Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Le Conseil fédéral

Modernisation de la partie générale du code des obligations

Rapport du Conseil fédéral en réponse aux Postulats 13.3217 Bischof et 13.3226 Caroni

du 31 janvier 2018

Table des matières

1 Contexte ... 3

1.1 Interventions parlementaires ... 3
1.2 Le code des obligations du 30 mars 1911 ... 3
1.3 La partie générale du code des obligations ... 3
1.4 Les révisions de la partie générale du CO ... 4
1.5 Le projet « CO 2020 » ... 6

2 Évaluation des besoins de révision ... 6

2.1 Consultation des praticiens ... 6
2.2 Analyse des besoins par Ecoplan ... 6
2.2.1 Objectifs ... 6
2.2.2 Méthode ... 7
2.2.3 Résultats ... 7
2.2.4 Résumé ... 8
2.3 Consultation du Tribunal fédéral et de la Fédération suisse des avocats ... 9
2.3.1 Buts de la consultation ... 9
2.3.2 Méthode ... 9
2.3.3 Avis du Tribunal fédéral ... 9
2.3.4 Avis de la Fédération suisse des avocats ... 9

3 Appréciation ... 12

3.1 Généralités ... 12
3.2 Évaluation des coûts, des bénéfices et des risques d'une révision de la partie générale du CO ... 12
3.2.1 Coûts d'une révision totale ... 12
3.2.2 Doutes quant à l'utilité d'une révision totale ... 13
3.2.3 Inconvénients et risques d'une révision de grande ampleur ... 13
3.3 Appréciation générale ... 14

4 Conclusion ... 14

1 Contexte

1.1 Interventions parlementaires

L'ancien conseiller national (aujourd'hui député au Conseil des États) Andrea Caroni et le député au Conseil des États Pirmin Bischof ont chacun déposé le 21 mars 2013 un postulat intitulé « Moderniser le code des obligations », aux termes identiques, cosigné par 105 conseillers nationaux et par 34 députés au Conseil des États[1]. Le Conseil fédéral a proposé le 29 mai 2013 au Parlement d'accepter les deux postulats sans plus d'explication. Le Conseil des États a transmis le postulat Bischof au Conseil fédéral le 18 juin 2013, le Conseil national en a fait de même du postulat Caroni le 21 juin 2013, sans opposition[2].

Les deux postulats chargent le Conseil fédéral d'indiquer dans un rapport s'il est prêt à soumettre au Parlement un projet de modernisation de la partie générale du code des obligations (CO) afin d'en rendre les normes plus conviviales.

Le développement des deux postulats précise que « la partie générale du CO est un dispositif clé de notre système juridique et de notre ordre économique. Mais le CO, qui date de 1912, contient parfois des règles contradictoires, détaillées à l'excès et incomplètes. Sans compter qu'il est devenu difficile d'accès pour les non-juristes ». Partant du texte intitulé « CO 2020 » élaboré dans le cadre d'un projet du Fonds national suisse, un travail de révision totale de la partie générale du CO pourrait être lancé.

1.2 Le code des obligations du 30 mars 1911

Le texte du CO en vigueur repose sur ce qu'on appelle l'ancien code fédéral des obligations (aCO), qui est daté du 14 juin 1881 et entré en vigueur le 1er janvier 1883. À la suite de l'adoption du code civil (CC) le 10 décembre 1907[3], la nécessité de réviser l'aCO s'est toutefois manifestée assez rapidement. Dans un premier temps, on a donc rédigé à neuf les art. 1 à 551 CO, qui sont entrés en vigueur le 1er janvier 1912, en même temps que le CC. La révision des art. 552 ss CO n'a été adoptée que quelques années plus tard, le 18 décembre 1936, et le nouveau texte de loi est entré en vigueur le 1er juillet 1937.

1.3 La partie générale du code des obligations

Sur le plan de la systématique, les 183 premiers articles figurent dans la « Première partie : Dispositions générales ». Cette partie dite générale compte cinq titres qui règlent non seulement la formation (art. 1 à 67), l'effet (art. 68 à 113) et l'extinction des obligations (art. 114 à 142), mais aussi des points particuliers comme la solidarité (art. 143 à 150), les conditions suspensives et résolutoires (art. 151 à 157), les arrhes et le dédit (art. 158), les peines conventionnelles (art. 160 à 163) et la cession des créances et la reprise de la dette (art. 164 à 183).

La partie générale du CO contient des dispositions qui s'appliquent à tous les types de contrats et même à tous les rapports d'obligation. Les dispositions de la partie générale sont toutes applicables pour autant que les situations visées ne sont pas réglées par des lois spéciales

1 Po. 13.3217 Bischof et Po. 13.3226 Caroni « Moderniser le code des obligations ».
2 BO E 2013 585 s. ; BO N 2013 1185.
3 RS **210**

d'autres domaines du droit privé[4]. Formellement indépendant, mais conçu matériellement comme livre cinquième du code civil, le CO s'applique par analogie aux rapports de droit régis par le CC dans les domaines du droit des personnes, de la famille, des successions et des droits réels[5]. La partie générale du CO peut en outre avoir des incidences pour tout le droit civil et même pour le droit public[6].

Les art. 1 à 183 CO sont pour la plupart de *nature dispositive*. Dans la partie générale, le texte de loi ne fixe explicitement le caractère impératif d'une norme qu'aux art. 34, al. 2, 100, al. 1, 101, al. 3, et 129 CO (pour les art. 127 s. CO)[7]. L'interprétation d'autres dispositions permet par ailleurs de conclure que celles-ci doivent être de nature impérative, comme c'est le cas des dispositions formelles ou des art 40*a* ss[8].

De par leur nature largement dispositive, les prescriptions de la partie générale du CO régissant le droit des contrats jouent un rôle limité dans la pratique. Le recours toujours plus fréquent à des conditions générales, dans différents domaines d'activité, a pour effet d'évincer les prescriptions de nature dispositive. Dans les domaines où les contrats restent conclus sans conditions générales (ou autres clauses contractuelles préformulées) et qui ne sont pas marqués par des clauses spéciales dérogatoires, la partie générale du CO conserve toute son importance. Les prescriptions de nature dispositive de la partie générale du CO peuvent en outre être utilisées comme référence dans l'élaboration, l'interprétation et le contrôle de contrats et de conditions générales.

Enfin, la partie générale du CO joue un rôle précieux dans le domaine de la *formation* : elle permet aux futurs juristes d'appréhender le CO sous une forme systématique et globale et de comprendre les mécanismes d'institutions centrales du droit sur la base des dispositions générales.

1.4 Les révisions de la partie générale du CO

Le CO a été modifié et complété à maintes reprises depuis son entrée en vigueur. Les révisions n'ont pour la plupart pas touché les art. 1 à 183 (ce qu'on appelle la partie générale), mais essentiellement le droit des contrats (art. 184 à 551), le droit des sociétés (art. 552 à 926) et les dispositions sur le registre du commerce, les raisons de commerce et la comptabilité commerciale (art. 927 à 963*b*)[9].

Seules quelques modifications ont été apportées ici et là à la partie générale. Dans la plupart des cas, les révisions étaient occasionnées par l'adoption ou la modification d'autres lois fédérales, comme la loi fédérale contre la concurrence déloyale[10], la loi fédérale du 22 décembre

---

4 *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2e éd., Zurich 1988, 4 ; *Ingeborg Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 7e éd., Berne 2016, N 2.02 ; *Claire Huguenin*, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 7.

5 A l'art. 7 CO, conçu toutefois dans des termes trop étroits : *Ernst A. Kramer*, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, Berne 1980, N 11, *Schwenzer* (op. cit), N 2.04 ; *Bucher* (op. cit), 9. Pour plus de détails sur les normes traitées dans le renvoi *Bucher* (op. cit), 71 à 78.

6 *Kramer* (op. cit), N 15–19; *Hans Merz*, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schweizerisches Privatrecht, volume VI, 1re partie, Bâle 1984, 40; *Bucher* (op. cit), 4 et 82–83 ; *Schwenzer* (op. cit), N 2.04 s.; *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, volume I, 10e éd., Zurich Bâle Genève 2014, N 9.

7 *Bucher* (op. cit), 245, avec référence aux art. 100, 101, al. 3, 129, CO et *Schwenzer* (op. cit), N 32.13, avec référence aux art. 34, al. 2, et 100, al. 1, CO.

8 *Bucher* (op. cit), 245, qui cite notamment les art. 18, 20, 21 et 22, al. 2, CO ; *Huguenin* (op. cit), N 3709, qui cite notamment les art. 11, 19 et 20 CO et 27 CC.

9 Le CO a également été complété par différentes lois spéciales comme la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS **221.229.1**), la loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (RS **221.112.944**), la loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS **944.3**), la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (RS **221.214.1**) ou la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS **241**).

10 Loi fédérale du 30 septembre 1943 sur la concurrence déloyale (abrogée), remplacée par la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS **241**).

1999 sur l'unité monétaire et les moyens de paiement[11], la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile[12] ou le code de procédure civile du 19 décembre 2008[13], la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine[14], la loi du 18 mars 2016 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques[15], et la dernière grosse révision du droit du contrat de travail[16].

La partie générale n'a fait l'objet de révisions propres qu'à de rares occasions. Il faut citer en particulier la révision du droit civil régissant la protection de la personnalité (art. 28 CC et 49 CO)[17], l'introduction de l'art. 6*a* sur l'envoi d'une chose non commandée[18], la création des art. 40*a* à 40*g* sur le droit de révocation en matière de démarchage à domicile ou de contrats semblables[19] et la révision des art. 42, al. 3, et art. 43, al. 1bis, CO (« Les animaux ne sont pas des choses »)[20].

En résumé, on peut donc dire que la partie générale du CO est largement restée en vigueur dans sa forme originelle datant de 1911. Les révisions susmentionnées n'ont concerné que des questions ponctuelles, tandis que la majorité écrasante des dispositions de la partie générale du CO sont restées inchangées depuis maintenant plus de cent ans. Le caractère de la partie générale du CO est donc quasiment resté intact.

En comparaison, aussi bien l'Allemagne que la France ont procédé à des modifications radicales de leur droit des obligations. En Allemagne, la *Schuldrechtsreform*[21] a été mise en œuvre en 2002 : outre une modernisation du droit de la prescription, du droit régissant l'inexécution des obligations et du droit des contrats de vente et des contrats d'entreprise, la révision visait en particulier à intégrer les lois existant en matière de protection des consommateurs dans le Bürgerliches Gesetzbuch (code civil allemand). La réforme est entrée en vigueur en 2002[22]. En France, le droit commun des contrats a été révisé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. L'objectif était de répondre aux besoins pratiques des particuliers et des entreprises et la réforme s'articulait autour de trois objectifs : simplicité, efficacité et protection[23]. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1er octobre 2016[24].

---

11 RS **941.10**
12 Abrogée.
13 RS **272**
14 RS **221.301**
15 RS **943.03**
16 RO **1971** 1465
17 RO **1984** 778
18 RO **1991** 846
19 RO **1991** 846 ; ces dispositions ont déjà été révisées deux fois dans l'intervalle, RO **1993** 3120 et RO **2015** 4107.
20 RO **2003** 463
21 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001; Bundesgesetzblatt I 2001, 3138.
22 Cf. par ex. *Dirk Olzen*, Die Schuldrechtsreform – eine Einführung, Cologne 2002.
23 Cf. le communiqué de presse du Ministère de la Justice du 11 février 2016, à consulter à l'adresse : www.justice.gouv.fr/la-garde-des-sceaux-10016/archives-2016-j-j-urvoas-12873/reforme-du-droit-des-contrats-30490.html.
24 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, cf. pour plus de détails *Florian Bien/Jean-Sebastien Borghetti* (éd.), Die Reform des französischen Vertragsrechts – Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz ?, Tübingen 2017 ; *Hans Jürgen Sonnenberger*, Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.02.2016 – Erster Teil: Quellen der Schuldverhältnisse, ZEuP 2017, p. 6 ss; *Hans Jürgen Sonnenberger*, Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.02.2016 – Zweiter Teil, Allgemeine Vorschriften, régime général, und Beweis, preuve, der schuldrechtlichen Verbindlichkeiten, ZEuP 2017, p. 778 ss.

1.5 Le projet « CO 2020 »

En 2013, 23 universitaires issus de toutes les facultés de droit de Suisse ont présenté un projet de nouvelle partie générale du CO : le « code des obligations suisse 2020 » (CO 2020)[25]. Cinq ans plus tôt, les auteurs s'étaient fixés pour but de mettre à jour la partie générale du CO au regard de la jurisprudence et de la doctrine suisses, d'une part, et du droit européen et d'autres droits étrangers d'autre part[26]. Leurs travaux ont abouti à un projet de nouvelle version des art. 1 à 183 CO qui a été publié accompagné d'un commentaire explicatif[27].

Le projet CO 2020 a pour but premier de restaurer la clarté du texte, disparue au fil des cent dernières années[28]. Selon ses auteurs, le CO accuse des lacunes, certaines normes sont aujourd'hui trop détaillées, voire superflues, d'autres contradictoires[29]. Le projet repose pour l'essentiel sur le droit en vigueur, sur le plan du contenu, et consiste surtout à mettre en œuvre la mise à jour que les auteurs revendiquent. Il comporte toutefois, ici et là, des nouveautés matérielles qui auraient des répercussions parfois substantielles sur la pratique et dépasseraient le cadre d'une mise à jour. Le projet a beaucoup été discuté dans la littérature spécialisée[30], parfois de manière très critique[31].

2 Évaluation des besoins de révision

2.1 Consultation des praticiens

Une révision totale de la partie générale du CO occasionnerait un travail considérable à toutes les personnes impliquées vu l'ampleur et la complexité d'une telle entreprise, et indépendamment du fait qu'il existe déjà un projet commenté. Cette entreprise ne se justifie que si la nécessité d'une pareille réforme est prouvée. Avant de se lancer, il faut donc voir quels sont les besoins.

L'Office fédéral de la justice (OFJ) a par conséquent demandé à la société Ecoplan (Berne) de procéder à un vaste sondage auprès des représentants des avocats, des tribunaux et des entreprises sur la nécessité de réviser totalement la partie générale du CO (cf. ch. 2.2). Il a également invité le Tribunal fédéral (TF) et la Fédération suisse des avocats (FSA) à prendre position sur la question (cf. ch. 2.3). Il a par contre renoncé à interroger les milieux universitaires et scientifiques, le projet CO 2020 émanant d'eux.

2.2 Analyse des besoins par Ecoplan

2.2.1 Objectifs

L'OFJ a chargé la société Ecoplan de réaliser un sondage en ligne sur les besoins d'une révision totale de la partie générale du CO. L'idée était de réunir les avis des praticiens, qui utilisent

---

25 *Claire Huguenin/Reto M. Hilty* (éd.), Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zurich 2013.

26 *Claire Huguenin/Barbara Meise*, OR 2020: braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht?: eine Einführung, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2015, p. 280 ss, 282.

27 Cf. la genèse de CO 2020 *Huguenin/Hilty*, in : Huguenin/Hilty (éd.), op. cit, Einleitung vor Art. 1 ff., N 55 ss.

28 *Huguenin/Hilty* (op. cit.), Einleitung vor Art. 1 ss, N 1.

29 *Huguenin/Hilty* (op. cit.), Einleitung vor Art. 1 ss, N 3 et N 16.

30 Cf. notamment *Harke Jan Dirk/Riesenhuber Karl* (éd.), OR 2020 – die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht, Tübingen 2016, avec une présentation complète et une discussion des propositions, et le numéro 4/2015 de la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, contenant différents articles sur le sujet.

31 Cf. notamment *Bruno Schmidlin*, Das Schweizer Obligationenrecht 2020, RSJ 2015, p. 25 ss ; *Heinrich Honsell*, Kritische Bemerkungen zum CO 2020, RSJ 2013, p. 457 ss.

tous les jours la partie générale du CO dans leur travail et connaissent l'application de ses dispositions.

Le but de l'enquête consistait à obtenir des réponses aussi largement fondées que possible aux questions suivantes :

- La partie générale du CO a-t-elle prouvé son utilité pratique ?
- Quels sont les besoins de révision totale de la partie générale du CO aux yeux des spécialistes qui la pratiquent ?
- Suffirait-il, en lieu et place d'une révision totale, de remanier certaines normes spécifiques ?
- Dans quels domaines une révision est-elle nécessaire ?

2.2.2 Méthode[32]

Ecoplan a réalisé son sondage auprès de 1670 praticiens et organisations. Les groupes professionnels visés étaient ceux qui se servent quotidiennement de la partie générale du CO dans leur travail, à savoir :

- tous les tribunaux civils de première instance, les tribunaux du commerce et les cours suprêmes cantonales ;
- 1432 avocats de différents cantons, inscrits au registre des avocats et choisis au hasard. On a veillé ce faisant à viser des personnes de toutes les régions linguistiques, la langue utilisée pouvant précisément jouer un rôle dans l'appréciation de l'intelligibilité du texte de loi ;
- différentes associations d'importance nationale concernées en raison de leur but ;
- différentes grandes entreprises suisses actives sur tout le territoire du pays.

2.2.3 Résultats

403 personnes et organisations ont rempli intégralement le questionnaire en ligne (taux de réponse : 24 %)[33]. Le sondage a abouti aux résultats suivants[34] :

La partie générale du CO a prouvé son utilité pratique
Les acteurs interrogés sont presque unanimement d'avis (97 %) que l'utilité pratique de la partie générale du CO est « plutôt bonne » à « très bonne ». Ils sont aussi largement d'accord (95 %) sur le fait que le texte de loi reste d'actualité et fournit des réponses à la plupart des questions juridiques qui se posent aujourd'hui.

Le texte de la partie générale du CO est satisfaisant
Les aspects centraux du texte de loi, à savoir sa *clarté linguistique, son degré de détail, sa systématique* et son *absence de contradictions*, sont majoritairement jugés satisfaisant ou plutôt satisfaisants (90 % chaque fois)[35]. À cet égard, les résultats du sondage divergent passa-

---

[32] Cf. pour plus de détails *Ecoplan*, Bedarfsanalyse für einen neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (CO AT) – Umfrageergebnisse, rapport final daté du 6 juin 2017, p. 3 ss, à consulter sur le site de l'OFJ www.ofj.admin.ch.
[33] Cf. *Ecoplan* (op. cit.), p. 4 pour savoir plus sur cet échantillon non pondéré.
[34] Cf. pour plus de détails *Ecoplan* (op. cit), p. 6 ss, 22 ss.
[35] *Ecoplan* (op. cit), p. 10.

blement des prémisses du projet CO 2020, dont les initiateurs fondent la nécessité d'une révision totale sur le fait que le texte de loi en vigueur est incomplet, souvent trop détaillé et parfois contradictoire[36].

C'est le critère de *l'exhaustivité des dispositions* qui s'en sort le moins bien (84 % des sondés jugeant toutefois le texte de loi « plutôt satisfaisant ») et qui divise le plus les personnes interrogées : si une majorité d'entre elles indiquent que la doctrine et la jurisprudence ont tranché de nombreuses questions laissées en suspens par la partie générale du CO et qu'il ne faudrait pas remettre en question un texte de loi qui a prouvé son utilité pratique, une minorité souhaite davantage de codification de la doctrine et de la jurisprudence.

Les besoins de révision totale de la partie générale du CO sont faibles
Dans l'ensemble, les besoins de révision totale de la partie générale du CO sont jugés faibles. 30 % des personnes interrogées ne voient aucun besoin et 60 % des besoins plutôt faibles.

Si révision il doit y avoir, elle doit plutôt porter sur la partie spéciale du CO
Parallèlement à la révision totale de la partie générale, on pourrait envisager de *réviser la partie spéciale du CO*. Un tiers des personnes interrogées ne juge urgent de réviser ni la partie générale, ni la partie spéciale du CO (31 %). Si le code devait être révisé, ils sont clairement d'avis que la révision de la partie spéciale est plus urgente que celle de la partie générale.

Quelques normes devraient être révisées
Parallèlement à la révision totale de la partie générale, le sondage a également soulevé la question de la nécessité de *réviser certaines normes*. Il en va toutefois moins d'une mise à niveau que de la réglementation de questions matérielles. Les personnes interrogées estiment qu'il faudrait réviser les chapitres concernant les obligations résultant d'actes illicites (art. 41 à 61) et les effets de l'inexécution des obligations (art. 97 à 109). Pour ce qui est du premier, elles souhaitent un allongement du délai de prescription, une formulation plus précise et plus compréhensible du droit de la responsabilité civile et l'introduction de liens transversaux vers d'autres lois sur la responsabilité. Pour ce qui est du second, elles pensent à une simplification et une concrétisation des normes sur les effets de la mise en demeure (art. 107 à 109).

Les personnes interrogées décèlent des besoins d'adaptation à la situation actuelle, par l'élimination des lacunes existantes, dans deux domaines : premièrement l'adoption de dispositions sur les conditions générales, deuxièmement la prise en considération des nouveaux moyens de communication (courriel, signature électronique) lors de la conclusion de contrats.

Risques
Certaines personnes interrogées ont signalé les *risques* que comporte une *révision totale* : elles redoutent que la révision n'engendre une grande insécurité du droit et n'entraîne des coûts élevés (formation complémentaire, littérature) sans commune mesure avec son utilité.

2.2.4 Résumé

Le sondage réalisé auprès des praticiens a abouti à un *résultat clair* : la partie générale du CO a démontré son utilité pratique dans le travail quotidien. Elle répond, malgré son âge, à la plupart des questions juridiques d'aujourd'hui. Le sondage montre aussi nettement que les praticiens ne voient pas la nécessité de réviser totalement le texte de la partie générale du CO. Les aspects formels, comme la clarté linguistique, la systématique, etc., ne justifient pas non plus une révision totale. En ce qui concerne la partie générale, le législateur devrait se concentrer, si tant est qu'il le doive, sur des révisions de normes ponctuelles.

---

[36] *Huguenin/Hilty* (op. cit), N 3 et N 16.

2.3 Consultation du Tribunal fédéral et de la Fédération suisse des avocats

2.3.1 Buts de la consultation

Parallèlement au vaste sondage réalisé en ligne auprès des praticiens, l'OFJ s'est adressé directement au TF et à la FSA pour leur demander leur avis. Son objectif était d'obtenir une *appréciation complète* des besoins de révision, au-delà des avis individuels réunis dans le cadre du sondage.

2.3.2 Méthode

L'OFJ a invité le TF et la FSA, dans une lettre datée du 7 avril 2017, à prendre position sur les questions suivantes :

- Est-il nécessaire à votre avis de procéder à une révision totale de la partie générale du CO ?
- Où situez-vous les lacunes ou les problèmes particuliers qui pourraient être comblées ou réglés dans le cadre d'une révision partielle ?
- Quel est votre avis sur le projet « CO 2020 » ?

Le TF a répondu à l'OFJ le 24 mai 2017, la FSA le 10 août 2017.

2.3.3 Avis du Tribunal fédéral

Le TF a fait parvenir à l'OFJ le bref avis suivant :

> « Der Bundesgerichtspräsident hat Ihre Anfrage zuständigkeitshalber an die Präsidentenkonferenz weitergeleitet. Die von Ihnen gestellten Fragen sind an der Sitzung der Präsidentenkonferenz vom 24. April diskutiert und in der Folge in den beiden zivilrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts vertieft worden. Als Ergebnis können wir Ihnen mitteilen, dass das Bundesgericht keinen Handlungsbedarf für grundlegende Änderungen im Allgemeinen Teil des OR sieht. » (Le président du Tribunal fédéral a transmis votre demande à la Conférence des présidents pour des raisons de compétence. Les questions que vous posez ont été discutées lors de sa séance du 24 avril, puis approfondies par les deux cours de droit civil du Tribunal fédéral. Le résultat de ces discussions est que le Tribunal fédéral ne voit aucune nécessité de modifier fondamentalement la partie générale du CO.)

2.3.4 Avis de la Fédération suisse des avocats

La FSA a également exprimé clairement dans son avis qu'elle ne juge pas opportun de réviser totalement la partie générale du CO[37]. Cette position se fonde essentiellement sur trois arguments :

[37] L'avis a été publié sous une forme légèrement adaptée, cf. *Patrick Sutter*, Kritische Anmerkungen zu den Prämissen des Entwurfs für einen neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (OR 2020), Revue de l'avocat 2017, p. 407 ss.

Intelligibilité – La langue juridique, langage d'experts

Les auteurs du CO 2020 invoquent le fait que les citoyens ne peuvent trouver seuls dans la loi la réponse à leurs questions de droit, un objectif qu'il n'y a pas lieu de remplir :

> « Die Anwendung von Recht setzt [...] immer eine Auslegungsleistung voraus, zu welcher nur imstande sein kann, wer die ausserhalb der konkreten Paragraphen stehende Judikatur und die dieser Judikatur jeweils zugrunde liegende konkrete Sachlage (im Vergleich zu der eigenen Sachlage) kennt. » (L'application du droit présuppose toujours une interprétation à laquelle peut seul procéder celui qui connaît aussi bien la jurisprudence, au-delà du texte de loi, que la situation matérielle concrète [comparée à sa propre situation matérielle] qui sous-tend cette jurisprudence.)

Cette prestation, seuls les spécialistes peuvent la fournir, non les sujets de droit :

> « Zu erwarten, dass die Bürgerinnen und Bürger ein Gesetz so lesen können, dass sie generell die Antworten auf ihre Fragen im Gesetz selbst finden können, ohne dass sie Judikatur und Lehre kennen müssten, hiesse alle diese Selbstverständlichkeiten der Auslegung von Rechtsnormen zu negieren. » (Attendre que des citoyens puissent lire une loi de manière à pouvoir y trouver des réponses à leurs questions sans devoir connaître la jurisprudence et la doctrine équivaut à nier toutes les évidences de l'interprétation des normes de droit.)

Enfin, la FSA conteste le reproche fait à la loi d'être devenue incompréhensible au fil du temps :

> « Wenn die Autoren von CO 2020 ausführen, es sei sicherzustellen, dass die Bürgerinnen und Bürger im CO ihre Antworten wieder selbst finden (weil dies heute "bei Weitem nicht mehr erfüllt" sei), so behaupten sie, dass nur schon theoretisch die blosse Lektüre des Gesetzes selbst den Laien alle Antworten auf Rechtsfragen liefern können soll (ohne Applikationsleistung der Juristinnen und Juristen, die vor einem breiteren Fachhorizont stattfindet). Dies kann aber per se nicht der Massstab an Recht sein, weil es all dem widerspricht, was Rechtssprache an sich ist (und unbesehen davon, ob sie "verständlich" ist). Und mit diesem in Klammern soeben zitierten Vorhalt an den geltenden AT des CO, dass dies heute "bei Weitem nicht mehr erfüllt sei", wird suggeriert, dass dies früher anders gewesen sei, was bedeuten würde, dass diese Applikationsleistung früher nicht genauso Voraussetzung für das Gesetzesverständnis gewesen wäre – was selbstverständlich unzutreffend ist. » (Quand les auteurs du CO 2020 disent qu'il faut s'assurer que les citoyens trouvent eux-mêmes dans le CO les réponses à leurs questions [chose « qui n'est de loin pas le cas » aujourd'hui], ils affirment que la simple lecture de la loi devrait de manière purement théorique livrer aux profanes des réponses à toutes leurs questions juridiques [sans le travail de concrétisation fourni par les juristes, qui se fait sur un horizon étendu de connaissances]. Il n'est pas possible en soi d'imposer ce critère au droit, parce que cela contredit tout ce qu'est la langue juridique [indépendamment de son intelligibilité]. Et le reproche fait à la partie générale du CO en vigueur, que ce n'est de loin pas le cas aujourd'hui, suggère qu'il en allait autrement par le passé, ce qui signifierait que le travail de concrétisation n'était jadis pas une condition de l'intelligibilité de la loi – chose qui est bien évidemment fausse.)

Sécurité du droit

La FSA évoque en outre l'insécurité du droit qu'une révision totale de la partie générale du CO entraînerait :

> « Es wird wieder Materialien geben und es werden wie bei jeder Reform zuerst über Jahre, wenn nicht Jahrzehnte, klärende Urteile sowie Dutzende von Fachkommentaren und sonstigen Publikationen herbeizuziehen sein, um dieses neue Recht auszulegen und anzuwenden. [...] (Il y aura de nouveaux travaux préparatoires et il faudra recourir pendant des années, voire des décennies, comme c'est le cas pour toute réforme, à des jugements de clarification et à des dizaines de commentaires d'experts et autres publications avant de pouvoir interpréter et appliquer ce nouveau droit.)
>
> Die Rechtssicherheit in der Beratung und in der Rechtsanwendung – hier insbesondere in der so wichtigen Vertragsgestaltung – ist über Jahre erheblich beeinträchtigt. [...] (La sécurité du droit dans les prestations de conseil juridique et l'application du droit – et notamment dans la conception si importante des contrats – s'en trouverait considérablement compromise et ce, pendant des années.)
>
> Gerade wenn ein Erlass in der Rechtssprache sowie in Lehre und Rechtsprechung derart etabliert ist, sind grossangelegte Reformen mit beträchtlichen Einbussen an Rechtssicherheit und damit einhergehend auch mit hohen volkswirtschaftlichen Kosten verbunden. » (C'est précisément quand un texte de loi s'est établi à ce point dans la langue juridique, dans la doctrine et dans la jurisprudence, que les réformes de grande ampleur impliquent des pertes considérables au plan de la sécurité du droit et, par voie de conséquence, des coûts économiques élevés.)

Coûts

Enfin, la FSA signale les coûts que la révision entraînerait pour l'économie :

> « Für die Wirtschaft (abgesehen von den Verlagen und Weiterbildungsveranstaltern, insbesondere der Universitäten, die hieran selbstverständlich ein wirtschaftliches Interesse haben) sind zudem höhere Beratungskosten, ein Umstellen ihrer Vertragsgrundlagen, die seit Jahren etabliert sind, etc. etc. verbunden. (Pour l'économie [abstraction faite des maisons d'édition et des institutions de formation continue, et notamment des universités, qui y ont évidemment un intérêt économique], cela signifie des coûts de conseils élevés, un changement de leurs bases contractuelles, établies depuis des années, etc., etc.)
>
> Gemessen daran, wie gut der heutige AT des OR "funktioniert", wären diese erheblichen Nachteile u.E. nicht zu rechtfertigen. » (Mesurés à l'aune du bon fonctionnement actuel de la partie générale du CO, ces inconvénients sont à notre avis injustifiables.)

Résumé

En résumé, la FSA se prononce clairement et nettement contre une révision totale de la partie générale du CO :

> « Zusammenfassend ist der SAV/FSA der Auffassung, dass der AT des heutigen OR eine etablierte Grundlage für die Praxis darstellt, welche im Rahmen einer Teilrevision bezüglich allfälliger Lücken angepasst werden kann, deren gegenwärtiger Zustand aber keine mit Rechtsunsicherheit in der Praxis und volkswirtschaftlichen Kosten verbundene Grossreform rechtfertigt. (En résumé, la FSA est d'avis que la partie générale du CO est une base qui s'est établie dans la pratique, dont les éventuelles lacunes peuvent être comblées dans le cadre d'une révision partielle, mais

dont l'état actuel ne justifie en rien l'insécurité du droit et les coûts économiques qu'une grande réforme occasionnerait.)

Das akademische Interesse an einer Bereinigung des Gesetzes ist verständlich, aus praktischer Sicht dominieren aber andere Kriterien. » (L'intérêt des universitaires à une mise à jour de la loi est compréhensible, mais d'autres critères dominent du point de vue pratique.)

3 Appréciation

3.1 Généralités

La révision totale de la partie générale du CO est un projet législatif extrêmement étendu et ambitieux. Un projet d'une telle ampleur ne devrait être lancé que si les besoins sont clairement établis et qu'on peut partir du principe que la révision n'est pas vouée à l'échec d'emblée au plan politique. Le Conseil fédéral est donc heureux de l'occasion qui lui est donnée, pour répondre aux deux postulats, de prendre position sur les besoins de révision.

3.2 Évaluation des coûts, des bénéfices et des risques d'une révision de la partie générale du CO

3.2.1 Coûts d'une révision totale

Un projet de révision de l'ampleur d'une révision totale de la partie générale du CO immobiliserait des ressources considérables, des années durant, à l'intérieur et à l'extérieur de l'administration et du Parlement. Le fait qu'il existe déjà un projet formulé et commenté n'y change rien. Certes, les travaux en seraient certainement facilités, mais l'élaboration d'un projet de loi exigerait tout de même une réflexion approfondie sur chaque disposition. Et le commentaire existant n'empêche pas qu'il subsiste beaucoup de questions à traiter. Ainsi, le projet CO 2020 et les explications qui l'accompagnent n'abordent pour ainsi dire pas les évolutions internationales récentes. Un code des obligations vraiment moderne devrait absolument aborder les dernières *évolutions intervenues à l'étranger*. De plus, la nécessité d'une *adaptation de la partie spéciale* et d'autres dispositions du droit fédéral présentant un lien direct avec la partie générale du CO se manifesterait inévitablement. Il n'existe là aussi aucun travail préparatoire sur lequel se reposer[38].

Il faut signaler par ailleurs que le but de la pure mise à jour du texte de loi ne pourra guère être atteint au plan politique : d'un côté, il est dans bien des cas presque impossible de déterminer avec certitude s'il y a simple mise à jour ou adaptation matérielle ; de l'autre, on peut s'attendre à ce que les débats politiques soulèvent diverses questions qui dépassent le cadre d'une mise à jour, faisant encore gonfler le projet.

Enfin, une révision totale aurait, y compris si le Parlement l'adoptait, un coût énorme pour toutes les parties concernées : il faudrait probablement adapter d'innombrables textes législatifs aux niveaux de la Confédération, des cantons et des communes, car beaucoup renvoient à la partie générale du CO. Un grand nombre de contrats et de modèles de contrat devraient également être retravaillés. Idem pour les moyens didactiques. Pareille révision entraînerait également un travail et des dépenses qu'il ne faut pas sous-estimer, pendant des années,

[38] Cf. *Huguenin/Hilty* (op. cit.), Einleitung vor Art. 1 ff., N 23 et 24, 81.

pour les tribunaux, les avocats, les milieux économiques et les citoyens. Ce travail et ces dépenses ne devraient bien sûr pas retenir le législateur de se lancer dans une révision. Mais il faut qu'il soit convaincu que l'utilité de la révision puisse les compenser.

3.2.2 Doutes quant à l'utilité d'une révision totale

Généralités
Les résultats du sondage réalisé par Ecoplan comme les avis du TF et de la FSA montrent clairement que la partie générale du CO a prouvé son utilité et que nombre de praticiens la jugent satisfaisante. La critique émise par les auteurs du projet CO 2020 ne trouve aucun écho dans la pratique. Ainsi, un argument central en faveur d'une grande révision s'évanouit.

Les critiques récurrentes émises de différentes parts à l'encontre du droit en vigueur n'y changent rien. De toute évidence, les défauts que présente le texte – comme l'utilisation d'une terminologie parfois archaïque – ne remettent pas sérieusement en question la valeur des dispositions. On peut donc se demander à qui pareille révision profiterait réellement.

Augmentation de l'attrait de la Suisse dans les arbitrages ?
Le développement des deux postulats évoque enfin que le choix de l'ordre juridique applicable se porterait davantage sur le droit des obligations suisse en cas de révision de la partie générale, et que le rôle de la Suisse dans les arbitrages internationaux s'en trouverait renforcé.

De l'avis du Conseil fédéral, il faut toutefois considérer avec prudence les répercussions escomptées d'une révision du droit des contrats sur l'attrait de la Suisse dans les arbitrages internationaux. Elles dépendent d'une multitude de facteurs dont le poids et les rapports mutuels sont difficiles à évaluer. On peut supposer, en revanche, que l'attrait de la Suisse dans les arbitrages diminuerait, au moins provisoirement, après une révision totale de la partie générale du CO et ce, parce que l'abandon des dispositions existantes entraînerait une grande insécurité du droit et qu'un grand nombre de questions nouvelles se poseraient sur l'interprétation du nouveau droit, pour lesquelles il n'existerait pas de réponses contraignantes.

3.2.3 Inconvénients et risques d'une révision de grande ampleur

Insécurité du droit
Le Conseil fédéral voit un des inconvénients majeurs qu'aurait une révision totale de la partie générale du CO dans *l'insécurité du droit* qu'elle entraînerait, inconvénient que la FSA signale elle aussi dans son avis. Si la sécurité du droit souffre de toute révision de loi, c'est le prix à payer pour l'utilité qu'on attend de la révision. Plus cette utilité est grande, plus le législateur est en en droit d'accepter que la sécurité du droit souffre pendant un temps. Mais quand l'utilité de la révision – comme c'est le cas ici – n'est pas démontrée ou peut être contestée, cet inconvénient pèse trop lourd.

Utilisation efficiente des ressources du législateur
Les ressources du législateur sont toujours plus limitées. La complexité de l'ordre juridique tout comme les défis que soulèvent les technologies modernes exigent que l'on concentre les activités du législateur sur les sujets et problèmes essentiels. Une révision totale de la partie générale du CO mobiliserait cependant des ressources considérables, dans et hors de l'administration, pendant des années. Inévitablement, d'autres projets importants et urgents devraient céder le pas.

Risques politiques
Les réactions des praticiens montrent en outre clairement qu'il est extrêmement douteux que pareil projet puisse être mené à bien, autrement dit que la révision totale de la partie générale

du CO soit adoptée par le Parlement et puisse entrer en vigueur. Sous ces auspices et considérant la nécessité d'une planification responsable de l'utilisation des ressources, il ne paraît guère raisonnable de se lancer dans de tels travaux.

3.3 Appréciation générale

Tous ces aspects montrent que le coût d'une révision de la partie générale du CO est très élevé tandis que son utilité est jugée plutôt faible et que le risque d'échec est considérable. Le Conseil fédéral estime problématique, dans ces conditions, de lancer un projet qui engagerait d'énormes ressources, pendant des années, aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'administration, puis au Parlement, car d'autres travaux et projets législatifs importants en pâtiraient nécessairement. Mais c'est surtout les avis très clairs émis par les praticiens qui occupent une place centrale dans l'appréciation générale du Conseil fédéral : les spécialistes ne voient de toute évidence dans le texte normatif, malgré ses lacunes attestées, aucun préjudice mesurable pour leur travail. Il manque donc une condition essentielle d'une grande révision.

Lorsque l'utilité escomptée d'une révision n'est pas prouvée ou qu'elle est seulement faible, il faut y renoncer, surtout si son coût est élevé, comme ce serait le cas ici. Le Conseil fédéral est par conséquent d'avis qu'il n'est pas opportun de procéder à une révision totale de la partie générale du CO ; les besoins de mise à jour formelle du texte ne sont pas établis. Si un besoin de révision était avéré sur certains points – qui pourraient également toucher à la partie spéciale du CO –, le Conseil fédéral ne serait pas opposé à un examen de ces points et, le cas échéant, à une révision partielle du droit en vigueur. Le sondage réalisé par Ecoplan a montré que les praticiens jugent nécessaire d'agir à certains égards. Force est toutefois d'admettre que les expériences des dernières années ont montré combien il peut être difficile de mener à son terme une révision matérielle dans le domaine du CO : les projets de révision totale du droit de la responsabilité extracontractuelle, de loi sur le commerce électronique, de relèvement du taux de l'intérêt moratoire prescrit par la loi ou de révision de l'art. 404 CO ont tous échoué. S'il est quasi impossible de mener à bien pareils projets, il paraît téméraire de vouloir lancer une révision totale de la partie générale du CO alors que les praticiens se sont unanimement opposés à une telle révision.

4 Conclusion

Le Conseil fédéral tient beaucoup à ne pas lancer de projet législatif dont la nécessité ne soit pas avérée. Même s'il existe certainement des dispositions, dans la partie générale du CO, qui pourraient être améliorées au plan rédactionnel et/ou matériel : aussi longtemps que les besoins de révision ne sont pas prouvés, il faut renoncer à toute révision coûteuse et risquée. De l'avis du Conseil fédéral, cette preuve fait défaut dans le cas de la partie générale du CO. C'est pourquoi il ne voit aucun besoin de présenter un projet de révision totale de la partie générale du CO.