaboration d'une véritable science de la législation. Tout d'abord la conception libérale de l'Etat, qui s'impose au XIX^e siècle, restreint la sphère de l'activité publique aux seules tâches de police. Par ailleurs l'amour immodéré des lois manifesté par les Lumières débouche, après la Révolution, à leur sacralisation. Pour garantir l'objectivité du droit, lui assurer le statut de science, le positivisme juridique postule la dissociation du droit d'avec les valeurs et se concentre sur les méthodes concourant à une application correcte des lois, au détriment de celles qui devraient présider à leur élaboration²².

Toutefois on peut retrouver jusqu'à nos jours ce souci de prendre en compte la réalité sociale – ce « matériau » pour reprendre l'expression d'Eugen Huber²³ –, présent comme un fil rouge dans la théorie, si ce n'est dans la pratique législative²⁴. Ainsi au XIX^e siècle, la théorie allemande de la législation souligne le rapport étroit qui doit se nouer entre l'acte de légiférer et l'état de la situation à laquelle va s'appliquer la loi. La nécessité de soumettre le droit en vigueur à des révisions régulières pour l'adapter aux changements sociétaux, déjà exprimée par Platon, est reconnue et justifie l'évaluation législative²⁵.

Au début du XX^e siècle, Ernst Zitelmann évoque les différentes étapes d'une démarche méthodique que doit parcourir le législateur²⁶:

« Zunächst nun die inhaltliche Seite: in welcher Weise findet der Gesetzgeber den Inhalt der Gesetze? Da sieht man sofort: alle Gesetzgebung gebraucht Befehle und Verbote, um damit auf das Verhalten der Menschen nach bestimmten Richtung hin einzuwirken, die gesetzgeberische Arbeit ist also Zwecktätigkeit: sie setzt sich bestimmte Zwecke und wählt die Mittel zu ihrer Erreichung, in nichts anderem kann sie bestehen, wie denn auch die inhaltliche Kritik des Gesetzes notwendig nach diesen beiden Seiten hin erfolgen muss. »

²¹ FILANGIERI, Gaetano, *Œuvres*, vol. I, Paris 1822, p. 89.

²² NOLL, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973, p. 18 ss. ; LUHMANN, Niklas, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Berlin 1965, p. 11; MORAND 1999 (note 10), p. 25 s.

²³ HUBER, Eugen, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, Bâle 1925, p. 281.

²⁴ MERTENS 2004 (note 8), p. 42 ss.

²⁵ MERTENS 2004 (note 8), p. 274 ss.

²⁶ ZITELMANN, Ernst, *Die Kunst der Gesetzgebung*, Dresde 1904, p. 7.

Une démarche que rappelle Jean-François Perrin en 1977 : tout d'abord connaître les opinions et les pratiques, ce qui permet de mettre en évidence le possible ; puis, à partir du possible, construire le souhaitable, fruit d'une collaboration pluri- et transdisciplinaire²⁷.

C. L'élaboration de la loi : un art ou une science ?

Il n'est pas rare d'entendre que l'élaboration de la loi relèverait de l'art plutôt que de la science²⁸. N'y aurait-il place dans ce cas que pour les qualités attribuées d'ordinaire aux artistes : l'instinct, le goût, le génie, l'émotion ? Le développement méthodique et raisonné de la législation, comme le propose la légistique, est-il concevable, réaliste ?

François Géný écrivait en 1904, à propos du droit privé français, qu'« il s'agit, avant tout, de savoir s'il est bien nécessaire, voire même utile, que le législateur prenne conscience d'une méthode, dont il soit résolu à suivre fidèlement les directions, ou s'il ne serait pas mieux qu'il s'en remît tout simplement aux vagues suggestions de l'instinct ou aux directions indéterminées de la tradition, pour lui inspirer les procédés les plus adéquats à son but. Et l'exemple du Code Napoléon peut faire hésiter sur ce point, par cela que ses rédacteurs, à peine influencés par les préoccupations d'une technique vraiment sérieuse, ont su trouver en eux-mêmes et dans l'acquis de leur passé tous les éléments indispensables à la viabilité et au succès de leur œuvre. – Toutefois, je ne crois pas qu'il y ait là matière à une objection de quelque valeur contre la supériorité d'une technique réfléchie. »²⁹

François Géný visait, il est vrai, la partie de la légistique que nous qualifions de formelle : « Celle-ci [la technique législative] présente un « côté substantiel ou interne », d'une valeur autrement fondamentale, parce qu'il a trait, de quelque façon que soit constitué et fonctionne son organe créateur, au contenu même de l'œuvre législative. En laissant de côté le fond proprement dit de cette œuvre, que la science (sociologie), dirigée par un postulat moral, permet seule d'apprécier, il s'agit de savoir comment, en la forme, elle devra être conçue et réalisée, pour embrasser aussi pleinement et dominer aussi efficacement que possible les rapports juridiques, méritant règlement légal, bref pour constituer une loi ou un code, qui, au point de vue de la mise en œuvre du Droit positif, réponde aux exigences de la vie pratique. »³⁰

²⁷ PERRIN, Jean-François, « Utilité et limites de la sociologie juridique au service de la législation de droit privé » *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, p. 76 s.

²⁸ NOLL 1973 (note 22), p. 14 ; MERTENS (note 8), p. 3 s.

²⁹ GÉNY, François, « La technique législative dans la codification civile moderne », *Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire*, Paris 1904, p. 987 ss (1019).

³⁰ GÉNY 1904 (note 29), p. 987 ss (995 en relation avec 1019).

Nous montrerons que cette conclusion doit être étendue à la légistique matérielle également.

II. La codification comme démarche légistique ?

A. Le code comme instrument de rationalisation législative

En droit privé, la codification est, traditionnellement, considérée comme l'instrument privilégié de la rationalisation législative³¹ :

« Depuis les débuts de l'époque moderne, s'affirme une volonté de simplification et de clarification du droit, comme si l'édification et le développement d'un Etat en voie de sécularisation comportait comme condition à sa réalisation une organisation normative rationnelle. Pour cela, le procédé de la codification apparut rapidement comme une condition nécessaire à satisfaire ».

Les buts visés par la codification – à savoir régler aussi complètement que possible une matière en tentant d'éviter d'être lacunaire tout en assurant la sécurité et l'accessibilité du droit, dans un souci de stabilité et de permanence³² – contraignent évidemment leurs auteurs à rédiger une législation plus réfléchie, et, partant, en principe de plus grande qualité. Pour Jean Carbonnier, la méthode législative du Code civil est celle du refus de légiférer par « passion » :

« Le Code civil, justement, avait clos en France le temps des passions législatives. On pensera peut-être que c'était un simple effet mécanique : parce qu'il était soulé de textes, le pays n'avait plus soif ; toutes les lois paraissant faites et bien faites, et pour longtemps, il était possible de donner congé à la législation. Mais ce serait s'arrêter à la surface de l'événement de 1804 : avant d'être production saturante de règles, la codification avait été le choix d'une méthode législative, et ce choix impliquait l'exclusion des législateurs par passion. »³³

Deux écueils guettent cependant le codificateur : celui de s'abstraire des réalités sociales et politiques en privilégiant la perspective intellectuelle de son œuvre et celui, bien connu depuis la critique de Friedrich Carl von Savigny envers la codification du droit allemand³⁴, de figer et de scléroser le droit.

³¹ DUPRAT 2005 (note 5), p. 13.

³² DUNAND, Jean-Philippe, « Entre tradition et innovation : analyse historique du concept de code », in WINIGER, Bénédicte / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen : actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 10 ss.

³³ CARBONNIER, Jean, *Essais sur les lois ?*, Paris 1979, p. 219.

³⁴ SAVIGNY (VON), Friedrich Carl, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 71 s. et 81 s.

Alors que le premier obstacle ne peut être surmonté que par des méthodes de légistique matérielle (analyse de la réalité sociale par l'apport des sciences humaines), le second l'a été dans un premier temps par des procédés de légistique formelle qui, aussi ingénieux qu'ils fussent (en particulier rédaction de normes ouvertes pour laisser place à l'évolution jurisprudentielle et adoption de lois spéciales pour les domaines nouveaux), ont montré leurs limites dans le contexte d'un mouvement que d'aucuns ont qualifié de décodification³⁵.

B. La décodification progressive du droit privé : un besoin accru de légistique

1. La codification : une logique de conservation

La codification, dans son esprit, obéit essentiellement à une logique de conservation³⁶. Dans son Discours préliminaire au Code civil français, Portalis notait ainsi « qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir »³⁷. Huber, à propos du Code civil suisse, affirmait de même que « dans une codification il vaut mieux conserver qu'innover »³⁸, bien que son projet ait instillé de nombreuses innovations dont il a préféré minimiser la portée³⁹.

Une fois codifiée, la matière tend à se figer. Un tel constat n'est pas nouveau :

« Aussi, assez vite, se creuse un décalage entre le contenu du code [Napoléon] et la situation réelle du pays »⁴⁰.

En 1837 déjà, un professeur à la Faculté de droit de Paris pouvait écrire que « la société nouvelle commence à éprouver quelque gêne et à ne plus

³⁵ Réf. cit. in KRAMER, Ernest, « Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts », *Revue de droit suisse* 2005 I p. 423 s., qui préfère parler de recodification et d'un renouveau de la codification (p. 424 s.).

³⁶ DUNAND 2005 (note 32), p. 32 ss.

³⁷ Réf. cit. in DUNAND 2005 (note 32), p. 36, note 104.

³⁸ HUBER, Eugène, *Code civil suisse : exposé des motifs*, Berne 1901, p. 5. DUNAND, Jean-Philippe, « Le code civil de Eugen Huber : une loi conçue dans l'esprit de la démocratie ? », in TSCHANNEN, Pierre (éd.), *La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse*, Genève, Zurich, Bâle 2005, p. 57.

³⁹ DUNAND 2005 (note 32), p. 40.

⁴⁰ BART, Jean, « Le code Napoléon », in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen : actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 75.

se sentir complètement à l'aise dans les limites posées par nos codes... Le Code (civil), image fidèle d'abord de la société rajeunie, perd tous les jours un peu de cette fidèle ressemblance»⁴¹. Un siècle plus tard, en 1948, Julliot de la Morandière notait que «le Code [civil français] est toujours là ; sur son fronton il est toujours écrit «Code civil». En réalité, il est comme ces vieux palais qui, dans le quartier Saint-Germain, sont toujours en apparence le siège d'un ministère... Mais leur façade a été mutilée, déformée par mille réparations, leur intérieur a été bouleversé sans ordre et sans plan»⁴². L'idée directrice selon laquelle seule une matière stabilisée, dont les contours ont été définis, rôdés et expérimentés par le temps, est susceptible d'être codifiée est largement présupposée. Tel est par exemple l'avis de la *Law Commission* anglaise de 1965, dont le plan de travail contenait la recommandation d'effectuer une recherche concernant la codification du droit des contrats. Cette commission estimait que seul un droit des contrats stabilisé pouvait être codifié⁴³. Or, il s'est avéré rétrospectivement que le droit anglais des contrats n'était pas encore fixé à cette époque. Un président subséquent de la *Law Commission* a affirmé que la codification ne permettrait plus au droit d'évoluer⁴⁴. Eltjo Schrage résume cette idée d'une formule catégorique :

«La codification fige la situation actuelle ou la fixe tel du béton.»⁴⁵

2. *Les techniques d'adaptation du code à la modernité*

Certains grands codificateurs ont pourtant pris leurs précautions.

D'une part, la relégation de la réglementation des domaines nouveaux au champ d'application de *lois spéciales* est une technique qui devait garantir que la codification ne systématiserait que des solutions pérennes, éprouvées par le temps et qui ne soient pas sujettes à des changements incessants. Ne sont dès lors codifiées que les règles stabilisées, c'est-à-dire celles dont le potentiel de transformation future est le plus faible. Tel est la philosophie explicite du Code civil suisse notamment, qui a exclu pour ces motifs de son champ d'intervention la propriété littéraire et artistique, les marques de fabrique, les brevets d'invention et le contrat d'assurance :

⁴¹ Réf. cit. in BART 2005 (note 40), p. 75, note 18. Voir également Discours d'ouverture aux conférences de l'Ordre des avocats par le Bâtonnier Chaix d'Est-Ange, du 26 novembre 1842, in *Discours et plaidoyers de M. Chaix d'Est-Ange*, t. 1, 1877, p. 234-235 [cit. in DUPRAT 2005 (note 5)].

⁴² Réf. cit. in Dunand 2005 (note 32), p. 41.

⁴³ SCHRAGE, Eltjo J.H., «Résistances à l'élaboration et à la diffusion du Code», in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 87.

⁴⁴ KERR, Michael, réf. cit. in SCHRAGE 2005 (note 43), p. 88.

⁴⁵ SCHRAGE 2005 (note 43), p. 88.

« Quand une institution, et pour des raisons parfois très artificielles, s'était acclimatée dans une portion de notre territoire et avait été jugée bonne à l'épreuve, il convenait de lui faire place dans le futur code civil, à moins qu'on eût d'impérieux motifs de la rejeter. [...] Un code civil doit, en principe, embrasser tout le droit privé. Mais il est nécessaire d'admettre des exceptions à cette règle; le projet en connaît d'assez importantes. Elles concernent, en première ligne, les lois spéciales actuellement en vigueur dans le domaine du droit civil fédéral; [...] celles qui ont trait à la propriété littéraire et artistique, aux marques de fabrique, aux brevets d'invention, au contrat d'assurance, ont été laissées en dehors du projet, pour les mêmes raisons que celles qui les avaient fait exclure du code fédéral des obligations; il s'agit ici de matières relativement nouvelles, où des solutions d'une valeur permanente ne sont pas encore trouvées et où se produisent des changements incessants, qu'il est plus aisé d'opérer sous le régime de la législation spéciale que sous celui d'une codification intégrale; bien plus, ces matières ne peuvent être élucidées d'après les mêmes méthodes que les parties du droit privé qui sont au bénéfice d'expériences séculaires et qui ont reçu leurs formes en quelque sorte définitives. »⁴⁶

D'autre part, la rédaction de *normes à texture ouverte*, laissant une certaine marge de manœuvre à l'évolution jurisprudentielle, devait permettre à la pratique de s'adapter en s'ouvrant à l'innovation. Une telle conception n'est pourtant pas exempte de défauts au regard de l'idéal de sécurité du droit, puisque la rédaction de dispositions juridiquement indéterminées accroît l'autonomie du juge, qui assure dès lors l'adaptation du code à la réalité. Ce pouvoir normatif de la jurisprudence, qui « reste un mystère difficile à accepter même pour des civilistes contemporains »⁴⁷, est un élément concourant à la décodification⁴⁸ dans la mesure où, paradoxalement, selon Philippe Rémy à propos du code français, « la jurisprudence est [...] assez forte pour défaire le système du Code, mais pas assez pour fixer l'interprétation de ses textes essentiels »⁴⁹. En se fondant sur une comparaison du droit suisse et du droit des Etats-Unis d'Amérique, Thomas Probst a, dans le même sens, habilement démontré que la sécurité juridique n'était pas fondamentalement due à l'existence d'une codification, mais bien plus à la stabilité de la jurisprudence qu'un système de *common law* est plus à même d'assurer en raison de la force obligatoire des précédents (*doctrine of stare decisis*)⁵⁰.

⁴⁶ Conseil fédéral suisse, *Message à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, Feuille fédérale*, vol. IV, no 24, 1904, p. 10 s.

⁴⁷ RÉMY, Philippe « Le Processus de « dé-codification » », in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen : actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 207.

⁴⁸ RÉMY 2005 (note 47), p. 207.

⁴⁹ RÉMY 2005 (note 47), p. 209.

⁵⁰ PROBST, Thomas « Civil law et Common law : Code contre case? », in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen : actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 227.

3. *L'idéal d'exhaustivité du code*

En outre, la prolifération des lois depuis un siècle a eu raison de l'idéal d'exhaustivité des codes. Même si le concept benthamien, largement utopique, du *pannomion*, un code complet censé regrouper toutes les règles de droit, n'a jamais été concrétisé comme l'exemple, parmi tant d'autres, du Code civil suisse le montre⁵¹, la particularité des codes civils a toujours consisté « dans le fait qu'ils ne se limitent pas à des recueils de lois, mais qu'ils codifient un système de règles en tant qu'ordre juridique complet et entier. »⁵² Le Code civil devient un code parmi les autres, une loi parmi les lois, subordonnée même au droit constitutionnel et conventionnel, une loi désacralisée⁵³. Comme le résume en substance Jean-Philippe Dunand, « les codes civils des Etats européens ne remplissent plus une fonction centrale et prééminente dans leurs ordres juridiques respectifs. »⁵⁴

L'évolution du droit de la responsabilité civile illustre en particulier l'incapacité du Code civil à conserver sa cohérence à un droit qui éclate au gré des besoins nouveaux qui se font jour dans la société :

« En marge du code civil, l'évolution législative a cependant suivi un cours qui semble s'être entièrement déconnecté de la codification principale ; ce phénomène s'est d'ailleurs prolongé jusqu'à notre époque, et il est symptomatique de la conception, ou plutôt de l'absence de conception qui a longtemps régné dans le domaine de la responsabilité civile. Cette observation est notamment illustrée par les premières normes instituant une responsabilité objective qui ont été introduites, une à une – et pratiquement sans rapport entre elles – dans le cadre de différentes réglementations spéciales »⁵⁵.

Constatant « la lente et constante érosion du droit de la responsabilité civile », les auteurs mettent en cause tant « la jurisprudence, forcée à repousser progressivement les limites immanentes au droit positif, que le législateur qui rapièce au coup par coup « une structure juridique successivement dépassée »⁵⁶.

⁵¹ DUNAND 2005 (note 32), p. 14.

⁵² SCHMIDLIN, Bruno, « Le mouvement des codifications en Europe: la formation du système du code civil français », in WINIGER, Bénédict / DUNAND, Jean-Philippe (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen: actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français*, Bruxelles 2005, p. 46.

⁵³ RÉMY 2005 (note 47), p. 212 ss.

⁵⁴ DUNAND 2005 (note 32), p. 42.

⁵⁵ WIDMER, Pierre / WESSNER, Pierre, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile: Rapport explicatif*, sans date ni lieu, p. 20 (texte disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice).

⁵⁶ WIDMER/WESSNER, sans date ni lieu (note 55), p. 28.

C. La démarche légistique: une solution à la décodification du droit privé ?

Il est hors de question ici de déplorer ce constat de décodification progressive du droit privé. S'il est théoriquement et intellectuellement concevable d'envisager une recodification intégrale de la totalité du droit privé suisse pour systématiser l'éparpillement de la matière, personne en doctrine ne se hasarde à le proposer sérieusement. Seules des codifications partielles semblent réalistes. Mais sont-elles vraiment la panacée ? Ne risquent-elles pas d'être encore plus rapidement obsolètes que leurs ancêtres ? En droit privé comparé, on observe en revanche un mouvement de recodification et de renouveau de la codification⁵⁷. L'inclusion de tels projets dans une démarche légistique s'impose dans toutes les hypothèses avec la plus grande vigueur. Non seulement dans une perspective formelle, mais matérielle surtout, afin de replacer la question dans un cadre méthodique qui prenne en compte les faits et s'adapte à la réalité autrement que par les arrêts circonstanciels des cours de justice. Il faut admettre qu'aujourd'hui « la législation moderne est une création continue », selon l'expression de Jean Carbonnier⁵⁸.

On prendra à titre d'illustration de cette évolution en Suisse le droit de la société anonyme: alors que ce domaine du droit n'a pas connu de révision majeure entre 1936 et 1991, une nouvelle réforme portant sur la gouvernance d'entreprise, les structures du capital, les règles comptables et le fonctionnement de l'assemblée générale s'impose dix ans à peine après la grande révision de 1991⁵⁹. De même, à peine entré en vigueur en 2000, le nouveau droit du divorce fait déjà l'objet de demandes de modification. Une initiative parlementaire⁶⁰ a proposé un an plus tard que la durée de séparation des conjoints préalable à une demande de divorce soit ramenée de quatre à deux ans. Cette modification est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2004⁶¹. Simultanément, un postulat⁶² réclame du gouvernement un rapport sur l'expérience qu'ont faite les praticiens avec le nouveau droit du divorce. Son auteur évoque des problèmes liés aux caisses de pension, au délai de réflexion imposé pour le divorce par consentement et à l'autorité parentale conjointe⁶³. Dans un autre domaine, celui du droit des successions, on observe que les règles de trans-

⁵⁷ KRAMER 2005 (note 35), p. 424 ss.

⁵⁸ CARBONNIER 1979 (note 33), p. 242, note 8.

⁵⁹ Office fédéral de la justice, *Rapport explicatif concernant l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable*, Berne, 2 décembre 2005.

⁶⁰ Initiative parlementaire Nabholz (01.408) du 20 mars 2001.

⁶¹ RO 2004 2161 s.

⁶² Postulat Jutzet (00.3681) du 20 mars 2001.

⁶³ Jutzet 2001 (note 62).

mission du patrimoine, parce qu'elles ne sont plus adaptées à la situation démographique, ne servent peut-être plus les objectifs du législateur. En raison de l'augmentation considérable de l'espérance de vie, les enfants, héritiers légaux privilégiés, ont en général déjà atteint l'âge de la retraite lorsqu'ils bénéficient du patrimoine de leurs parents. La conjugaison des règles de droit et de la réalité démographique affaiblit la fonction distributive de ces règles ; elle défavorise les générations plus jeunes qui ont à faire face à des besoins financiers plus aigus que leurs aînés⁶⁴. Compte tenu d'un tel contexte, l'analyse des faits et l'évaluation continue du corpus législatif et jurisprudentiel devraient devenir les éléments directeurs du nouveau droit civil afin de s'assurer que, adapté à la réalité, le droit puisse effectivement être appliqué :

« Si l'art législatif d'autrefois se confiait au postulat optimiste qu'étant faite pour être appliquée, la loi le serait à cent pour cent, l'art législatif d'aujourd'hui a appris à traiter comme naturels les phénomènes d'inapplication, totale ou partielle, et à les intégrer dans ses calculs. »⁶⁵

Pour illustrer cette posture optimiste du législateur, on peut évoquer la révision du Code civil relative à la dette alimentaire (art. 328 CC) qui n'a (encore) pas permis d'harmoniser la grande diversité des pratiques en la matière⁶⁶.

Il ne faut cependant pas attendre d'une telle démarche de nouveaux miracles. La dissolution du Code civil est très certainement la marque de changements fondamentaux dans la société et dans les relations de celle-ci avec l'Etat, d'aspirations que le code unique ne peut plus satisfaire dans un environnement plus complexe, plus individualisé, plus diversifié et en mutation toujours plus rapide. Bruno Schmidlin esquisse adroitement la problématique :

« La dissolution du code civil unique à laquelle nous assistons n'est pas seulement une conséquence fatale de la dégradation de l'art législatif par des administrations prépotentes, habituées à produire des lois sans système ni cohérence. Elle a une raison plus profonde. Le système unidimensionnel de l'égalité et de la liberté des citoyens ne répond plus aux attentes de la société moderne. »⁶⁷

⁶⁴ DÉPRAZ, Alex, « Une fortune sous le matelas », *Domaine Public* n° 1645, 13 mai 2005, p. 4.

⁶⁵ CARBONNIER 1979 (note 33), p. 241. Voir également CARBONNIER, Jean, *Sociologie juridique*, Paris 1994, p. 278, plaidant pour une « sociologie postlégislative » instaurant à la suite d'une nouvelle loi un appareillage de statistiques et un calendrier d'enquêtes pluriannuel dans le but de repérer les ineffectivités et les dysfonctionnements afin de les corriger.

⁶⁶ MASMEJAN Sylvie, *Dette alimentaire : notions générales et réception dans les cantons de Genève, Vaud et Valais*, Zurich 2002, p. 101.

⁶⁷ SCHMIDLIN 2005 (note 52), p. 63.

III. La légistique et le droit privé

A. Le Code civil suisse comme modèle de légistique formelle

Les principes de rédaction du Code civil suisse développés par Eugène Huber sont à l'origine de la légistique formelle moderne. Eugène Huber estimait que le Code civil devait être une « *législation populaire* » rédigée non pas à l'attention des juges mais de tous les citoyens. Les lois se doivent d'être *intelligibles* (*leges intellegi ab omnibus debent*⁶⁸):

« Les lois modernes ne sont pas rédigées dans le seul but d'enseigner aux juges comment ils auront à procéder, le cas échéant. La loi s'adresse à tous ceux qui sont soumis à son empire. Les commandements du législateur doivent, dès lors, dans la mesure où cela est compatible avec la matière traitée, être intelligibles pour chacun ou, du moins, pour les personnes qui sont tenues, de par leur profession, à se familiariser avec le droit. Les règles établies doivent avoir un sens même pour le profane, ce qui n'empêchera pas le spécialiste de leur découvrir toujours un sens plus étendu ou plus profond que le profane. C'est là ce que l'on entend par les mots de législation populaire. »⁶⁹

Afin de rendre le Code civil suisse intelligible, Eugène Huber préconisait différents principes de lisibilité qu'il a mis systématiquement en pratique.

Ses premiers préceptes visaient à produire un *texte concis*: chaque article devait comporter trois alinéas au maximum; les alinéas devaient être rédigés en une seule phrase; les phrases devaient être brèves et les subdivisions être rares:

« En dehors des énumérations [...], nous avons réussi presque constamment à n'avoir jamais plus de trois alinéas par article. Les alinéas sont en général composés d'une seule phrase; ils seront toujours assez brefs, pour qu'une personne, même peu habituée à consulter les lois, puisse se rendre compte à première vue de leur contenu. Les subdivisions sont rares, et nulle part l'article n'a été divisé en paragraphes. On obtient de la sorte une orientation facile et on simplifie les citations »⁷⁰.

Plus concisément dit, il s'agit de « *tout dire, brièvement* »:

« Si l'on jette un coup d'œil sur le projet, ceci en apparaîtra comme l'une des particularités extérieures les plus originales: il dit tout, brièvement. Et cette brièveté n'est pas un leurre; on n'a pas, comme dans d'autres œuvres similaires, compensé le petit nombre des articles par leur longueur; le projet

⁶⁸ *Corpus iuris civilis*, 1.14.9.

⁶⁹ HUBER, Eugène, *Code civil suisse: exposé des motifs*, Berne 1901, p. 10 s. DUNAND 2005b (note 38), p. 63 ss.

⁷⁰ Huber 1901 (note 69), p. 12.

est court, absolument et relativement. Il est aisé de concevoir combien l'étude et le maniement de la loi en deviennent plus aisés.»⁷¹

Le rédacteur ne devait pas craindre de reprendre les mêmes termes pour désigner les mêmes notions, et *éviter ainsi d'utiliser des synonymes*, même s'il en résultait une certaine monotonie :

« En tant que cela paraissait compatible avec les exigences de la langue, nous avons désigné toujours par les mêmes termes les notions qui se répètent [...]. L'application des lois existantes a surabondamment démontré dans quelle perplexité une simple divergence de texte, due à l'inadvertance du législateur, peut plonger le juge. »⁷²

L'exigence de lisibilité ne concernait pas le texte pris dans son ensemble seulement, mais devait s'appliquer à chaque article pris isolément. Ce qui nécessitait d'éviter autant que possible les renvois. En cas de nécessité, le renvoi devait s'effectuer par une phrase reflétant le contenu, et non par une indication du numéro d'article :

« En seconde ligne, on a visé à rendre intelligible ou du moins lisible chaque article pris isolément. De là, la nécessité de faire autant que possible abstraction des renvois. Lorsque ceux-ci ont paru inévitables, on y a pourvu non par l'indication d'un numéro d'article, mais par une phrase claire, donnant le contenu du renvoi. [...] On a fait l'expérience que ces renvois avec indication de numéros d'article entre parenthèses provoquent souvent des difficultés dans la pratique, car ils peuvent facilement présenter des lacunes ou des erreurs embarrassantes pour les juges. Voir par exemple Arrêts du Tribunal fédéral, vol. XXII, page 342. »⁷³

Eugène Huber estimait qu'une *structure clairement conçue* améliorait l'intelligibilité du texte :

« L'ordre adopté dans la suite des articles se référant à une matière déterminée est en général celui-ci : Les règles générales viendront en premier lieu, puis, les prescriptions concernant la constitution et l'extinction d'un rapport de droit, et enfin celles qui en régissent les effets. Cette méthode [...] donne au projet une disposition claire et facile »⁷⁴.

« Le législateur ne s'est pas borné à s'espacer sur certaines matières essentielles ; il a tout ordonné d'après un plan facile à embrasser d'un regard. »⁷⁵

L'intelligibilité du texte de loi, sa simplicité, peut enfin être atteinte en recourant à des expressions *claires* :

⁷¹ HUBER 1901 (note 69), p. 17.

⁷² HUBER 1901 (note 69), p. 14.

⁷³ HUBER 1901 (note 69), p. 13.

⁷⁴ HUBER 1901 (note 69), p. 13.

⁷⁵ HUBER 1901 (note 69), p. 17.

«Rien ne contribue davantage à la simplification des lois que l'art de condenser les préceptes juridiques en des principes clairs et nets.»⁷⁶

Ces principes ont été repris dans les directives de technique législative actuellement en vigueur en droit suisse et qui s'imposent aux rédacteurs de textes normatifs fédéraux⁷⁷; même si, en réalité, la technicité de certaines matières a pour conséquence qu'aujourd'hui, en droit fédéral helvétique, les textes de loi sont en pratique rédigés de manière à être accessibles à leur public cible d'abord, et non pas nécessairement au grand public en général⁷⁸.

B. L'obligation juridique de suivre une démarche légistique en droit privé

La légistique, dans son sens matériel, n'est pas une méthode applicable exclusivement ou prioritairement au droit public, pas plus d'ailleurs qu'au droit pénal. Si cette démarche s'est plus facilement imposée dans le cadre de l'élaboration et de la mise en œuvre des grandes lois de droit public, c'est parce que ces dernières mettent explicitement en jeu les moyens nécessaires à la poursuite des buts et objectifs visés⁷⁹. La norme, dès lors qu'elle s'inscrit dans une logique de l'action, revêt un caractère instrumental. Or l'instrument a vocation à servir la fin visée. Il doit être pertinent par rapport à cette fin; il est susceptible d'être modifié si les résultats espérés ne se manifestent pas. On reconnaît là les phases essentielles de la démarche méthodique présentées ci-dessus⁸⁰.

En Suisse, ni la Constitution fédérale et ni la législation, dès lors qu'elles font référence aux exigences d'une démarche méthodique dans le processus législatif, ne distinguent entre droit public et droit privé. En droit fédéral, le fondement de la légistique – matérielle – se trouve dans l'obligation faite à l'Assemblée fédérale de veiller à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération soit évaluée (art. 170 Cst.) consacrant un nouveau principe

⁷⁶ HUBER 1901 (note 69), p. 8.

⁷⁷ Concision: Guide de législation 2002, p. 349; renvois: Guide de législation 2002, p. 353; principes généraux de structuration: Guide de législation 2002, p. 345 ss.

⁷⁸ BERTAGNOLLO, Fabienne / LAURENT, Caroline, «Unkraut vergeht nicht: la corédaction dans l'administration fédérale suisse», in GÉMAR, Jean-Claude / KASIRER, Nicholas (dir.), *Jurilinguistique – Jurilinguistics: entre langue et droit – Between Law and Language*, Bruxelles et Montréal 2005, p. 119 ss, 123 s. On ne saurait cependant suivre ces deux auteures lorsqu'elles prétendent que «personne n'avance plus guère l'argument selon lequel les textes législatifs devraient être rédigés de manière à être accessibles au public», l'accessibilité des lois devenant de plus en plus utopiques selon elles (BERTAGNOLLO/LAURENT 2005, p. 123).

⁷⁹ MOOR, Pierre, *Droit administratif*, vol. I, Berne 1994, p. 37 ss.

⁸⁰ Voir ci-dessus ch. I.B.1.

constitutionnel: celui d'efficacité⁸¹. Cette disposition inclut dans son champ d'application tant l'activité du Conseil fédéral, de l'administration, des tribunaux fédéraux, ou encore les mesures prises par les cantons dans la mise en œuvre du droit fédéral⁸², que l'ensemble des tâches et des activités de l'Assemblée fédérale⁸³, y compris l'activité législative du parlement⁸⁴. Il en résulte que le droit privé n'est pas exempt de cette obligation. La loi sur l'Assemblée fédérale⁸⁵ explicite cette dernière aux articles 27 (évaluation de l'efficacité), 44 al. 1^{er} let. f (prise en compte des résultats des évaluations de l'efficacité par les commissions parlementaires) et 141 (contenu du message accompagnant un projet d'acte législatif) notamment. Cette dernière disposition contraint le Conseil fédéral à faire figurer dans le message accompagnant tout projet d'acte notamment « les points de vue et variantes discutés au stade préliminaire de la procédure législative et leur appréciation par le Conseil fédéral » (art. 141 al. 2 let. c), « les modalités de mise en œuvre du projet, l'évaluation à laquelle cette mise en œuvre donnera lieu et les possibilités de mise en œuvre qui ont été examinées au stade préliminaire de la procédure législative » (art. 141 al. 2 let. d), « les conséquences économiques, sociales, environnementales du projet » (art. 141 al. 2 let. g). Cet article fait référence à l'essentiel de la démarche méthodique proposée par la légistique: élaboration des stratégies possibles, faisabilité, évaluation aussi bien prospective que rétrospective.

Par ailleurs, on trouve une obligation d'évaluer les effets de tout ou partie d'un acte normatif dans plus d'une soixantaine de lois et d'ordonnances fédérales⁸⁶. Cette obligation a le plus souvent précédé celle de l'article 170 Cst. On notera pourtant qu'aucune législation de droit privé ne dispose formellement pour l'instant d'une telle clause d'évaluation⁸⁷.

Ce constat ne signifie néanmoins pas que ce domaine du droit est resté totalement imperméable à cette démarche. Certaines branches du droit privé,

⁸¹ Sur la nature de ce principe, voir FLÜCKIGER, Alexandre, « Le droit administratif en mutation: l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, p. 93-119.

⁸² AUBERT, Jean-François / MAHON, Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 1291.

⁸³ EHRENZELLER, Bernhard / MASTRONARDI, Philippe / SCHWEIZER, Rainer J. / VALLENDER, Klaus A. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Zürich 2002, p. 1680.

⁸⁴ Office fédéral de la justice, *Efficacité des mesures prises par la Confédération: propositions de mise en œuvre de l'art. 170 de la Constitution fédérale dans le contexte des activités du Conseil fédéral et de l'administration fédérale*, Rapport du Groupe de contact interdépartemental « Evaluations de l'efficacité » à la Conférence des secrétaires généraux de la Confédération suisse, Berne, 14 juin 2004, p. 11.

⁸⁵ RS 171.10.

⁸⁶ On trouve la liste de ces actes sous l'intitulé « Clauses d'évaluation » sur le site de l'Office fédéral de la justice (www.ofj.admin.ch, onglet: thèmes, rubrique: documentation, sous-rubrique: documentation; état au 1^{er} janvier 2005, consulté le 2 janvier 2006).

⁸⁷ Selon la liste précédente.

en particulier celles qui ont suscité l'intérêt de la recherche sociologique, n'ignorent pas les exigences méthodologiques de la légistique.

C. La pratique légistique en droit privé

Historiquement, le Code civil suisse n'a pas été élaboré sur la base d'analyses de terrain méthodiques. Le rédacteur du Code s'est parfois fondé sur des enquêtes menées auprès d'experts dans les domaines techniques ou médical et effectuées à la fin du XIX^e siècle en relation avec certaines matières précises⁸⁸.

Ce défaut d'analyse légistique peut encore être observé aujourd'hui. Un examen des travaux préparatoires des principales révisions législatives de droit privé entreprises ces deux dernières décennies montre qu'en règle générale les légistes ne peuvent pas s'appuyer sur des analyses très fouillées de la réalité qu'ils sont conduits à réglementer. Certains domaines, à l'instar du *droit de la famille*, font cependant exception. La révision du *droit du divorce*, entreprise dans les années 1990, a ainsi mobilisé des compétences pluridisciplinaires en bénéficiant de nombreuses études sociologiques⁸⁹. La commission d'experts, même si elle ne réunissait que des juristes, a d'emblée accordé une grande importance au dialogue interdisciplinaire⁹⁰. Elle a organisé des auditions avec des experts de la médecine, de la psychologie, de la sociologie, du travail social et du conseil conjugal. Grâce aux travaux mandatés par l'Office fédéral de la justice et aux études de sociologie du droit réalisées dans le cadre du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) de l'Université de Genève, à une enquête auprès de jeunes de parents divorcés, à une analyse de droit comparé et à l'évaluation des expériences étrangères, la commission d'experts a disposé de données substantielles sur la nature du problème⁹¹. De même la récente adaptation du droit du divorce a pu prendre en compte les résultats d'une vaste consultation des praticiens, juges, avocats et médiateurs⁹².

⁸⁸ MERTENS 2004 (note 8), p. 49. Voir ég. DUNAND 2005b (note 38), p. 60 s.

⁸⁹ Voir en particulier PERRIN, Jean-François / TRICOT, Laurence, « Pratique judiciaire du divorce... Une recherche à finalité législative », Genève, 1986, *Travaux CETEL n° 28*; BASTARD, Benoît / CARDIA-VONËCHE, Laura / PERRIN Jean-François, *Pratiques judiciaires du divorce. Approche sociologique et perspectives de réforme*, Lausanne 1987; KELLERHALS, Jean et al., *Mariages au quotidien : inégalités sociales, tensions culturelles et organisation familiale*, Lausanne 1982; KELLERHALS, Jean / TROUTOT, Pierre-Yves, *Quelques lignes de relation entre divorce et modèles matrimoniaux*, Genève 1981.

⁹⁰ RICHLI, Paul, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung : ein Beitrag zur Rechtssetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat*, Bâle, Genève, Munich 2000, p.30-31.

⁹¹ RICHLI 2000 (note 90), p.30-31.

⁹² Office fédéral de la justice, *Rapport consécutif au sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs*, mai 2005.

Ce même souci de connaître empiriquement le terrain se retrouve dans le dossier de la *maltraitance infantile*. Le groupe d'experts, composé en majorité de praticiens, a fait procéder à trois grandes enquêtes empiriques et a auditionné aussi bien des experts scientifiques que des militants engagés dans la lutte contre les violences conjugales⁹³. De même les travaux de révision du *droit de la tutelle*, dernière étape de la grande révision du droit de la famille, ont été conduits par des commissions d'experts interdisciplinaires, appuyés par une recherche financée par le Fonds national de la recherche scientifique et soumis à une très large consultation des praticiens⁹⁴.

Ces exemples restent pourtant l'exception. Dans la plupart des révisions législatives portant sur le droit privé, les travaux préparatoires sont confiés à un nombre très restreint de personnes, essentiellement de formation juridique (professeurs, avocats, juges,...). Ces experts se réfèrent d'abord à leur expérience personnelle et les destinataires finaux ne sont pratiquement jamais consultés. Et lorsque le cercle des personnes engagées dans le processus s'élargit, c'est pour permettre la représentation des intérêts organisés et non pour associer des représentants de disciplines scientifiques pertinentes quant à la matière⁹⁵. A titre d'exemple, on peut mentionner la révision du *droit de la responsabilité civile*, réservée à des experts juristes⁹⁶. Par contre, lorsqu'il s'est agi de revoir la *législation sur les cartels* ou celle sur la *concurrence déloyale*, c'est aux représentants des intérêts organisés qu'on a fait appel⁹⁷. Paul Richli, sur la base d'un examen de la phase préparatoire du processus législatif au cours des vingt dernières années portant sur un large échantillon (droit de la famille, droit des sociétés, droit de la concurrence, droit constitutionnel, droit de l'organisation de l'administration, droit de la santé et droit pénal)⁹⁸ conclut que l'élaboration normative en Suisse reste une activité fort éloignée de la multidisciplinarité en écrivant que « les différentes disciplines scientifiques sont sollicitées de manière ponctuelle et sans conception explicite »⁹⁹.

Le droit y détient une position dominante. C'est dire que le législateur, et le légiste avant lui, ne disposent pas de toutes les informations utiles à la connaissance du domaine dans lequel il veut intervenir.

⁹³ Office fédéral de la justice 2005 (note 92), p. 32-33.

⁹⁴ Commission d'experts pour la révision totale du droit de la tutelle, *Protection de l'adulte: Rapport relatif à la révision du code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, juin 2003.

⁹⁵ RICHLI 2000 (note 90), p. 37, mentionne par exemple la commission d'experts pour la révision de la loi fédérale sur la concurrence déloyale qui comptait 13 membres dont 10 représentants d'organisations socio-économiques; ou encore la commission chargée de la révision totale du droit des cartels avec 7 représentants d'intérêts sur 18 membres.

⁹⁶ WIDMER/WESSNER, sans date (note 55).

⁹⁷ RICHLI 2000 (note 90), p. 37 s.

⁹⁸ RICHLI 2000 (note 90).

⁹⁹ Traduction personnelle, RICHLI 2000 (note 90), p. 78.

Les remarques critiques de Paul Richli ne s'adressent pas seulement à l'élaboration de projets relevant du droit privé. L'absence, ou la présence trop rare, de spécialistes de la matière susceptibles d'apporter une information objective, illustre les lacunes méthodologiques dont souffre également la conception des législations de droit public, aussi bien pour ce qui est de l'analyse de la réalité, du choix de la stratégie d'action que de l'évaluation prospective des projets.

IV. Conclusion

L'exigence de rationalité dans l'élaboration des lois est née à l'époque contemporaine de l'esprit des Lumières. Certes nous ne pouvons plus aujourd'hui accepter l'axiome selon lequel les bonnes lois font les sociétés bonnes. Mais nous savons que l'action publique, si elle veut conjuguer efficacité et légitimité, se doit de connaître les caractéristiques de la réalité à laquelle elle s'applique et de choisir les moyens adéquats aux objectifs visés.

Cette exigence ne vaut pas exclusivement ou en priorité pour l'un ou l'autre des grands secteurs du droit. La Constitution fédérale, lorsqu'elle prescrit l'évaluation de l'efficacité des mesures étatiques, ne distingue pas. Le droit privé peut d'autant moins se soustraire à cette exigence qu'il n'est plus destiné à régler les rapports sociaux au sein d'une société stable. En témoignent la multiplication des lois spéciales, qui viennent perturber la systématique close des grandes codifications, ainsi que le développement jurisprudentiel. Dans cette optique, la codification n'est pas la panacée.

Certes une démarche méthodique semble à première vue plus indiquée et plus pratiquée pour l'élaboration des législations de droit public. Il faut chercher les raisons de cette relative avance méthodologique dans le fait que les objets normativement saisis par le droit public – mais également par le droit pénal – ont une existence indépendante du droit: l'environnement, le territoire, la maladie, la vieillesse, la criminalité ne sont pas principalement des faits juridiques. Et ce n'est pas un hasard si l'élaboration du droit de la famille tient largement compte des connaissances sociologiques dans ce domaine. Cette sociologie «trait d'union», comme la qualifie Peter Noll¹⁰⁰, celle qui explore les mêmes objets que certaines branches du droit, fait cruellement défaut ou n'est que très peu développée dans les branches du droit dont l'objet n'a d'existence que juridique, comme le contrat ou la personne morale.

A l'instar de la sociologie de la famille pour le droit de la famille, ou de la criminologie pour le droit pénal, les différentes branches du droit privé,

¹⁰⁰ NOLL 1973 (note 22), p. 68.

si elles veulent remplir leur rôle de « *science normative thérapeutique* » (*normative « therapeutische » Wissenschaft*), doivent collaborer avec leurs homologues voués au diagnostic¹⁰¹. Cette collaboration implique la reconnaissance préalable du fait que ni la compétence juridique ni le point de vue des représentants d'intérêts ne suffisent à établir les fondations empiriques d'un édifice normatif.

Certes il ne faut point attendre de miracle d'une démarche législative rationalisée. Légiférer restera toujours une hypothèse posée quant au rapport entre des moyens mis en œuvre et des objectifs visés. Cette incertitude résulte de notre capacité limitée à connaître la réalité sociale, la complexité des relations entre les acteurs sociaux. De plus, les exigences méthodiques de la légistique ne doivent pas faire oublier que la législation reste un enjeu politique, c'est-à-dire marqué par les intérêts, les passions, les idéologies et les émotions. Malgré ces limites, la démarche méthodique se révèle indispensable, telle une référence dont on sait qu'elle ne pourra jamais être respectée, mais qui en appelle inlassablement à la raison.

¹⁰¹ NOLL 1973 (note 22), p. 68.

Le consommateur – enfant chéri ou mal-aimé du législateur?

BERND STAUDER

*Professeur à l'Université de Genève**

«*Dies ungeliebte Kind, ob Sie es nun < Verbraucher > oder < Konsument > taufen, existiert. ... nur ist es zu schützen*»¹. C'est en ces termes que la Cheffe du Département de justice et police d'alors appela, lors des débats au Conseil des Etats sur le traitement du contrat de consommation dans le cadre de la nouvelle Loi sur le droit international privé, les sénateurs à accorder – à l'instar des pays entourant la Suisse – la protection à cet «enfant mal-aimé» qu'est le consommateur². Depuis, le droit de la consommation s'est largement développé, en tout cas en quantité, de sorte que l'on peut aujourd'hui se poser la question de savoir si le consommateur n'est pas devenu entre-temps «l'enfant chéri» du législateur.

Cependant, pour mesurer la cote d'amour dont jouit le consommateur, il ne suffit pas de se limiter à l'analyse des manifestations d'affection ou de rejet de la part du seul législateur prévu par la Constitution, à savoir les Chambres fédérales et le souverain. Au contraire, une approche plus réaliste est indispensable tenant également compte – déjà en amont – du rôle du Conseil fédéral qui prépare la plupart des textes législatifs ainsi que du poids de toutes les personnes et organisations intervenant dans le processus législatif. Les groupes de pression en particulier exercent, pendant les procédures de consultation ou au stade des débats dans les Chambres par l'intermédiaire de parlementaires, en tant que «législateurs de fait», une influence certaine sur le contenu des actes normatifs.

Le rappel de la difficile genèse de l'article constitutionnel sur la protection des consommateurs (art. 31^{sexies} aCst., devenu art. 97 Cst.), adopté en votation populaire le 14 juin 1981, révèle les forces antagonistes en présence il y a 25 ans et qui, depuis, ont continué à s'affronter lors de l'élaboration de la législation d'exécution du mandat constitutionnel. L'analyse sera affinée dans deux domaines clé du droit privé de la consommation. L'un a fait l'objet d'une activité importante du législateur, à savoir le crédit à la consommation,

* Je remercie Hildegard Stauder-Bilicki, chargée d'enseignement à la Faculté de droit de Genève, de sa relecture critique du manuscrit.

¹ BO CE 1985, 161.

² Dans le cas concret, les Chambres ont suivi cet appel (art. 114 et 120 LDIP).

et l'autre au contraire d'un refus de légiférer, à savoir les conditions générales des contrats.

I. L'article constitutionnel sur la protection des consommateurs

Contrairement à la plupart des pays, la Suisse³ consacre au niveau constitutionnel le principe de la protection des consommateurs : « La Confédération prend des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices » (art. 97 al. 1 Cst.). En tant que clause générale, cet article comporte à la fois mandat constitutionnel et compétence législative dans le domaine de la protection et de la promotion des intérêts des consommateurs⁴. En outre, le troisième alinéa de cette norme, en exigeant des cantons de mettre à disposition des consommateurs des procédures simples et rapides pour liquider les litiges de consommation, prévoit en leur faveur un accès effectif à la justice. Résultat d'une gestation difficile et longue de 17 ans⁵, l'article constitutionnel est susceptible de constituer la base d'une politique générale et cohérente de la protection des consommateurs et de la mise en œuvre de leurs droits en cas de conflit.

A. La genèse

Tout commença en 1964 avec la publication du rapport d'une Commission d'étude⁶ qui concluait à la nécessité d'adopter un article constitutionnel « comme base d'une politique systématique et exhaustive en faveur des consommateurs »⁷. En l'absence d'une quelconque suite donnée aux recom-

³ Comme la CE à l'art. 129A Traité de Maastricht, devenu art. 153 Traité d'Amsterdam.

⁴ RHINOW René, « Art. 31^{sexies} », in Jean François Aubert et al. (éd.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Bâle-Zurich-Berne 1987, N 45.

⁵ Cf. Initiative parlementaire concernant la protection des consommateurs. Rapport de la commission du Conseil national du 10.1.1979, FF 1979 II 57-92; Message sur l'initiative populaire « pour la protection des droits des consommateurs » et Avis du Conseil fédéral sur l'initiative parlementaire concernant la protection des consommateurs, FF 1979 II 713-731; FAVRE-BULLE Xavier, « L'article 31^{sexies} de la Constitution fédérale. Bilan de plus de onze ans de protection des consommateurs », *PJA* 1993, pp. 265-277; analyse détaillée par KOLLER-TUMLER Marlis, *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht*, Berne 1995, pp. 11-49; BÜHLMANN-ESCHMANN Barbara, *Der Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung*, Zurich 1991, pp. 1-16.

⁶ *Le consommateur en Suisse et ses problèmes*. Rapport de la Commission d'étude des questions touchant les consommateurs au chef du Département fédéral de l'économie publique, Berne, décembre 1964.

⁷ Rapport (n. 6), pp. 98 ss, 109.

mandations de la Commission, le conseiller national PRIMBORGNE présenta en 1967 une motion visant à l'adoption d'un article à insérer dans la Constitution, motion que le Conseil fédéral n'accepta que sous forme de postulat en 1968, estimant qu'au vu des conditions régnant à l'époque dans le domaine de la consommation, il n'était pas impérieux d'adopter un nouvel article constitutionnel. En réalité, d'importantes organisations de l'économie s'étaient prononcées contre toute activité législative en la matière. La Commission fédérale de la consommation, une commission consultative extraparlamentaire créée en 1965, reprit le dossier en 1971 et fut chargée par le Département de l'économie publique d'élaborer un projet d'article constitutionnel. En 1974, elle présenta une norme comportant une clause générale qui donnait compétence à la Confédération d'agir en faveur de la sauvegarde des intérêts des consommateurs.

Probablement suite «à une opposition catégorique» des «représentants des milieux économiques» qui avaient déjà combattu l'article à l'intérieur de la Commission de la consommation⁸, le Conseil fédéral, après avoir renoncé à soumettre le projet de la Commission à une procédure de consultation, créa finalement en janvier 1977 une commission d'experts chargée d'évaluer le projet et de trouver, le cas échéant, une solution acceptable pour tous les milieux concernés. Cette commission dite NEF présenta, en août 1978, un article constitutionnel, sans clause générale, mais avec une liste détaillée de mesures que la Confédération aurait la compétence de prendre⁹. Pour le surplus, la Confédération devrait «tenir compte des intérêts des consommateurs»¹⁰.

Toutefois, en avril 1977, alors que les travaux de la commission NEF étaient encore en cours, une initiative populaire «pour la protection des droits des consommateurs» fut lancée par le journal TAT¹¹, suivie un mois plus tard par une initiative parlementaire sur la protection des consommateurs (initiative WALDNER¹²). Les deux initiatives reprenaient le texte proposé par la Commission fédérale de la consommation, contenant une clause générale. A la demande de la commission du Conseil national chargée d'examiner ces propositions, une procédure de consultation eut lieu. Sur la base des résultats – très contrastés – de cette consultation et du texte de la commission NEF entre-temps adopté, la commission du Conseil national élaborait son propre

⁸ Selon la formulation du Conseil fédéral, FF 1979 II 720 (n. 5).

⁹ Rapport de la Commission d'experts publié en annexe 6 du rapport de la Commission du Conseil national (n. 5), FF 1979 II 57, 84-90.

¹⁰ Sur les travaux de la commission NEF voir KOLLER-TUMLER (n. 5), pp. 16-40.

¹¹ FF 1978 I 241-243.

¹² Texte et exposé de l'initiative publiés en annexe 3 du rapport de la Commission du Conseil fédéral (n. 5), FF 1979 II 62-65. WALDNER justifie son intervention par le fait que le Conseil fédéral «...freine depuis des années la mise en place d'une politique à l'égard des consommateurs, rejetant des motions y relatives et faisant fi des postulats ...» (p. 65).

projet d'article constitutionnel contenant une clause générale et fixant des limites au mandat et à la compétence du législateur¹³. Une minorité s'y opposa en favorisant le texte de la commission NEF. Le Conseil fédéral¹⁴ rejeta aussi bien l'initiative populaire TAT et l'initiative parlementaire WALDNER que la proposition de la commission du Conseil national. Tout en affirmant qu'il «ne s'oppose pas aux efforts visant à créer les bases constitutionnelles d'une politique moderne à l'égard des consommateurs»¹⁵, il estima qu'au vu des opinions divergentes «quant à la constitutionnalité de certaines restrictions apportées à l'activité économique»¹⁶, une clause générale ne pourra mener au consensus recherché, «seul gage de succès»¹⁷. Il proposa donc son propre projet, sans clause générale, basé pour l'essentiel sur le projet de la commission NEF¹⁸.

Au cours des débats parlementaires, le clivage déjà perceptible lors des discussions antérieures se manifesta avec vigueur. Derrière la question très discutée de la nécessité d'une clause générale de mandat et de compétence constitutionnels ou de l'opportunité de se contenter d'une formulation moins contraignante se cachait le véritable enjeu : Quel est ou doit être la place du consommateur dans un ordre constitutionnel basé sur le libéralisme économique ? Mais sous cette forme, la question ne fut jamais posée.

Après l'adoption, par le Conseil national, du projet de la majorité de sa commission, le Conseil des Etats, qui, dans un premier temps, avait suivi l'avis du Conseil fédéral, s'y rallia. Entretemps, les initiants (TAT et WALDNER) avaient laissé entendre qu'ils retireraient leurs initiatives si le texte de la majorité du Conseil national était adopté par les deux Chambres et soumis au peuple¹⁹. Le 14 juin 1981, le texte élaboré par la commission du Conseil national fut adopté en votation populaire.

B. La mise en œuvre

De l'avis du Conseil fédéral, la concrétisation du mandat législatif ne devait pas se faire en rassemblant en un seul acte les différents textes déjà en vigueur (codification par compilation), ni en édictant un ensemble cohérent de règles protectrices sous forme d'un code de la consommation. Il s'agirait

¹³ Rapport de la Commission du Conseil national (n. 5), FF 1979 II 57, 59.

¹⁴ FF 1979 II 722 (n. 5).

¹⁵ FF 1979 II 727 (n. 5).

¹⁶ FF 1979 II 525 (n. 5).

¹⁷ FF 1979 II 726 (n. 5).

¹⁸ FF 1979 II 730 s. (n. 5).

¹⁹ FF 1980 III 1434 ; sur cette phase de la procédure cf. KOLLER-TUMLER (n. 5), pp. 43 s.

plutôt de « combler les lacunes existantes »²⁰. Mandatée par le Chef du Département fédéral de l'économie publique en 1981, la Commission fédérale de la consommation élaborera un avant-projet de loi sur la protection des consommateurs qui, en 1984, fut soumis en consultation²¹. L'approche de la Commission, avalisée par le Conseil fédéral dans son message de 1986, se basait sur le « principe que la protection des consommateurs ne doit pas être une mise sous tutelle, mais permettre au consommateur d'acheter en toute connaissance de cause »²². En lieu et place d'une loi de caractère horizontal sur la protection des consommateurs, deux mesures furent proposées visant à garantir au consommateur la formation sereine de sa volonté avant d'acheter, l'une sur l'information des consommateurs et l'autre sur certaines formes, potentiellement agressives, de vente par marketing direct. Ces approches législatives ponctuelles et sectorielles ont prévalu sur une approche cohérente des problèmes de protection des consommateurs non encore résolus. Les lois finalement adoptées le 5 octobre 1990 sont la Loi sur l'information des consommateurs (LIC)²³ et la loi modifiant le Code des obligations²⁴. La montagne avait accouché d'une souris.

1. *La loi sur l'information des consommateurs*

La LIC n'a suscité que peu d'oppositions au Parlement. A travers la déclaration des biens et des services, c'est-à-dire par une information objective sur leurs caractéristiques essentielles, la transparence du marché devrait être augmentée, permettant ainsi aux consommateurs de faire des choix raisonnés. Les consommateurs seront considérés comme des acteurs sur le marché n'ayant pas besoin d'autres mesures de protection, pourvu que l'information pertinente soit disponible. Ce concept du consommateur implique que ce dernier recherche activement l'information nécessaire et surtout qu'il est capable de traiter celle-ci rationnellement avant de prendre une décision. De la sorte, la LIC s'inscrit parfaitement dans une approche législative libérale, déléguant pour le surplus le soin de définir le contenu et la forme de la déclaration aux organisations de fournisseurs et de consommateurs²⁵.

²⁰ Message à l'appui d'une loi fédérale visant à améliorer l'information des consommateurs et d'une loi fédérale modifiant le code des obligations (De la formation des obligations) du 7.5.1986, FF 1986 II 360-406, 361.

²¹ Sur les résultats cf. Message (n. 20), FF 1986 II 372-375.

²² Message (n. 20), FF 1986 II 367 s.

²³ RS 944.0, entrée en vigueur le 1.5.1992.

²⁴ Art. 40a-40g CO entrés en vigueur le 1.7.1991, FF 1986 II 360; nouvelle teneur selon la LF du 5.10.1993, entrée en vigueur le 1.1.1994.

²⁵ Art. 3 LIC.

Toutefois, à l'absence du pouvoir de négociation des organisations de consommateurs correspondait l'absence de volonté des organisations de fournisseurs de convenir des éléments d'une information objective. En outre, le Conseil fédéral n'a jamais désigné les services soumis à déclaration²⁶ et n'a pas non plus fait usage de sa compétence subsidiaire²⁷ d'édicter lui-même des prescriptions en matière d'information sur la base de la LIC. Ainsi, la réglementation de la LIC « est restée pratiquement lettre morte »²⁸.

2. Le droit de repentir des consommateurs

Le projet visant à introduire, en faveur du consommateur, un droit de révoquer le contrat en cas de démarchage à domicile, à la place de travail ou lors d'excursions-vente²⁹ a fait l'objet de vives réactions négatives des organisations économiques lors de la procédure de consultation³⁰. Le droit du consommateur de se défaire de son engagement serait contraire au principe *pacta sunt servanda*, l'un des piliers du droit privé. Cet argument fut repris surtout au Conseil des Etats³¹ alors que pour le Conseil fédéral, « le droit de révocation ne constitue pas une exception proprement dite au principe du respect des contrats (*pacta sunt servanda*) mais constitue bien sa condition essentielle. En effet, ce principe fondamental du droit contractuel ne peut prétendre à une pleine et légitime application que < si les engagements dont on entend assurer le respect émanent d'une décision mûrement réfléchie et prise en toute liberté > (cf. FF 1978 II 540) »³². Malgré l'opposition de certains parlementaires, relayant les arguments des groupes de pression, la loi fut votée. Mais pour y arriver, il fallut auparavant limiter le champ d'application du droit de repentir en excluant aussi bien la vente par téléphone que la conclusion de contrats d'assurances³³.

²⁶ Art. 2 al. 1 lit. b LIC.

²⁷ Art. 4 LIC.

²⁸ (Avant-) Projet de la loi sur l'information des consommatrices et des consommateurs (révision partielle de la LIC) et Rapport explicatif du 14.7.2005, p. 7, <www.konsum.admin.ch>.

²⁹ Le projet donna suite à plusieurs initiatives parlementaires et à l'initiative du canton de Neuchâtel; références in Message (n. 20), 1986 II 365 s.

³⁰ Message (n. 20), FF 1986 II 374 s.

³¹ Cf. les interventions de SCHMID, BO CE 1987, 550 s.; AFFOLTER, BO CE 1987, 552.

³² Message (n. 20), 1986 II 393. Même avis KOLLER-TUMLER (n. 5), pp. 139 s.; STAUDER Bernd, « Pacta sunt servanda et le droit de repentir des consommateurs », SJ 1981, pp. 481-500.

³³ CR CO I-STAUDER, art. 40a N 24 et art. 40b N 2b.

Le droit de repentir existait déjà dès 1963 en faveur de l'acheteur à tempérament (art. 226c CO) et il fut introduit par la suite dans d'autres domaines (art. 406e CO en matière de courtage matrimonial; art. 16 LCC en matière de crédit à la consommation).

II. Deux domaines sensibles de la protection des consommateurs

A. La législation relative au crédit à la consommation

Le crédit à la consommation occupe le législateur depuis au moins 60 ans³⁴. Considéré comme un domaine sensible, il est maintenant réglé dans la Loi sur le crédit à la consommation (LCC) du 23 mars 2001³⁵ qui constitue le point final d'un long débat législatif souvent plus marqué par des considérations idéologiques (« mise sous tutelle des consommateurs ») que par d'arguments objectifs. La LCC, précédée d'un ambitieux projet de loi sur le crédit à la consommation³⁶ présenté aux Chambres en 1978 et qui échouait en votation finale en 1986 (!) ainsi que de la LCC du 8 octobre 1993³⁷, est le résultat du projet de LCC de 1998³⁸. Vu l'importance de ce débat qui dépasse le domaine sectoriel du crédit à la consommation et a valeur pour d'autres domaines du droit de la consommation, il paraît judicieux d'en reprendre les éléments essentiels.

Rappelons que tous ces textes en matière de crédit à la consommation prévoyaient des mesures de prévention de l'endettement, voire du surendettement des consommateurs: Il s'agissait, outre l'information objective des preneurs de crédit, de l'obligation, pour le consommateur, de verser un acompte avant de conclure et d'une limitation de la durée de la vente à tempérament (art. 226d CO, abrogé), de l'interdiction de l'octroi d'un deuxième crédit avant le remboursement du premier pour éviter l'endettement multiple et en chaîne et de la limitation de la durée du crédit (projet LCC 1978) ou, dans la LCC 2001, de l'introduction d'une obligation du prêteur de vérifier, préalablement à la conclusion du contrat, la capacité du consommateur de rembourser le crédit (art. 22-32 LCC). Ces mesures – avec d'autres – avaient en commun qu'elles limitaient la liberté contractuelle du donneur de crédit et, par là, sa politique commerciale. Or, cette politique, si elle n'était pas

³⁴ Voir la chronologie (jusqu'en 1997) in *JKR* 1997, pp. 18-24.

³⁵ RS 221.214.1, entrée en vigueur le 1.1.2003.

³⁶ Message du 12.6.1978, FF 1978 II 481-647.

³⁷ La LCC de 1993, abrogée par la LCC 2001 (art. 41 LCC), n'a guère donné lieu à des discussions idéologiques. Il s'agissait d'une reprise autonome des directives communautaires sur le crédit à la consommation de 1986/1990 dans le cadre de la procédure Swisslex (CR CO I-FAVRE-BULLE, Introd. à la LCC N 4 s.). La LCC 1993 se limitait, pour l'essentiel, à introduire une information objective du consommateur-prenneur d'un crédit sur les conditions et le coût d'un crédit à la consommation et n'intervenait pratiquement pas dans le contenu du rapport contractuel (cf. STAUDER Bernd, « Konsumkreditrecht », *PJA* 1994, pp. 675-690.

³⁸ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur le crédit à la consommation du 14.12.1998, FF 1999 2879-2923.

encadrée par des mesures légales, était susceptible, selon les organisations des consommateurs et de désendettement ainsi que des instances cantonales et communales d'aide sociale, d'entraîner un surendettement des consommateurs, préjudiciable également pour leurs familles et les budgets publics³⁹.

Dans son Message relatif à la LCC de 1978, le Conseil fédéral a eu le mérite de mettre en évidence la logique intrinsèque de deux solutions qu'il qualifie de « diamétralement opposées » mais « pas moins conséquentes l'une et l'autre »⁴⁰.

« La première consisterait à en revenir à l'établissement autonome des contrats, affranchi de toute protection, en admettant qu'il n'appartient pas à l'Etat de restreindre la liberté de l'ensemble des citoyens, considérés comme majeurs et responsables, pour la seule raison qu'une minorité d'entre eux est formée de consommateurs irréfléchis et dépourvus de sens critique »⁴¹. Le consommateur est donc considéré comme un adulte, capable de faire valoir ses intérêts avant et pendant la conclusion du contrat, surtout si son partenaire contractuel doit lui fournir des informations pertinentes avant tout sur le coût du crédit. Si, par la suite, le consommateur est confronté à des difficultés de remboursement, il n'a qu'à subir les conséquences d'une décision prise en toute connaissance de cause. Par voie de conséquence, dans une telle approche, le législateur n'a pas à prendre des mesures protectrices spécifiques restreignant la liberté contractuelle du donneur de crédit. La LP qui prévoit à son art. 191 une procédure de faillite des consommateurs suffit pour régler de tels problèmes. Cette solution suit une logique purement économique et est en conformité avec une conception formelle de la liberté contractuelle. Elle est préconisée par les organisations économiques qui n'admettent qu'une législation minimale permettant de réprimer les quelques rares abus qui auraient pu se produire. Une « protection sociale » du consommateur n'y a pas sa place.

La deuxième solution consisterait, pour reprendre les termes du Conseil fédéral, « à établir un réseau serré de prescriptions et de sanctions, pour contraindre le citoyen à respecter la loi et le protéger malgré lui, à la fois contre les machinations de commerçants avides de gain et contre sa propre légèreté »⁴². Et de justifier cette approche d'abord par l'argument « que la liberté contractuelle n'a pas la même valeur pour le consommateur moyen que pour son partenaire; celui-ci a l'expérience des affaires, il est capable d'influencer le consommateur par une réclame psychologiquement bien étudiée

³⁹ Message (n. 36), FF 1978 II 512.

⁴⁰ Message (n. 36), FF 1978 II 513.

⁴¹ Message (n. 36), FF 1978 II 513.

⁴² Message (n. 36), FF 1978 II 513.

et est en mesure de lui dicter pratiquement les conditions du contrat »⁴³. Le Conseil fédéral souligne ensuite qu'il incombe au droit « d'assurer la défense de ceux qui ne sont pas en mesure de se protéger eux-mêmes, fussent-ils une minorité »⁴⁴. Enfin, il fait référence à l'intérêt public qui « exige que le droit positif soit strictement respecté, alors même que, dans certaines circonstances, il va à l'encontre de la volonté du particulier. Celui-ci ne doit en effet pas être considéré uniquement comme individu, mais aussi comme représentant de toute une catégorie de justiciables qui, en général, ont besoin de protection »⁴⁵. Le consommateur apparaît ici comme victime de méthodes de marketing du fournisseur auxquelles il succombe vu sa faiblesse structurelle.

À lire le projet de LCC 1978, il devient évident que le Conseil fédéral, bien qu'il s'en défende⁴⁶, penche plutôt en faveur de cette deuxième approche législative. Par des mécanismes de prévention du surendettement, il vise à « étendre la protection sociale dans les affaires de crédit à la consommation »⁴⁷. Cette protection est accordée au consommateur en tant que membre d'une catégorie de personnes susceptibles de tomber dans les travers d'un endettement qu'en règle générale elles ne pourront pas maîtriser, et non aux seuls consommateurs qui, individuellement, auraient besoin de mesures protectrices.

Les débats parlementaires sur la LCC, qui ont duré de 1978 à 1986, furent très fortement imprégnés par des arguments plus idéologiques que de fond. L'opposition fut particulièrement importante au Conseil des Etats qui, à l'initiative du président de sa commission chargée d'examiner le texte législatif, s'était volontairement écarté de la philosophie et de la systématique du projet de loi du Conseil fédéral, adopté (avec quelques modifications) par le Conseil national, pour le remplacer par un texte proche des revendications du secteur des donneurs de crédit⁴⁸. Cette nouvelle version soumise à la votation finale n'avait plus beaucoup de similitudes avec le projet initial. Les aspects de protection sociale avaient pratiquement tous été éliminés. Malgré cette cure

⁴³ Message (n. 36), FF 1978 II 513.

⁴⁴ Message (n. 36), FF 1978 II 513.

⁴⁵ Message (n. 36), FF 1978 II 513.

⁴⁶ Message (n. 36), FF 1978 II 513.

⁴⁷ Message (n. 36), FF 1978 II 482.

⁴⁸ BO CE 1984, 171-173 : le président et rapporteur de la commission du CE AFFOLTER, tenant compte des réserves importantes exprimées par les banques et par le professeur GIGER (cf. ses ouvrages *Kommentar zum geplanten Konsumkreditgesetz, Kritische Analyse der einzelnen Bestimmungen des bundesrätlichen Entwurfs*, Zurich 1980, et *Ratenkredit als legislatorisches Problem. Systematische Darstellung und Kommentierung eines Alternativentwurfs*, Zurich 1984), prit la décision de soumettre à la commission une autre systématique du projet de loi (BO CE 1984, 172). Le DFJP accepta de reformuler entièrement le projet sur la base de cette systématique nouvelle (« version de la commission ») (BO CE 1984, 172). C'est cette version qui fit ensuite l'objet des délibérations du Conseil des Etats.

d'amaigrissement du texte, le Conseil des Etats refusa de le voter estimant inacceptables les atteintes à la liberté économique des donneurs de crédit⁴⁹. La montagne n'avait même pas accouché d'une souris!

Or, le refus du législateur fédéral de tenir compte de considérations sociales a provoqué des réactions au niveau cantonal. Ainsi, les mesures les plus contestées du projet fédéral, à savoir l'interdiction d'un deuxième crédit et la limitation de la durée d'un crédit, furent reprises par certains cantons dans leurs législations respectives au titre de mesures de police du commerce et de politique sociale⁵⁰. Contestées par les banques, le Tribunal fédéral déclara ces lois cantonales compatibles avec le droit constitutionnel, en particulier avec la liberté économique⁵¹.

Pour donner suite à la motion AFFOLTER⁵² et pour mettre fin à l'éparpillement – défavorable à l'activité des donneurs de crédit – des dispositions applicables aux contrats de crédit à la consommation (art. 226a-226m CO, LCC 1993, lois cantonales), le Conseil fédéral présenta en 1998 un nouveau projet de loi sur le crédit à la consommation⁵³ dont le but était d'uniformiser le droit du crédit à la consommation au niveau fédéral et en même temps d'améliorer la protection du consommateur⁵⁴.

Afin de rendre acceptable l'adoption d'une loi fédérale à caractère exhaustif, la protection du consommateur devait atteindre, selon le Conseil fédéral, au moins le niveau des lois cantonales destinées à être abrogées⁵⁵. En particulier, le projet visait la prévention du surendettement du consommateur « qui n'est pas en mesure d'évaluer correctement sa situation financière ou de résister à la tentation de contracter un crédit à la consommation qui se révélera ruineux pour lui »⁵⁶. L'instrument essentiel proposé et finalement adopté était l'introduction d'une obligation du prêteur de vérifier la capacité du consommateur de rembourser le crédit au moyen de son revenu sans porter atteinte au minimum vital d'existence⁵⁷. Cette mesure limite certes la marge de politique commerciale dont jouissait traditionnellement le prêteur

⁴⁹ BO CE 1986, 700.

⁵⁰ Références in CR CO I-FAVRE-BULLE, *Introd. à la LCC N 34* note 5, et BSK OR I-STAUDER, 2^e éd., *Vorbem. zu Art. 226a-226m N 25*; cf. aussi Message (n. 38), FF 1999 2879-2923.

⁵¹ ATF 120 Ia 286, 294; 120 Ia 299, 306.

⁵² Motion du 14.6.1989, BO CE 1990, 258.

⁵³ Message (n. 38), FF 1999 2879-2923.

⁵⁴ Message (n. 38), FF 1999 2880, 2889.

⁵⁵ Message (n. 38), FF 1999 2889.

⁵⁶ Message (n. 38), FF 1999 2889.

⁵⁷ Art. 22-32 LCC; analyse par STAUDER Bernd, « La prévention du surendettement du consommateur: La nouvelle approche de la LCC 2001 », in Imsand Pierre-Louis (éd.), *La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation*, Lausanne 2002, pp. 105-144.

lors de l'examen de la solvabilité du consommateur ; mais, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵⁸, elle ne porte pas atteinte à la liberté économique des donneurs de crédit à la consommation.

Dès lors, l'argument de l'anticonstitutionnalité des mesures de protection ne pouvait plus être invoqué. Pour aboutir à la réglementation uniforme fédérale souhaitée, l'acceptation de ces mécanismes de prévention était le prix à payer – ou, pour reprendre une autre formulation, la couleuvre à avaler – par le secteur du crédit à la consommation. Les mesures de prévention du surendettement ne furent donc plus combattues quant à leur principe⁵⁹ et la LCC fut adoptée le 23 mars 2001.

B. Les conditions générales des contrats

Le phénomène des conditions générales des contrats (CG) et les problèmes qu'elles posent⁶⁰ sont bien connus du législateur suisse. C'est en 1983, à l'occasion de la révision de la LCD 1943, que le Conseil fédéral reconnaît qu'une « protection efficace contre des CG iniques n'est possible que lorsqu'on s'en prend au contenu »⁶¹, et qualifie de « peu efficaces »⁶² les mesures développées par le Tribunal fédéral⁶³ pour garantir au « partenaire peu expérimenté ou économiquement plus faible »⁶⁴ qu'il puisse, en toute connaissance de cause, accepter l'incorporation des clauses des CG dans le contrat. En Suisse, cette approche, préconisée par le Conseil fédéral, est presque révolutionnaire bien qu'elle ait déjà été traduite dans les ordres juridiques de plusieurs pays européens. Le Conseil fédéral réfute ainsi implicitement le point de vue de la jurisprudence selon laquelle un juge n'a pas le droit d'examiner le contenu

⁵⁸ Réf. n. 51.

⁵⁹ Néanmoins, le secteur du crédit à la consommation a pu obtenir une limitation du champ d'application de la loi par rapport à la LCC 1993 et une réduction du niveau initialement proposé de protection des consommateurs. En particulier, le régime ordinaire – et strict – de l'examen de la capacité du consommateur de rembourser le crédit ne s'applique pas aux formes modernes de crédit à la consommation, à savoir le leasing de biens de consommation, les options de crédit liées aux cartes de crédit et de client et les crédits en découvert sur compte-salaire, pour lesquelles un régime allégé est prévu (art. 29 et 30 LCC) ; cf. STAUDER (n. 57), pp. 130-133.

⁶⁰ Cf. déjà l'analyse de la problématique des conditions générales des contrats de Gilles PETITPIERRE, in PETITPIERRE Gilles / STAUDER Bernd, « Rapport sur la protection du consommateur en droit suisse », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, tome 24 (Daloz), Paris 1975, pp. 203-252, 211-219.

⁶¹ Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 18.5.1983, FF 1983 II 1037-1141, 1086.

⁶² Message (n. 61), FF 1983 II 1084.

⁶³ Voir l'analyse de BRUNNER Alexander, « Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, dargestellt anhand vorformulierter Klauseln von Banken », *RDS* 1999 I 305-333.

⁶⁴ Message (n. 61), FF 1983 II 1083.

contractuel sans base légale spécifique. Son idée sous-jacente est qu'il faut garantir un minimum de loyauté contractuelle si les mécanismes du marché ne permettent pas de le faire, car « les dérogations à la réglementation légale qui sont conçues unilatéralement en faveur du rédacteur du contrat – alors que cette réglementation réalise normalement une juste péréquation des intérêts en présence – remettent en question les conditions dont dépend fondamentalement la forme juridique de l'autonomie contractuelle des particuliers et mettent en péril le bon fonctionnement de notre système juridique libéral »⁶⁵.

La logique aurait voulu que les bases de ce contrôle du contenu soient introduites en droit contractuel, d'une part afin d'éliminer les clauses abusives du contrat lors d'un litige entre un fournisseur et un consommateur et d'autre part, abstraction faite de tout litige, pour interdire au fournisseur d'utiliser à l'avenir des clauses abusives. Or, probablement pour éviter une discussion de fond qui aurait rendu impossible toute intervention législative en la matière, le Conseil fédéral a proposé de « saisir l'occasion de la révision de la LCD pour résoudre les problèmes les plus brûlants qui résultent de l'abus des CG »⁶⁶.

Les Chambres ont suivi le Conseil fédéral : pas de contrôle concret du contenu des clauses des CG dans le CO, mais introduction d'une base légale pour un contrôle judiciaire abstrait de telles clauses dans la LCD. Toutefois, dans le but de mieux justifier l'emplacement de la réglementation dans la LCD, le Conseil des Etats ajouta aux critères matériels de contrôle prévus à l'art. 8 LCD la condition supplémentaire du caractère abusif des clauses, la « tromperie ». Le résultat est connu. C'est avant tout à cause de ce critère de la tromperie que l'art. 8 LCD est restée lettre morte⁶⁷. Aucune procédure de contrôle abstrait n'a jusqu'à ce jour été introduite. Et le Tribunal fédéral continue à ne pas s'estimer autorisé à revoir le contenu des clauses dans le cadre d'un litige de consommation alors que la doctrine quasi unanime⁶⁸ considère qu'une telle intervention judiciaire sur la base des principes généraux du droit civil, expression des limites inhérentes à toute autonomie de la volonté, est admissible déjà *de lege lata*.

Malgré son intention, annoncée dans le message relatif à la LCD en 1983, de revoir cette solution si elle ne devait pas « améliorer suffisamment la situation en matière de CG » et de prendre de mesures législatives « au titre de la partie générale du droit des obligations »⁶⁹, le Conseil fédéral, interpellé

⁶⁵ Message (n. 61), FF 1983 II 1084.

⁶⁶ Message (n. 61), FF 1983 II 1085.

⁶⁷ BAUDENBACHER Carl, *Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle-Genève-Munich 2001, art. 8 N 32, voir aussi N 19 et 22.

⁶⁸ GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 8^e éd., Zurich 2003, N 1148-1150, avec réf.

⁶⁹ Message (n. 61), FF 1983 II 1085.

plusieurs fois par des parlementaires au sujet des CG, a toujours nié le besoin d'agir (*Handlungsbedarf*) en invoquant les possibilités jurisprudentielles de développer des solutions⁷⁰. Ce refus d'agir serait-il motivé par l'opposition bien connue des milieux économiques à toute mesure législative qui permettrait un contrôle des clauses contractuelles préformulées à leur seul avantage ?

Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral se renvoient la balle depuis plus de vingt ans. Et comme la Suisse n'a pas repris de façon autonome la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives dans les contrats de consommation de 1993⁷¹, elle est maintenant un des rares pays en Europe à ne pas encore disposer d'une législation permettant de combattre efficacement des clauses abusives.

Toutefois, la situation pourrait évoluer. En effet, selon le rapport explicatif d'un avant-projet de loi sur l'information des consommateurs de 2005, « créer une base légale claire pour le contrôle judiciaire des clauses (...) s'impose », car les relations contractuelles dans le domaine de la consommation se caractérisent « par un net déséquilibre entre les deux parties »⁷². Cette approche nouvelle se traduit par la proposition de créer une base légale pour le contrôle concret des CG (art. 20a CO nouveau). Cependant, l'avant-projet ne propose pas de modifier l'art. 8 LCD en biffant purement et simplement le critère de la tromperie, de sorte que l'erreur commise lors des travaux parlementaires dans les années 1980 ne serait pas réparée.

Le sort de cet avant-projet de loi reste très incertain. Lors de la procédure de consultation, l'opposition des milieux économiques fut très vive, et l'on ne voit guère pourquoi, sans y être contraints et sans contrepartie, ceux-ci renonceraient à la possibilité d'imposer aux consommateurs leurs clauses contractuelles formulées unilatéralement à leur avantage⁷³.

III. Swisslex et l'eurocompatibilité de la législation suisse

Ne faut-il pas nuancer ces propos critiques et admettre que le législateur a fait preuve de beaucoup d'affection à l'égard des consommateurs en 1993 ? En effet, certains textes « consommateurs » qui figuraient dans l'acquis communautaire

⁷⁰ Cf. à titre d'exemple la réponse du Conseil fédéral à la motion LEEMANN n° 94.3561, BO CN 1995, 936 ; cf. d'autres réf. in *JKR* 2003, 278 s.

⁷¹ Cf. Directive 93/13/CEE du 5.4.1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L 95/29 du 21.4.1993.

⁷² Rapport explicatif (n. 28), p. 23.

⁷³ Le 21.12.2005, le Conseil fédéral « a décidé de renoncer à la révision de la LIC », cf. Communiqué de presse du Bureau fédéral de la consommation du 21.12.2005, <www.konsum.admin.ch>.

tel que défini dans le Traité sur l'Espace économique européen⁷⁴ et votés en procédure Eurolex ont été réadoptés en procédure Swisslex⁷⁵ après l'échec de l'adhésion de la Suisse à l'EEE. Mais il faut bien reconnaître que cet effort législatif est resté un phénomène passager. Certes, il était prévu qu'en principe, dans un souci d'eurocompatibilité de la législation suisse, l'acquis législatif futur ferait, dans la mesure du possible, l'objet d'une reprise autonome en droit suisse. Toutefois, aucune directive communautaire dont l'objectif est la protection des consommateurs et la promotion de leurs intérêts et qui a été adoptée par le législateur communautaire après mai 1992, date-limite pour la définition de l'acquis communautaire dans le cadre de l'EEE, n'a été reprise en droit suisse sur la base de l'article constitutionnel de protection des consommateurs. Cette affirmation mérite d'être précisée :

(1) Il est vrai que, s'agissant de la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, une multitude de textes sectoriels ont fait l'objet de révisions totales, comme en matière de denrées alimentaires⁷⁶ ou de médicaments⁷⁷, ou de révisions partielles, comme dans les domaines des appareils techniques⁷⁸ ou des jouets⁷⁹ afin d'aligner ces textes sur les directives communautaires pertinentes. Cette volonté d'eurocompatibilité du législateur s'explique moins par son souci d'améliorer le niveau de la protection des consommateurs, que par celui de favoriser à l'industrie suisse d'exportation l'accès au marché intérieur européen. Ainsi, pour citer un exemple récent, la législation suisse en matière d'hygiène des denrées alimentaires vient d'être adaptée à la législation communautaire correspondante « afin d'éviter que les exportations de la Suisse vers l'UE ne soient entravées ou bloquées ... »⁸⁰. En effet, les autorités des Etats membres de l'Union européenne vérifient au moment de l'importation de produits provenant d'un pays tiers, comme la Suisse, leur conformité aux exigences de sécurité⁸¹ telles que définies par les directives sectorielles

⁷⁴ STAUDER Bernd, « Der Konsumentenschutz nach dem EWR-Abkommen (Art. 72 EWR-A), in Jacot-Guillarmod Olivier (éd.), *Accord EEE, Commentaires et réflexion – EWR-Abkommen, Erste Analysen*, Zurich 1992, pp. 451-458 ; STAUDER Bernd, « Completion of the Internal Market and Consumer Protection – the specific case of Switzerland », *Journal of Consumer Policy* (Dordrecht ; Boston Mass.) 1994, pp. 135-145.

⁷⁵ L'article 31^{sexies} aCst. a servi de principale base constitutionnelle de ces lois.

⁷⁶ Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAI) du 9.10.1992, RS 817.0.

⁷⁷ Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (LPth) du 15.12.2000, RS 812.21.

⁷⁸ Modification du 18.6.1993 de la loi fédérale sur la sécurité d'installations et d'appareils techniques du 19.3.1976 (LSIT), RS 819.1.

⁷⁹ Ordonnance du DFI sur la sécurité des jouets (OSJo) du 27.2.2002, RS 817.044.1.

⁸⁰ Communiqué de presse du 23.11.2005 du Département fédéral de l'intérieur et du Département fédéral de l'économie. Le passage cité y figure même en caractères gras.

⁸¹ Règlement (CEE) n° 339/93 du 8.2.1993 relatif aux contrôles de conformité des produits importés de pays tiers aux règles applicables en matière de sécurité des produits, JOCE L 40/1 du 17.2.1993.

communautaires. Il n'est dès lors guère étonnant qu'un texte sur la sécurité des biens, mais visant avant tout la libéralisation des échanges commerciaux, ne soit pas basé, même à côté d'autres normes constitutionnelles, sur celle relative à la protection des consommateurs. Poursuivant dans la même logique, le Conseil fédéral a toujours refusé de soumettre au Parlement un acte normatif de type horizontal comblant les lacunes de la législation sectorielle⁸², à l'instar de la directive sur la sécurité générale des produits de 2001⁸³, car – mais cet argument décisif ne fut pas officiellement utilisé – les autorités communautaires ne vérifient pas la conformité de produits non réglementés sectoriellement sur la base des critères de sécurité de la législation horizontale. Il n'existe donc pas de *Handlungsbedarf*, bien que la protection de la sécurité et de la santé des consommateurs risque d'être compromise par l'absence d'un texte horizontal d'application subsidiaire et complémentaire aux textes sectoriels.

(2) Le législateur hésite à intervenir en droit des contrats pour protéger les intérêts économiques des consommateurs. Historiquement, des dispositions protectrices n'existaient qu'en matière de cautionnement (art. 492 ss CO) et de vente par acomptes (art. 226a-226m CO) avant qu'une impulsion importante n'ait été donnée par la procédure Swisslex. C'est ainsi qu'en 1993, dans le but de rendre la législation suisse eurocompatible, les lois fédérales sur le crédit à la consommation (LCC)⁸⁴, sur les voyages à forfait (LVF)⁸⁵ et sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)⁸⁶ furent adoptées et les art. 40a ss CO en matière de démarchage modifiés⁸⁷. Après cette date, une seule loi de protection des consommateurs fut adoptée. En effet, le droit du courtage matrimonial a été modernisé par l'insertion dans le CO d'un chapitre consacré au « mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat » (art. 406a-406h CO)⁸⁸. Fait significatif: Bien que la nouvelle réglementation vise la protection des intérêts économiques des consommateurs⁸⁹, la loi parle de « mandataire » et le Message de « client ». Pour le surplus, l'article 31^{sexies} aCst. n'est pas mentionné comme base constitutionnelle. Il est fort probable que le recours à cette terminologie traditionnelle et le fait que l'adoption des

⁸² Rapport concernant la sécurité générale des produits de consommation en Suisse, Berne, octobre 1999.

⁸³ Directive 2001/95/CE du 3.12.2001 relative à la sécurité générale des produits, JOCE L 11/4 du 15.1.2002.

⁸⁴ Du 8.10.1993, FF 1993 III 754-761.

⁸⁵ Du 18.6.1993, entrée en vigueur le 1.7.1994, RS 944.3.

⁸⁶ Du 18.6.1993, entrée en vigueur le 1.1.1994, RS 221.112.944.

⁸⁷ Cf. n. 24.

⁸⁸ Modification du 26.6.1998, entrée en vigueur le 1.1.2000.

⁸⁹ CR CO I-WERRO, art. 406a-406h CO N 1.

dispositions protectrices soit intervenue dans le cadre de la révision du droit du divorce expliquent le peu d'opposition au Parlement.

Il en va différemment d'autres dossiers législatifs qui relèvent du droit privé de la consommation. La politique d'une législation suisse aussi euro-compatible que possible a vu son champ limité aux secteurs pertinents pour créer ou améliorer l'accès des entreprises suisses au marché intérieur européen. Sous cet angle, la conformité du droit suisse au droit communautaire de la consommation ayant fait l'objet d'une législation importante depuis 1992 n'était pas indispensable. En conséquence, de nombreuses initiatives parlementaires visant à développer le droit suisse de la consommation et, par là, à placer la protection suisse des consommateurs au niveau du droit communautaire, proposant ainsi d'éliminer la discrimination des consommateurs suisses par rapport à leurs collègues européens⁹⁰, restaient sans lendemain. Les directives communautaires en matière de clauses abusives dans les contrats de consommation⁹¹, de garanties dans les ventes aux consommateurs⁹², de time-share⁹³, de vente à distance de biens et de services⁹⁴ y compris de services financiers⁹⁵ et de commerce électronique⁹⁶, pour ne citer que les plus importantes, n'ont toujours pas trouvé d'équivalent en droit suisse.

Conclusions

Comment dès lors répondre à la question posée? A lire les affirmations du Conseil fédéral dans ses Messages relatifs aux projets législatifs, les propos des organisations des consommateurs et des milieux économiques dans leurs

⁹⁰ Cf. les motions VOLLMER n° 95.3567, BO CN 1996, 58 ; n° 98.3063, BO CN 1998, 1517 s. ; n° 99.3168, BO CN 1999, 260 s. Selon le Conseil fédéral, le droit communautaire de la consommation ne devrait être repris que dans le cadre d'un «Gesamtpaket» ou en cas de «ausgewiesenem Handlungsbedarf».

⁹¹ Directive 93/13/CEE du 5.4.1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L 95/29 du 21.4.1993.

⁹² Directive 1999/44/CE du 25.5.1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JOCE L 171/12 du 7.7.1999.

⁹³ Directive 94/47/CE du 26.10.1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, JOCE L 280/83 du 29.10.1994.

⁹⁴ Directive 97/7/CE du 20.5.1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE L 144/19 du 4.6.1997.

⁹⁵ Directive 2002/65/CE du 23.9.2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, JOCE L 271/16 du 9.10.2002.

⁹⁶ Directive 2000/31/CE du 8.6.2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), JOCE L 178/1 du 17.7.2000.

prises de position lors de procédures de consultation, ou encore les interventions des parlementaires dans les Chambres fédérales, on pourrait croire que tout le monde aime le consommateur et ne veut que son bien. Mais le lecteur attentif constatera bien vite qu'en réalité cet amour, que les différents acteurs au niveau législatif déclarent éprouver pour le consommateur, n'est pas ressenti avec la même intensité par tous et n'est parfois – voire souvent – qu'un argument « politiquement correct », mais dépourvu de substance.

Le Conseil fédéral, principal destinataire du mandat constitutionnel d'agir pour protéger les consommateurs (art. 97 Cst.), devrait être le premier initiateur de mesures législatives en la matière. Or, il est difficile, voire impossible de cerner une politique claire et cohérente de la consommation. Certes, le Conseil fédéral a pris l'initiative d'un processus législatif ayant abouti à l'adoption d'actes normatifs tels que la loi sur l'information des consommateurs (LIC) de 1990 ou celle sur le crédit à la consommation (LCC) de 2001. Certes, ses départements ont rédigé des avant-projets de loi pour les soumettre à la procédure de consultation. On peut citer ici l'avant-projet de loi sur l'information des consommateurs (LIC) de 2005 qui devrait modifier la LIC et traiter le problème des conditions générales des contrats ; ou l'avant-projet de loi sur le commerce électronique de 2001 visant à reprendre partiellement les directives communautaires sur la vente à distance et sur les garanties en matière de vente. Mais le bilan est plutôt maigre. Alors que le sort du premier projet reste incertain⁹⁷, le dernier vient d'être purement et simplement abandonné en 2005, essentiellement « au vu des critiques persistantes et du scepticisme exprimés par les milieux économiques »⁹⁸ lors de la procédure de consultation.

Dans d'autres domaines du droit de la consommation, le Conseil fédéral a fait preuve de moins d'enthousiasme encore. La genèse de l'article constitutionnel montre qu'il aurait préféré de ne pas inscrire la protection des consommateurs dans la Constitution ou, subsidiairement, de ne proposer qu'un article de portée très limitée. Ainsi s'expliquent la création répétée de commissions d'études ou d'experts et le refus de plusieurs textes élaborés par diverses instances. Ce n'est que juste avant la votation populaire que le Conseil fédéral s'est aligné sur le texte finalement retenu par les Chambres fédérales. S'agissant du remplacement de la LIC de 1990, restée lettre morte en matière d'information objective des consommateurs, il a fallu attendre 2004 avant que le Conseil fédéral ne décidât d'agir. Dans un premier temps, il chargea un expert de la rédaction d'un texte

⁹⁷ Il a été abandonné par le Conseil fédéral le 21.12.2005, car « pour la majorité des milieux économiques ... les exigences (quant à l'information des consommateurs ... allaient) trop loin », cf. Communiqué de presse (n. 73).

⁹⁸ Communiqué de presse du 9.11.2005 du Département fédéral de justice et police.

législatif⁹⁹. Mais suite à la procédure de consultation, le projet fut abandonné au profit d'un texte émanant de l'administration¹⁰⁰ soumis, lui aussi, en consultation. Cette multiplication des procédures de consultation a pour effet – les mauvaises langues diraient pour but – de retarder le processus législatif dans les Chambres, voire en fin de compte d'éviter l'adoption du projet.

Enfin, le Conseil fédéral refuse de traiter – malgré les interventions parlementaires l'y invitant – des problèmes fondamentaux auxquels sont confrontés les consommateurs. Ainsi, dans le domaine des conditions générales des contrats dont le caractère problématique avait pourtant déjà été admis en 1983 dans le cadre de la révision de la LCD, le Conseil fédéral a longtemps nié un besoin d'agir, bien que l'art. 8 LCD introduisant un contrôle abstrait des clauses des conditions générales soit resté sans application aucune. Ce n'est qu'en 2005, dans le cadre de l'avant-projet de loi sur l'information des consommateurs (LIC)¹⁰¹ que l'importance du problème est de nouveau reconnu. Mais vu l'opposition bien connue des milieux économiques à toute intervention législative dans le domaine contractuel et en particulier à tout contrôle du contenu de clauses contractuelles, il est fort douteux que les Chambres soient saisies de ce dossier législatif¹⁰².

Cette attitude du Conseil fédéral peut-elle s'expliquer par son souci de tenir compte des avis des milieux économiques, voire d'anticiper leur opposition ?

Lorsque les Chambres fédérales sont saisies d'un projet de loi rédigé par le Conseil fédéral, elles ne le rejettent que rarement¹⁰³. En règle générale, elles entrent en matière, certes sans enthousiasme, mais parfois aussi avec une certaine bienveillance. Lors du processus législatif cependant, le texte du Conseil fédéral qui présente une certaine cohérence perd celle-ci par suite des modifications apportées en fonction d'intérêts sectoriels souvent contradictoires. A côté de certaines améliorations de fond et de forme que les parlementaires introduisent, leur activité engendre la plupart du temps une diminution du niveau de protection initialement proposé. Les mécanismes utilisés à cet effet sont la limitation du champ d'application (LCC), la dilution ou

⁹⁹ Avant-projet de Loi fédérale sur l'information et la protection des consommatrices et des consommateurs (LIPC) et rapport explicatif du 16.3.2004 (rapport dit PICHONNAZ), <www.konsum.admin.ch>, envoyé en consultation le 20.4.2004, FF 2004 1649.

¹⁰⁰ (Avant-) Projet de la Loi sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC), (révision partielle de la LIC), et rapport explicatif du 14.7.2005, <www.konsum.admin.ch>, soumis en consultation le 23.8.2005, FF 2005 V 4821.

¹⁰¹ Cf. référence n. 98.

¹⁰² Abandon du processus de révision de la LIC par le Conseil fédéral par décision du 21.12.2005 (n. 73).

¹⁰³ Tel fut pourtant le cas du projet de loi de 1978 sur le crédit à la consommation (n. 36), refusé en votation finale en 1986.

l'élimination des normes protectrices (LCC), l'introduction de normes inapplicables (conventions de droit privé dans la LIC; art. 8 LCD; garanties en cas de faillite de l'organisateur de voyages, art. 18 LVF), ainsi que des sanctions inefficaces ou peu dissuasives (LIC; art. 18 LVF; absence d'un accès effectif des consommateurs à la justice dans le domaine du droit privé, malgré l'art. 97 al. 3 Cst.).

En effet, les débats révèlent des parlementaires fréquemment plus sensibles aux prises de position des milieux économiques qu'aux arguments des organisations des consommateurs. La résistance au développement du droit de la consommation est particulièrement forte au Conseil des Etats (article constitutionnel, art. 8 LCD, LCC), alors que le Conseil national présente une attitude généralement plus ouverte. Ainsi, la Commission de gestion du Conseil national a proposé d'aller de l'avant avec les travaux en matière de commerce électronique¹⁰⁴; la Commission des affaires juridiques du Conseil national a rédigé un avant-projet de loi sur le Time-sharing¹⁰⁵.

Résumons: Ce sont avant tout les milieux économiques qui jouent un rôle considérable dans le développement ou l'absence de développement d'une législation de protection et de promotion des intérêts des consommateurs. Lorsqu'ils jugent que des textes législatifs leur sont nécessaires ou simplement utiles, ils interviennent en vue de leur adoption. Tel a été et tel est encore le cas par exemple de lois et ordonnances dans le domaine de la sécurité des biens de consommation ayant fait l'objet d'une reprise autonome du droit communautaire, car sans elles l'industrie d'exportation n'aurait pas pu accéder sans discrimination au marché intérieur européen. Par contre, chaque fois que des textes devaient améliorer la situation du consommateur sur le marché, les mêmes milieux s'y opposent et tentent d'éviter ou, subsidiairement, de freiner le processus législatif en intervenant à tous les niveaux: auprès du Conseil fédéral et de ses départements pour les convaincre de ne pas agir, lors des procédures de consultation, par la voix de certains parlementaires au Conseil national et au Conseil des Etats, par la menace de referendum. Face à l'efficacité de la pression de ces milieux économiques, les milieux de protection des consommateurs ne peuvent faire le poids. Leur influence respective sur le processus législatif était et reste très inégale.

¹⁰⁴ *La protection du consommateur dans le commerce électronique: aspects contractuels et protection des données.* Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 9.11.2004, FF 2005 4689-4708.

¹⁰⁵ Initiative parlementaire DE DARDEL n° 00.421 – Time-sharing en matière immobilière. Protection des consommateurs, déposée le 14.6.2000. Rapport et avant-projet du 3.11.2003, mis en consultation le 29.10.2004; nouveau rapport de la CAJ-CN du 21.10.2005 proposant une modification du CO «Droit d'utilisation d'immeubles en temps partagé (art. 40g-k nouveau)», rapport sous <www.parlament.ch/f/ed-rk-00421-bericht/pdf>, avant-projet sous <www.parlament.ch/f/ed-rk-00421-erlass.pdf>.

Toutefois, ce constat doit être nuancé. D'une part, lorsque l'adoption d'un texte devait être soumis au vote du souverain, comme lors de l'adoption de l'article constitutionnel de la protection des consommateurs, ou lorsqu'il était soumis au referendum facultatif, comme la LCC de 2001, les arguments des milieux des consommateurs ne sont plus écartés sans autre mais pris en considération – au moins dans une certaine mesure. D'autre part, les milieux économiques qui réclament une législation conforme à leurs intérêts doivent parfois accepter certaines dispositions légales par lesquelles les intérêts des consommateurs sont mieux protégés. Tel fut le cas de la LCC de 2001 : L'abandon des lois cantonales au profit d'une loi fédérale exhaustive fut « monnayé » par l'introduction d'un contrôle strict de la capacité des consommateurs de rembourser le crédit. Mais ce mécanisme du « donnant donnant » ne fonctionne que rarement. En effet, contrairement à ce qui s'est passé lors de la procédure législative en matière de crédit à la consommation, les opposants à toute amélioration de la protection des consommateurs dans le domaine du droit des contrats ne tirent aucun avantage d'un soutien à des projets législatifs qui pourraient avoir pour conséquence de rééquilibrer tant soit peu la relation contractuelle en faveur des consommateurs. Afin de remédier à cette situation, le Département fédéral de justice et police avait prévu en 2001 de lier la demande des milieux économiques d'introduire dans la législation la signature électronique à celle des organisations des consommateurs de reprendre, du moins partiellement, les instruments de protection du droit communautaire dans le domaine du commerce électronique et des garanties en matière de vente¹⁰⁶. Cependant, suite à la procédure de consultation et à l'intervention directe des milieux économiques auprès du Conseil fédéral, ce dernier décida de « déficeler » le paquet. Le résultat était prévisible : La signature électronique fut introduite en droit suisse¹⁰⁷ alors que l'avant-projet d'une loi sur le commerce électronique vient d'être abandonné¹⁰⁸.

Dans le domaine de la protection des consommateurs, le rôle moteur est donc joué par les milieux économiques qui font avancer ou – plus souvent – qui freinent la législation. Le poids de ce « législateur de fait » est prédominant. En même temps, on constate que le Conseil fédéral et le Parlement ne prennent que rarement l'initiative et préfèrent, semble-t-il, une attitude plutôt attentiste.

¹⁰⁶ Cf. Avant-projet de Loi fédérale sur le commerce électronique (révision partielle du Code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale) de janvier 2001 ; voir aussi Communiqué de presse du DFJP du 17.1.2001.

¹⁰⁷ Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (loi sur la signature électronique, SCSE) du 19.12.2003, entrée en vigueur le 1.1.2005, RS 943.03.

¹⁰⁸ Communiqué de presse du DFJP du 9.11.2005.

A la question initialement posée, on peut donc répondre que le consommateur n'est en tout cas pas l'enfant chéri du législateur, mais plutôt son enfant mal-aimé. Cependant, contrairement à la vraie vie, ce ne sont pas les «sentiments» qui importent dans ce domaine, mais les décisions politiques claires et cohérentes. Qu'il soit donc permis de formuler une autre question qui paraît plus pertinente à long terme: Le législateur, qu'il soit constitutionnel ou de fait, considère-t-il le consommateur comme un être faible auquel des mesures de protection doivent être «administrées», ou reconnaît-t-il en lui un acteur sur le marché auquel il faut uniquement donner la possibilité de jouer le rôle qui lui revient selon la théorie libérale d'une économie de marché qui, espérons-le, n'a pas encore abandonné sa composante sociale? A cette question fondamentale, le législateur n'a toujours pas répondu.

Le droit du bail ou la voie du milieu

ARIANE MORIN

Professeure à l'Université de Lausanne

I. Introduction

Dans notre pays qui compte une majorité de locataires¹, le droit du bail, réglé aux art. 253 ss CO, revêt une importance considérable. Souvent critiqué, ce droit est un peu le mal aimé du droit privé suisse; on lui reproche fréquemment d'en faire trop, ou trop peu, pour protéger les locataires. La présente contribution tend à déterminer ce qu'il faut penser de ces critiques, compte tenu de l'un des enseignements majeurs du Professeur Gilles Petitpierre, à savoir de l'idée que le bon droit des obligations est celui qui préserve l'harmonie sociale, tout en s'insérant dans le système général du droit privé².

II. Les règles du CO applicables au bail à loyer

A. En général

Les règles du Code des obligations (ci-après le CO) consacrées spécifiquement au bail à loyer sont les art. 253 à 274g CO, entrés en vigueur le 1^{er} juillet 1990.

Les art. 253 à 268b CO constituent les dispositions générales du droit du bail. L'art. 253 CO définit le bail comme un contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder l'usage d'une chose au locataire contre paiement d'un loyer. Les art. 253a à 268b CO règlent pour l'essentiel les obligations des parties et les conséquences de leur inexécution (art. 257d à 260a CO), les conditions et les effets d'un changement de bailleur (art. 261 à 261b CO) ou de la renonciation du locataire à jouir personnellement de la chose louée (art. 262 à 264 CO), et la fin du contrat (art. 266 à 266o CO). Les dispositions générales du droit du bail s'appliquent en principe à tous les baux mobiliers ou immobiliers.

¹ Lors du recensement 2000, 58% de la population suisse était locataire de son logement, cf. *Communiqué de presse de l'Office fédéral de la statistique du 11 septembre 2003*, p. 1.

² Cf. PETITPIERRE Gilles, «La partie générale du Code des obligations: un texte au service d'un système» in *Pour un droit pluriel: études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Bâle 2002, p. 79 ss, spéc. p. 80 s.; *Id.*, «Les fondements de la responsabilité civile», RDS 1997 I 273 ss, spéc. p. 289 ss.

Certaines de ces normes ne valent toutefois que pour les baux d'habitations et les locaux commerciaux (sous réserve de l'art. 253a CO), tels par exemple les art. 266l à 266o CO, consacrés à la forme de la résiliation³.

Les autres dispositions du CO consacrées au bail à loyer ne s'appliquent qu'aux baux d'habitations et de locaux commerciaux⁴. Il s'agit des art. 269 à 273c CO, qui traitent de la protection du locataire contre les loyers abusifs ou autres prétentions abusives du bailleur (art. 269 à 270e CO) et contre les congés (art. 271 à 273c CO) et des art. 274a à 274g CO. Ces dernières règles, consacrées aux autorités et à la procédure, ne relèvent pas du droit matériel; comme elles seront en outre probablement « sorties » du CO pour être intégrées dans le futur Code fédéral de procédure civile⁵, il n'en sera plus question ci-après.

B. Le « noyau dur » du droit du bail

Lors de l'élaboration de la Loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale (ci-après LCBF), le Conseil fédéral a considéré que les art. 266l à 266o CO, de même que les règles sur la protection contre les loyers abusifs et contre les congés (art. 269 à 273c CO) formaient la teneur essentielle de la protection des locataires. C'est la raison pour laquelle ces règles sont de droit impératif⁶, voire même de droit « super-impératif », dans la mesure où il n'est même pas possible d'y déroger au moyen d'un contrat cadre passé entre des associations représentatives de locataires et de propriétaires (cf. art. 3 al. 4 LCBF)⁷. Ces dispositions, qui constituent en quelque sorte le « noyau dur » des règles matérielles du CO relatives au bail à loyer, limitent la liberté contractuelle du bailleur en matière de fixation du loyer et de résiliation⁸. Les art. 266l et 269d CO lui imposent l'usage d'une formule officielle pour la résiliation du bail et la majoration

³ LACHAT David, *Le bail à loyer*, Lausanne 1997, p. 41 et 77; HIGI Peter, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V 2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR, Zweite Lieferung, Art. 266-268b OR, Dritte Lieferung, Art. 269-270e OR, Vierte Lieferung, Art. 271-274g OR*, Zurich 1994, 1995, 1996 et 1998, n° 37 ss *ad* Intro. aux art. 253-274g CO.

⁴ LACHAT (n. 3), p. 41 s.; HIGI (n. 3), n° 46 *ad* Intro. aux art. 253-274g CO.

⁵ *Rapport explicatif accompagnant l'Avant projet de loi fédérale de procédure civile suisse*, Berne 2003, p. 10.

⁶ LACHAT (n. 3), p. 65 ss; RONCORONI Giacomo, « Zwingende und dispositive Bestimmungen im revidierten Mietrecht », in MP 1990, p. 76 ss.

⁷ FF 1993 III 916 et 926; LACHAT David, « Nouveautés en droit du bail: les contrats-cadres; le montant du loyer », SJ 2003 II 153 ss, spéc. p. 158 ss; RONCORONI Giacomo, « La loi fédérale du 23 juin 1995 sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale », in 9^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 10 s.

⁸ LACHAT (n. 7), p. 158; RONCORONI (n. 7), p. 10 s.

du loyer. Les art. 269 ss CO instaurent un régime de surveillance du loyer : le loyer est fixé librement ; toutefois, sur requête du locataire, le juge peut en réduire le montant, s'il apparaît abusif (cf. art. 269d et 270 CO). Enfin, les art. 271 ss CO permettent au locataire d'obtenir l'annulation du congé signifié par le bailleur ou au moins la prolongation pour une certaine durée du bail résilié⁹.

C. La nouveauté induite par le CO de 1990

Les dispositions sur la forme du congé (art. 266l à 266o CO) et sur la protection des locataires contre les loyers abusifs et contre les congés (art. 269 à 273c CO) ne figuraient pas dans la version de 1911 des art. 253 ss CO, en vigueur jusqu'en 1990, à l'exception des normes sur la prolongation du bail, adoptées en 1970 (art. 267 ss aCO). En matière de droit du bail, le CO de 1911 ne contenait pratiquement que des règles de droit dispositif. Il ne posait pas d'exigences de forme. Jusqu'à l'adoption en 1970 des règles sur la prolongation, il laissait à chaque partie le libre choix du cocontractant. La fixation du loyer était totalement libre. Enfin, les parties avaient pleine faculté de mettre unilatéralement fin au bail, en respectant les termes et préavis convenus entre elles. Les seules limites posées à la liberté contractuelle étaient celles fixées dans la partie générale du CO en particulier aux art. 20, 21 et 23 ss CO¹⁰.

Cela ne signifie pas que les règles impératives sur la résiliation et sur le loyer introduites dans le CO en 1990 ont modifié fondamentalement le contenu des relations entre bailleur et locataire, tel qu'il s'était développé au cours du XX^e siècle. En effet, de 1914 à 1925, puis de 1936 à 1970, des arrêtés fédéraux ont instauré une législation d'urgence, qui a limité le droit du bailleur de résilier le bail et prescrit un contrôle puis une surveillance des loyers. En 1972, le parlement a édicté l'Arrêté fédéral instaurant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (ci-après AMSL), qui s'est appliqué jusqu'en 1990 dans les cantons les plus peuplés, où régnait une pénurie de logements et de locaux commerciaux. L'AMSL a posé des règles impératives sur la forme et les délais de majoration de loyer et de résiliation du bail. Il a réintroduit un régime de surveillance des loyers et sanctionné de nullité les congés abusifs¹¹.

Les nouveaux art. 253 ss CO entrés en vigueur en 1990 ont repris ou développé la plupart des dispositions de l'AMSL. On peut en conclure que le

⁹ HIGI (n. 3), n° 43 ss *ad* art. 253 CO.

¹⁰ HIGI (n. 3), n° 24 ss *ad* Intro. aux art. 253-274g CO ; RONCORONI (n. 6), p. 92 ; WIDMER Pierre, « Das Konzept der Mietrechtsrevision », in *Das neue Mietrecht*, St-Gall 1991, p. 13 ss, spéc. p. 16.

¹¹ HIGI (n. 3), n° 25 *ad* Intro. aux art. 253-274g CO ; LACHAT (n. 3), p. 39 ; PETERMANN Frank Thomas, *Die Entwicklung des schweizerischen Mietrecht von 1881 bis 1989*, Zurich 1997, p. 51 ss.

droit du bail tel qu'il ressort du CO de 1990 n'apporte pas de véritable nouveauté par rapport au régime juridique qui gouvernait depuis 1972 la majorité des baux en suisse¹². La nouveauté induite par la réforme de 1990 ne réside donc pas dans le contenu des art. 253 ss CO. Elle découle bien plus du fait que les restrictions de la liberté contractuelle du bailleur en matière de résiliation du bail et de fixation du loyer ne se fondent plus, comme c'était le cas entre 1911 et 1990, sur une législation annexe, ne s'appliquant pas nécessairement à l'ensemble du territoire suisse et édictée temporairement pour des motifs urgents d'intérêt public (guerre, crise économique, pénurie grave de logements). Depuis 1990, ces restrictions ont en quelque sorte été « gravées dans le marbre » d'une loi fédérale applicable uniformément sur tout le territoire suisse¹³.

III. L'insertion du « noyau dur » du droit du bail dans le système général du droit privé

On ne peut guère reprocher au législateur d'avoir fixé dans une loi fédérale les règles limitant la marge de manœuvre du bailleur qui ressortaient auparavant de l'AMSL, dans la mesure où il a obéi à l'injonction que lui faisait l'art. 34septies al. 1 aCst., adopté en 1986 en votation populaire (et repris à l'actuel art. 109 al. 1 Cst.) de légiférer pour protéger les locataires contre les abus de la part du bailleur, notamment en matière de loyer et de résiliation¹⁴. On peut en revanche se demander si, lors de l'élaboration du droit du bail entré en vigueur en 1990, le parlement a eu raison de se contenter de réformer le CO, au lieu d'élaborer à côté des art. 253 ss CO une loi spéciale sur la protection des locataires, au moins en ce qui concerne les dispositions reprises de l'AMSL, comme le Conseil fédéral avait projeté de le faire¹⁵.

La question se pose en somme de savoir si le parlement n'a pas introduit de la sorte dans le CO des règles étrangères au droit des contrats et dénaturé ainsi la fonction du Code¹⁶. Or, il est possible d'y répondre par la négative pour deux raisons au moins : premièrement, parce que les éléments qui ont amené le législateur de 1990 à insérer dans le CO les règles sur la protection des locataires rentrent dans le cadre des motifs qui légitiment l'intervention du droit privé ; deuxièmement, parce que ces règles concrétisent cette pro-

¹² LACHAT (n. 3), p. 42.

¹³ FF 1985 I 1377 et 1388 ; WIDMER (n. 10), p. 23 s.

¹⁴ FF 1985 I 1388 ss ; FF 1997 I 325 ; PETERMANN (n. 11), p. 123 ; JUNOD Charles-Albert, n° 6 et 12 ss *ad* art. 34septies Cst., in *Commentaire de la constitution fédérale de la Confédération Suisse*, vol. II, Bâle 1991.

¹⁵ FF 1985 I 1460 ss ; WIDMER (n. 10), p. 23 s.

¹⁶ Cf. PETERMANN (n. 11), p. 169 ss.

tection par des moyens qui peuvent se rattacher à des principes généraux du droit des obligations.

A. Les rapports entre la *ratio* des règles sur la protection des locataires et la mission du droit privé

A l'instar d'autres droits modernes, le droit suisse conçoit le contrat comme un instrument de coopération que des sujets de droit utilisent pour servir leurs intérêts respectifs. En théorie, ces parties sont supposées égales, raison pour laquelle l'ordre juridique les laisse en principe organiser librement leurs relations contractuelles : si deux personnes ont la même faculté de prendre des décisions rationnelles, chacune d'elles va normalement assumer en toute connaissance de cause un engagement, même désavantageux, envers l'autre. Mais lorsque cette égalité n'existe pas en fait, le droit privé doit intervenir pour éviter qu'une des parties ne profite de sa situation dominante pour imposer à l'autre partie des contraintes ou des iniquités, auxquelles celle-ci n'aurait pas nécessairement consenti si elle avait disposé d'une pleine marge de manœuvre. L'idée n'est pas ici d'annihiler la liberté contractuelle de la partie en position de force, mais d'en limiter la portée, afin que son poids n'excède pas celui de la liberté contractuelle de la partie faible¹⁷. Ce principe, qui se déduit de l'art. 2 CC, a par exemple été concrétisé à l'art. 21 CO¹⁸, ou encore dans les développements du Tribunal fédéral sur l'obligation de contracter¹⁹.

Or, l'art. 34septies al. 1 aCst. (respectivement l'art. 109 al. 1 Cst.), trouve précisément sa justification dans le constat généralement reconnu en Suisse que le locataire doit être considéré comme la partie faible au contrat de bail. D'après le législateur, cette situation de faiblesse découle notamment du fait que pour un locataire, le logement (ou les locaux commerciaux) est non seulement un bien de première nécessité, mais aussi le centre de ses relations familiales, sociales et économiques. Cette situation limite sa faculté de réagir aux

¹⁷ FF 1985 I 1378 ; pour la doctrine, cf. not. YUNG Walter, « Les éléments objectifs dans les contrats civils et commerciaux », in *Etudes et articles*, Genève 1971, p. 228 ss, spéc. p. 247 ss ; OFTINGER Karl, « Die Vertragsfreiheit », in *Ausgewählte Schriften*, Zurich 1978, p. 46 ss ; BYDLINSKI Franz, « Die Grundlagen des Vertragsrechts im Meinungsstreit », in BJM 1982 p. 1 ss, spéc. p. 20 ss ; ENGEL Pierre, « La solidarité comme lieu et comme lien de la liberté et de la responsabilité contractuelle », in RDS 1983 II 15 ss, spéc. p. 21 ss ; KRAMER Ernst A., *Berner Kommentar* vol. VI/1/2/1a, Berne 1991, n° 24 ss *ad art.* 19-20 CO ; KÖTZ Hein, *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen 1996, p. 189 ss ; TERCIER Pierre, « Quels fondements pour le contrat au XXI^e siècle » in *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004, p. 209 ss, spéc. p. 214 ss.

¹⁸ ATF 123 III 292, JdT 1998 I 292 ; KRAMER (n. 17), n° 5 ss *ad art.* 21 CO.

¹⁹ ATF 129 III 35, JdT 2003 I 127 ; KRAMER (n. 17), n° 108 ss *ad art.* 19-20 CO ; KLETT Kathrin, « Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang », in BJM 2005, p. 165 ss, spéc. p. 170 ss ; BARBEY Richard, *Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux*, Genève 1991, p. 51 ss.

hausse de loyers et de chercher un autre logement en cas de résiliation. En revanche, le bailleur est très fréquemment une personne morale (par exemple une caisse d'assurance), qui conclut des baux avec un grand nombre de locataires, avec lesquels il n'a en général pas de relations personnelles, dans l'optique commerciale de rentabiliser ses investissements immobiliers. Structuellement, le rapport de force entre bailleur et locataire est par conséquent si déséquilibré que le bailleur peut être amené à profiter abusivement de sa position dominante. D'où la nécessité d'édicter des mesures législatives pour améliorer la sécurité des locataires de logements et de locaux commerciaux, sans vider toutefois de leur substance les droits fondamentaux du bailleur (garantie de la propriété, liberté contractuelle)²⁰.

Dans cette optique, il était légitime d'insérer dans le CO des règles propres non à faire disparaître la liberté contractuelle du bailleur, mais à éviter qu'il n'en abuse au détriment de celle du locataire.

B. Les rapports entre les moyens utilisés pour protéger les locataires et les principes généraux du droit des obligations

Les art. 253 ss CO affirment clairement que le bail est un contrat au sens des art. 1 ss CO et qu'il est par conséquent fondamentalement gouverné par le principe de l'autonomie privée (art. 19 al. 1 CO). Ils reconnaissent au bailleur la faculté de choisir librement le locataire lors de la conclusion du bail ; le contrat n'est comme tel soumis à aucune forme et le loyer ne fait l'objet d'aucun contrôle. Comme pour tous les contrats de durée, chaque partie peut mettre fin unilatéralement au contrat pour de justes motifs (cf. art. 257d, 257f, 258 al. 1, 266g CO) ou, s'il s'agit d'un bail de durée indéterminée, même sans justes motifs (art. 266a ss CO).

Les restrictions que le CO apporte dans ce contexte à la liberté contractuelle du bailleur en matière de fixation du loyer et de résiliation se rattachent également à des principes classiques du droit des obligations, qui s'expriment dans d'autres règles relatives aux contrats :

- En matière de bail, le loyer n'est rien d'autre que la rémunération due par le locataire pour la cession de l'usage de la chose²¹. Dès lors (même si les art. 269 et 296a CO ne sont pas des plus clairs à cet égard), il faut retenir que le montant normal du loyer correspond à ce que le bailleur doit dépenser pour procurer cette chose au locataire et la maintenir en l'état (cf.

²⁰ FF 1985 I 1377 s. ; FF 1999 I 9131 s. ; JUNOD (n. 14), n° 9 ss *ad* art. 34septies Cst. ; BARBEY (n. 19), p. 45 s.

²¹ HIGI (n. 3), n° 10 s. *ad* art. 257 CO ; LACHAT (n. 3), p. 54 s.

art. 269 CO)²². Or, si on retient que structurellement le locataire est la partie faible au contrat de bail²³, force est d'admettre qu'il n'est à ce titre pas en mesure de négocier librement le montant du loyer lors de la conclusion du contrat (cf. art. 270 CO) ou en cours de bail (cf. art. 270a et 270b CO). Le risque existe donc que le bailleur profite de cette situation de faiblesse pour lui imposer un loyer disproportionné, parce que sortant du rapport d'échange correct défini aux art. 257 et 269 CO²⁴. Les art. 269 ss CO, qui permettent au locataire d'obtenir la correction du loyer abusif, présentent ainsi une analogie avec l'art. 21 CO, qui sanctionne la lésion²⁵.

- Les règles sur l'annulation du congé concrétisent l'art. 2 CC : l'art. 271a CO donne une liste d'exemples de congés abusifs, car donnés par le bailleur contrairement aux règles de la bonne foi (il s'agit notamment des congés représailles, des congés pression et des congés vente, cf. art. 271a lit. a à c CO) ; l'art. 271 CO est une clause générale, subsidiaire à l'art. 271a CO, qui permet notamment de sanctionner un abus par le bailleur de son droit à la résiliation (cf. art. 2 al. 2 CC), qui ne rentre pas dans les cas visés à l'art. 271a CO (exemple : congé purement chicanier, dont le motif n'est qu'un prétexte)²⁶.
- Les règles sur la prolongation du bail (art. 272 ss CO) peuvent quant à elles se rattacher au principe, exprimé par exemple aussi aux art. 337c, 377 ou 404 CO, selon lequel la partie victime d'une résiliation ne sanctionnant pas son comportement déloyal peut exiger de l'autre qu'elle tienne compte du fait que le congé peut lui être préjudiciable, dans la mesure où elle comptait raisonnablement avec le maintien du contrat. En matière de bail, il est logique d'accorder à cet égard au locataire une prolongation du contrat et non une indemnité pécuniaire (comme le prévoient les art. 337c, 377, 404 al. 2 CO), puisque le bail lui concédait la jouissance d'une chose²⁷.
- Enfin, l'obligation pour le bailleur de notifier la résiliation du bail ou la majoration de loyer au moyen d'une formule officielle, qui explique comment le locataire doit procéder pour faire valoir les droits que lui

²² FF 1985 I 1470.

²³ *Supra*, II.A.

²⁴ Cf. LACHAT (n. 7), p. 180 ss.

²⁵ HIGI (n. 3), n° 184 ss *ad* Intro. aux art. 269-270e CO ; FETTER Sébastien, *La contestation du loyer initial*, Berne 2005, n° 21 s. et 28.

²⁶ FF 1985 I 1439 ss ; SJ 2003 I 261 ; HIGI (n. 3), n° 15 ss *ad* art. 271 CO ; BARBEY (n. 19), p. 115 ss.

²⁷ Cf. JUNOD (n. 14), n° 9 *ad* art. 34septies Cst. Voir aussi les art. 261a al. 3 et 266g al. 2 CO, qui permettent au locataire d'obtenir une indemnité dans des cas où, vu l'art. 272 al. 2 CO, il n'obtiendra pas de prolongation du bail, ou seulement une prolongation très courte, alors même que la résiliation ne tend pas à sanctionner son comportement fautif (cf. art. 272a CO), cf. LACHAT (n. 3), p. 494.

confèrent les art. 269d et 271 ss CO repose elle aussi sur des principes classiques du droit des obligations. En matière de résiliation, l'exigence de la formule officielle peut se rapporter à l'idée qu'il convient d'attirer l'attention d'une partie sur les effets particulièrement stricts que peut entraîner son comportement (soit, s'agissant de la résiliation, sur le fait que la non saisie de la commission de conciliation dans le délai de trente jours de l'art. 273 CO entraînera l'entrée en force du congé). Cette idée fonde par exemple également l'exigence de la forme authentique en matière de vente immobilière (art. 216 CO) ou de cautionnement (art. 493 al. 2 CO). En matière de loyers, l'exigence de la formule officielle peut se rattacher à l'idée tout aussi classique qu'il faut attirer l'attention d'une partie sur le fait qu'un contrat déroge de façon inusuelle et à son désavantage au régime ordinaire (cf. par exemple le traitement des clauses insolites dans les conditions générales)²⁸. En effet, le mécanisme de la contestation du loyer s'écarte du principe « *qui ne dit mot ne consent pas* », puisque, d'après l'art. 269d CO, le locataire doit se laisser opposer une majoration de loyer s'il n'a pas saisi l'autorité judiciaire dans les trente jours suivant la notification de la hausse par le bailleur. On présume donc que le locataire qui se tait accepte l'offre de modifier le contrat présentée par le bailleur, quand bien même elle lui est défavorable²⁹. Notons en passant que le CO 1881 posait déjà le principe exprimé dans l'exigence de la formule officielle en matière de hausse de loyer, puisqu'il prescrivait la forme écrite pour les baux immobiliers qui s'écartaient du droit dispositif sans que cela ait été expressément réservé lors de la conclusion du contrat (cf. art. 275 du CO de 1881, non repris dans le CO de 1911)³⁰.

Les instruments que le CO utilise pour concrétiser les limites posées à la liberté contractuelle du bailleur en matière de loyer et de résiliation sont également typiques du droit privé : les art. 253 ss CO n'instaurent aucun contrôle administratif des prétentions du bailleur. Ils confèrent seulement au locataire la faculté d'obtenir par voie d'action la réduction d'une prétention abusive du bailleur (art. 269 ss CO) ou la constatation de la nullité du congé (art. 266o CO), son annulation ou la prolongation du bail (art. 271 ss CO)³¹.

Tout cela montre que les solutions retenues dans les règles du CO consacrées à la protection du locataire ne tendent pas à faire systématiquement primer son intérêt sur celui du bailleur, mais à établir un équilibre entre eux.

²⁸ Cf. p.ex. ATF 119 II 443.

²⁹ LACHAT (n. 7), p. 168, note 81. Voir aussi WEBER Roger, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 3^e éd. Bâle 2003, n° 1 s. *ad* art. 269d CO et l'ATF 124 III 67, JdT 1999 I 111 (application de l'art. 6 CO lorsque le bailleur propose une baisse de loyer au locataire).

³⁰ PETERMANN (n. 11), p. 16. Pour le texte de l'art. 275 du CO de 1881, voir FASEL Urs, *Handels- und obligationenrechtliche Materialien*, Berne/Stuttgart/Vienne 2000, p. 1318.

³¹ JUNOD (n. 14), n° 17 *ad* art. 34septies Cst.

On en veut pour preuve supplémentaire le fait que chaque fois que le législateur a adopté en droit du bail une règle qui restreint la liberté individuelle du bailleur de façon plus sévère que ce que prévoit le régime normal, il a en quelque sorte compensé cette situation en subordonnant la faculté pour le locataire d'obtenir le respect de cette règle à la réalisation de conditions plus strictes que celles qui résulteraient du droit général des contrats. Par exemple, à la différence de ce que prévoit l'art. 21 CO, le locataire peut contester le loyer abusif sans établir qu'il se trouvait concrètement dans une situation de faiblesse dont le bailleur a sciemment profité. Mais il doit se laisser opposer une hausse qu'il n'a pas contestée dans les trente jours suivant sa notification, en dérogation à la règle «*qui ne dit mot ne consent pas*»³². Autre exemple: l'art. 271 CO permet au locataire d'échapper aux effets d'un congé abusif, même si l'abus de droit du bailleur n'est pas manifeste. Pour compenser cette solution qui déroge en défaveur du bailleur à l'art. 2 al. 2 CC, le législateur n'a pas retenu la nullité absolue d'un tel congé, mais seulement son annulabilité³³.

IV. Conclusion

Les développements qui précèdent montrent que notre droit du bail se réduit en somme à la recherche du (juste) milieu³⁴.

Il est le produit de l'évolution de la société depuis la seconde moitié du XIX^e siècle. Comme ailleurs en Europe, la révolution industrielle a alors entraîné l'accroissement et l'urbanisation de la population, avec pour conséquence une augmentation du nombre de locataires. Le législateur s'est à ce moment rendu compte que la propriété individuelle ne constituait pas forcément le mode normal d'accès au logement. En effet, le CO de 1881 n'a pas traité le droit du bail comme une branche des droits réels (ainsi que le faisaient des législations plus anciennes) mais l'a rangé dans le droit des contrats. Il a ainsi reconnu que l'intérêt du locataire à la jouissance d'un logement était aussi important que celui du bailleur à disposer librement de son bien³⁵. Au cours du XX^e siècle, le législateur a pris acte de la faiblesse structurelle du locataire, puisque les arrêtés fédéraux adoptés pour faire face à des situations de grave crise (guerre, crise économique profonde) se sont en définitive appliqués presque sans interruption de 1911 à 1990. Le nouveau droit du bail

³² Cf. HIGI (n. 3), n° 185 *ad* Intro. aux art. 269-270e CO.

³³ FF 1985 I 1439.

³⁴ Cf. BYDLINSKI Franz, «Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft», in *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen 2004, p. 309 ss, spéc. p. 338 ss.

³⁵ Cf. PETERMANN (n. 11), p. 5 s.

entré en vigueur en 1990 a pris acte de cette évolution. Sa fonction n'est pas de faire primer systématiquement les intérêts d'une des parties au bail sur ceux de l'autre partie, mais de préserver l'équité du contrat, comme si bailleur et locataire avaient chacun la même aptitude concrète à déterminer librement son contenu³⁶.

Cela ne signifie pas que le droit du bail ne mérite aujourd'hui aucune révision. Certes, une réforme du droit du bail dans un sens qui s'écarterait de la voie équitable tracée par le droit actuel serait certainement vouée à l'échec, comme le montrent les rejets successifs en votation populaire, en 2002 puis en 2004, de l'initiative de l'ASLOCA « Pour des loyers loyaux » et du contre-projet indirect du Conseil fédéral. En revanche, dans la mesure où les art. 253 ss CO se rapportent à des principes communs à tout le droit des contrats, il est nécessaire de s'interroger sur une généralisation de ce droit, c'est-à-dire sur la transformation de la Partie spéciale du CO (art. 184 ss CO) en une codification horizontale, intégrant notamment des règles propres à tous les contrats de durée, en particulier concernant leur résiliation, ou encore des règles communes à tous les contrats où se manifeste une dissymétrie sociale entre les parties, tels les baux d'habitations et certains baux commerciaux, ou encore les contrats relevant du droit de la consommation (p. ex. le contrat de crédit à la consommation, le contrat de *leasing*, ou le contrat de voyage à forfait)³⁷. Cette démarche éviterait les écueils d'une réflexion par trop centrée sur le type de contrat en cause (notamment le problème, connu en droit du bail, des contrats composés ou complexes, tels le contrat de conciergerie ou de station-service) et permettrait de combler les lacunes actuelles de la Partie générale en ce qui concerne le contrat (notamment le contrat de durée). Elle prendrait acte en outre de la place croissante que prend le contrat comme mécanisme de régulation des rapports sociaux, non seulement en droit privé, mais aussi en droit public³⁸.

³⁶ A ce propos, cf. *supra* note 17, les références citées à la note 16.

³⁷ Dans ce sens, cf. p. ex. déjà les art. 112 ss LDIP ou 21 ss LFors. Voir aussi DASSER Felix, « Vertragsrecht ohne Vertragstypenrecht? », in *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey*, Zurich 2003, p. 207 ss; KRAMER Ernst A., « Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts », in RDS 2005 I 421 ss; TERCIER (n. 17), p. 220 ss.

³⁸ A ce propos, cf. p. ex. MOOR Pierre, « L'opposition entre droit public et droit privé: un état de la question », in *L'homme et l'Etat, Mélanges Thomas Fleiner*, Fribourg 2003, p. 639 ss, spéc. p. 655 s.

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

CHRISTINE CHAPPUIS*

Professeure à l'Université de Genève

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

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

Le législateur suisse accorde ses faveurs à certains¹, les refuse à d'autres² et les distribue ailleurs avec parcimonie³. Il ne semble guère – c'est presque vexant – s'intéresser au droit des obligations. Je me propose de réfléchir à la question de savoir si le vent d'harmonisation internationale qui souffle au-dehors peut être une source d'inspiration pour le législateur helvétique. Le champ de cette étude porte principalement sur la partie générale du Code des obligations.

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

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

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

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

Si l'harmonie se définit comme un «accord d'idées [...] entre plusieurs personnes»⁴, l'harmonisation appliquée au droit vise le phénomène de réduction de la diversité des règles juridiques prévues par les ordres juridiques nationaux. Dans le présent cadre, elle peut ainsi être définie comme la mise en accord du droit suisse des obligations avec les règles développées à l'extérieur de nos frontières. Sans examiner si l'harmonisation internationale du droit est en soi souhaitable ou non⁵, je montrerai, à titre introductif, pourquoi l'harmonisation internationale du droit des obligations, un phénomène aujourd'hui constatable, est susceptible d'inspirer le législateur suisse (I). Il s'agira ensuite de vérifier s'il existe un besoin de légiférer en droit des obligations (II.), avant d'examiner ce qu'a fait le législateur et ce qu'il pourrait améliorer (III.), puis de conclure (IV.).

I. L'harmonisation internationale, muse par excellence

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

Les instruments de hard law

Les conventions internationales de droit matériel représentent la méthode d'harmonisation la plus complète, car elles aboutissent à un ensemble de règles uniformes applicables dans les Etats membres des conventions considérées. La vente internationale de marchandises en est un exemple de premier choix, puisqu'elle est soumise aux règles uniformes de la Convention de Vienne de 1980, en Suisse comme dans les soixante-sept⁶ autres Etats membres. Le succès de cette convention a pour effet que les mêmes règles sont en vigueur dans la plus grande partie du monde (la plupart des Etats de

⁴ Le Petit Larousse, 2006.

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

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

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

D'autres conventions dans le domaine du droit des contrats ont été moins bien reçues, ainsi la Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises du 17 février 1983 qui devait compléter cet aspect important de la vente internationale. Ratifiée par un nombre insuffisant d'Etats, elle n'est pas entrée en vigueur⁸. Le crédit-bail et l'affacturage font l'objet de deux Conventions d'Unidroit⁹ qui ne sont pas entrées en vigueur non plus. La cession de créances, réglée par une Convention des Nations Unies¹⁰, certes récente (2001), figure également sur la liste (provisoire?) de quelques oubliées des législateurs.

Les instruments de soft law

La méthode classique de la convention internationale instituant des règles uniformes obligatoires pour les Etats membres a, depuis quelques décennies, montré des signes d'essoufflement¹¹. C'est ainsi que s'est imposée l'idée de règles de droit non contraignantes, qualifiées de *soft law*¹². Différentes œuvres émanant d'organismes publics ou privés, comme la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)¹³ ou l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)¹⁴, ont ainsi vu le jour sous forme de lois modèles, de principes généraux ou de guides juridiques.

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

⁷ Voir KENFACK DOUJANI, p. 194 ss et réf. cit. n. 14.

⁸ CR CO I-CHAPPUIS, CO 32 N 8.

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

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

¹¹ BASEDOW (Uniform law), p. 129 s.

¹² Cf. WIDMER (Codification), N 3-7.

¹³ <http://www.uncitral.org/>

¹⁴ <http://www.unidroit.org/>

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

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

L'europanisation du droit suisse des contrats

Le droit des contrats des Etats membres de l'Union européenne est sans conteste influencé par les nombreuses Directives relatives notamment à la protection des consommateurs et des travailleurs¹⁷. La Suisse s'est partiellement jointe à ce mouvement en décidant de transposer volontairement certaines directives européennes¹⁸. Les règles relevant des domaines dans lesquels des directives ont été adoptées font l'objet d'une harmonisation au moins relative¹⁹.

Autres moyens d'harmonisation

Des méthodes plus indirectes d'harmonisation méritent également une mention. Les décisions étatiques ou arbitrales rendues en application de textes internationaux n'émanent certes pas d'une instance unique, seule garante d'une application uniforme des textes. Toutefois ces décisions, pour autant qu'elles bénéficient d'une diffusion suffisante²⁰, peuvent favoriser le rapprochement de jurisprudences nationales divergentes. Des moteurs de recherche tels que ceux de Pace University²¹, Unilex²², CLOUT²³ ou CISG-online²⁴ permettent

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

¹⁶ WIDMER (Codification), N 56.

¹⁷ Voir AMSTUTZ/PICHONNAZ/PROBST/WERRO, Directives choisies.

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

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

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

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

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

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

²⁴ <http://www.cisg-online.ch/>

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

Un exemple intéressant du rapprochement de solutions opposées, malgré un texte uniforme, est celui du délai dans lequel doit être dénoncé le défaut de conformité d'une marchandise conformément à l'art. 39 al. 1 CVIM. Dans un premier temps, le délai « raisonnable » prévu par cette disposition a été interprété de manière divergente par les juridictions nationales. La prise de conscience de ces divergences a conduit à la proposition doctrinale²⁵ de considérer qu'un délai d'un mois pouvait, de manière toute générale, être qualifié de raisonnable pour des biens durables. Une cour supérieure suisse, notamment, s'est inspirée de cette proposition dans une décision (traduite en anglais) qui a fait le tour du monde²⁶. C'est ainsi que, progressivement, l'on peut espérer une application convergente de dispositions qui révèlent des divergences fondamentales résultant, en l'espèce, du fait que pour certains ordres juridiques un délai de plusieurs mois reste raisonnable, alors que pour d'autres le caractère raisonnable du délai se compte en jours. Les commentaires doctrinaux de telles décisions profitent, eux aussi, d'une publicité nouvelle induite par les moteurs de recherche des sites mentionnés²⁷.

De la doctrine à l'enseignement, il n'y a qu'un pas. L'importance de l'enseignement, comme facteur d'harmonisation du droit, est soulignée depuis quelques années²⁸. Il s'agirait ainsi non seulement d'enseigner les solutions résultant de textes nationaux, mais de partir de la réalité de problèmes se posant au juriste pour examiner les solutions possibles développées par les différents ordres juridiques, de manière à dégager une solution désirable qui serait généralement acceptable. L'exemple des universités américaines est souvent cité, dans lesquelles l'enseignement n'est pas centré sur le droit (privé) d'un Etat, mais sur les principes communs aux Etats de la Fédération. Cela permet au juriste formé dans un Etat d'être efficace dans les quarante-neuf autres Etats. L'intérêt de l'*American Law Institute* dans la quête de l'harmonisation a conduit F. WERRO à proposer la création d'un Institut de droit européen²⁹,

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

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

²⁷ CISG-Database [<http://www.cisg.law.pace.edu/>] recense 1700 écrits doctrinaux et contient, en extraits, des commentaires importants comme ceux de SCHLECHTRIEM/SCHWENZER ou de HONNOLD.

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

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

idée reprise par le Professeur G. PETITPIERRE³⁰ pour le droit suisse dans le but de proposer un *Restatement* de la partie générale du Code des obligations.

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

II. Nécessité d'une intervention législative

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

A. Trois motifs pour ne pas intervenir

Un si beau droit supplétif

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

Qui plus est, le Code des obligations régit le domaine par excellence dans lequel il vaut le moins la peine d'intervenir. Les règles qu'il prévoit sont essentiellement de nature supplétive. Les réformer représenterait une perte de temps pour le législateur. C'est, après tout, aux parties elles-mêmes de régler leurs relations juridiques. Le principe fondateur du droit des obligations, celui de l'autonomie de la volonté, tend précisément à ouvrir cet espace de liberté aux parties³².

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

³¹ FONTAINE (Processus de formation), p. 227. Voir aussi, THÉVENOZ (Fragments de conclusions), p. 379.

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

Au surplus, toute tentative de réviser le droit des obligations suscite automatiquement une réaction négative viscérale³³. Il ne faut pas sous-estimer la valeur symbolique d'un code, ciment d'une identité nationale³⁴. Si une telle affirmation, quelque peu grandiloquente, paraît aujourd'hui dépassée, il reste que la réticence fondamentale à modifier un texte aussi important que le Code des obligations s'explique certainement, en partie du moins, par la valeur symbolique de celui-ci pour le juriste, voire le citoyen, suisse.

Le juge, un oreiller de paresse pour le législateur

Le législateur a eu la sagesse de laisser un important pouvoir au juge dans l'application des règles du droit privé, qu'il s'agisse du pouvoir d'interpréter des notions juridiques indéterminées (art. 1 al. 1 CC) ou de trancher en équité (art. 4 CC). Ce pouvoir est plus étendu encore en matière contractuelle. En effet, il est admis comme une évidence que le juge peut non seulement compléter la loi, mais également le contrat³⁵. En (bonne) théorie, on distingue d'un côté le complètement général et abstrait des règles supplétives, de l'autre, le complètement individuel du contrat lacunaire lui-même³⁶. Le juge peut compléter la réglementation légale. Il peut aussi compléter la convention des parties. Pourquoi donc prendre la peine de modifier le droit des contrats, puisque le juge peut compléter aussi bien le droit supplétif que le contrat individuel? Si l'on peut éventuellement regretter une forme de démission du législateur en faveur du juge³⁷, il n'en demeure pas moins que ce système souple a fait ses preuves.

Ne pas céder à la mode

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

B. Tant de motifs pour intervenir

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

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

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

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

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

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

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

L'obligation qui cache le contrat

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

(1) La fin des contrats de durée

La partie générale n'a prévu aucune règle sur la fin des contrats de durée. Il aurait pourtant été indispensable d'accorder à toute partie à un contrat de durée le droit d'y mettre fin moyennant un délai raisonnable³⁸. Il aurait également fallu prévoir que les contrats de durée sont susceptibles de résiliation immédiate en cas de justes motifs et déterminer les conséquences d'une résiliation immédiate injustifiée. Le législateur a réglé, dans le détail, ces questions essentielles pour les contrats de bail³⁹, de travail et d'agence⁴⁰ et, de manière plus concise, pour le contrat d'entretien viager (art. 527 CO) ou le contrat de société simple (art. 545 al. 1 ch. 7 CO). Pour les autres contrats, il «s'est contenté d'un saupoudrage dans la partie spéciale»⁴¹. Le silence est particulièrement assourdissant en matière de contrats innommés.

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

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

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

⁴¹ MARCHAND, p. 97.

Certes, le juge a fait œuvre de législateur sur ces points (art. 1 al. 2 CC). En premier lieu, la jurisprudence proscriit les contrats conclus pour l'éternité⁴², mais le fondement du principe est incertain : limitation excessive de la liberté (art. 27 al. 2 CC), exercice des droits fondés sur le contrat dans les limites des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) ou invocation abusive du contrat (art. 2 al. 2 CC), théorie de l'imprévision ou réduction téléologique d'un contrat partiellement nul (art. 20 al. 2 CO)? L'imprécision du fondement jette son ombre sur les conséquences du principe comme le montrent les décisions citées plus haut⁴³.

Sur le second point, la jurisprudence a posé en règle générale que tout contrat de durée peut être résilié immédiatement pour de justes motifs⁴⁴. Elle en a même fait un élément de l'ordre public international de la Suisse⁴⁵. En revanche, la méthode du droit prétorien montre toutes ses limites lorsqu'il faut décider des conséquences d'une résiliation injustifiée. Une telle résiliation est-elle inefficace à l'instar de la résiliation injustifiée d'un contrat de bail? Est-elle valable, mais assortie de l'obligation d'indemniser l'autre partie sur le modèle du contrat de travail? S. MARCHAND⁴⁶ a, de manière pertinente, mis en lumière cette difficulté à propos de deux arrêts du Tribunal fédéral datant de la même année⁴⁷. La première décision considère comme valable la résiliation immédiate injustifiée d'un contrat d'agence, mais impose à la partie qui résilie le paiement de dommages-intérêts. La seconde décision, en revanche, admet qu'il n'est pas contraire au droit fédéral d'ordonner à titre conservatoire l'exécution d'un contrat de distribution dans le cadre de mesures provisoires, nonobstant la résiliation notifiée par l'une des parties. Dans le premier cas, la résiliation injustifiée est considérée comme valable, alors que dans le second, elle ne déploie pas d'effet.

La contradiction entre ces deux décisions (de la même année) montre que la solution ne peut pas relever du juge dont la vision est nécessairement bornée par les cas qui lui sont soumis. Le problème des conséquences de la résiliation injustifiée d'un contrat de durée mériterait une solution dans la partie générale du Code des obligations⁴⁸.

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

⁴³ Cf. n. 42.

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

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

⁴⁶ MARCHAND, p. 101 ss, 104 ss.

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

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

(2) L'inexécution des contrats

La seconde insuffisance de la partie générale a trait au chapitre de l'inexécution⁴⁹, réglé par les art. 97 à 109 CO, sous le titre « Des effets de l'inexécution des obligations ». Ces dispositions sont doublement insatisfaisantes. Visant l'obligation, et non le rapport d'obligation, elles ne prennent pas en considération l'incidence de l'inexécution d'une obligation sur les obligations corrélatives. Sous réserve de deux dispositions relatives aux contrats bilatéraux, l'impossibilité subséquente non imputable au débiteur (art. 119 al. 2 CO) et la résolution consécutive à la demeure du débiteur (art. 107 al. 2 et 109 CO), le sort du contrat reste incertain sur la base de la seule partie générale. La possibilité de résoudre le contrat en cas d'inexécution fautive, préconisée par la doctrine largement majoritaire⁵⁰, n'a, jusqu'ici, pas été confirmée par la jurisprudence⁵¹.

Le système de l'inexécution est, en outre, insatisfaisant en ce qu'il se concentre sur les causes de l'inexécution et reste plus que laconique sur les conséquences de celle-ci, soit les moyens à disposition créancier en cas d'inexécution. L'unique moyen prévu est celui de l'indemnisation du dommage subi par le créancier (art. 97 al. 1 CO). Nulle place pour la résolution comme moyen généralement ouvert au créancier, sans parler de la réparation, du remplacement ou de la réduction de la contre-prestation. Ce sont les règles applicables à certains contrats spéciaux qui permettent de reconstituer la panoplie complète des moyens ouverts au créancier. Et encore, la jurisprudence a-t-elle dû inventer la réduction de la rémunération due au mandataire en cas de mauvaise exécution du mandat⁵². Les sanctions de l'inexécution sont boiteuses, conçues dans un équilibre instable entre les deux parties du Code des obligations. Si l'on peut s'en contenter tant qu'un contrat trouve effectivement une réglementation dans la partie spéciale, il n'en va pas de même pour les contrats innommés. On peut se demander s'il s'agit là d'un souci de professeurs. Comme l'a abondamment montré le débat suscité par un chariot élévateur (sans commande automatique) devenu fameux⁵³, un système écartelé entre la demeure, prévue par la partie générale, et les garanties de la partie spéciale conduit à de fâcheux problèmes de délimitation, donc d'insécurité juridique.

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

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

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

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

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

La comparaison avec les instruments internationaux (CVIM, PU, PE) est particulièrement révélatrice sur ce point. Ceux-ci connaissent un système centré, non sur les causes de l'inexécution, mais sur le « manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations » (art. 7.1.1 PU)⁵⁴ et prévoient un catalogue de moyens ouverts au créancier lorsque les conditions en sont réunies. Un tel système permet de résoudre les problèmes d'inexécution de manière plus harmonieuse⁵⁵.

Le contrat de services de durée : inconnu au bataillon

Les contrats nommés, pour l'essentiel, par le législateur de 1881, ne rendent pas compte de la réalité économique à laquelle est confronté le juriste du début du 21^e siècle. Le siècle dernier a été celui d'un développement effréné du secteur tertiaire⁵⁶, qui s'est traduit – sur un plan strictement juridique – par l'invention de nouveaux types de contrats, en particulier dans le domaine des services⁵⁷. La partie spéciale du Code des obligations se fonde sur une classification des contrats selon leur objet : aliénation, mise à disposition de biens, services rendus à titre dépendant ou indépendant et, au sein de cette dernière catégorie, services indépendants de résultat et de moyens. Or, le Code des obligations ne connaît, pour tout contrat de service indépendant, que le contrat d'entreprise (dit de résultat) et le contrat de mandat (dit de moyen). Pour satisfaisante qu'elle paraisse, cette opposition est plus que réductrice du point de vue des services susceptibles d'être promis. Elle ne fait en tout cas pas justice à l'inventivité des acteurs du commerce national et international, ni aux besoins de ceux-ci.

Le choix fondamental entre mandat et entreprise proposé par la partie spéciale ne suffit plus. L'élément de durée n'est pris en compte ni par les règles sur l'entreprise, ni par celles sur le mandat. Même si la durée intervient dans l'exécution de l'ouvrage comme dans celle du service faisant l'objet d'un mandat, ni l'entrepreneur ni le mandataire ne promettent l'exécution d'une dette durable⁵⁸. Le choix trop limité entre mandat et entreprise engendre deux difficultés s'agissant des contrats de services de durée, qui ne font que refléter

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

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

⁵⁶ DESSEMONTET, p. 105 s.

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

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

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

(1) La fin des contrats de services de durée

Dans la mesure où les parties font usage de leur liberté contractuelle et fixent elles-mêmes la durée du contrat, la fin d'un contrat de services de durée ne devrait pas causer de problèmes majeurs. Toutefois, si le rapport doit être qualifié de mandat, le rédacteur se heurte à l'art. 404 CO dont le caractère impératif, quoique vivement controversé, est toujours admis par le Tribunal fédéral⁵⁹. La qualification de mandat empêche une réglementation conventionnelle adéquate de la durée du fait que l'art. 404 CO fait échec à un terme et/ou une durée contractuels. Il en va de même lorsqu'un contrat est qualifié d'innommé (à la fois mixte et *sui generis*), mais soumis à l'art. 404 CO en raison du rapport de confiance entre les parties, malgré le fait que ce contrat (« de collaboration ») ait été conclu pour une durée déterminée et qu'il ne soit résiliable que pour de justes motifs ou d'un commun accord⁶⁰. Cette jurisprudence est plus que problématique pour le praticien confronté à la rédaction de clauses relatives à la fin d'un contrat de services de durée⁶¹.

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

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

La doctrine majoritaire critique, en effet, le caractère impératif de l'art. 404 CO: GAUCH (Auftrag), *passim*, montre l'incohérence de la jurisprudence du Tribunal fédéral quant à l'application de l'art. 404 CO aux contrats de durée; MORIN (Mandat), p. 139 s.; TERCIER, N 4798 ss, 4934 et réf. cit.; BSK OR I-WEBER, art. 404 CO, N 9 ss. Voir également B. CHAPPUIS, p. 362 ss et sa proposition de modification de l'art. 404 CO en p. 367.

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

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

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

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

Le second problème empêchant un traitement juridique prévisible des contrats de services de durée a trait à l'inexécution. Le choix porte sur la garantie de l'entrepreneur pour les défauts (art. 367 à 371 CO) ou la responsabilité du mandataire (art. 398 CO). Ces règles ne tiennent pas non plus compte de la durée des services rendus, puisque les deux modèles considérés ne visent pas des rapports durables. Si le cocontractant lésé a la malchance de voir le contrat qualifié de contrat d'entreprise – portant, le cas échéant, sur un ouvrage immatériel⁶³ – il se verra opposer la prescription courte de la garantie de l'entrepreneur (art. 371 al. 1 CO renvoyant à l'art. 210 al. 1 CO) au lieu de bénéficier de la prescription longue d'une prétention en responsabilité contre le mandataire (art. 398 et 127 CO)⁶⁴.

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

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

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

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

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

La prescription erratique

Un autre défaut du droit suisse des obligations a été récemment mis en lumière. Il concerne les règles sur la prescription. La publication presque simultanée de la troisième partie des Principes Européens (2003) et du chapitre 10^e des Principes d'Unidroit (2004) a fait office, si besoin était, de révélateur des carences que présente le régime suisse de la prescription. L'un des rapporteurs de langue allemande à la Société suisse des juristes en 2003, P. LOSER-KROGH, a ainsi relevé que le droit de la prescription méritait une révision d'ensemble⁶⁵.

L'on pourrait multiplier les exemples de contorsions jurisprudentielles destinées à résoudre les problèmes liés à la prescription. La valse entourant actuellement les prétentions en remboursement fournit une belle illustration de la difficulté. Si la prétention en remboursement est d'ordre contractuel, elle bénéficie du délai décennal de l'art. 127 CO; fondée sur l'enrichissement illégitime, elle est généralement prescrite au moment où l'ayant droit s'avise de l'existence de sa prétention (art. 67 al. 1 CO). Le pronostic sur la question de savoir si une prétention en remboursement est atteinte par la prescription ou non est, plus que jamais, aléatoire⁶⁶.

Second exemple, la pratique – aussi répandue que justifiée – de la renonciation à la prescription souffre d'une double incertitude, quant à sa validité de principe et quant à ses effets. Le Tribunal fédéral vient d'y mettre un terme en modifiant sa jurisprudence antérieure dans une décision⁶⁷ qui tente de donner un sens raisonnable aux art. 129 et 141 al. 1 CO. Les praticiens auront été heureux d'apprendre, en premier lieu, que les déclarations de renonciation à la prescription – qu'ils reçoivent depuis des décennies dans la crainte que leur validité ne soit ultérieurement remise en cause – sont bel et bien valables, pour autant qu'elles n'interviennent pas avant la naissance de l'obligation. En second lieu, la faculté de renoncer à la prescription est reconnue tant pour les délais fixés « dans le présent titre » (i.e. le Titre III^e, De l'extinction des obligations) que pour tous les autres délais, nonobstant l'art. 129 CO⁶⁸. L'on apprend, enfin, qu'il est possible de renoncer à la prescription pour une certaine durée⁶⁹. En revanche l'arrêt ne précise pas si la

⁶⁵ LOSER-KROGH, p. 197 ss, 217 s.

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

⁶⁷ ATF 132 III 226 c. 3.3.

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

⁶⁹ Dans ce sens déjà, CR CO I-PICHONNAZ, CO 141 N 4.

renonciation sans indication de durée équivaut toujours⁷⁰ à une interruption de la prescription faisant repartir un délai identique au délai initial⁷¹. Tel est probablement le cas.

Il convient, en conclusion, de donner raison à P. LOSER-KROGH: la prescription, elle aussi, prend l'eau. Le récipiendaire du présent ouvrage, dans la première de ses quatre illustrations de l'incohérence actuelle de la partie générale du Code des obligations⁷², me conforte dans cette appréciation.

La restitution des profits illégitimes : mystérieuse et troublante

L'on revient volontiers à ses premières amours. J'ai développé, voici une quinzaine d'années, la restitution des profits illégitimes comme une sanction possible de la violation d'un contrat⁷³. Hérésie pour certains, l'idée fait pourtant son chemin dans la jurisprudence⁷⁴ et la doctrine⁷⁵. Elle a ainsi notamment convaincu celui auquel ces lignes s'adressent⁷⁶. Les praticiens commencent à s'y intéresser. L'enjeu est de taille, car les montants réclamés peuvent être considérables. Il s'agit d'inverser le raisonnement classique, tournant le dos au dommage subi par la partie lésée pour s'intéresser aux profits réalisés par l'autre partie par suite de la violation de ses devoirs. C'est sur l'art. 423 CO que se fonde la remise du gain⁷⁷. De par son caractère général, la remise du gain mériterait quelques précisions et une place dans la partie générale⁷⁸, ce d'autant plus que, depuis une vingtaine d'années, le législateur complète la réparation du dommage par une action en remise du gain dans les cas d'atteinte à la personnalité, d'acte de concurrence déloyale ou de violation de droits de propriété intellectuelle⁷⁹.

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

⁷¹ CR CO I-PICHONNAZ, CO 141 N 4.

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

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

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

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

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

⁷⁷ TERCIER, N 5372; CR CO I-PETITPIERRE, CO 62 N 47-49; PETITPIERRE (Enrichissement illégitime), *passim*; CR CO I-HÉRITIÈRE-LACHAT, CO 423 N 17. Certains auteurs préfèrent rattacher la remise du gain à l'enrichissement illégitime: par ex., SCHLUEP, *passim*.

⁷⁸ Parmi beaucoup, CR CO I-HÉRITIÈRE-LACHAT, CO 423 N 3.

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

Deux propositions ont été formulées. La première⁸⁰ (d'un point de vue chronologique) consisterait à introduire un nouveau Chapitre IV – intitulé « De l'obligation de remettre le gain » – après celui relatif à l'enrichissement illégitime, dans le Titre I^{er} (De la formation des obligations) du Code des obligations. La seconde, développée dans une thèse récente de valeur⁸¹, préconise la suppression de l'art. 423 CO à la faveur d'une révision complète des règles sur l'enrichissement illégitime.

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

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

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

⁸⁰ CHAPPUIS (Restitution), p. 346 s.

⁸¹ BÜRGI-WYSS, p. 279-285.

⁸² La question de savoir si les parties peuvent choisir les Principes d'Unidroit à titre de droit applicable au contrat sur la base de l'art. 116 al. 1 LDIP est controversée. Le récent ATF 132 III 285 c. 1.2 y fait une allusion, mais ne tranche pas. En effet, les parties avaient choisi les « FIFA rules » (c. 1), auxquelles la qualité de « droit applicable » est refusée (à juste titre).

Il ne paraît, en revanche, pas douteux que les Principes d'Unidroit puissent être choisis à titre de « règles de droit » au sens de l'art. 187 al. 1 LDIP dans le cadre d'un arbitrage international. Sur cette question, voir récemment, ДУТОВ, p. 387, favorable à l'application des Principes d'Unidroit par élection de droit également devant les juridictions étatiques conformément à l'art. 116 al. 1 LDIP.

Dans l'hypothèse où une véritable élection de droit ne serait pas admise, il reste aux parties la possibilité d'incorporer les Principes d'Unidroit dans le contrat par un renvoi, comme elles le feraient de conditions générales, ce qui rendrait ceux-ci applicables à titre de *lex contractus* (*nur aber immerhin*).

III. Mais que fait le législateur ?

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

A. Ce qu'il a fait

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

Les petites et les grandes modifications du CO

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

La partie générale est restée relativement stable au cours du siècle dernier. La modification la plus importante, en nombre de dispositions, si ce n'est du point de vue de leur application, concerne l'introduction d'un droit de révocation en matière de démarchage à domicile (art. 40a à 40f CO)⁸³. Ces dispositions, d'inspiration européenne⁸⁴, ont été modifiées à la faveur de la procédure *Swisslex*⁸⁵. La motivation en est à chercher dans un engouement consumériste, accentué par l'échec de l'adhésion de la Suisse à l'Espace Economique Européen, que B. STAUDER a cependant qualifié de « phénomène passager »⁸⁶.

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

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

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

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

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

les animaux (art. 42 al. 3 et 43 al. 1^{bis} CO)⁸⁷, que le législateur a introduites pour un motif d'ordre sentimental, avant tout⁸⁸. Plus fondamentale est l'introduction d'un nouveau chef de responsabilité incombant au titulaire d'une clé de signature (art. 59a CO)⁸⁹. Cette disposition est liée à la partie de l'Avant-projet de loi sur le commerce électronique que le Conseil fédéral, suite à l'intervention des milieux économiques, a conservée: la signature électronique a été introduite en 2005⁹⁰, alors que le reste du projet a été abandonné⁹¹. La nécessité de légiférer en matière de signature électronique était d'ordre économique.

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

Quant à la partie spéciale, elle a été davantage corrigée en un siècle d'existence. En tête de liste, champion toutes catégories, le contrat de travail se singularise par les fréquentes et substantielles modifications qui l'ont affecté. Etant donné l'importance sociale et économique du contrat de travail, cela n'est guère étonnant. Ce qui étonne davantage aujourd'hui, ce sont les motivations de la refonte générale de 1971⁹⁴, qui ne tiennent pas tant à un besoin de protection du travailleur qu'à la nécessité de codifier et de clarifier

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

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

⁸⁹ FF 2003 7493.

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

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

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

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

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

le droit du travail. Il faudra attendre 1988⁹⁵ pour que resurgisse le besoin de protection du travailleur en cas de licenciement. Outre cela, il ne se passe presque pas une année sans modification des règles sur le contrat de travail, que l'on pense aux assurances sociales et à la prévoyance professionnelle, aux travailleurs détachés ou à la formation professionnelle, au service civil ou à l'égalité entre hommes et femmes, ou encore au transfert des rapports de travail (une autre conséquence du rejet de l'Accord EEE)⁹⁶. Une liste précise et exhaustive serait trop longue à établir⁹⁷.

Le contrat de bail occupe une place de choix dans la liste des viennent ensuite. Il a fait l'objet d'une révision⁹⁸, plus tardive que celle du contrat de travail, mais totale, elle aussi. L'importance sociale et économique du bail n'est plus à démontrer. Le but protecteur des locataires est ici indéniable, comme l'indiquent les titres des chapitres II et III des dispositions du Code des obligations sur le bail (Protection contre les loyers abusifs, Protection contre les congés). La révision a également emporté un regroupement des dispositions applicables, puisque l'Arrêté fédéral de 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL) a été intégré aux dispositions du contrat de bail⁹⁹.

Deux modifications plus anciennes, mais substantielles, méritent une mention. Une grave crise des cautionnements, sous le poids desquels nombreux étaient ceux qui s'écroulaient, a conduit au dépôt d'un postulat en 1933, le premier d'une longue série¹⁰⁰ demandant une protection plus efficace de la caution. Le législateur, reconnaissant le rôle essentiel du cautionnement comme moyen de crédit, a adopté des règles propres à améliorer « la situation de la caution, sans entraver le crédit de cautionnement dans ce qu'il a de sain et d'utile à l'économie nationale. »¹⁰¹. Aux intérêts économiques en jeu se mêlait la nécessité de protéger les débiteurs¹⁰².

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

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

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

⁹⁷ Cf. not. WYLER, p. 291, 341.

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

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

¹⁰⁰ FF 1939 II 857 s.

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

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

analogue à celle dont les voyageurs de commerce bénéficient déjà. »¹⁰³. L'éventuelle assimilation aux voyageurs de commerce ne tenait pas suffisamment compte de l'indépendance caractéristique de l'activité des agents. Reconnaisant que « les dispositions relatives aux contrats qui dérivent du mandat ne suffisent pas, parce que nous avons ici affaire à un rapport de droit durable »¹⁰⁴, le Conseil fédéral a admis l'existence d'une lacune de la partie spéciale, qu'il devenait urgent de combler. Le besoin était établi. Bien avant la moindre influence européenne¹⁰⁵, le contrat d'agence a ainsi été admis au club très fermé des contrats nommés (art. 418a à 418v CO)¹⁰⁶, complété par la vente à tempérament (art. 226a à 226m CO, aujourd'hui abrogés), avec paiements préalables (art. 227a à 228 CO) et la vente d'immeubles agricoles (art. 218bis à 218quinquies CO, aujourd'hui abrogés).

Du milieu du 20^e siècle, revenons au début du siècle présent. Le courtage matrimonial ou, plus exactement, le « mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat » vient de prendre place aux art. 406a à 406h CO, en tant que Chapitre premier *bis*, à la suite du mandat proprement dit (art. 394 à 406 CO). Le « nouveau droit du divorce » est à l'origine de ce dernier arrivé parmi les contrats nommés¹⁰⁷. Au but de l'art. 416 aCO, qui était d'éviter une commercialisation du mariage, s'est substituée la protection (apparemment) nécessaire des clients d'une agence matrimoniale contre les abus de certains courtiers¹⁰⁸.

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

La ratification de conventions internationales de droit uniforme

La Suisse a adhéré à un certain nombre de conventions internationales contenant des règles de droit uniforme¹⁰⁹. L'on pense en particulier au droit de change (lettre de change, billet à ordre et chèque¹¹⁰, mais aussi au transport international de marchandises par route (CMR)¹¹¹ et en navigation intérieure

¹⁰³ FF 1947 II 684.

¹⁰⁴ FF 1947 II 685.

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

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

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

¹⁰⁸ FF 1996 I 1, 177 s.

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

¹¹⁰ RS 0.221.554.1, RS 0.221.555.1.

¹¹¹ RS 0.741.611.

(CMNI)¹¹². Il a également fait siennes les règles européennes sur la computation des délais¹¹³.

Le législateur a, surtout, ratifié la Convention des Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (Convention de Vienne)¹¹⁴. Les Chambres ont adopté, à l'unanimité¹¹⁵, ces règles uniformes sur la vente internationale. Les parlementaires étaient conscients du fait que les règles d'origine internationale étaient susceptibles d'entrer en contradiction avec l'ordre interne de la vente. Exemple a été pris de la limite aux prétentions en garantie fixée à deux ans par l'art. 39 al. 2 CVIM, qui est incompatible avec le délai d'un an dès la livraison du droit suisse (art. 210 al. 1 CO)¹¹⁶. Mais le législateur, dans son enthousiasme à ratifier la Convention de Vienne, a repoussé le problème. Il ne l'a pas oublié, puisque l'Avant-projet de loi fédérale sur le commerce électronique de janvier 2001 résolvait la contradiction en portant à deux ans le délai de l'art. 210 al. 1 CO. Mais on connaît le sort réservé à cette partie de l'Avant-projet¹¹⁷. La question n'a donc pas trouvé de réponse législative. Elle n'intéressait pas les milieux économiques¹¹⁸.

Dans l'attente d'une modification législative dont les perspectives s'éloignent, les tribunaux (cantonaux) ont comblé la lacune créée par la contradiction entre les règles internes et internationales de la vente. La solution genevoise a consisté à doubler le délai annal de l'art. 210 al. 1 CO (ce qui correspond à l'Avant-projet fédéral avorté), alors que les juges bernois ont modifié le point de départ du délai de l'art. 210 al. 1 CO, fixant celui-ci au moment de l'avis des défauts¹¹⁹. Le grand commentaire germano-helvétique de la Convention de Vienne¹²⁰ porte sur la scène internationale les échos de ce combat inter-cantonal homérique. Le législateur fédéral s'étant volontairement placé en retrait, l'on en reste à ces propositions cantonales divergentes. L'important, on le reconnaît volontiers, est de ne pas considérer comme prescrite selon le Code des obligations une prétention en garantie fondée selon la Convention de Vienne.

¹¹² RS 0.221.222.32.

¹¹³ RS 0.221.122.3.

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

¹¹⁵ BO CE 1989 231; BO CN 1989 1659.

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

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

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

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

¹²⁰ CISM Ko-SCHWENZER, CVIM 39 N 29 n. 88b, 88e.

La transposition volontaire des directives européennes

Au lendemain du rejet de l'EEE, on le sait, le législateur suisse a volontairement reçu, dans le cadre du programme *Swisslex*, certaines directives européennes dont le programme *Eurolex* avait prévu la transposition en vue de l'adhésion de la Suisse. C'est ainsi notamment que les lois sur la responsabilité du fait des produits et les voyages à forfait ont été adoptées¹²¹, ainsi que d'autres dispositions ou modifications¹²².

Dix ans plus tard, le Tribunal fédéral¹²³, prenant acte du phénomène, a prescrit une interprétation conforme au droit européen des dispositions suisses correspondant à des directives volontairement transposées, compte tenu des changements intervenus sur le plan européen depuis l'adoption des textes suisses en question. Même si la flamme de l'europanisation du droit privé semble aujourd'hui vacillante, du moins entre les mains du législateur¹²⁴, le Tribunal fédéral semble prêt à l'entretenir.

Ce bref survol d'une activité séculaire montre que le législateur, s'il s'est parfois laissé guider par l'harmonisation internationale (conventions de droit uniforme) ou européenne (notamment, protection des consommateurs ou des travailleurs) obéit le plus souvent, et c'est bien naturel, à des impératifs et une inspiration internes. Sécurité juridique, besoin de protection de la partie supposée faible ou nécessité de mettre de l'ordre dans des dispositions éparses¹²⁵, telles ont été les motivations principales des interventions du législateur.

B. Ce qu'il pourrait faire

Quels sont les apports possibles de l'harmonisation internationale au législateur suisse en matière de droit des obligations? Les points de vue extérieurs ont servi de révélateur des insuffisances du droit suisse des obligations décrites dans la deuxième partie¹²⁶. Il paraît naturel de s'inspirer de ces mêmes instruments internationaux¹²⁷ pour proposer des remèdes aux maux dont le droit suisse des obligations est atteint.

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

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

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

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

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

¹²⁶ Voir *supra*, II.B.

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

Après avoir constaté que la partie spéciale du Code des obligations ignore les contrats de services de durée, la question se pose : faut-il « nommer » un nouveau contrat ? Le législateur de 1947, constatant que les règles du mandat ne visaient pas les rapports de droit durables¹²⁸, a introduit le contrat d'agence. Il ne me paraît pourtant pas opportun de suivre cet exemple et d'introduire le contrat de services de durée dans la deuxième partie du CO.

Le besoin des partenaires à de tels contrats est double. D'une part, il leur faut un modèle pour le cas où ils n'auraient pas réglé toutes les questions qui se posent. D'autre part, il convient de protéger la partie plus faible ou inexpérimentée. Etant donné la diversité des contrats de services imaginables, il paraît difficile de prévoir un nouveau contrat nommé. Des dispositions adéquates de la partie générale sur l'inexécution et la fin des contrats de durée devraient suffire à combler une réglementation conventionnelle lacunaire. En ce qui concerne la protection de la partie faible ou inexpérimentée, il s'agit essentiellement d'un problème de conditions générales, le cas échéant, abusives. Il est renvoyé sur ce point aux réflexions de B. STAUDER qui appelle de ses vœux – et depuis fort longtemps – un contrôle des conditions générales en Suisse, comme dans les pays qui nous entourent¹²⁹. La transposition volontaire de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives dans les contrats de consommation de 1993¹³⁰ serait de nature à résoudre ces problèmes. Je n'y reviens pas.

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

L'inexécution des contrats

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

¹²⁸ Voir *supra*, n. 104.

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

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

Il convient tout d'abord de dépasser l'inexécution de l'obligation pour passer à celle du contrat¹³¹. Un contrat comporte généralement plusieurs obligations – qu'elles soient en rapport d'échange ou non. Il importe donc de régler de manière générale les conséquences de l'inexécution non seulement sur l'obligation affectée, mais également sur le contrat dans son ensemble.

Il faut, en second lieu, changer l'angle de vue. Au lieu d'insister sur les différentes hypothèses d'inexécution, il est préférable d'élaborer un système général de moyens à disposition du créancier, quitte à définir les conditions spécifiques à chaque moyen. La trilogie impossibilité – retard – mauvaise exécution (ou, pire, « violation positive du contrat ») a fait son temps. Cela a été abondamment démontré ailleurs¹³². Il faut lui préférer un état de fait unique, celui de contravention au contrat (ou d'inexécution) faisant naître une série de prétentions en faveur de la partie lésée. Plus de vaines tergiversations sur les conséquences de la livraison d'un chariot élévateur avec commande manuelle au lieu d'une commande automatique ou d'une Jaguar 1963 au lieu d'une Jaguar 1964¹³³. La livraison d'une pomme au lieu d'une poire (*aliud*) ne mérite pas d'être traitée différemment de la livraison d'une pomme pourrie (au sens de l'art. 197 CO)¹³⁴.

Le catalogue des moyens distinguera entre les moyens soumis à une contravention simple au contrat (la réduction de la contre-prestation ou la réparation lorsqu'elle est envisageable)¹³⁵ et ceux, comme le remplacement complet de la prestation ou la résolution du contrat¹³⁶, qui supposent une contravention qualifiée. Ces derniers moyens seront soumis soit à une vio-

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

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

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

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

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

¹³⁶ Art. 46(3) et 49 CVIM.

lation grave des obligations, soit au non respect d'un délai pour remédier au problème. Il conviendra également de régler de manière générale le rapport entre l'indemnisation du dommage et les autres moyens¹³⁷, objet de débats compliqués en droit suisse, la solution n'étant pas nécessairement la même selon le contrat en question¹³⁸.

La réflexion sur les moyens en cas d'inexécution pourrait s'étendre à une éventuelle obligation de restituer les profits illégitimes tirés de l'inexécution d'un contrat¹³⁹. Il s'agit d'une sanction que les Principes avait aussi imaginée comme conséquence de la violation d'un devoir de confidentialité lors des négociations (art. 2.1.16 PU, art. 2:302 PE). Les propositions déjà mentionnées, dont celles de A. C. BÜRGI-WYSS¹⁴⁰, pourraient trouver un certain écho dans ce cadre.

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

Au chapitre de l'inexécution, on pourrait songer, pour terminer, à biffer le mot « impossible » de l'art. 20 al. 1 CO dont le texte devrait se lire comme suit: « Le contrat est nul s'il a pour objet une chose illicite ou contraire aux mœurs ». L'impossibilité affectant l'objet du contrat est, en réalité, un problème d'exécution et non de validité du contrat, comme l'ont reconnu les Principes internationaux¹⁴². La modification proposée est simple et ne supprimerait même pas une adaptation des art. 97 ss CO.

Les exemples de codifications modernes ne manquent pas¹⁴³. Laissons-nous donc inspirer, comme d'autres législateurs avant nous¹⁴⁴!

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

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

¹³⁹ Voir *supra*, n. 73.

¹⁴⁰ Cf. *supra*, n. 81.

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

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

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

¹⁴⁴ Voir les exemples cités par DUTOIT, p. 388; KRAMER (RDS 2005), p. 424 s.; WIDMER, N 56-57.

La fin des contrats de durée

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

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

La possibilité développée par la jurisprudence¹⁴⁶ de mettre fin sans délai à un contrat en cas de justes motifs mérite d'être introduite dans la partie générale. Les conséquences d'une résiliation injustifiée devraient également être prévues. Il conviendrait à mon avis de partir de la présomption qu'une résiliation injustifiée met effectivement fin au contrat, mais oblige à indemniser l'autre partie (sur le modèle des art. 337b ss CO, et non des règles du bail)¹⁴⁷. S'agissant en effet de services, il paraît difficile de forcer les parties à rester liées dans un rapport dont l'une d'elles ne veut plus. La proximité avec le contrat de travail constitue ici un point de comparaison intéressant. C'est aussi la solution qu'adoptent les modèles CCI de contrat d'agence et de distribution exclusive¹⁴⁸.

Une règle supplétive serait utile pour déterminer les effets de la reconduction tacite d'un contrat à durée déterminée. Le contrat doit-il être reconduit pour une période de même durée que la période initiale, reconduit d'année en année¹⁴⁹ ou se transforme-t-il en un contrat à durée indéterminée (solution pour les contrats de bail et de travail)¹⁵⁰? La transformation en un contrat à durée indéterminée qui peut être dénoncé moyennant un préavis de durée raisonnable représente une solution équilibrée, moins contraignante que la reconduction pour une nouvelle période de même durée (qui peut être relativement longue).

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

¹⁴⁵ Cf. aussi, l'art. 5.1.8 PU.

¹⁴⁶ Voir *supra*, n. 44.

¹⁴⁷ Voir *supra*, n. 46 ss.

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

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

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

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

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

La prescription

Le délai de dix ans est trop long. Le délai d'un an est trop court. Pour éviter celui prévu à l'art. 67 CO, la jurisprudence a inventé toutes sortes de constructions, dont celle aujourd'hui largement admise de la restitution réciproque des prestations effectuées sur la base d'un rapport de liquidation d'ordre contractuel¹⁵¹. Pour clarifier les choses et faciliter l'utilisation de l'instrument fondamental qu'est la prescription, l'ensemble des règles y relatives méritent également d'être revues. Il n'est cependant pas nécessaire de tout réinventer. Les Principes internationaux ont défriché le terrain. Le législateur de la réforme du BGB a, quant à lui, fait passer la prescription générale de trente à trois ans¹⁵². La proposition faite par P. LOSER-KROGH à cet égard mérite d'être évoquée¹⁵³. Cet auteur a notamment relevé le caractère dispersé des règles sur la prescription, les délais trop courts, la différence entre la responsabilité extracontractuelle et contractuelle du point de vue de la prescription. Et plaidé pour un délai de prescription unique – applicable à toutes les créances – de trois ans dès la connaissance du droit (délai relatif) et de dix ans dès l'exigibilité (délai absolu), sur le modèle des Principes Européens.

Appréciation des solutions proposées

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

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

¹⁵² § 195 BGB.

¹⁵³ Cf. *supra*, n. 65.

A qui regretterait la possibilité réservée impérativement aux deux parties de mettre fin en tout temps à un contrat de services sur la base de l'art. 404 al. 1 CO, l'on répondra que le problème n'a en réalité pas trait à la réglementation de la fin du contrat, mais plutôt à la protection nécessaire d'une partie. Une protection contre des clauses abusives s'impose dans ce cadre comme ailleurs¹⁵⁴. Qu'on puisse mettre fin à un contrat de gérance immobilière moyennant, par exemple, un délai de trois mois pour une échéance annuelle n'est pas gênant, tant que reste réservée la possibilité d'y mettre fin immédiatement en cas de justes motifs et que le client est protégé contre des clauses éventuellement abusives.

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

IV. Conclusion

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

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

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

¹⁵⁴ Voir plus haut, n. 129 et 130.

Ouvrages cités

- ACADÉMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS / GANDOLFI Giuseppe (édit.), *Code européen des contrats*, Avant-projet, Livre premier, 2^e éd., Milan 2004 (cité: Code européen des contrats)
- AMSTUTZ Marc / PICHONNAZ Pascal / PROBST Thomas / WERRO Franz, *Droit privé européen, Directives choisies*, Berne 2005 (cité: Directives choisies)
- BASEDOW Jürgen, «Conclusions: Du Code Napoléon à la codification européenne – 100 ans de codification à la lumière de ses fonctions», in DUNAND Jean-Philippe / WINIGER Bénédicte (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles (Bruylant) 2005, p. 303-328 (Codification)
- BASEDOW Jürgen, «Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», *Revue de droit uniforme* 2000-1 129-139 (cité: Uniform law)
- BÜRGI-WYSS Alexander Christoph, *Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag*, thèse, Zürcher Studien zum Privatrecht 191, Zurich, etc. 2005
- CHAPPUIS Benoît, «Des mandats de durée déterminée *de lege ferenda*», in HÉRITIER LACHAT Anne / HIRSCH Laurent (édit.), *De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genève 2004, p. 359-368 (cité: Restitution)
- CHAPPUIS Christine, «Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux: Que vaut Médor?», in CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédicte (édit.), *Le préjudice, Une notion en devenir*, Genève, Zurich, Bâle 2005, p. 15-37 (cité: Animaux)
- CHAPPUIS Christine, «La compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux», in *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation, A l'occasion du 125^e anniversaire de La Semaine Judiciaire, Berne, Genève 2004, p. 305-340 (cité: Compatibilité du droit suisse)
- CHAPPUIS Christine, «L'intervention du tribunal dans le contrat, Convergence entre les Principes Unidroit et le droit suisse», in *Liber Amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage*, Paris (Litec) 2004, p. 53-69 (cité: Intervention du tribunal)
- CHAPPUIS Christine, «Enrichissement illégitime: entre contrat et gestion d'affaires», in BLANC Matthieu (édit.), *L'évolution récente du droit des obligations*, Publication CEDIDAC 61, Lausanne 2004, p. 25-50 (cité: Enrichissement illégitime)

- CHAPPUIS Christine, «La restitution des profits illégitimes, Le retour», in HÉRITIER LACHAT Anne / HIRSCH Laurent (édit.), *De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genève 2004, p. 341-348 (cité: Restitution)
- CHAPPUIS Christine, «La remise du gain: les temps sont mûrs», in WERRO Franz (édit.), *Questions fondamentales du droit de la responsabilité civile*, Berne 2002, p. 51-77 (cité: Remise du gain)
- CHAPPUIS Christine, *La restitution des profits illégitimes, Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse*, thèse Genève, Bâle et Francfort-s-l-Main 1991 (cité: Profits illégitimes)
- COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, LANDO Ole / BEALE Hugh (édit.), La Haye, Londres, Boston (Kluwer) 2000 (cité: PECL (art.) Com. ou PECL (art.) Notes)
- CORBOZ Bernard, «La réception du contrat par le juge: La qualification, l'interprétation et le complètement», in *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation, A l'occasion du 125^e anniversaire de La Semaine Judiciaire, Berne, Genève 2004, p. 269-287 (cité: Réception du contrat)
- DESSEMONTET François, «Les contrats de services», *RDS* 1987 II 93-224
- DUTOIT Bernard, «Le droit des contrats face à la globalisation des relations humaines», in *Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Zurich 2004, p. 379-393
- FARNSWORTH Allan E., «Modernization and Harmonization of Contract Law: an American Perspective», *Revue de droit uniforme*, VIII/2003-1/2, p. 97-106
- FONTAINE Marcel, «Le processus de formation du contrat dans tous ses états», in *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation, A l'occasion du 125^e anniversaire de La Semaine Judiciaire, Berne, Genève 2004, p. 227-255 (cité: Processus de formation du contrat)
- FURRER Andreas (édit.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Berne 2006
- GANDOLFI Giuseppe, «Le Code européen des contrats», in DUNAND Jean-Philippe / WINIGER Bénédicte (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles (Bruylant) 2005, p. 275-285 (cité: Code européen)
- GAUCH Peter, «Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR. Ein Kurzbeitrag zur Rechtsprechung des Bundesgerichts», *RSJ* 2005 520-525 (cité: Auftrag)

- GAUCH Peter, «Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge», in Gauch/Schmid, *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht*, Zurich 2001, p. 209 ss (cité: Auslegung)
- GAUCH Peter, *Le contrat d'entreprise*, adaptation française par Benoît Carron, Zurich 1999 (cité: Contrat d'entreprise)
- HAAS Josiane, *La responsabilité de l'entreprise en Europe: Un droit unique pour le Marché unique?*, Droit privé européen 2, thèse de Fribourg, Berne, Bruxelles 2004
- HONNOLD John O., *Uniform Law for International Sales*, 3^e éd., La Haye (Kluwer Law International) 1999
- HOFSTETTER Josef, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, in Schweizerisches Privatrecht VI/6, 2^e éd., Bâle 2000
- HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 3^e éd., Bâle, Genève, Munich 2003, (cité: BSK OR I-AUTEUR).
- JAMIN Christophe / MAZEAUD Denis (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris (Economica) 2001
- KADNER GRAZIANO Thomas, «Le futur de la codification du droit civil en Europe: Harmonisation des anciens codes ou création d'un nouveau code?», in DUNAND / WINIGER (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles (Bruylant) 2005, p. 256-274 (cité: Futur de la codification)
- KADNER GRAZIANO Thomas, «L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative – Etude de cas», *Revue suisse de droit international et de droit européen (RSDIE/SZIER)* 2004 233-254 (cité: Eupéanisation du droit privé)
- KENFACK DOUJNI Gaston, «La vente commerciale OHADA», *Revue de droit uniforme*, VIII/2003-1/2, p. 191-200
- KOLLER Thomas, «Aliud und peius: wirklich überholt? – oder: Was das CISG und das revidierte deutsche Recht dem OR (noch) voraus haben», in *Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer*, Bâle 2004, p. 531-550
- KRAMER Ernst A., «Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts», *Revue de droit suisse* 2005 I 421-433 (cité: RDS 2005)
- KRAMER Ernst A., «Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf», *recht* 1997 78-83 (cité: Aliud)

- LAITHIER Yves-Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris (LGDJ) 2004
- LEUENBERGER Christoph, «Dienstleitungsverträge», *RDS* 1987 II 7-92
- LOSER-KROGH Peter, «Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung», *RDS* 2003 II 127-233
- MARCHAND Sylvain, «Le juge face à la résiliation douteuse d'un contrat de distribution exclusive», in BLANC Matthieu (édit.), *L'évolution récente du droit des obligations*, Publication CEDIDAC 61, Lausanne 2004, p. 95-115
- MORIN Ariane, «Le droit suisse de l'inexécution à la lumière du nouveau BGB», *RDS* 2005 I 349-382 (cité: Inexécution)
- MORIN Ariane, «La jurisprudence du Tribunal fédéral publiée depuis 1994 en matière de mandat», in BLANC Matthieu (édit.), *L'évolution récente du droit des obligations*, Publication CEDIDAC 61, Lausanne 2004, p. 117-162 (cité: Mandat)
- PETITPIERRE Gilles, «La responsabilité pour inexécution: dépassée ou avantgardiste?», in *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation, A l'occasion du 125^e anniversaire de La Semaine Judiciaire, Berne, Genève 2004, p. 257-268 (cité: Responsabilité pour inexécution)
- PETITPIERRE Gilles, «Absence de cause et enrichissement illégitime: pour un retour aux sources», in *Mélanges Grosse*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, (Helbing & Lichtenhahn) 1992, p. 315-324 (cité: Enrichissement illégitime)
- PROBST Thomas, «Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrecht auf das schweizerische Privatrecht», in WERRO Franz / PROBST Thomas, *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Bern 2004, p. 13-44
- SCHLECHTRIEM Peter / SCHWENZER Ingeborg (édit.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, 4^e éd., Munich (Beck) 2004 (cité: CISG Ko-AUTEURS)
- SCHLUEP Walter R., «Über Eingriffskonditionen», in *Mélanges Paul Piotet*, Berne 1990, p. 173-213
- SCHÖNLE Herbert, *Zürcher Kommentar V/2a*, 1993, Art. 184-191 CO, 3^e éd., Zurich 1993.
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3^e éd., Berne 2003

- STAUDER Bernd, « L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats de consommation en Suisse » in *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen, Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats*, Berne 2004, p. 75-104 (cité: Questions actuelles)
- TERCIER Pierre, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2003
- THÉVENOZ Luc / WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, Munich 2003 (cité: CR CO I-AUTEUR)
- THÉVENOZ Luc, « Fragments de conclusions générales », in *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation, A l'occasion du 125^e anniversaire de La Semaine Judiciaire, Berne, Genève 2004, p. 375-382 (cité: Fragments de conclusions)
- VUILLÉTY Jean-Paul, « Résiliation extraordinaire injustifiée d'une concession de vente en droit suisse: poursuite ou fin du contrat? », *SJ* 2003 II 91-113
- WERRO FRANZ / PROBST Thomas, *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen, Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats*, Berne 2004
- WERRO FRANZ, « L'unification du droit privé en Europe: une question de légitimité culturelle », in DUNAND Jean-Philippe / WINIGER Bénédict (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles (Bruylant) 2005, p. 287-301 (cité: Unification du droit privé)
- WERRO FRANZ, « Vers un code européen des contrats? », in *Le contrat dans tous ses états*, Publication de la Société genevoise de droit et de législation, A l'occasion du 125^e anniversaire de La Semaine Judiciaire, Berne, Genève 2004, p. 341-359 (cité: Code européen)
- WERRO FRANZ, « La responsabilité du vendeur dans le commerce international et dans le marché intérieur européen », *SJ* 2002 II 289-323 (cité: Responsabilité du vendeur)
- WIDMER Pierre, « Les Principes UNIDROIT, Une nouvelle forme de 'Codification' au niveau transnational », in DUNAND Jean-Philippe / WINIGER Bénédict (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles (Bruylant) 2005, p. 235-256 (cité: Codification)
- WITZ Claude / SCHNEIDER Winfried-Thomas, « Zwölf Jahre Anwendung des Wiener Übereinkommens über den internationalen Warenkauf in Frankreich », in <http://20.cisg.info/witz.html>
- WYLER Rémy, *Droit du travail*, Berne 2002

La réforme du droit des contrats – entre tradition et modernité

Exemples choisis de la pratique législative en Europe

ELEANOR CASHIN RITAINE

*Directrice de l'Institut suisse de droit comparé
Maître de conférences des Facultés de droit
(Université Paul Verlaine, Metz)*

Les rapports entre le législateur et le droit privé ont souvent été distendus lorsqu'il s'agit de droit des contrats, du moins dans une conception libérale de celui-ci. La sacro-sainte règle consacrant l'autonomie de la volonté des parties à un contrat, telle que posée par l'alinéa premier de l'article 1134 du Code civil français¹, «Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites», ne trouve de limite que dans l'article 6 de ce même Code qui dispose: «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs». Dès lors les interventions du législateur français se sont faites rares dans le domaine contractuel, en tout cas en ce qui concerne la théorie générale des obligations. A l'inverse, alors même que leurs codes étaient plus récents, les législateurs allemands et néerlandais ont profondément réformé leur droit des contrats, intégrant à cet effet les dispositions de source européenne et les acquis de la jurisprudence nationale.

Cette timidité du législateur français² doit se comprendre à la lumière des facteurs classiques qui déclenchent habituellement l'intervention législative. En effet, les causes d'intervention du législateur sont diverses.

¹ Des dispositions similaires peuvent être trouvées dans de nombreux Codes européens, tels les Codes civil italien (art. 1322), néerlandais (art 6:248 BW), belge (art. 1134 C. civ.), mais également dans le Code des obligations suisse (article 19). Voir également l'article 1.1 des Principes Unidroit 2004 relatifs aux contrats du commerce international, l'article 2 de l'avant-projet de Code Européen des Contrats (Projet Gandolfi) in ZEuP 2002, S. 139 et l'article 1:102 (liberté contractuelle) des Principes européens du Contrat in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la direction de PRIETO Catherine, PU aix-Marseille 2003, p. 106.

² Une remarque similaire peut être faite à l'encontre du législateur belge qui s'appuie sur un code quasi identique au code civil français.

Souvent il y est contraint par l'actualité³ : un événement peut déclencher un besoin de réglementer et conduire à l'adoption de lois dites « de circonstance ». Ces lois peuvent être limitées dans le temps ou être pérennes, mais leur lien est évident avec un événement donné.

S'en approchent les lois qui constituent des bris de jurisprudence⁴, dont un des exemples les plus médiatisés fut, en France, la législation suite à l'arrêt Perruche⁵. Or précisément en droit des contrats, tant la pratique que la doctrine s'accommodent des fluctuations de la jurisprudence, limitant ainsi l'intervention du législateur. Les exemples français tirés de la jurisprudence Chronopost sur la prestation essentielle dans le contrat⁶ ou de la jurisprudence sur la nécessité de déterminer le prix dans un contrat⁷ en sont des illustrations classiques. Aucune de ces jurisprudences n'a conduit à une intervention législative. De façon similaire, le droit allemand s'est appuyé pendant des décennies sur des créations jurisprudentielles en droit des contrats, telles la violation positive du contrat (*positive Vertragsverletzung*)⁸, la responsabilité précontractuelle (théorie de la *culpa in contrahendo*), ou la disparition du fondement contractuel (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)⁹.

D'autres facteurs¹⁰, tels l'idéologie¹¹, l'évolution des mœurs, ou la conjoncture économique¹² n'ont eu que peu de conséquences sur le droit des contrats, sauf peut-être à contribuer à augmenter par voie réglementaire les exigences de formalisme *ad validatem*¹³.

³ Pour une étude d'ensemble, FOYER Jean, *L'actualité et le législateur*, Les Petites Affiches (Paris), 13 juil. 2005, n° 138, p. 11.

⁴ FOYER (n.3), p. 11.

⁵ Cass. Ass. plén., 17 nov. 2000 : Bull. civ. n° 9. – Voir également la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, article 1^{er}.

⁶ Cass. com., 22 oct. 1996 : Bull. civ. IV, n° 261.

⁷ Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : Bull. civ. n° 9.

⁸ RG, 9.07.1907 = RGZ 66, 289.

⁹ Sur toutes ces institutions, SCHNEIDER Winfried-Thomas, « La codification d'institutions préto-riennes » in, *Le Nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations franco-allemandes d'affaires*, RIDC 4-2002, p. 933, spéc. p. 959 et suiv. – Voir également CASHIN-RITAINE Eleanor, *Imprévision, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage : Pacta sunt servanda und die Wege zur Anpassung des Vertrages im deutsch-französischen Rechtsverkehr*, Jb.J.ZivRWiss. 2001, S. 85.

¹⁰ Pour une étude, CAYROL Nicolas, « Rapport introductif », in *L'actualité des constructions juridiques*, Les Petites Affiches (Paris), 13 juil. 2005, n° 138, p. 5.

¹¹ Telles les idées consuméristes aboutissant à un Code de la consommation.

¹² Par exemple, le droit réglementant les situations de surendettement des particuliers en est une conséquence.

¹³ Notamment en droit de la consommation, où le souci de protection du consommateur par des exigences formelles a bouleversé fondamentalement la conception classique du contrat en tant qu'accord purement consensuel.

Seule l'évolution de la technique, sous la pression internationale, a engendré un droit de l'internet ayant des ramifications en droit des contrats et conduisant à une adaptation du Code civil en France¹⁴. Cette même pression internationale vient aujourd'hui de l'Union européenne.

L'influence de l'Europe est particulièrement tangible lorsqu'il s'agit de mesurer l'intervention du législateur dans le domaine du droit des contrats. Alors même que les instruments communautaires dérivés, règlements et directives, interviennent depuis longtemps dans le domaine des contrats spéciaux, les initiatives relativement récentes du Parlement et de la Commission Européenne pour encourager une harmonisation paneuropéenne du droit des contrats ont conduit à un renouveau de la pensée juridique en la matière.

La communication de la Commission européenne en date du 12 février 2003¹⁵ a posé comme objectif la recherche d'un « cadre commun de références » afin « d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur, en réduisant les frais de transaction et en améliorant la sécurité juridique ». Se greffant sur cette initiative, voire l'ayant précédée, de nombreux groupes d'universitaires¹⁶ ont spontanément élaboré des modèles doctrinaux de droit européen des contrats, droit savant, en utilisant la méthode comparative.

Dépassant ces simples déclarations d'intention, certains législateurs nationaux, dont les législateurs allemand et néerlandais, ont saisi l'occasion des transpositions de directives européennes pour réformer profondément leur droit des contrats et repenser les fondements mêmes de ce droit. D'autres, tel le législateur français, ont simplement procédé à des retouches très parcelaires. Quelque peu en marge de ces processus, le législateur anglais, tout en transposant les normes européennes¹⁷, laisse encore libre cours à la traditionnelle créativité jurisprudentielle propre à la *common law*. Se dessine alors une dichotomie entre législateurs européens fidèles à leurs traditions juridiques nationales alors que d'autres, par souci d'ouverture et de modernité agissent pour s'aligner sur un modèle européen. Toutefois, il faut se garder de conclusions hâtives : l'action n'est pas nécessairement synonyme de modernité.

¹⁴ A cet égard, le Code civil a été modifié par rapport à la preuve des obligations conventionnelles (C. civ., art. 1326, 1341 et 1348) et par rapport à la preuve électronique (C. civ., art. 1316-1 et suiv.).

¹⁵ *Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action*, COM (2003) 68 final, JOCE C 63/01, 15 mars 2003, qui fait suite à une réflexion plus ancienne.

¹⁶ *Principles of European Contract Law* (Commission Lando), *The Common Core of European Private Law Project* (Projet Trento), *Onderzoeksschool Ius Cummune* (Utrecht, Maastricht, Leuven), *Principles of the Existing EC Private Law* (Groupe Acquis), *Academy of European Private Lawyers* (Pavia Group), *Study Group for a European Civil Code* (Commission von Bar). – Présentant les travaux des différents groupes, VAN HOECKE Mark, « L'idéologie d'un Code civil européen », in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offertes à Jacques Vanderlinden*, Bruylant (Bruxelles) 2004, p. 467, spéc. p. 483 et suiv..

¹⁷ SAMUEL Geoffrey, « La réception du droit communautaire en droit anglais des contrats » in, *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant 2003, p.112.

Les concepts de tradition et de modernité d'un droit doivent se mesurer au regard de l'adaptation d'une règle à des comportements sociaux actuels et futurs, sans pour autant céder à la tentation du conjoncturel¹⁸. Le législateur se doit ainsi d'être toujours alerte face aux besoins des citoyens, construisant une société moderne tout en préservant l'héritage du passé.

Tirailés entre la tradition et la modernité, les législateurs européens font tantôt preuve d'action ou d'inertie, aussi bien dans le domaine du droit commun des contrats¹⁹ que dans celui des contrats spéciaux. Cette étude montrera les divergences d'approche des législateurs français, allemand, néerlandais et anglais.

Les développements qui vont suivre tenteront alors de décoder les raisons de ces attitudes d'action ou d'inertie, d'une part dans le domaine du droit commun des contrats (I) d'autre part dans le droit des contrats spéciaux (II).

I. Action et inertie des législateurs européens dans le droit commun des contrats

L'action ou l'inertie des législateurs dans le droit commun des contrats trouve son explication à la fois dans des contraintes historiques, comme en France et en Angleterre, où le poids du passé reste considérable (A), et dans des considérations économiques qui ont conduit les législateurs allemand et néerlandais à adopter un code moderne adapté à l'Europe économique (B).

A. Le poids du passé

Le poids du passé résulte en France et en Angleterre de deux facteurs très différents, mais néanmoins convergents. En Angleterre, la source principale du droit des contrats demeure classiquement la jurisprudence, le législateur restant volontairement en retrait (1). En France, à l'inverse, le droit des contrats est formellement de source législative, mais la jurisprudence est de plus en plus active en raison d'une inertie, également volontaire, du législateur (2).

¹⁸ CAYROL (n. 10), p. 5 : « tant que nous contemplons l'actualité, nous restons enfermés dans le présent, négligeant la tradition et repoussant à plus tard l'avenir du droit ». Également loc. cit., « Le droit est fait pour les hommes d'aujourd'hui. [...] pour les juristes, une solution durable n'est pas une fin en soi : la compréhension du monde dans lequel nous vivons est essentiellement relative à un moment donné. ».

¹⁹ Utiliser la notion de droit commun des contrats ne manquera pas de choquer certains, qui n'hésiteront pas à souligner la distinction classique du droit des contrats de source germanique et du droit des obligations tel qu'il est conçu en France. Cette simplification pédagogique rend plus facile la comparaison entre des institutions similaires.

1. *Le poids du passé en Angleterre*

Le poids du passé résulte en Angleterre d'une confiance inébranlable en la jurisprudence. Alors même que la source de toute loi est le Parlement, selon le principe que les textes législatifs s'imposent à tous et ont la prééminence sur les autres sources du droit²⁰, notamment sur le droit de source jurisprudentielle telles la *common law* et l'*equity*, la tradition juridique anglaise s'appuie sur l'interprétation jurisprudentielle pour donner effet à une loi²¹. En effet, la jurisprudence, et particulièrement la *common law*, est considérée comme le reflet du « bon sens de la communauté, regroupé et formulé par nos ancêtres »²².

Dès lors, en droit des contrats, la loi ne définit pas ce qu'est un contrat²³. Cette définition a été l'œuvre de la jurisprudence. Tout comme la jurisprudence a élaboré les conditions de formation du contrat, la notion de *consideration*, les effets du contrat. Cela ne veut pas dire que le législateur anglais soit resté inactif. De nombreuses lois ont été votées en droit des contrats²⁴. Toutefois son action n'est efficace qu'au travers de la jurisprudence qui, en consacrant l'œuvre législative, lui donne effet.

Paradoxalement, la situation est similaire en France où le législateur, historiquement en retrait par rapport au droit privé des contrats, laisse également une grande liberté au juge.

2. *Le poids du passé en France*

Le poids du passé en France résulte de deux facteurs essentiellement : d'une part du sentiment que le Code civil est un monument intangible²⁵, d'autre

²⁰ FRISON Danièle, *Droit anglais, institutions britanniques*, Ellipses (Paris) 1993, p. 8.

²¹ FRISON (n. 20), p. 77 : « Ce ne sont pas les textes législatifs, mais les décisions des tribunaux qui fixent les règles de droit ».

²² FRISON (n. 20), p. 47.

²³ MCKENDRICK Ewan, *Contract Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press 2003, p. 4. – *Chitty on Contracts*, Sweet and Maxwell (London) 2004, p. 3.

²⁴ Par exemple, Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 ; Consumer Protection Act 1987 ; Sale of Goods Act 1979 ; Unfair Contracts Terms Act 1977.

²⁵ A l'occasion du bicentenaire du Code civil, de nombreuses journées d'études se sont penchées sur la codification et son impact sur les législations du monde entier. Parmi ces publications, on peut consulter utilement, les *Actes de la journée d'études du 25 novembre 2004 à l'occasion du bicentenaire du Code civil – Le rayonnement du droit codifié*, éd. Des Journaux Officiels (Paris) 2005 – *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Sous la direction de Geneviève Pignarre, Dalloz (Paris) 2005. – *Actes du Colloque d'Aix du 3 décembre 2004, Approche méthodologique et légistique de la pérennité et de l'adaptabilité du Code civil*, RRJ 2004-5, p. 2741 et suiv., – *Le Code civil*, Revue Pouvoirs, 107, 2003. – *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz Litec (Paris) 2004. – *1804-2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz (Paris) 2004.

part d'une certaine autonomie de la jurisprudence qui a su faire évoluer les concepts du Code.

a) *L'intangibilité du Code civil*

Le Code civil français avait été conçu comme un texte devant être suffisamment flexible « pour assimiler le présent et le futur »²⁶. Ceci supposait une écriture large, couvrant le plus de cas possibles. S'y ajoutait l'exigence d'une stabilité et pérennité permettant selon les termes d'un auteur une « cristallisation plus durable des situations »²⁷. Enfin, les rédacteurs avaient confiance à la fois dans les principes généraux, mais également dans la jurisprudence future.

Le fait que le Code civil fût également un code ajouta à son prestige²⁸. En effet, codifier²⁹ signifie à la fois faire une loi, mais également l'assembler dans un ouvrage commun avec d'autres textes permettant de le rendre plus accessible. De fait, le Code civil avait permis de démocratiser le droit³⁰ et par là même avait pu faire naître un sentiment de protection juridique chez le citoyen³¹.

Pourtant, les imperfections de ce code sont légions en la matière du droit des contrats³². Ainsi les règles sur la formation des contrats sont lacunaires puisque les notions d'offre, d'acceptation et leurs régimes juridiques sont purement et simplement ignorées au regard du droit de la vente interne alors même que les règles françaises sur la vente internationale de marchandises connaissent, grâce à l'application de la Convention de Vienne du 11 avril 1980,

²⁶ BERTHIAU Denis, « L'actualité en pays de droit écrit », in *L'actualité des constructions juridiques*, Les Petites Affiches (Paris), 13 juil. 2005, n° 138, p. 51.

²⁷ BERTHIAU (n. 26), p. 51. – Mais également, CABRILLAC Rémy « Introduction à la journée d'études à l'occasion du bicentenaire du Code civil », in *Le rayonnement du droit codifié*, éd. Des Journaux Officiels (Paris) 2005, p. 15, 18 : « La codification fascine le juriste enfin, qui poursuit le désir utopique d'un droit idéal et éternel, d'un jardin de textes impeccablement ordonnés à la française, pour les siècles des siècles. »

²⁸ Sur la codification en général, quelques études récentes : *Actes de la journée d'études du 25 novembre 2004 à l'occasion du bicentenaire du Code civil – Le rayonnement du droit codifié*, éd. Des Journaux Officiels (Paris) 2005. – *Codes et Codification*, in Les Cahiers de Droit (Université de Laval, Québec), vol. 46, n° 1-2, mars-juin 2005, pp 1-626. – *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la direction de Thierry REVET, LGDJ (Paris) 2005.

²⁹ BERTHIAU (n. 26), p. 51.

³⁰ ALBERTINI Pierre, « Les enjeux politiques, juridiques et techniques de la codification », in *Le rayonnement du droit codifié*, éd. Des Journaux Officiels (Paris) 2005, p. 27, 29.

³¹ CABRILLAC (n. 27), p. 15, 18, évoque le « besoin de sécurité juridique né d'une crise des sources du droit ».

³² RÉMY Philippe, *Réviser le titre III du livre troisième du Code civil?*, Revue des contrats (Paris), 2004, p. 1169.

une structure claire. Les règles concernant la bonne foi dans la négociation du contrat ou dans son exécution restent floues³³. Les exigences d'une cause du contrat sont devenues si complexes qu'ils ne permettent plus d'assurer la sécurité juridique pourtant indispensable³⁴.

De façon similaire, la nécessaire intervention du juge pour résoudre un contrat en France tranche avec l'apparente liberté de la résolution unilatérale en Allemagne³⁵. Parallèlement, les délais de prescription, tel le délai trentenaire de droit commun, appartiennent à l'âge de la diligence postale et ne tiennent absolument pas compte des moyens modernes de communication et de l'accélération des rapports juridiques³⁶.

Dès lors l'intervention législative s'impose, d'autant que cette prérogative appartient au seul Parlement, comme le prévoit l'article 34 de la Constitution de 1958. Néanmoins, jusqu'à ce jour, il a été particulièrement inactif.

b) *L'inertie du législateur français*

En présence d'un nouveau besoin social, le législateur peut intervenir pour créer du neuf, tel le droit des nouvelles technologies, ou pour restaurer l'ancien, et dès lors rénover le Code civil. Cependant, selon les termes d'un auteur³⁷, «à partir d'un certain état de délabrement, il est vain de vouloir restaurer, comme il ne faut pas mettre le vin nouveau dans les vieilles outres». C'est pourtant cette deuxième voie qui a été choisie jusqu'à présent en France.

L'histoire du Code civil, et en particulier du titre III du livre troisième traitant «Des contrats et des obligations en général» ne fait apparaître que peu de modifications. Ainsi depuis 1804, 261 articles sur 289 ont conservé leur rédaction d'origine³⁸. Seuls 8 ont été abrogés.

³³ COHEN Daniel, «La bonne foi contractuelle: éclipse et renaissance», in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz (Paris) 2004, p. 517.

³⁴ Sur la jurisprudence récente en matière de cause: MAZEAUD Denis, «La cause», in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz (Paris) 2004, p. 451. – Pour un exposé d'une situation similaire en Belgique: VAN OMMESLAGHE Pierre, «Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats» in, *Actualité du droit des obligations*, Bruylant 2005, p. 39 et suiv.

³⁵ GHESTIN Jacques, *Le Code civil en France aujourd'hui*, Revue des contrats (Paris), 2004, p. 1152.

³⁶ Pour une étude de droit comparé: FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Variation sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription*, Revue des Contrats (Paris) 2004, n° 3, p. 801.

³⁷ CAYROL (n. 10), p. 5.

³⁸ RÉMY (n. 32), p. 1169. – Également, ANCEL Pascal, «Une régression du modèle légal?» in, *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Sous la direction de Geneviève Pignarre, Dalloz (Paris) 2005, p. 47.

Cela ne veut pas dire que le Code ne s'est pas transformé³⁹. Les mutations, paradoxalement, ont été essentiellement l'œuvre de la jurisprudence⁴⁰.

En principe, l'article 5 du Code civil prohibe les arrêts de règlement, c'est-à-dire les arrêts qui ont une valeur presque législative en raison de leur caractère abstrait, général et impersonnel. Pourtant, des pans entiers du droit des contrats s'inspirent du principe jurisprudentiel⁴¹. En particulier, les règles de formation du contrat sont pour l'essentiel de source prétorienne. De façon similaire, l'interprétation des vices du consentement, de la notion de cause et d'objet sont tributaires de la jurisprudence. Enfin, la jurisprudence est allée jusqu'à créer de toutes pièces une obligation contractuelle de sécurité.

Cette situation n'a pas manqué d'interpeller les auteurs : pour Monsieur Ghestin⁴², le droit des obligations est trop imprévisible. Pour d'autres auteurs, le Code civil n'est plus qu'un « fantôme »⁴³, « mort d'avoir trop vécu »⁴⁴. De fait, la place très importante laissée à la jurisprudence est source d'incertitude. L'intervention du législateur pourrait alors contribuer à renforcer la sécurité juridique.

Toutefois, il n'en est pas ainsi puisque cette incertitude se retrouve également dans les domaines où le législateur est intervenu. En effet, l'intervention législative a été prolifique et complexe dans le domaine des contrats spéciaux, conduisant à des incohérences entre les textes de droit commun et de droit spécial.

Un seul exemple permet d'illustrer ce fait : il s'agit du régime anarchique concernant le défaut de sécurité de la chose vendue. L'acheteur dispose au choix de l'action fondée sur la garantie des vices cachés (art. 1641 et suiv. C. civ.), de l'action en défaut de conformité, d'une action fondée sur une violation de l'obligation d'information et de conseil, ou de l'action sur le fonde-

³⁹ GHESTIN (n. 35), p. 1152.

⁴⁰ Voir sur cette question, l'article récent de PUIGELIER Catherine, *La création du droit (Libres propos sur la norme jurisprudentielle)*, RRJ-2004-1, p. 17. – MORVAN, *En droit, la jurisprudence est une source du droit*, RRJ, 2001, p. 77. – MOULY Christian, *Le revirement pour l'avenir*, JCP 1994, éd. G, I, 3776. – Également ANCEL (n. 38), p. 47, p. 48 qui souligne le poids de la doctrine dans ces constructions jurisprudentielles. – Plus anciennement, THIBIERGE C., *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTDciv. 1997, p. 357. – Voir aussi, FAGES Bertrand, *Einige neuere Entwicklungen des französischen allgemeinen Vertragsrechts im Lichte der Grundregeln der Lando Kommission*, ZEuP 2003, S. 514.

⁴¹ MORVAN Patrick, *Les vises de principe dans la jurisprudence de la Cour de Cassation : inventaire d'un droit « hors-la-loi »*, Les Petites Affiches (Paris), 8 juin 2005, n° 113, p. 5.

⁴² GHESTIN (n. 35), p. 1152.

⁴³ FONTAINE Marcel, « Les obligations contractuelles : 1804-1904-2004 et l'avenir », in *Le droit des obligations contractuelles et le Bicentenaire du Code civil*, sous la direction de WÉRY P., La Chartre, Bruxelles 2004, p. 1.

⁴⁴ RÉMY Philippe, « Regards sur le Code », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec 2004, p. 99, spéc. 102.

ment de la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

Le droit commun est ainsi vidé de sa substance, rendu tributaire des interprétations sectorielles du droit spécial.

Précisément ces incohérences ont pu être évitées par la mise en place d'un droit moderne des contrats en Allemagne et aux Pays Bas.

B. La mise en place d'un droit moderne en Allemagne et aux Pays Bas

Les deux codifications, allemande et néerlandaise sont fondamentalement différentes. Alors que les Pays Bas ont voulu affirmer leurs particularités nationales et ont créé un code original et moderne (1), l'Allemagne a souhaité se situer dans une perspective d'harmonisation communautaire du droit des contrats en créant un code susceptible de servir de modèle dans cette initiative (2). En Suisse on parlerait certainement de Code « euro-compatible ».

1. Un Code néerlandais original et moderne

Le Code civil Néerlandais de 1992⁴⁵ a permis de codifier l'ensemble du droit privé englobant tant le droit de la famille, que le droit des biens et le droit des relations patrimoniales, que le droit des personnes morales, ou le droit des obligations. A cet égard, il remplace à la fois l'ancien Code civil et l'ancien Code de commerce qui avaient été adoptés en 1838. L'élaboration de ce Code a cependant pris 55 années⁴⁶.

Dans le domaine précis du droit des contrats⁴⁷, ce code se caractérise par la prise en compte des enseignements du droit comparé. C'est ainsi que l'on constate un découpage, selon le modèle allemand, entre une partie générale consacrée aux actes juridiques (Livre III), une partie relative aux contrats en général (Livre VI) et des dispositions relatives aux contrats spéciaux (Livres VII et VIII). L'influence du droit allemand se retrouve également dans la conception de la bonne foi contractuelle et la prise en considération des conditions générales d'affaires.

⁴⁵ HARTKAMP Arthur, "The Dutch Civil Code – A Model to be Imitated?", in *Towards a European Civil Code, Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, Publications de l'ERA (Trèves), 2002, p. 21, 25.

⁴⁶ VAN DUNNÉ Jan, "Lawyers Paradise' or 'Paradise Lost'? The Dutch Civil Code of 1992 as an Exponent of the 19th Century Legislative Tradition", in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruylant (Bruxelles) 2004, p. 337, sur l'historique de la codification néerlandaise.

⁴⁷ HARTKAMP (n. 45), p. 21.

Parallèlement, les auteurs se sont également inspirés de la *common law*, notamment au regard des vices du consentement en introduisant les notions anglo-saxonnes de *misrepresentation* et de *rescission for undue influence*.

Cependant, l'approche comparative ne saurait à elle seule garantir la modernité d'un code. Ce qui est nouveau, c'est la prise en considération d'instruments internationaux tels les Conventions de la Haye et de Vienne sur la vente internationale de marchandises, voire de façon incidente des Principes Unidroit⁴⁸. Ces instruments ont très largement modelé les règles de formation du contrat ainsi que les règles régissant l'inexécution et ses conséquences.

La modernité du code se mesure également à l'aune d'un équilibre subtile entre principes généraux et souci du détail. Le justiciable moderne cherche la sécurité juridique d'un texte détaillé qui lui permet néanmoins toute flexibilité dans un monde économique en constante évolution.

Au regard du droit des obligations, le Code civil néerlandais conjugue ces deux qualités puisqu'à côté de textes techniques, il admet de nombreuses clauses générales consacrant les principes de bonne foi et de justice contractuelle dans l'interprétation et l'exécution du contrat.

En définitive, ce Code a su faire la synthèse entre son héritage, le Code civil français, tout en intégrant les pensées plus récentes des juristes allemands et anglais. A ce titre, il constitue un précurseur du futur code des contrats européen, tout en conservant sa connotation nationale.

En revanche, cette ambition de servir comme modèle au futur code des contrats européen a été exprimé à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau droit allemand des obligations en 2002.

2. *Un Code euro-compatible pour l'Allemagne*

Dans son introduction à l'édition 2002 du BGB aux éditions Beck, le professeur Larenz⁴⁹ a souligné «l'avantage de disposer, dans le contexte d'une

⁴⁸ Bien que ces principes n'avaient pas encore été adoptés à l'époque, ils étaient en cours d'élaboration et ont pu ainsi inspirer le législateur néerlandais. – Voir à ce titre, HARTKAMP Arthur, *The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the New Netherlands Civil Code*, Liber amicorum C.J.H.B. Brunner, Kluwer 1994, p. 127.

⁴⁹ LARENZ Stefan, Einführung, S. 17: "jedoch ist es sicher von Vorteil, im „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ in Bezug auf ein zukünftiges Europäisches Zivilgesetzbuch eine moderne, klare Kodifikation des Schuldrechts zu haben, welche vielleicht geeignet ist, ein gutes Stück der vorzüglichen Dogmatik des deutschen Schuldrechts in ein künftiges Europäisches Zivilrecht zu transportieren und dem legitimen Einfluss des deutschen Gesetzgebers und der deutschen Rechtswissenschaft auf die Gestaltung des europäischen Rechts aufrechtzuerhalten" – Egalement, DAUBLER-GMELIN, NJW 2001, p. 2281. – Prônante, en revanche, une science juridique européenne qui soit une synthèse raisonnée de ce que les systèmes nationaux offrent, VAN HOECKE Mark, (n. 17), p. 467, spéc. p. 493. – M. VAN HOECKE et F. OST, *Legal Doctrine in Crisis: Towards a European Legal Science*, 18 Legal Studies, 1998, pp. 197-215.

concurrence entre ordres juridiques, [...] d'une codification claire du droit des obligations, qui permettra peut-être d'intégrer une partie de l'excellente dogmatique du droit allemand des obligations dans le futur droit civil européen et ainsi d'asseoir l'influence légitime du législateur allemand et de la science juridique allemande sur la conception du droit européen». Il conclut en soulignant que «l'euro-compatibilité de ce code est un pas vers l'unification du droit sur le plan européen».

Le ton est ainsi donné : la rénovation du droit des obligations se veut résolument moderne et tournée vers l'avenir européen. D'ailleurs les principes soutenant la réforme du droit des obligations étaient⁵⁰ : «uniformisation et simplification comme source de modernisation du droit, augmentation de la transparence et de la sécurité juridique et diminution des coûts». En quelque sorte un *credo* que ne renierait pas la Commission européenne dans sa quête du Marché unique.

Dès lors le législateur allemand a profité de la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation pour modifier de façon substantielle les règles sur la prescription des obligations, celles sur la responsabilité contractuelle, le droit de la vente, du contrat d'entreprise et le droit du crédit. L'occasion était également donnée pour intégrer au code civil, les autres lois concernant la protection du consommateur⁵¹ mais également les acquis de la jurisprudence telles les règles sur la renégociation du contrat suite à la disparition du fondement contractuel.

Le législateur allemand dispose ainsi d'une longueur d'avance puisqu'il a tenté d'anticiper les évolutions européennes. Pour l'instant cependant, la seule compétence communautaire en matière de droit des contrats reste sectorielle, se limitant, par exemple, à une harmonisation du droit international privé, du droit de la consommation, du droit de la concurrence.

Néanmoins, malgré ce nouvel instrument moderne, certaines voix demeurent critiques en doctrine. Le professeur Barbara Dauner-Lieb⁵² souligne ainsi que «dans bien des domaines importants pour la pratique, il règne une totale insécurité juridique» et que par ailleurs «le droit des obligations allemand n'est certainement pas un code modèle pour le droit européen des obligations : il est bien trop compliqué et abstrait».

Ce qui est davantage un modèle pour le droit européen des obligations et, partant pour l'action des législateurs nationaux, est le développement spectaculaire du droit des contrats spéciaux tant au niveau national que communautaire.

⁵⁰ DAUNER-LIEB Barbara, *Vers un droit européen des obligations ? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations*, RIDC 2004, p. 559, 560.

⁵¹ Sauf la loi sur les produits défectueux.

⁵² DAUNER-LIEB (n. 49), p. 559, 561.

II. Action et inertie des législateurs européens dans le droit des contrats spéciaux

Faute de repenser une théorie générale des contrats, tel que ce fut le cas en Allemagne ou aux Pays Bas, certains pays, dont notamment la France et la Belgique, ont connu ces dernières années une inflation quasi-incontrôlée du droit des contrats spéciaux (A). Cette tendance devrait s'accroître sous l'influence européenne (B).

A. Inflation incontrôlée du droit des contrats spéciaux

L'inflation du droit des contrats spéciaux est particulièrement mesurable en France et en Belgique⁵³. En France, tout comme en Belgique, le Code civil avait été conçu dès l'origine comme un corps de principes généraux qui devait admettre à son côté des textes régissant des domaines particuliers du droit, tel par exemple, le Code du commerce⁵⁴. Dès lors le législateur a créé de nombreux droits spéciaux dans le domaine des contrats, comme le contrat de travail régi par le Code du travail, le contrat de bail régi par diverses lois spécifiques et plus récemment encore le contrat de consommation dont les traits particuliers sont décrits dans le Code de la consommation. Ce que n'avait pas anticipé le législateur originel, c'est que ces textes spéciaux allaient proliférer de façon incontrôlée et conduire à une certaine inefficacité du droit des contrats devenu chaotique et complexe.

En effet, cette multiplication des textes spéciaux applicables au contrat doit inquiéter, puisqu'elle conduit à terme à la dilution, sinon à la disparition, de la théorie générale des obligations⁵⁵. Elle contredit, en outre, la célèbre parole de Portalis dans le *Discours préliminaire*, «L'office de la loi est de fixer, par des grands vus, les maximes générales du droit: d'établir des principes

⁵³ Par souci de simplicité, les développements ci-après concernent essentiellement le droit français. Toutefois des exemples concrets traduisant des évolutions similaires en droit belge peuvent être trouvés dans l'ouvrage, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Sous la direction de Patrick Wéry, Louvain 2004.

⁵⁴ RÉMY Philippe, "The French Code civil: a Model (Not) to Follow?", in *Towards a European Civil Code, Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, Publications de l'ERA (Trèves), 2002, p. 16, 17.

⁵⁵ Sur les rapports entre droit commun et droits spéciaux, voir MAZEAUD Denis, «L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux» in, *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Sous la direction de Geneviève Pignarre, Dalloz (Paris) 2005, p. 73. – MONTERO Etienne et DEMOULIN Marie, «La formation du contrat depuis le Code civil de 1804: un régime en mouvement sous une lettre figée» in, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Sous la direction de Patrick Wéry, Louvain 2004, p. 61, spéc. 101, n° 46 et suiv.

féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière»⁵⁶.

A titre d'exemple, les règles de formation du contrat, qui se trouvent dans les articles 1108 et suivants du Code civil, ont été complétées par des dispositions spécifiques au droit de la consommation imposant des obligations d'information au professionnel afin d'éclairer le consentement du consommateur⁵⁷. De façon similaire, la réglementation des clauses abusives⁵⁸ complète la notion de cause objective du contrat.

Enfin toutes les possibilités offertes au consommateur pour rétracter son consentement, que ce soit dans les ventes à domicile⁵⁹, à distance⁶⁰ ou dans les contrats de crédit⁶¹, bouleversent durablement la fixation de l'instant de la conclusion du contrat⁶².

Dès lors, l'intrusion de ces nouvelles règles sectorielles conduit à une analyse rénovée de la notion générale de contrat, c'est-à-dire de la création d'un lien de droit, dont la force et par là même la pérennité dépend des qualités des parties. Un contrat peut être définitif pour une partie, en l'occurrence pour le professionnel, tout en étant provisoire, rétractable, conditionnel pour l'autre, le consommateur.

L'instant « magique » qui caractérisait la conclusion du contrat dans la théorie traditionnelle des obligations et qui garantissait la cristallisation des obligations s'est transformé aujourd'hui en une période d'attente du bon vouloir d'une des parties. Or, la condition potestative n'était-elle pas naguère une cause de nullité du contrat (art. 1174 C. civ.) ? Dès lors la cohérence du contrat est ébranlée et une mise au point du législateur français serait la bienvenue.

Pourtant le législateur contemporain a choisi une autre voie. Plutôt que de réfléchir de façon globale sur la notion de contrat et de créer à l'instar du Code civil originel un système contractuel unifié, il préfère conserver les textes spéciaux en un *corpus* distinct, ordonné par matière.

⁵⁶ Pour le texte du discours préliminaire, voir l'ouvrage récent, *Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec (Paris) 2004, p. XXI, spéc. p. XXV.

⁵⁷ Art. L 111-1 à L 112-7 du Code de la consommation. – Pour la Belgique, voir la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, M.B., 29 août 1991

⁵⁸ Art. L 132-1 du Code de la consommation.

⁵⁹ Art. L 121-21 et suiv. du Code de la consommation.

⁶⁰ Art. L 121-16 et suiv. du Code de la consommation.

⁶¹ Art. L 311-1 et suiv. du Code de la consommation. – Pour la Belgique, voir la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, M.B., 9 juillet 1991 ; loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, M.B., 19 août 1992.

⁶² MONTERO et DEMOULIN (n. 55), p. 106, n° 51.

Depuis 2000, s'est développée la codification à droit constant⁶³, qui implique une mise à jour permanente afin d'assimiler l'ensemble de l'actualité législative, réduisant selon les termes de M. Berthiau, « le concept de code à un contenant »⁶⁴.

Il ne s'agit dès lors plus de rationaliser le droit, mais simplement de le rendre plus accessible. De plus, il est également beaucoup plus facile de modifier ces compilations, dont la systématique est somme toute assez sommaire.

Le renouvellement trop fréquent des solutions juridiques conduit alors à la fois à une méconnaissance générale du droit mais également à des maladresses du législateur, qui n'a plus le recul nécessaire, ni même la possibilité d'embrasser d'un seul coup d'œil, l'océan de textes épars qui s'offrent à lui. Dès lors, modernité du droit devient synonyme de complexité et par conséquent d'imprévisibilité et d'insécurité.

Ce manque de visibilité s'accroît encore lorsqu'il s'agit d'intégrer l'acquis communautaire en matière de droit des contrats dans l'ordre juridique national.

B. L'influence du droit européen

L'influence du droit européen est ressentie différemment par les législateurs nationaux (1). Elle devrait toutefois conduire à un *jus commune* européen, peut-être de source législative (2).

1. Les législateurs nationaux face au droit européen

L'assaut du droit européen sur les droits nationaux des contrats est double. D'un côté, les directives sectorielles introduisent des modifications ponctuelles de telles règles contractuelles spécifiques⁶⁵. De l'autre côté, la prochaine communautarisation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁶⁶ rend urgent une approche commune des concepts contractuels fondamentaux. Ce double constat a conduit à l'amorce d'un réveil du législateur français qui se démarque assez sérieusement de l'état d'alerte présent dans d'autres pays européens.

⁶³ Rémy SCHWARTZ, « La codification à droit constant », in *Le rayonnement du droit codifié*, éd. Des Journaux Officiels (Paris) 2005, p. 27, 29.

⁶⁴ BERTHAU (n. 27), p. 51.

⁶⁵ Par exemple en droit de la consommation, BOURGOIGNIE Thierry, *L'impact du droit européen de la consommation sur le droit privé des États membres*, in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica (Paris) 2002, p. 59

⁶⁶ Proposition de Règlement sur le droit applicable aux obligations contractuelles du 15 déc. 2005, COM (2005) 650.

a) *L'amorce d'un réveil du législateur français*

Si la doctrine française s'est longtemps abstenue de réclamer une réforme du droit des obligations et des contrats, il n'en est plus ainsi aujourd'hui sous l'influence européenne. Alors même que les praticiens s'accommodaient de réformes sectorielles du droit des contrats spéciaux et que la jurisprudence rassurait la doctrine, les plus hautes instances de l'Etat ont annoncé lors du bicentenaire du Code civil la préparation d'un projet de réforme du droit des obligations⁶⁷.

La raison politique de ce réveil semble être, selon les termes du professeur Rémy, la perspective d'un Code civil européen⁶⁸. Pour lui, il s'agirait de défendre un « Code comme symbole politique et affirmation du droit de l'Etat-Nation » et non d'adopter un « Code comme < corps de lois civiles », livre exposant de façon ordonnée un système rationnel de droit civil ».

Cette vision très nationaliste du droit ne semble pas partagée⁶⁹, du moins expressément, par d'autres législateurs européens qui sont depuis un certain temps en alerte et ouverts aux idées européennes.

b) *Etat d'alerte euro-favorable en Allemagne et au Pays Bas... et en Angleterre*

Cet état d'alerte euro-favorable en Allemagne, aux Pays Bas et en Angleterre s'explique par une approche plus souple de la législation dont le processus de conception n'est pas l'apanage du seul législateur.

Dans les systèmes allemand et néerlandais, la doctrine a une influence considérable sur la législation. Le terme *Professorenrecht* parfois utilisé à l'égard du droit suisse, traduit une réalité en Allemagne et aux Pays Bas. Lorsqu'il s'était agi de modifier le droit des obligations en Allemagne, le législateur a tenu compte des nombreuses études doctrinales en la matière⁷⁰. Parallèlement, certains groupes d'universitaires dont le professeur von Bar en Allemagne et les Universités d'Utrecht et Leyde aux Pays Bas travaillent *de lege ferenda* sur un futur Code européen⁷¹.

⁶⁷ RÉMY (n. 32), p. 1169. – *Entretien avec Pierre Catala, « Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats »*, JCP éd. G, 2005, 1, 170. – *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, le 22 septembre 2005.

⁶⁸ RÉMY (n. 32), p. 1169. – Voir également, LEQUETTE YVES, « Vers un Code Civil européen ? » in *Le Code civil*, Revue Pouvoirs (Paris), 2003, p. 97, spéc. p. 104. – TALLON Denis, « L'avenir du Code en présence des projets d'unification européenne du droit civil », in *1804-2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz (Paris) 2004, p. 997.

⁶⁹ Voir également en doctrine, SONNENBERGER Hans Jürgen, « Code civil et Bürgerliches Gesetzbuch : leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne », in *1804-2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz (Paris) 2004, p. 1011.

⁷⁰ Voir en particulier *Le Nouveau droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations franco-allemandes d'affaires*, RIDC 4-2002, p. 933 et suiv.

⁷¹ Voir liste n. 16.

En Angleterre, les cours de justice et la doctrine commencent à s'intéresser aux jurisprudences du continent européen⁷².

Par comparaison, on peut remarquer que l'influence des professeurs est tout à fait marginale en France. Ceci explique peut-être l'indifférence apparente du législateur français quant à une évolution législative du droit des contrats. Or on peut se demander comment dans ce contexte il est possible d'atteindre une harmonisation, législative ou non, du droit des contrats, et comment dès lors mesurer l'action du législateur sur le droit privé européen.

2. *La construction (législative) d'un jus commune européen?*

Ce bref panorama européen a permis de constater l'action et l'inertie des législateurs conjuguées à une approche traditionnelle ou moderne de la réforme du droit des contrats. Chaque pays apporte sa réponse propre à cette convergence inéluctable des droits sur le plan européen, voire mondial. Une vision politique, presque nationaliste du droit a conduit le législateur français à ne procéder que par retouches successives tout en s'assurant d'une adaptation progressive du droit aux contraintes économiques grâce au fait jurisprudentiel. C'est d'ailleurs un peu ce que Portalis exprimait dans son *Discours préliminaire* lorsqu'il précisa: «les codes se font avec le temps; à proprement parler, on ne les fait pas», rejoignant ainsi *de facto* la pratique judiciaire de la *common law*.

De façon plus moderne, les législateurs allemand et néerlandais ont réformé leurs droits des contrats, capitalisant sur l'héritage du passé tout en se projetant dans l'avenir. L'influence des universitaires était alors essentielle dans ce processus de modernisation rapide.

Or cet avenir sera nécessairement européen et aucun législateur ne pourra s'y soustraire.

Tout comme les rédacteurs du Code civil français avaient permis un compromis entre l'affirmation de nouveaux principes politiques et le besoin de stabilité sociale tout en assurant la synthèse entre le *droit écrit* du Sud de la France et le *droit coutumier* du Nord⁷³, le législateur moderne devra jongler entre les besoins d'une harmonisation européenne du droit des contrats et le respect des traditions juridiques nationales.

C'est à ce prix que pourra se construire un *jus commune* moderne des contrats, dont déjà le lointain ancêtre issu des foires de Champagne du Moyen-Age annonçait les Temps Modernes, tout en consacrant les acquis du passé et de la tradition.

⁷² Voir les références citées par SAMUEL Geoffrey (n. 17), p. 112, spéc. p. 116 notes 15 et 16.

⁷³ RÉMY (n. 54), p. 16.

C'est certainement cette voie que devra emprunter le législateur européen. Quant à savoir quel instrument il acceptera de promouvoir, code obligatoire à la française⁷⁴ ou *restatement* facultatif à l'américaine⁷⁵, la discussion n'est pas close, et demeure encore à l'heure actuelle de la compétence normative des législateurs nationaux, qui pourtant ne semblent pas pressés de se lancer dans cette aventure.

⁷⁴ Il convient de souligner que tant une large partie de la doctrine que les praticiens sont hostiles à un instrument impératif. Voir à cet égard pour l'Allemagne, DAUNER-LIEB (n. 49), p. 559, 563-364.

⁷⁵ RUFFINI GANDOLFI M.-L. *Problèmes d'unification du droit en Europe et le Code européen des Contrats*, RIDC 4-2002, p. 1075-1103.

Docendo discimus

Leçon d'adieu prononcée le 10 juin 2005

GILLES PETITPIERRE

Professeur à l'Université de Genève

Mesdames et Messieurs les étudiantes et étudiants d'aujourd'hui et d'hier,
Mesdames et Messieurs les assistantes et assistants actuels ou déjà anciens,
Mesdames et Messieurs avec qui j'ai eu la chance de travailler sur le plan administratif,

Mesdames et Messieurs les invités que le Doyen Roth m'a fait l'honneur et l'amitié de convier à cette dernière leçon,

Chers collègues,

Monsieur le Doyen,

Chers amis,

Docendo discimus

Le titre de cette leçon est formé des deux premiers mots d'un article mémorable du Professeur Peter Jäggi consacré à la notion de créance contractuelle en dommages et intérêts et publié en 1968 dans le recueil des mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger¹. Ce texte fait directement suite, dans le même ouvrage collectif, à un exposé tout aussi fondamental du Professeur Walter Yung mettant en regard devoirs généraux et obligations². La proximité de ces deux essais, aussi profondément différents qu'ils soient l'un de l'autre, illustre combien ces deux maîtres ressentaient la nécessité de la réflexion synthétique sur les fondements du droit des obligations: ils visent tous les deux à faire ressortir la cohérence du système compris comme tel de la partie générale de notre droit des obligations.

L'emprunt de ce titre et l'évocation de ces deux grands juristes n'ont pas d'autres prétentions que d'introduire quelques observations que j'ai pu

¹ *Festgabe – Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger*, Editions universitaires, Fribourg (Suisse), 1968, p. 181.

² *Ibid.* p. 163 et *Etudes et articles*, Genève 1971, p. 111.

faire au cours des années pendant lesquelles j'ai eu la chance de participer à l'enseignement du droit des obligations, d'abord sous l'autorité redoutable et bienveillante des Professeurs Walter Yung, Jacques-Michel Grossen, Pierre Engel, Henri Deschenaux et Herbert Schönle, puis, de façon tout aussi agréable, avec les Professeurs Christine Chappuis, Bénédicte Foëx et Luc Thévenoz.

* * *

Sommaire de ce qui suit :

1. Enseigner c'est apprendre
2. Quelques observations sur la partie générale du CO, objet de mon dernier enseignement ; esquisses de quelques maux et de quelques remèdes
3. Quatre illustrations choisies
4. Conclusion

1. En enseignant, nous apprenons

a) A ses débuts, le jeune enseignant se caractérise, selon la formule du Professeur Schönle, par le fait qu'il a une semaine d'avance sur les étudiants. Son seul souci est de bien raconter ce qu'il a lu. Mais bientôt l'enseignement se détache de l'angoisse pour se transformer en une aventure partagée, une relation vivante qui se développe dans les deux directions et s'enrichit de ce qu'apportent, tour à tour celles et ceux qui y participent activement : enseignants, assistants, étudiants (trois participes présents et non, comme cela se dit parfois contre le français et contre la réalité pour le troisième : enseignés). Enseigner, c'est ainsi vouloir s'exposer à une remise en cause de la pertinence de ce que l'on enseigne, au besoin en la suscitant, même si les étudiants n'apprécient pas toujours l'incertitude que cela génère nécessairement dans un premier temps.

Ce faisant, l'enseignant découvre que certains sujets sont régulièrement mal compris et que cela n'est pas toujours dû à ses insuffisances pédagogiques : la matière elle-même fait de la résistance. C'est un indice que la réglementation n'est peut-être pas entièrement satisfaisante ou que son commentaire savant l'obscurcit plus qu'il ne l'éclaire. Une once de curiosité critique appelle un approfondissement de la réflexion : il pourra conduire à la découverte qu'on n'est pas vraiment convaincu du bien-fondé de ce qu'on a présenté aux étudiants. Le recours à l'argument d'autorité, *magister dixit*, serait une bien piètre échappatoire. Surtout si l'on invite sans relâche les étudiants à

découvrir *par eux-mêmes* le contenu et l'architecture de la loi et à aiguïser leur regard plutôt qu'à remplir leur mémoire.

L'enseignant doit ainsi faire face – provocation oblige – et transformer le malaise qu'il a éprouvé en un stimulant.

L'amour-propre y ajoute son aiguillon : on ne peut se résigner à enseigner une matière de médiocre qualité intellectuelle et peu satisfaisante en termes de justice.

b) L'aspiration à la justice matérielle, si fluide que soit la notion, n'est jamais absente. Elle se manifeste, d'abord, dans le contenu matériel de la norme appliquée pour trancher un litige ; ensuite dans la référence que la règle donne au sujet de droit pour qu'il puisse y conformer son comportement. Cette deuxième perspective est tout aussi importante que la première : le litige ou le procès ne sont pas les seules finalités de l'application du droit des obligations.

Le sujet de droit doit connaître, ou au moins pouvoir connaître en s'informant, l'essentiel de ses devoirs et de ses incombances. C'est la condition première pour qu'on puisse lui demander compte de leur inobservation ou de son absence de curiosité. La confrontation des faits concrets avec l'hypothèse de la norme est suffisamment aléatoire pour qu'au moins le sens de la norme soit prévisible. Le parallèle entre la situation du justiciable et celle de l'étudiant est évident. On ne peut se résigner à devoir répondre à une question pertinente, comme en son temps le Professeur Raymond Jeanprêtre, je cite : « Dans une affaire de vice de forme et d'abus de droit, un plaideur nous avait demandé une consultation. C'était un peu après la publication de l'arrêt *Grawehr c. Sahli* (RO 104 II 99, JdT 1979 I 16). Nous avons répondu : ALLEZ À LAUSANNE ET VOUS VERREZ BIEN »³.

Il faut enfin rappeler que l'incertitude ne favorise pas la solution concertée extrajudiciairement des litiges naissants : elle alimente des espoirs qui appellent le recours aux juges et contribuent à la surcharge des tribunaux. Dans l'enseignement, elle est un écueil pédagogique.

2. Quelques observations

a) Cela me conduit à la deuxième partie de mon propos : quelques observations sur l'état de la partie générale et une esquisse de réaction.

Comme l'expression même l'indique, la partie générale a une fonction ambitieuse et fondamentale pour l'ensemble de notre droit privé.

³ JT 1987 I p. 78.

Son importance est en outre liée à l'expression particulière d'une culture propre à un pays plurilingue, dont les codes cantonaux s'étaient alimentés aux sources européennes les plus diverses. Ses rédacteurs étaient dirigés par Eugène Huber qui connaissait les différents droits européens et leur histoire aussi bien que nos droits cantonaux. Le texte alors tout récent du BGB allemand de 1896 occupait une place prépondérante dans les pays germanophones et bien au-delà, comme LE modèle d'une codification scientifique.

C'est volontairement que Huber ne l'a pas repris comme modèle exclusif. Il a voulu un texte court, exprimé dans un langage simple, peu « scientifique », respectueux de la diversité culturelle de son inspiration. Le code ne prétendait ni à l'exhaustivité ni à la perfection dogmatique. Il appelait d'entrée de cause des compléments que devait offrir non pas une *Begriffsjurisprudenz* rigoureuse, fondée sur le jeu des concepts, mais bien, comme l'écrit Walter Yung, une lecture fonctionnelle centrée sur des notions éthiques et pratiques, sur la *Rechtsfindung intra legem*⁴. C'était un cadre normatif plutôt qu'un inventaire détaillé de définitions et de règles.

La doctrine suisse n'a pas su résister suffisamment à l'attraction du *BGB* et de la doctrine allemande qui l'a détournée d'exploiter à fond les potentialités de notre code ouvert et flexible. Cela n'a pas facilité son application en raison de la différence des cultures qui avaient nourri les deux codes. La greffe de la dogmatique allemande sur notre partie générale n'a pas apporté que la clarté⁵.

Puis est intervenu l'écoulement du temps. Walter Yung a écrit :

« La codification est un effort de l'esprit pour réduire la diversité à l'unité. Mais la vie brise l'unité imposée par l'esprit et fait de nouveau foisonner la diversité. Les codes se font avec le temps, mais ils se défont aussi avec le temps. Aussitôt mis en vigueur, les réalités sociales les soumettent à des forces centrifuges »⁶. Il en résulte, comme le dit le professeur anglais F. H. Lawson cité par Walter Yung : « plus un code civil est ancien, plus ceux qui l'appliquent tendent à avoir l'esprit d'un *common lawyer* »⁷.

Ainsi, l'application de notre partie générale est-elle aujourd'hui le résultat de la combinaison de l'inspiration culturelle helvétique, de l'influence massive de la dogmatique allemande, de la méthode casuistique du *Common law* appliquée sans la discipline rigoureuse en la matière des juristes anglophones.

Les incidences de cette diversité sur la lecture du texte légal et sur son interprétation sont fortes. Les portes ouvertes le sont parfois si largement

⁴ *Etudes et articles* (n. 2), p. 8 et 9.

⁵ *Etudes et articles* (n. 2), p. 16.

⁶ *Ibid.*, p. 16.

⁷ *Etudes et articles* (n. 2), p. 9.

qu'on parvient à faire dire à un article tout autre chose que ce qu'il exprime clairement (97 CO et l'impossibilité, 109 CO et le rapport de liquidation par exemple). La lacune est une notion diluée à un point tel que les règles traditionnelles de son comblement selon l'article 1^{er} du code civil ne peuvent souvent plus être appliquées. Le besoin de cohérence n'en est que plus présent. Or notre législateur n'entend apparemment pas réformer substantiellement la partie générale du CO, à la différence de ce qui est intervenu en droit de la famille.

b) Esquisse d'une réaction

Je ne vois en conséquence qu'une méthode: elle est fondée sur le souci constant de renforcer ou de restaurer la cohérence du système de l'intérieur pour pallier les insuffisances d'un texte traité tantôt trop littéralement, tantôt avec désinvolture. Mais il est bien plus important de relever que grâce à la formule choisie par Eugène Huber, ces potentialités restent très riches. L'exégèse article par article peut être recentrée sur la volonté du législateur dans une optique systématique plutôt que proprement historique et casuistique, puisque les brèches déjà ouvertes par la doctrine et la jurisprudence ne permettent plus de se fonder généralement sur les principes classiques de l'interprétation. Il faut désormais prendre acte des résultats atteints et les confronter avec les potentialité du système comme tel et, toutes les fois que ce sera possible, les y intégrer dans la forme la plus compatible avec son texte dans la mesure où il exprime au moins implicitement la cohérence voulue par ses rédacteurs.

Cette façon de procéder peut être gouvernée par l'article 1^{er} alinéa 2 du code civil appliqué en quelque sorte par analogie, puisque, on vient de le voir, il ne saurait en général être question de lacunes au sens propre du terme. L'article 1^{er} exprime l'exigence d'une discipline rigoureuse dans la création de règles nouvelles qui est de nature à restreindre le risque de la dispersion foisonnante dans laquelle Walter Yung voit se défaire les codifications. Il exige en effet qu'il n'y ait pas de règle pertinente: une lecture ouverte et attentive de notre loi devrait montrer que ce n'est pas souvent le cas. Il veut que la solution choisie soit généralisable, c'est-à-dire digne de s'intégrer dans la systématique légale. Et s'il faut choisir entre plusieurs constructions, ce qui est devenu fréquent, le choix sera soumis aux mêmes critères.

3. Quatre illustrations

a) Une des premières failles importantes dans la logique interne de la partie générale résulte de l'adoption en 1929 par la Tribunal fédéral du principe de

la causalité du transfert de la propriété des meubles écartant celui de l'abstraction (la mise en possession suffit à transférer le droit) qui était réputé prévaloir en Suisse, comme en Allemagne d'ailleurs, malgré des controverses incessantes jusqu'en 1929⁸. Les règles des droits réels, intégrées au code civil, se sont substituées largement à celles de l'enrichissement illégitime énoncé aux articles 62 et suivants de la partie générale du CO. La symétrie des créances en restitution des prestations échangées en exécution d'un contrat vicié fondées de part et d'autre sur l'enrichissement illégitime a été rompue. Celui qui a livré un objet individualisé le revendique désormais selon les règles du code civil, celui qui en a payé le prix continue de disposer d'une simple créance en remboursement selon la partie générale du code des obligations. Cette rupture de symétrie n'a été accompagnée d'aucune réglementation en vue de l'intégrer dans l'ensemble ainsi modifié. Cette première réduction du champ d'application de la réglementation de l'enrichissement illégitime a inauguré son déclin dans d'autres domaines. Les difficultés liées à cette tendance ne sont pas vraiment surmontées comme en témoigne la bigarrure du traitement des restitutions, qu'il s'agisse de leur objet, de leur étendue, de leur nature, des délais de leur exercice, de la responsabilité en cas de restitution incomplète.

Ainsi le Tribunal fédéral a décidé – ce n'est plus vraiment contesté – que la caducité du contrat dont on se départ au sens de l'article 109 CO signifie en réalité le passage à un rapport de liquidation soustrait aux règles de l'enrichissement illégitime. Cela permet en particulier de substituer au double délai de prescription de l'article 67 CO (un an coulissant dans une décennie) le délai unique de dix ans de l'article 127 CO.

Mais quid des autres situations dans lesquelles les parties doivent restituer des prestations reçues finalement à tort? Quid en particulier de la restitution de l'article 119 alinéa 2 CO?

La prescription de dix ans devrait à mon sens être admise dans tous les cas où la restitution fait suite à l'exécution d'une prestation accomplie en vue de l'exécution d'une obligation (le plus souvent d'un contrat), qu'il s'agisse du paiement d'une avance préalable à la conclusion, d'une avance conditionnelle, d'un contrat bilatéral dont l'une des prestations est devenue impossible (art. 119 al. 2 CO).

Parallèlement, l'objet et l'étendue de la restitution devraient être soumis aux règles de l'enrichissement illégitime à l'exception de la prescription de l'article 67 qui resterait applicable aux rares situations où l'enrichissement est indépendant de toute relation contractuelle.

⁸ ATF 55 (1929) II 302 = JT 1930 I 535.

Dans les hypothèses où se rencontrent la revendication d'un côté, la créance en enrichissement de l'autre, il faut harmoniser la portée des articles 938-940 CC et celle des articles 64 et 65 CO, comme le propose Paul Piotet.

On en reviendrait ainsi sur le plan de la prescription, qui est d'un intérêt pratique évident et sur celui de l'étendue de la restitution, qui n'est pas moins important, à un système équilibré et symétrique, correspondant à ce que le législateur a pu vouloir du temps de l'abstraction du transfert de la propriété. La parenté des situations l'emporterait sur des distinctions dogmatiques abstraites. La prévisibilité des solutions serait renforcée.

b) Les trois exemples qui suivent sont des illustrations privilégiées du titre de mon propos. Dans les trois cas, se sont les travaux d'étudiantes devenues doctorantes, docteurs et pour certaines professeures qui m'ont éclairé définitivement: Mme Christine Chappuis⁹ sur l'organisation d'ensemble des articles 41, 97, 62 et ss et 419 et ss; Mme Ariane Morin¹⁰ sur la responsabilité fondée sur la confiance; Mme Anne-Sylvie Dupont¹¹ sur la définition du dommage.

aa) Dans les domaines apparentés de la gestion d'affaires et de l'enrichissement illégitime, Mme Chappuis a mis en évidence que les potentialités contenues dans les articles 419 à 424 CO étaient généralement sous-estimées. Cela peut expliquer la volonté d'une grande partie de la doctrine de faire jouer à l'enrichissement illégitime un rôle pour lequel il n'a pas été conçu, volonté de nature à jeter la confusion dans le jeu des actions «compensatoires» de notre partie générale. Cela en vaut-il la peine? L'enjeu est de régler une situation particulière peu fréquente: le profit obtenu de bonne foi et sans faute du récipiendaire à travers la sphère juridique d'un tiers sans que ce dernier ne subisse de dommage ni d'appauvrissement. Mme Chappuis a montré, à travers l'examen du système de nos actions qu'il n'avait pas vocation à corriger les effets de cette situation particulière. La définition par Mme Chappuis de l'institution de la gestion d'affaire permet d'éviter de fâcheux chevauchements entre les articles 423 et 62 CO et donne la clé d'une juste délimitation des champs d'application respectifs de ces normes. Elle redonne ainsi à l'ensemble du système une cohérence et une prévisibilité qui permettent de répondre négativement à la question qu'on vient de poser.

⁹ Christine CHAPPUIS, *La restitution des profits illégitimes: le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse*, Bâle, Franckfort-sur-le-Main, Genève 1991.

¹⁰ Ariane MORIN, *La responsabilité fondée sur la confiance: étude critique des fondements d'une innovation controversée*, Genève 2001.

¹¹ Anne-Sylvie DUPONT, *Le dommage écologique: la réparation des atteintes causées au milieu naturel par les mécanismes du droit de la responsabilité civile: une réponse classique à un problème nouveau*, Genève 2005.

bb) La fameuse responsabilité fondée sur la confiance (*die Vertrauenshaftung*) a suscité des débats abondants. Mme Ariane Morin a su démontrer qu'une étude systématique et synthétique de l'ensemble des situations dans lesquelles la réglementation légale fait de la confiance qualifiée un élément constitutif d'une responsabilité permet de faire apparaître une idée générale: «les règles de la bonne foi interdisent à B de susciter la confiance infondée sur un fait significatif de la personne [A] ou des personnes dont il peut et doit objectivement savoir qu'elles risquent de déduire une telle confiance de son comportement»¹². Il faut et il suffit dès lors d'appliquer la règle ainsi dégagée au besoin en appliquant par analogie globale les dispositions légales qui l'expriment dans tous les cas où quelqu'un qui subit un préjudice du fait qu'il s'est fié en fait à tort, mais de façon légitime, à l'apparence créée par le comportement d'autrui. Notre ordre juridique donne déjà une solution satisfaisante à cette problématique.

cc) La notion de dommage n'a pas été définie dans notre code: la doctrine allemande, reprise par la doctrine et la jurisprudence suisses, en a limité la définition à une différence entre deux états du patrimoine (tel qu'il est et tel qu'il serait sans le fait générateur de la responsabilité). Dans son ouvrage consacré à la réparation du dommage écologique, Mme Anne-Sylvie Dupont a montré que cette définition trop étroite conduit à refuser toute réparation à celui qui subit un inconvénient qui n'est pas *primairement* chiffrable en francs et centimes: l'incapacité de travail de l'époux au foyer ou de la religieuse active comme infirmière non rémunérée; la destruction d'un arbre dont la présence ou l'absence n'affecte en rien la valeur du fonds sur lequel il poussait; la blessure à un animal domestique sans valeur; la détérioration d'un portrait de famille sans valeur marchande. Il a fallu élaborer savamment et longuement des correctifs tant certains de ces résultats heurtaient le sens de la justice. N'est-il pas plus pertinent de centrer la définition du dommage sur l'idée de réparation, soit sur le coût du rétablissement de l'état antérieur à la survenance du fait générateur de responsabilité là où il est possible ou de reconnaître par exemple la valeur intrinsèque de la capacité de travail même exercée gratuitement? En abandonnant une définition arbitrairement restrictive du dommage, on rendrait sans objet les efforts doctrinaux les plus acrobatiques voués à en réduire les effets injustes.

4. Conclusion

Il est temps que je renonce à vous infliger tout ce que l'imminence de mon départ m'inciterait à dire.

¹² *Op. cit.* n. 10, p. 168.

En plus de ma gratitude profonde envers l'Université, la Faculté et tous ses membres d'antan et d'aujourd'hui grâce auxquels mon travail aura été un plaisir presque quotidien, j'aimerais faire encore une remarque, une proposition et un vœu.

La remarque: un droit qui repose sur l'autonomie et la responsabilité de la personne doit rester prévisible. A défaut, il renie ses deux fondements. Il doit aussi être accessible: je n'ai naturellement rien contre l'ésotérisme, mais il n'a pas sa place dans la pratique du droit.

La proposition: comme il est certain que le cœur de notre partie générale ne sera pas modifié par le législateur avant longtemps, il faudrait, comme c'est le cas au Etats-Unis, qu'un groupe privé de juristes s'attelle à un *Restatement* de la partie générale du CO pour lui redonner la cohérence systémique qu'elle a partiellement perdue.

Le vœu: Paul Valéry qui a le don de la lucidité a écrit:

«Ce qui est simple est toujours faux; ce qui ne l'est pas est inutilisable»¹³.

Que cela ne nous empêche pas de chercher infatigablement la voie entre ces deux échecs (l'erreur et l'inutilité) pour mettre en œuvre un droit praticable aussi juste que pourra l'être une création humaine.

¹³ *Mauvaises pensées et autres*, Gallimard, Paris 1942.

Liste des ouvrages

Baddeley, Margareta 1994
L'association sportive face au droit
Les limites de son autonomie

Baddeley, Margareta (éd.) 1999
La forme sociale de l'organisation sportive
Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport
de la Faculté de droit de l'Université de
Genève 25 mars 1999

Bellanger, François (éd.) 2000
L'Etat face aux dérives sectaires
Actes du colloque du 25 novembre 1999

Bino, Maria-Antonella 2006
Hospitalisation forcée et droits du malade mental
Etude de droit international et de droit comparé

Cattaneo, Daniele 1992
Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage
Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen

Chaix, François 1995
Le contrat de sous-traitance en droit suisse
Limites du principe de la relativité des conventions

Chappuis, Christine 1991
La restitution des profits illégitimes
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse

Chatton, Gregor T. 2005
Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmensenrechten innerhalb der WTO
Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven

Chavanne, Sylvie 1993
Le retard dans l'exécution des travaux de construction
Selon le Code des obligations et la norme SIA 118

Currat, Philippe 2006
Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Défago Gaudin, Valérie 2006
L'immeuble dans la LP: Indisponibilité et gérance légale

Ducrot, Michel 2005
La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral

- Dunand, Jean-Philippe* 2000
Le transfert fiduciaire: «Donner pour reprendre»
Mancipio dare ut remancipetur
 Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion
- Dupont, Anne-Sylvie* 2005
Le dommage écologique
 Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel
- Favre-Bulle, Xavier* 1998
Les paiements transfrontières dans un espace financier européen
- Foëx, Bénédicte* 1997
Le contrat de gage mobilier
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992
Le principe de la double incrimination
 En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garrone, Pierre* 1991
L'élection populaire en Suisse
 Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997
La nature cassatoire du recours de droit public
 Mythe et réalité
- de Gottrau, Nicolas* 1999
Le crédit documentaire et la fraude
 La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000
La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers
- Guibentif, Pierre* 1997
La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
 Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Hack, Pierre* 2003
La philosophie de Kelsen
 Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000
Le principe de l'universalité en droit pénal international
 Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990
L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse
- Hottelier, Michel* 1995
Le Bill of Rights et son application aux Etats américains
 Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
 Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
 Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
 Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals

- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/ Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/ Roth, Robert/Sardi, Massimo/ Strasser, François Roger* 1994
La libération conditionnelle: risque ou chance?
 La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/ Robert, Christian-Nils* 2006
L'art de punir
 Les représentations sociales d'une «juste» peine
- Lempen, Karine* 2006
Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur
 Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
 Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
 Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
 Nature juridique et constitutionnalité

Papaux van Delden, Marie-Laure 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux

Peter, Henry 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés

Pont Veuthey, Marie-Claire 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

Rohmer, Sandrine 2006
Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée
Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique

Scartazzini, Gustavo 1991
Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Schneider, Jacques-André 1994
Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation
Etude de droit suisse et comparé

Stieger-Chopard, Arlette 1997
L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
Etude de droit allemand et de droit suisse

Tanquerel, Thierry 1996
Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis

Tevini Du Pasquier, Silvia 1990
Le crédit documentaire en droit suisse
Droits et obligations de la banque mandataire et assignée

Trigo Trindade, Rita 1996
Le conseil d'administration de la société anonyme
Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs

Voïnov Kohler, Juliette 2006
Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit

Vulliétty, Jean-Paul 1998
Le transfert des risques dans la vente internationale
Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane 2005
La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas 1997
Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ Delley, Jean-Daniel/Hottelier, Michel/Malinverni, Giorgio (éd.) 2001
Aux confins du droit
Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand

Chappuis, Christine/ Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2006
Le législateur et le droit privé
Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998
Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)

Pacte, convention, contrat

Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000

**Insolence, désendettement et
redressement**

Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Kellerhals, Jean/ 2002

Mani, Dominique/Roth, Robert (éd.)

Pour un droit pluriel

Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997

**Problèmes actuels de droit
économique**

Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998

De l'autre côté du miroir

Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995

Droit des obligations et droit bancaire

Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006

**Droit de la consommation/
Konsumentenrecht/Consumer Law**

Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs

**Présence et actualité de la constitution
dans l'ordre juridique**

Mélanges offerts à la Société suisse des
juristes pour son congrès 1991
à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal

Mélanges en l'honneur du Professeur
Raoul Oberson 1995

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien und
in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

**Les origines de la démocratie directe
en Suisse / Die Ursprünge der
schweizerischen direkten Demokratie**

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée des
chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ 2001

Trechsel, Alexander H.

Voter par Internet

Le projet e-voting dans le canton de
Genève dans une perspective
socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

**Démocratie directe et politique
étrangère en Suisse/**

**Direkte Demokratie und
schweizerische Aussenpolitik**

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspekti-
ven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000

Feuerwerk Volksrechte

Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire», «Les grands juristes» et «Grands textes»)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/ 1994

Walter, François (éd.)

Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

Dufour, Alfred (éd.) 1998

Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848)

Genevois et Suisse à vocation européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001

Rossi, Pellegrino

Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003

L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées

Dunand, Jean-Philippe 2004

Keller, Alexis (éd.)

Stein, Peter

Le droit romain et l'Europe

Essai d'interprétation historique, 2^{ème} éd.

Manai, Dominique 1990

Eugen Huber

Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002

Bonaparte et la Suisse

Travaux préparatoires de l'Acte de Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003

Bonaparte, la Suisse et l'Europe

Colloque européen d'histoire constitutionnelle pour le bicentenaire de l'Acte de médiation (1803–2003)

Reiser, Christian M. 1998

Autonomie et démocratie dans les communes genevoises

Schmidlin, Bruno/ 1991

Dufour, Alfred (éd.)

Jacques Godefroy (1587–1652) et l'Humanisme juridique à Genève

Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997

La responsabilité aquilienne romaine

Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002

La responsabilité aquilienne en droit commun

Damnum Culpa Datum

Droit de la propriété

Hottelier, Michel/ 1999

Foëx, Bénédicte (éd.)

Les gages immobiliers

Constitution volontaire et réalisation forcée

Hottelier, Michel/ 2001
Foëx, Bénédic (éd.)

L'aménagement du territoire

Planification et enjeux

Hottelier, Michel/ 2003
Foëx, Bénédic (éd.)

La propriété par étages

Fondements théoriques et questions
pratiques

Hottelier, Michel/ 2005
Foëx, Bénédic (éd.)

**Protection de l'environnement
et immobilier**

Principes normatifs et
pratique jurisprudentielle

Etier, Guillaume 2006

Du risque à la faute

Evolution de la responsabilité civile
pour le risque du droit romain au droit
commun

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002
Tanquerel, Thierry (éd.)

Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry /
Bellanger, François (éd.) 2002

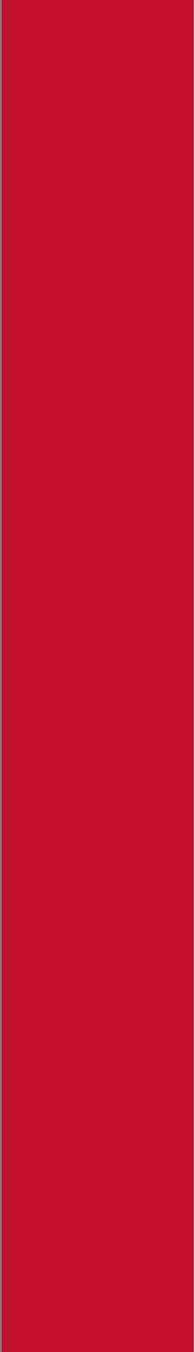
L'administration transparente

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ 2005
Winiger, Bénédic (éd.)

Le préjudice

Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)



Ce recueil renferme les contributions au colloque organisé par la Faculté de droit de l'Université de Genève à l'occasion du 65^{ème} anniversaire du professeur Gilles Petitpierre. Centré sur le rôle et les interventions du législateur en droit privé, il apporte un éclairage nouveau sur la réforme des grands textes du droit privé suisse (Code civil et Code des obligations) et de leur législation accessoire, ainsi que sur le rôle et l'importance des multiples intervenants dans la procédure législative.

Auteurs: Margareta Baddeley, Eleanor Cashin Ritaine, Christine Chappuis, Dominique Manai, Ariane Morin, Jean-Daniel Delley, Alexandre Flückiger, Bénédicte Foëx, Gilles Petitpierre, Bernd Stauder, Paul-Henri Steinauer, Pierre Tercier, Luc Thévenoz et Pierre Wessner.