

Modification du code des obligations (mandat)

Rapport explicatif

Septembre 2016

Condensé

Contexte

La motion Barthassat 11.3909 a chargé le Conseil fédéral de présenter au Parlement un projet de révision de l'art. 404 du code des obligations afin d'adapter celui-ci aux réalités économiques et juridiques modernes. Cette révision doit permettre aux parties de conclure de véritables contrats de mandat de durée.

L'art. 404, al. 1, du code des obligations prévoit que le mandat peut être résilié en tout temps. Selon l'al. 2, la partie qui résilie le contrat en temps inopportun doit indemniser l'autre à hauteur du dommage qu'elle subit de ce fait. Elle n'a en revanche pas à fournir d'indemnisation pour le gain manqué. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit de résilier le contrat en tout temps ne peut être ni supprimé ni limité. Cette disposition a une très grande portée pratique, car le Tribunal fédéral considère qu'elle s'applique de manière impérative à des rapports contractuels très différents.

Le caractère impératif de la disposition est considéré comme inadapté, en particulier dans le cas des contrats de service complexes à caractère principalement commercial, notamment en matière d'informatique ou de recherche et développement. Les parties consentent en effet souvent à de gros investissements et auraient tout intérêt à pouvoir conclure des contrats de durée contraignants et moins facilement résiliables. La réglementation actuelle nuit à la Suisse en tant que place économique. Elle apparaît toutefois opportune dans de nombreux cas. L'objet du mandat est souvent relativement imprécis et son exécution reste difficilement prévisible. Il conviendrait donc de maintenir la règle de l'art. 404 CO pour ces cas précis.

Objet de la modification

Pour tenir compte des différents intérêts en présence, le Conseil fédéral propose de conserver l'art. 404 actuel mais d'en faire une règle dispositives. Les parties pourraient exclure le droit de résilier le contrat en tout temps ou le restreindre en définissant leurs propres conditions de résiliation. Vu que le lien contractuel pourrait être plus difficile à défaire et pour tenir compte des contrats pour lesquels la liberté de résiliation a encore un sens, les clauses s'écartant des obligations légales devraient être considérées comme nulles si elles figurent dans des conditions générales.

1	Contexte	4
1.1	Motion Barthassat (11.3909)	4
1.2	Le mandat selon le droit suisse	4
1.3	Droit de résilier le mandat en tout temps selon l’art. 404 CO	5
1.3.1	Général	5
1.3.2	Caractère impératif du droit de résiliation selon le Tribunal fédéral	5
1.3.3	Champ d’application	6
1.4	Indemnisation du dommage causé par la résiliation en temps inopportun conformément à l’art. 404, al. 2, CO	8
1.5	Défauts de la réglementation actuelle	9
1.5.1	Critiques à l’égard de la jurisprudence du Tribunal fédéral	9
1.5.2	Adaptations nécessaires	11
2	La réglementation proposée	13
2.1	Motivation et appréciation de la réglementation proposée	13
2.1.1	Supprimer le caractère impératif de la résiliation en tout temps	13
2.1.2	Droit de résiliation en tout temps : règle dispositive soumise à certaines restrictions	15
2.2	Commentaire des nouvelles dispositions	16
3	Conséquences	19
3.1	Conséquences pour la Confédération	19
3.2	Conséquences pour les cantons et les communes	19
3.3	Conséquences économiques	20
3.4	Conséquences sociales	20
4	Droit transitoire	21
5	Constitutionnalité et légalité	21

1 Contexte

1.1 Motion Barthassat (11.3909)

Le 29 septembre 2011, l'ancien conseiller national Luc Barthassat a déposé la motion 11.3909 « Adapter le droit du mandat et l'article 404 CO au XXI^e siècle ». Conformément à la proposition du Conseil fédéral du 23 novembre 2011, le Conseil national et le Conseil des Etats ont accepté la motion respectivement le 23 décembre 2011¹ et le 27 septembre 2012² et l'ont transmise au Conseil fédéral.

Le texte de la motion est le suivant :

« Le Conseil fédéral est chargé de présenter au Parlement un projet de révision de l'article 404 du Code des obligations afin d'adapter celui-ci aux réalités économiques et juridiques modernes. Cette révision devra permettre aux parties de conclure de véritables contrats de mandat de durée. »

L'auteur justifiait son intervention en avançant que l'art. 404 du code des obligations (CO)³ était dépassé. Contrat de tous les services, le mandat, en vertu de l'art. 404 CO, peut être résilié en tout temps par chacune des parties. Or, le Tribunal fédéral considère que cette règle est impérative et qu'ainsi le droit de résilier le mandat en tout temps ne peut être ni supprimé ni restreint. Les parties ne peuvent ainsi conclure un mandat de durée ou prévoir une peine conventionnelle dont le montant permettrait la compensation du gain manqué. Cette réglementation est non seulement critiquée par la majorité de la doctrine, mais elle est également une exception en Europe et éloigne sur les investisseurs de la Suisse et de son ordre juridique. L'auteur de la motion estime que les parties devraient pouvoir valablement renoncer au droit de résilier le mandat en tout temps, notamment en prévoyant la durée de celui-ci ainsi qu'une peine conventionnelle en cas de résiliation anticipée. Les parties pourraient ainsi planifier leurs relations contractuelles dans la durée.

1.2 Le mandat selon le droit suisse

Le mandat (art. 394 ss CO) est le contrat général applicable aux services en droit suisse, par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis (art. 394, al. 1, CO). Il peut être conclu à titre onéreux ou gratuit (art. 394, al. 3, CO) et peut porter autant sur un acte de fait que sur un acte juridique. L'exécution de l'acte peut être ponctuelle ou s'inscrire dans la durée⁴.

1 BO 2011 N 2263

2 BO 2012 E 923

3 RS 220

4 Pour le mandat de durée, voir arrêt du Tribunal fédéral du 10 avril 2002, n° 4P.28/2002, consid. 3c/bb ; arrêt du Tribunal fédéral du 27 septembre 2002, n° 4C.125/2002, consid. 2 ; et arrêt du Tribunal fédéral du 7 février 2002, n° 4C.316/2001, consid. 1b.

Le mandat vise le plus souvent un objectif général. Son objet n'est donc pas fixé à l'avance de manière précise, mais se détermine au moment de la concrétisation de l'objectif, lequel se définit en fonction des intérêts du mandant. Le mandataire est tenu de faire tout son possible pour atteindre cet objectif. Il est ainsi simplement tenu de fournir un effort de diligence dans l'intérêt du mandant. Contrairement par exemple au contrat d'entreprise, le mandat ne prévoit pas l'obligation de fournir un résultat précis. En conséquence, il implique une obligation de moyen mais non une obligation de résultat⁵. En général, on est en présence d'un mandat (et non d'un contrat d'entreprise) notamment lorsque les chances de succès, de par sa nature, ne dépendent pas de la volonté des parties et que le résultat de l'effort ne peut pas être évalué sur la base de critères objectifs⁶.

1.3 Droit de résilier le mandat en tout temps selon l'art. 404 CO

1.3.1 Général

Conformément à l'art. 404 CO, chaque partie peut révoquer ou répudier⁷ le mandat en tout temps (al. 1). Ce droit n'est soumis à aucune condition, ce qui signifie qu'il peut en principe être exercé à tout moment et sans raison particulière. Par la résiliation, le contrat prend fin avec effet immédiat⁸. Cette fin a comme effet que l'obligation de poursuivre l'exécution du contrat s'éteint. Les obligations issues du contrat avant la fin de celui-ci restent intactes, pour le mandant, le paiement des honoraires pour l'activité déjà exercée et, pour le mandataire, notamment la reddition de comptes sur sa gestion et la restitution de ce qu'il a reçu (art. 400 CO).

1.3.2 Caractère impératif du droit de résiliation selon le Tribunal fédéral

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le droit de résiliation de l'art. 404, al. 1, CO est *de nature impérative*. Il ne peut donc être ni supprimé ni restreint par des clauses contractuelles⁹. Le premier arrêt rendu dans ce sens remonte à 1933. Le Tribunal fédéral s'est alors fondé sur deux avis portant sur le droit de l'époque¹⁰. En 1972, il rend un arrêt dans lequel il motive sa décision de manière détaillée¹¹. Il

⁵ Sur les caractéristiques du mandat, voir les explications détaillées dans *Fellmann*, art. 394 n° 91 ss et *Hofstetter*, p. 35 ss.

⁶ ATF 109 II 36; 127 III 329 ss.; *Hofstetter*, p. 19 s.; *Werro*, mandat, n° 102 ss.

⁷ La révocation est le fait du mandant et la répudiation celui du mandataire. La distinction est toutefois sans portée, puisqu'on vise dans les deux cas la possibilité pour une partie de résilier unilatéralement le contrat. Voir *BSK-Weber*, art. 404 n° 2 et *CR-Werro*, art. 404 n° 2.

⁸ *BSK-Weber*, art. 404 n° 7 et 15; *CR-Werro*, art. 404 n° 5.

⁹ Voir, avec renvois, par ex. arrêt du Tribunal fédéral du 13 février 2014, n° 4A_284/2013, consid. 3.5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral du 10 février 2009, n° 4A_437/2008, consid. 1.3 s. ; ATF 115 II 465 ss ; 109 II 467 ; 106 II 159 s.

¹⁰ Voir ATF 59 II 261. L'un des experts cités (*Becker*, art. 404 n° 8) n'était à vrai dire pas en faveur d'une application impérative totale de l'art. 404. Selon lui, la disposition n'a un caractère impératif que si la liberté de résiliation est en accord avec la règle générale de l'art. 19 CO et donc nécessaire à préserver la personnalité des parties.

¹¹ ATF 98 II 308.

invoque le *rapport de confiance personnel* constituant la base de tout mandat. Dans un autre arrêt de principe¹², motivant une fois de plus sa position en détail, il explique qu'il serait insensé de vouloir maintenir un contrat si le rapport de confiance entre les parties a été rompu, et que le droit de résilier le contrat en tout temps s'applique de manière impérative non seulement au mandat à proprement parler, mais également aux contrats mixtes pour lesquels, en raison de la durée de l'obligation, il apparaît opportun d'appliquer les règles du mandat. Le Tribunal fédéral n'a en revanche pas retenu la part de la doctrine favorable à une limitation de la nature impérative de la disposition aux mandats typiques, à savoir ceux conclus à titre gratuit ou revêtant un caractère strictement personnel. Il estime que la teneur de l'article ne permet pas de mettre en place une application différenciée et qu'un changement de pratique serait inconciliable avec le principe de la sécurité du droit. A ses yeux, une application différenciée ne pourrait être mise en place sur la base de règles claires et constantes ; elle devrait faire l'objet d'une évaluation au cas par cas. Malgré les critiques émises dans la doctrine, le Tribunal fédéral n'a jamais changé sa jurisprudence¹³.

1.3.3 Champ d'application

Conformément à l'art. 394, al. 2, CO, les règles du mandat, et notamment l'art. 404, s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats (comme le contrat de travail ou le contrat d'entreprise). Dès lors, tous les contrats de service ne pouvant se rattacher aux autres contrats régis par la loi devraient être soumis au droit du mandat. Cependant, le droit suisse prévoit le libre choix du type de contrat : il est possible de conclure des contrats, dits innommés, qui ne sont pas réglés par la loi. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral, alors qu'il avait longtemps considéré qu'il n'était pas possible de conclure de contrats innommés portant sur des prestations de travail, l'admet depuis quelque temps déjà, s'alignant ainsi sur la doctrine majoritaire¹⁴. Il convient alors d'appliquer le droit du mandat, ou certaines dispositions de celui-ci, là où cela paraît pertinent dans le cas d'espèce¹⁵. Le Tribunal fédéral considère que l'art. 404 CO s'applique impérativement aux contrats innommés qui portent sur des travaux et pour lesquels, en raison

¹² ATF 115 II 466 ss.

¹³ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 10 février 2009, n° 4A_437/2008, consid. 1.4 s. et, plus récemment, arrêt du Tribunal fédéral du 13 février 2014, n° 4A_284/2013, consid. 3.5.1 et arrêt du Tribunal fédéral du 26 mai 2014, n° 5A_106/2014, consid. 7.3.

¹⁴ Revirement de jurisprudence ATF 109 II 465 s.

¹⁵ Par ex., dans le cadre d'un contrat où un architecte est chargé à la fois de la conception du projet et de l'exécution des travaux, les règles du contrat d'entreprise (art. 367 ss CO) s'appliquent si les plans présentent des erreurs, alors que, en cas de mauvaise surveillance des travaux, il convient d'appliquer les règles du mandat (obligation de diligence, art. 398 CO) (ATF 109 II 466).

de la durée de l'obligation, il apparaît opportun d'appliquer les règles du mandat. Cela est souvent le cas pour les contrats mixtes relevant en partie du mandat¹⁶.

Les rapports juridiques soumis à l'art. 404 peuvent être de nature très diverse : onéreux comme gratuits, à caractère strictement personnel ou purement commercial. Du point de vue économique, la disposition s'applique à toute sorte de contrats : des prestations uniques fournies par des particuliers, des petites entreprises ou des indépendants aux relations contractuelles pluriannuelles entre multinationales. Etant donné la taille et la diversité du secteur tertiaire, il apparaît aujourd'hui impossible de dresser une liste exhaustive de toutes les formes de contrats régies en partie par le droit du mandat. L'importance, pour l'économie, de ces contrats et des dispositions sur le mandat ne sera de ce fait jamais exagérée. En effet, celles-ci s'appliquent notamment aux contrats sur les comptes de virement, à la gestion immobilière, au conseil en placement, à la gestion de fortune, aux traitements médicaux, à la représentation en justice, au transport de voyageurs, aux contrats d'architecte, aux contrats de management et de conseil ou encore au contrat d'expertise. Il y a lieu en outre de se demander si le mandat s'applique aux contrats apparus plus récemment, comme les contrats de collaboration entre entreprises dans le domaine, par exemple, de la recherche et du développement, les contrats d'externalisation, les contrats de services informatiques¹⁷ et toute sorte de contrats qui sont souvent appelés simplement « contrats de service » et peuvent avoir des objets très divers. En raison de l'évolution récente du secteur tertiaire et de sa forte croissance, l'art. 404 trouve une application beaucoup plus large qu'à l'époque où il est entré en vigueur¹⁸.

¹⁶ Le Tribunal fédéral l'a notamment *reconnu* dans les cas suivants : contrat d'architecte : ATF 109 II 465 s. et 127 III 544 s. ; contrat de gérance immobilière : ATF 106 II 159 s. ; contrat d'impresario : ATF 104 II 108 s. ; contrat de formation et d'hébergement en internat : arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2011, n° 4A_141/2011, consid. 2.2 et arrêt du Tribunal fédéral du 29 juillet 2008, n° 4A_237/2008, consid. 3.2 ; contrat de coopération entre banques de dépôt et gérants de fortune : arrêt du Tribunal fédéral du 31 mars 2005, n° 4C.447/2004, consid. 3.2 et 5.2 ; contrat de coopération en vue de la gestion d'immeubles : arrêt du Tribunal fédéral du 13 février 2014, n° 4A_284/2013, consid. 3.5.2 ; et *refusé* dans les cas suivants : contrat d'affrètement : ATF 115 II 111 ; convention d'affiliation d'un employeur à une fondation collective : ATF 120 V 305 ; contrat de franchise : arrêt du Tribunal fédéral du 11 octobre 2000, n° 4C.228/2000, consid. 3.a et 4. ; contrat sur différents droits de commercialisation exclusive et non exclusive de surfaces et de moyens publicitaires : arrêt du Tribunal fédéral du 15 janvier 2010, n° 4A_401/2009, consid. 1.1.2 ; contrat de licence et de vente exclusive : ATF 133 III 365 s. ; contrat de bail (appartement familial dont le loyer a été réglé par le biais de services de gérance immobilière) : arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2007, n° 4C.373/2006, consid. 4.3.

¹⁷ Voir *Liatowitsch/Mondini*, p. 294.

¹⁸ Le droit du mandat actuel (art. 394 ss CO) correspond, dans sa teneur, en très grande partie aux dispositions du code des obligations de 1881 (RO 1874–1881 V 577 ss).

1.4 Indemnisation du dommage causé par la résiliation en temps inopportun conformément à l'art. 404, al. 2, CO

L'art. 404, al. 1, prévoit qu'un mandat peut être résilié en tout temps. En vertu de l'al. 2, la partie qui résilie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause.

Une résiliation survient en *temps inopportun* si elle a lieu sans motifs sérieux et que, de ce fait, la partie qui résilie cause à l'autre un préjudice particulier. Un motif est sérieux notamment lorsque le contrat est résilié en raison du comportement de l'autre partie. Une partie subit un préjudice particulier lorsque, au moment de la résiliation, elle avait pris des dispositions en vue de la continuation du contrat¹⁹. Dans la pratique, une résiliation est considérée comme survenant en temps inopportun par exemple si elle n'est fondée que sur des motifs économiques et non sur une altération du rapport de confiance entre les parties²⁰.

L'indemnisation ne porte que sur le dommage que l'autre partie a subi en raison de la résiliation en temps inopportun. Elle englobe en principe uniquement l'*intérêt négatif*²¹ : la partie ayant résilié le contrat doit indemniser les dépenses auxquelles l'autre partie a consenti et les dispositions qu'elle a prises, inutilement, alors qu'elle croyait que le contrat aller se poursuivre. Elle lui doit des honoraires uniquement pour le travail déjà accompli. Une indemnisation pour la somme totale des honoraires convenus ne peut pas être exigée au titre de l'intérêt négatif.

Le gain manqué en raison de la résiliation du mandat ne pourrait être exigé qu'au titre de l'*intérêt positif*. Dans ce cas-là, il faudrait rétablir l'autre partie dans la situation dans laquelle elle serait si le mandat avait été entièrement et correctement mené à terme. Le droit actuel ne permet toutefois pas de convenir d'une telle indemnisation. Le Tribunal fédéral estime que la convention d'une indemnisation à hauteur du gain qui aurait été réalisé au terme du contrat (de même que le paiement inconditionnel d'une peine conventionnelle en cas de résiliation anticipée) correspondrait à une limitation du droit de résiliation et serait dès lors illégale. De ce point de vue, l'art. 404, al. 2, est aussi de droit impératif. Les parties ne peuvent donc pas y déroger par une clause contractuelle. Le Tribunal fédéral estime en outre qu'il n'est possible de convenir d'une peine conventionnelle pour résiliation anticipée que si celle-ci ne dépasse pas le cadre fixé par l'al. 2²². Elle ne peut donc porter que sur l'indemnisation du dommage découlant du caractère inopportun du moment de la résiliation.

¹⁹ Voir BSK-Weber, art. 404 n° 16; ATF 110 II 383; arrêt du Tribunal fédéral du 29 juillet 2008, n° 4A_237/2008, consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2011, n° 4A_141/2011, consid. 2.4 ; arrêt du Tribunal fédéral du 8 octobre 2012, n° 4A_294/2012 ; 4A_300/2012, consid. 7.2.

²⁰ ATF 109 II 469.

²¹ Voir BSK-Weber, art. 404 n° 17; arrêt du Tribunal fédéral du 13 février 2014, n° 4A_284/2013, consid. 3.6.1.

²² Voir, avec renvois, ATF 109 II 467 s., 469 ss ; ATF 110 II 383, 386 ; arrêt du Tribunal fédéral du 29 juillet 2008, n° 4A_237/2008, consid. 3.4 s. ; arrêt du Tribunal fédéral du 13 février 2014, n° 4A_284/2013, consid. 3.6.1.

Au titre de l'intérêt négatif toutefois, la partie lésée peut faire valoir le gain manqué résultant du refus de conclure d'autres contrats en raison du mandat existant, pour autant qu'elle ne puisse pas réaliser de gain autrement grâce aux capacités libérées suite à la résiliation²³.

1.5 Défauts de la réglementation actuelle

1.5.1 Critiques à l'égard de la jurisprudence du Tribunal fédéral

La jurisprudence du Tribunal fédéral sur la nature impérative de l'art. 404 (voir point 1.3.2) est critiquée par la majeure partie de la doctrine récente²⁴. Le principe selon lequel la disposition s'applique impérativement à tous les mandats était surtout défendu par l'ancienne doctrine²⁵. Au vu de l'importance qu'a prise le droit du mandat en un siècle (voir point 1.3.3), il convient de rester critique par rapport à l'ancienne doctrine. C'est pourquoi nous présenterons ci-dessous essentiellement des avis récents.

Une partie importante de la doctrine considère que, objectivement, le droit de résiliation en tout temps ne se justifie pas pour certains contrats soumis au droit du mandat et que, le plus souvent, il nuit même aux intérêts des parties. Il limite sans raison la liberté contractuelle et ne tient pas suffisamment compte du principe « *pacta sunt servanda* ». La nature impérative de l'art. 404 affaiblit considérablement le caractère contraignant de nombreux contrats de service purement commerciaux, ce qui rend l'ordre juridique suisse moins attrayants auprès de partenaires potentiels et nuit de ce fait à la place économique suisse²⁶. La doctrine critique également le fait que, en raison de la jurisprudence, l'indemnisation du dommage ne peut porter que sur l'intérêt négatif et qu'il n'est pas possible de pallier cette limitation au moyen d'une peine conventionnelle²⁷.

Une partie de la doctrine estime que l'art. 404 ne devrait s'appliquer obligatoirement qu'aux services gratuits ou typiques du mandat, et qu'il devrait avoir une valeur dispositive dans les autres cas²⁸ et être traité de manière différente en fonction du type de contrat²⁹. Les services typiques du mandat sont caractérisés par un rapport contractuel fondé sur une confiance particulière entre les parties, comme les mandats conclus avec un médecin ou un avocat. Dans ces cas-là, la possibilité de résilier le

²³ Arrêt du Tribunal fédéral du 13 février 2014, n° 4A_284/2013, consid. 3.6.1.

²⁴ Comparer les explications ci-dessous avec les renvois proposés aux notes de bas de page 24 à 34.

²⁵ Voir par ex. *Gautschi*, art. 404 n° 10 ss; *Oser/Schönenberger*, art. 404 n° 2 et la doctrine qui y est citée.

²⁶ Voir par ex. *Gauch*, p. 13 ss et 20 s.; *Fellmann*, art. 404 n° 121 s.; *Liatowitsch/Mondini*, p. 294; *Reber*, p. 526; *BSK-Weber*, art. 404 n° 9; *Weber*, PJA, p. 187; *Werro/Carron/Douzals*, p. 218

²⁷ Voir par ex. *Gauch*, p. 15.

²⁸ Voir par ex. *Bucher*, OR BT, p. 228; *Engel*, p. 510; *Honsell*, p. 337 ss;

Mondini/Liatowitsch, p. 299 s.; *Peyer*, p. 183 ss.

²⁹ *Huguenin*, n° 3310 s.

contrat en tout temps paraît justifiée et correspond à l'intérêt des parties. Elle ne l'est toutefois pas dans le cadre des contrats non caractérisés par un rapport de confiance particulier, comme le contrat entre un architecte et un maître d'ouvrage et les mandats dits *purement commerciaux*, où les intérêts économiques priment les rapports personnels entre les contractants. Etant donné que, dans le cas des professions libérales, la confiance joue un rôle déterminant pour le mandant et que le mandataire est tenu de faire passer l'intérêt du mandant avant son propre intérêt à continuer le contrat, certains auteurs font une distinction supplémentaire : dans le cadre des services typiques du mandat conclus à titre onéreux, le droit de résiliation en tout temps devrait être de nature dispositive ; toutefois, si la confiance que le mandataire a vis-à-vis du mandant est également un élément très important de la relation contractuelle, ce droit doit alors être de nature impérative³⁰.

D'autres estiment que l'art. 404 ne devrait être que dispositif³¹. Pour tous les mandats, même pour les mandats typiques, il devrait être possible de convenir de la durée des rapports et d'un délai de résiliation. Cet avis se fonde sur l'argument que, en droit suisse, le mandat ne correspond pas à un type de contrat défini de manière précise, mais regroupe toute sorte de contrats. Or, seule dans une infime partie d'entre eux, les contractants ont véritablement un intérêt à pouvoir résilier leurs rapports en tout temps³². Du reste, le droit de résiliation en tout temps peut s'opposer à la relation de confiance qui doit exister entre les parties³³. Les défenseurs de ce point de vue estiment que rien ne s'opposerait à une telle pratique, car l'art. 27, al. 2, du code civil (CC)³⁴ et l'art. 19, al. 2, CO, conformément auxquels nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs, posent des limites suffisantes. Une clause contractuelle qui s'éloignerait de l'art. 404, al. 1, CO, dans le cadre des contrats typiques du mandat, pourrait être évaluée à la lumière de ces principes et, le cas échéant, être déclarée nulle. Un contrat avec un médecin ou un avocat pourrait être résilié en tout temps, car une prise en charge médicale ou une représentation en justice doit être voulue par le mandant, faute de quoi elle ne saurait être conciliable avec les droits de la personnalité de celui-ci. De même, ces règles garantissent un *droit de résilier le mandat en tout temps pour de justes motifs*.

Les deux points de vue présentés ci-dessus ne sont pas clairement distincts : selon certains avis, les contrats typiques du mandat sont considérés comme étant ceux portant sur des intérêts strictement personnels du mandant. L'art. 404 ne devrait dès lors être impératif que pour les contrats faisant intervenir les droits de la personnalité des parties³⁵. Ce raisonnement est très proche du deuxième avis présenté.

³⁰ *Bühler*, art. 377 n° 63; *Leuenberger*, p. 32 et 42; *Gehrer/Giger*, art. 404 n° 8; *Terrier/Favre*, n° 5296 ss; voir aussi *CR-Werro*, art. 404 n° 6 s.

³¹ Voir en particulier *Fellmann*, art. 404 n° 131 ss; *Gauch*, p. 15 ss et *Schneeberger*, p. 255 ss.

³² *Fellmann*, art. 394 n° 87; *Gauch*, p. 14.

³³ *Gauch*, p. 19.

³⁴ **RS 210**

³⁵ Voir *BSK-Weber*, art. 404 n° 10 et *Koller-Tumler*, p. 55 s.; avec plus de nuances, *Deringer*, n° 60 ss.

Selon un autre avis, il convient de faire une différence entre le *pouvoir* et le *droit* de résiliation en tout temps³⁶. Peu importe ce qui a été convenu dans le contrat, chaque partie a le pouvoir de résilier le mandat en tout temps. Les clauses du contrat peuvent en revanche limiter le droit de résiliation. Une partie peut donc résilier le mandat malgré les clauses convenues qui s’y opposeraient ou avant le terme convenu, mais ce n’est pas pour autant qu’elle en a le droit. C’est pourquoi un tel cas de figure devrait donner droit à une indemnisation.

Quelques voix minimisent le problème et évoquent l’insécurité juridique qui découlerait d’une application différente de la disposition en fonction du type de contrat³⁷. Enfin, certains soutiennent que l’art. 404 devrait conserver son caractère impératif, car ils considèrent que le mandat est un contrat dont les prestations ne peuvent pas être définies à l’avance de manière précise et que, en raison de sa flexibilité, il n’est pas possible de prédéfinir ce en quoi consiste exactement une exécution conforme du contrat. Ils estiment toutefois bon que le législateur définisse quels types d’arrangements il serait possible de conclure pour protéger les investisseurs³⁸.

Les *tribunaux cantonaux* contournent partiellement la jurisprudence du Tribunal fédéral : ils considèrent les contrats de service à caractère commercial comme des mandats atypiques ou des contrats innommés qu’il serait inapproprié de soumettre au droit du mandat en matière de résiliation. Dans la doctrine alémanique, cette pratique des tribunaux cantonaux est qualifiée de « *Flucht aus dem Auftragsrecht* »³⁹.

1.5.2 Adaptations nécessaires

L’application impérative de l’art. 404 CO pose problème dans la pratique, notamment pour les contrats de service complexes, négociés individuellement et empreint d’un fort caractère commercial, par exemple en matière de management, d’externalisation, d’informatique, de recherche et de développement⁴⁰ et, dans certains cas, de gestion immobilière. Ces contrats sont à considérer comme des mandats ou comme des contrats innommés présentant certaines caractéristiques du mandat. Sur bien des aspects, ils ne correspondent toutefois pas à des mandats *typiques*.

En raison de l’importance économique de ces contrats pour les parties, ainsi que des dispositions souvent conséquentes que celles-ci prennent en vue de leur exécution, les deux parties auraient généralement un grand intérêt à pouvoir conclure des contrats non résiliables à durée contraignante :

³⁶ Werro, Baurecht, p. 55 ss; CR-Werro, art. 404 n° 6 ss; Werro, mandat, p. 96 ss; Werro/Carron/Douzals, p. 217 ss.

³⁷ Voir par ex. Hofstetter, p. 61 ss et Bucher, p. 288, lequel est critique par rapport à l’application de l’art. 404 CO aux contrats mixtes ; pour les problèmes de délimitation, voir Weber, PJA, p. 187.

³⁸ Buff/von der Crone, p. 343.

³⁹ Voir par ex. arrêt du Tribunal fédéral du 29 juillet 2008, n° 4A_237/2008 ; arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2011, n° 4A_141/2011 ; voir aussi le condensé dans Liatowitsch/Mondini, p. 295 s.

⁴⁰ Voir Liatowitsch/Mondini, p. 294.

D'une part, le « *client* » est tributaire de la disposition du prestataire de services à lui faire bénéficier de son savoir et de ses services spécialisés pendant toute la durée du contrat. En cas de résiliation anticipée, il est souvent difficile, voire impossible, de trouver une solution de remplacement à temps. De plus, même en cas de résiliation en temps inopportun au sens de l'art. 404, al. 2, CO, il n'est pas possible d'exiger une indemnisation de l'intérêt positif (voir point 1.4). Le client ne peut donc pas demander à être rétabli dans la situation financière qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement mené à terme.

D'autre part, le prestataire de services a lui aussi souvent intérêt à ce que le contrat se poursuive. La résiliation en temps inopportun par le client sur la base de l'art. 404, al. 2, CO peut aussi produire des résultats choquants. Les services sur lesquels portent les contrats visés nécessitent souvent une longue préparation, et il n'est pas possible de prédire s'ils pourront être correctement menés à terme. Le prestataire peut dès lors difficilement prouver qu'il aurait pu conclure un autre contrat à la place de celui qui a été résilié. Il ne lui est donc pas possible de faire valoir un dommage à indemniser (voir point 1.4), sinon les dispositions déjà prises en vue de l'exécution du contrat.

C'est pourquoi les deux parties auraient souvent un intérêt à définir la durée de leurs rapports de manière contraignante. Or, cette possibilité n'est pas offerte par le droit actuel, ce qui nuit à l'efficacité de l'exécution de services spécialisés et complique souvent inutilement la coopération entre les entreprises.

Jusqu'à présent, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pas encore reflété toute l'ampleur de la problématique. Celui-ci n'a notamment pas encore eu à se pencher sur les contrats de service et de coopération conclus entre entreprises. En effet, d'une part, lorsqu'ils craignent les effets négatifs de l'art. 404 CO, les contractants choisissent souvent l'application d'un droit étranger et intègrent une clause d'arbitrage⁴¹. D'autre part, les parties préfèrent souvent régler leur conflit à l'amiable plutôt que de porter l'affaire devant un tribunal.

La situation est différente pour les mandats typiques, comme les contrats conclus avec des avocats, des médecins ou des dentistes. L'art. 404 CO semble ici ne pas poser problème dans la pratique. Le droit de résiliation en tout temps profite au mandant comme, dans certains cas, au mandataire. Le mandataire peut en effet souvent compenser le mandat résilié de manière anticipée par d'autres mandats. De manière générale, on peut imaginer qu'un dentiste puisse par exemple facilement prendre un autre patient lorsqu'un rendez-vous est annulé. De même, l'avocat auquel un mandat a été retiré peut sans autre utiliser le temps qui lui a été remis à disposition pour travailler sur un autre mandat. Dans ces cas-là, les mandataires ne subissent pas de dommage du fait de la résiliation du contrat.

En résumé, on constate que l'application de l'art. 404 en tant que norme impérative n'est pas satisfaisante dans certains cas et que la situation juridique actuelle produit, dans ces cas, des résultats non souhaitables.

⁴¹ Voir *Liatowitsch/Mondini*, p. 294 ; *Werro/Carron/Douzals*, p. 213 s.

2 La réglementation proposée

Dans le cadre de la préparation de l'avant-projet, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a mené des discussions et examiné les précédents projets avec les spécialistes de doctrine et de la pratique suivants :

- Prof. em. Dr. Alexander Brunner, Juge cantonal au Tribunal de commerce de Zürich, Professeur titulaire à l'Université de St. Gall;
- Prof. em. Dr. Dr. h.c. Peter Gauch, Université de Fribourg;
- Dr. Marlis Koller-Tumler, Présidente et directrice suppléante de l'Autorité régionale de conciliation de Berne-Mittelland, Présidente de la Commission fédérale de la Consommation CFC;
- Prof. Dr. Hubert Stöckli, Université de Fribourg.

L'avant-projet propose de conserver l'art. 404 CO dans son libellé actuel. Il convient toutefois de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral pour autoriser les parties à convenir de règles sur la résiliation. La disposition devra donc être considérée comme du droit non plus impératif mais *dispositif*. A cet effet, elle sera suivie d'un nouvel art. 404a prévoyant expressément que les parties peuvent supprimer ou limiter le droit de révoquer ou de répudier le contrat en tout temps (al. 1). Cette nouvelle possibilité offerte aux parties sera toutefois limitée. En effet, toute convention en la matière sera nulle si elle figure dans des *conditions générales* (al. 2).

Il est renoncé à une règle différenciée entre les mandats à titre gratuit et les mandats à titre onéreux.. Un mandat à titre gratuit est conclu, contrairement au simple service rendu, uniquement s'il correspond à la volonté des parties de se lier juridiquement.⁴² C'est pourquoi il paraît adapté que les parties puissent aussi convenir de supprimer ou de limiter le droit de révoquer ou de répudier le contrat en tout temps dans de tels cas.

2.1 Motivation et appréciation de la réglementation proposée

2.1.1 Supprimer le caractère impératif de la résiliation en tout temps

L'argument du Tribunal fédéral en faveur de la nature impérative de l'art. 404 CO est la nécessité d'un *rapport de confiance particulier* entre les parties (voir point 1.3.2). Or, on ne peut affirmer qu'un tel rapport existe dans tous les cas. Si le mandat porte sur des aspects strictement personnels du mandant ou donne accès à des secrets commerciaux, il est indispensable que le mandant ait confiance en l'intégrité du mandataire. Pour les services complexes et techniques, le mandant doit également avoir confiance en les compétences du mandataire. L'écart entre les informations dont dispose le mandant et celles dont dispose le mandataire, mais

⁴² BGE 129 III 183; 116 II 696.

aussi le fait qu'il n'y ait généralement pas de résultat garanti (voir point 1.2), entraînent considérablement l'évaluation objective de la qualité de la prestation. Il s'impose donc de contrebalancer la confiance que le mandant doit placer dans le mandataire à la conclusion du contrat par la possibilité de résilier le contrat en tout temps. Le type de relation entre les deux parties peut donc justifier la possibilité de résilier le contrat, mais pas nécessairement à tout moment. Une résiliation du contrat passé avec un médecin ou un guide de montagne pour rupture du rapport de confiance serait par exemple tout à fait inopportune si elle survient au cours d'une opération ou d'une excursion⁴³. Il est donc délicat, en droit du mandat, d'ériger le rapport de confiance en critère absolu, argument utilisé par le Tribunal fédéral pour défendre la nature impérative de l'art. 404 CO.

La question se pose toutefois de savoir si le droit de résiliation en tout temps doit rester de nature impérative dans certains domaines. On pense notamment aux mandats strictement personnels, comme ceux conclus entre un patient et un médecin, et aux mandats de très longue durée. Pour ces cas-là, on peut s'appuyer sur les restrictions fixées à l'art. 19, al. 2, CO et à l'art. 27, al. 2, CC qui sont applicables à tous les contrats⁴⁴, respectivement : « la loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité » et « nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs » (protection de la personnalité). Les contrats qui portent sur des *aspects strictement personnels* sont *contraires aux mœurs*, et donc *nuls*⁴⁵. Dès lors, par exemple, même si un patient et un médecin ont convenu de renoncer à leur droit de résilier le contrat en tout temps, le client pourra s'appuyer sur les dispositions ci-dessus pour le résilier⁴⁶. L'art. 27, al. 2, CC peut être utilisé contre toute obligation contractuelle excessive, même en dehors du domaine strictement personnel⁴⁷. De cet article découle également la règle selon laquelle une partie peut résilier un contrat de durée de manière anticipée, même en l'absence de base légale explicite, si, pour de *justes motifs*, on ne peut plus exiger raisonnablement d'elle qu'elle continue de remplir ses obligations⁴⁸. Ces restrictions générales garantissent une protection suffisante des parties. De la sorte, l'application impérative de l'art. 404 CO à d'autres cas n'est pas nécessaire⁴⁹.

La résiliation en tout temps est cependant aussi en lien avec la nature du mandat en tant que contrat de prestation axé sur un objectif mais sans obligation de résultat, et dont le contenu est souvent relativement indéterminé (voir point 1.2)⁵⁰. Le mandat ne prend souvent une forme concrète qu'en cours de réalisation, grâce aux actes du mandataire, lequel peut être soumis à l'influence de circonstances extérieures et d'injonctions du mandant. Il s'ensuit un jeu de ping-pong complexe et difficile à

⁴³ Voir *Gauch*, p. 19.

⁴⁴ Voir *Gauch*, p. 18 s.

⁴⁵ Voir *Aebi-Müller*, art. 27 n° 8; *Kut*, art. 19 et 20 n° 31.

⁴⁶ Voir *Gauch*, p. 19.

⁴⁷ Voir *Aebi-Müller*, art. 27 n° 9 ss; *Kut*, art. 19 et 20 n° 31.

⁴⁸ ATF 128 III 429 s.; 122 III 265 ss; 92 II 300 s.

⁴⁹ Une partie de la doctrine partage cet avis; voir en particulier *Fellmann*, art. 404 n° 131 ss; *Gauch*, p. 15 ss; *Schneeberger*, p. 255 ss.

⁵⁰ Voir aussi *Buff/von der Crone*, p. 337 s.; *Fellmann*, art. 404 n° 114; *Hofstetter*, p. 69 s.

anticiper. Les prestations contractuelles ne peuvent pas être définies entièrement à l'avance. Il est en conséquence difficile de recourir à la voie judiciaire pour contraindre le mandataire, notamment, à exécuter ses obligations⁵¹, tant concernant les actions en exécution de la prestation elle-même que concernant les actions en dommages-intérêts positifs. Dans le cadre de l'action en exécution, il serait souvent malaisé de définir les obligations précises que le mandataire doit remplir. De plus, l'exécution implique généralement une coopération plus ou moins grande entre les parties et une certaine confiance dans les capacités et les connaissances du mandataire, si bien que la contrainte ne serait guère appropriée. Au mieux, on pourrait envisager une exécution par un tiers aux frais de l'obligé. Quant à une *action en dommages-intérêts positifs*, elle peut aussi poser problème vu le risque d'échec indépendant de la volonté des parties. Le résultat hypothétique, même en cas d'exécution correcte du mandat, peut rarement être constaté avec certitude. L'action en dommages-intérêts ne serait alors pas réalisable en l'espèce, ou bien la responsabilité du mandataire se rapprocherait d'une obligation de résultat⁵². Ces deux aspects sont insatisfaisants. C'est bien pour cette raison que le droit actuel prévoit la possibilité de résilier le mandat en tout temps plutôt qu'un recours à ces instruments juridiques, le cas échéant avec compensation des prestations déjà fournies. Il s'agit là de la réglementation la mieux appropriée pour les mandats typiques (médecin, avocat), pour lesquels la situation actuelle a été reconnue comme satisfaisante (voir point 1.5.2). En revanche, l'application impérative de l'art. 404 est mal adaptée aux autres nombreux contrats de service évoqués, même s'ils correspondent à des mandats au sens légal ou à des contrats innommés présentant certaines caractéristiques du mandat (voir point 1.5.2). Dans ces contrats, les prestations des parties sont souvent clairement prédéfinies ou se déduisent aisément en fonction de la nature de l'affaire⁵³. Dans ce cas, il est raisonnable d'exiger des parties qu'elles respectent une durée contractuelle déterminée ou un délai de résiliation. L'intérêt à la réalisation du mandat prime souvent les motifs évoqués justifiant un droit de résilier le mandat en tout temps.

En résumé, il convient de constater que le droit de résiliation en tout temps est un principe justifié du droit du mandat, mais qu'il n'a pas à être prévu dans tous les cas. Il existe de nombreux cas de figure pour lesquels une application impérative de ce droit ne se justifie pas. Pour les autres cas où elle se justifie, les art. 19 CO et 27, al. 2, CC offrent une protection suffisante.

2.1.2 Droit de résiliation en tout temps : règle dispositive soumise à certaines restrictions

Le droit de résiliation en tout temps apparaît dans de nombreux cas comme une règle de base adéquate. Le Conseil fédéral propose donc de *conserver* l'art. 404 CO dans sa version actuelle. Il conviendrait toutefois de donner un caractère *dispositif* au

⁵¹ Voir *Buff/von der Crone*, p. 337 s.

⁵² Cette problématique se dessine déjà dans les difficultés rencontrées pour faire valoir des actions en dommages-intérêts contre le mandataire dans le cadre de mandats typiques (médecin par ex.); voir à ce sujet *Hofstetter*, p. 70.

⁵³ Voir aussi *Reber*, p. 535.

droit de résiliation en tout temps (al. 1) ainsi qu'à l'obligation d'indemnisation (al. 2). Le Conseil fédéral ne propose pas de différencier les mandats typiques et atypiques. Cela ne ferait que créer une incertitude juridique, si bien que l'on ne gagnerait rien par rapport à la situation actuelle. Le nouvel art. 404a CO prévoit donc expressément que le droit de résiliation en tout temps peut être supprimé ou limité. Les parties pourront ainsi convenir librement de règles en matière de résiliation.

Les parties pourront conclure des conventions plus contraignantes s'agissant de la résiliation. Or, dans le cadre de certains contrats, un tel degré de contrainte apparaît comme inopportun. Il faut donc veiller à ce que de telles conventions reflètent réellement la volonté des deux parties. C'est pourquoi une limitation du droit de résiliation en tout temps *ne pourra pas figurer dans des conditions générales*. Celles-ci ne sont en effet pas négociées au cas par cas entre les parties, mais dictée unilatéralement à l'avance par une partie ou un tiers, généralement par la partie la plus influente. En interdisant cette façon de procéder, on obligera les parties à discuter de leurs engagements contractuels et à réfléchir aux effets de ceux-ci. On évitera ainsi les situations où la partie la plus faible se trouve liée par un mandat pour lequel l'application de l'art. 404, quoique justifiée, est empêchée. On protégera ainsi non seulement les consommateurs face aux grands prestataires de services, mais également les *petites et moyennes entreprises* face à leurs partenaires commerciaux qui sont plus influents qu'elles sur le marché⁵⁴. Une telle limitation ne serait pas une exception en droit suisse. Le droit du bail à loyer, par exemple, considère comme nulle, si elles figurent dans des conditions générales, les dérogations à l'obligation du bailleur de délivrer la chose dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée et de l'entretenir en cet état (art. 256 CO).

2.2 Commentaire des nouvelles dispositions

Art. 404 AP-CO, titre marginal

L'article est maintenu dans sa formulation actuelle, mais il sera de nature dispositive. Cela ressort du lien systématique avec le nouvel art. 404a CO. Le titre marginal est complété de sorte à mieux le faire apparaître.

Art. 404a AP-CO Conventions contraires

L'al. 1 prévoit expressément que les parties peuvent convenir de supprimer ou de limiter le droit de révoquer ou de répudier le mandat en tout temps, prévu à l'art. 404, al. 1, CO. Elles pourront d'une part supprimer totalement ce droit ou le remplacer par d'autres règles de résiliation (par ex. en fixant un délai de résiliation ou des motifs de résiliation précis). D'autre part, elles pourront déroger à l'art. 404, al. 2,

⁵⁴ Cette solution s'approche de celle proposée par *Werro/Carron/Douzals*, à savoir que les conventions sur une indemnisation de l'intérêt positif ou sur une peine conventionnelle ne sauraient figurer dans les conditions générales ; voir *Werro/Carron/Douzals*, p. 219.

CO pour définir elles-mêmes les effets de la résiliation (par ex. indemnisation de l'intérêt positif ou peine conventionnelle)⁵⁵.

Si le droit de résiliation est supprimé, le mandant aura le droit d'exiger une exécution en nature. Même si le droit de résiliation n'est pas supprimé, le mandant pourra aussi exiger l'exécution, pour autant que le mandataire n'ait pas encore résilié le contrat⁵⁶. En raison de l'application impérative du droit de résiliation en tout temps, le droit d'exiger l'exécution en nature n'a jamais été important dans la pratique. Certes, dans de nombreux cas, le mandant aurait actuellement un plus grand intérêt à demander une indemnisation du dommage qu'une exécution en nature lorsque le mandataire n'exécute pas sa part du contrat ou est même déjà en demeure. Toutefois, cela n'est pas toujours plus avantageux. Pour obtenir l'exécution d'une activité particulière, il n'est possible de recourir qu'à la contrainte indirecte, et non directe (art. 343 du code de procédure civile [CPC]⁵⁷). Comme, dans ces cas-là, les parties n'entretiennent souvent plus de bons rapports, l'exécution par substitution au sens des art. 98, al. 1, CO et 343, al. 1, let. e, CPC apparaît comme une solution pertinente (voir point 2.1.1). Elle permettra en outre au mandant d'éviter la tâche parfois fastidieuse d'établir la preuve de son intérêt positif.

Si les parties renoncent au droit de résiliation en tout temps et qu'elles ne conviennent pas des effets de la résiliation, il y aura lieu d'appliquer *les dispositions générales du CO*. Conformément à celles-ci, le contrat prend fin lorsque toutes les obligations qui en découlent ont été exécutées⁵⁸. Si le mandataire n'exécute pas ses obligations ou est en demeure, il sera possible d'appliquer les art. 97 ss et 102 ss CO⁵⁹. Si le mandataire est en demeure pour son obligation principale, on pourra appliquer les art. 107 à 109 CO étant donné que le mandat est un contrat bilatéral parfait⁶⁰. Ces dispositions générales n'ont jamais eu vraiment d'importance dans le cadre du mandat puisque le mandataire a toujours eu la possibilité de résilier le contrat s'il s'estimait incapable de l'exécuter. En cas de non-exécution, si la prestation devient, après coup, impossible à exécuter ou inutile (art. 97, al. 1, CO), le mandant pourra exiger l'indemnisation de l'*intérêt positif*. Il pourra également le faire s'il fait usage de ses droits lorsque le mandataire est en demeure (art. 107, al. 2, CO).

Inversement, en cas de suppression du droit de résiliation en tout temps, il y a lieu de se demander ce qui se produira si le mandant considère le contrat comme terminé et refuse toute prestation supplémentaire de la part du mandataire, par exemple en refusant de lui donner certaines informations nécessaires à l'exécution des prestations. Il s'agirait là, pour le mandant, d'une *demeure du créancier*. Sur la base de l'art. 95 CO, le mandataire pourrait alors résilier le contrat en conformité des dispo-

⁵⁵ L'al. 2 de l'art. 404 CO n'est pas en soi de nature impérative. Du moment que l'al. 1 est de nature dispositive, il devient possible de conclure des conventions durcissant les effets de la résiliation pour la partie résiliante, voir *Gauch*, p. 20.

⁵⁶ Voir *Fellmann*, art. 394 n° 229 ss ; l'ancienne doctrine niait en partie le droit à l'exécution en nature dans le cadre des contrats de service, voir par ex. *Gautschi*, art. 395 n° 25a ss.

⁵⁷ RS 272

⁵⁸ *Schwenzer*, n° 4.04 et 73.11.

⁵⁹ *Gehrer/Giger*, art. 398 n° 22 et 25.

⁶⁰ *Gehrer/Giger*, art. 398 n° 26.

sitions qui régissent la demeure du débiteur⁶¹. Cette règle est de nature dispositive⁶². Les parties pourront donc convenir d'autres effets pour ce cas de figure, notamment une indemnisation de l'intérêt positif. Ce scénario n'a jamais vraiment été pris en considération non plus, puisque le mandant peut lui aussi résilier le contrat en tout temps sur la base de l'art. 404, al. 1, CO. Dès lors que le droit de résiliation pourra être supprimé ou limité, les conventions particulières entre les parties auront plus d'importance. Les intérêts économiques du mandataire dans le cadre du mandat pourront de cette manière être mieux protégés.

L'avant-projet permettra aussi aux parties de maintenir le droit de résiliation en tout temps, mais elles pourront aussi *convenir d'autres effets que ceux prévus à l'art. 404a, al. 2, CO*. On pense en premier lieu à l'indemnisation de l'intérêt positif en cas de résiliation anticipée, qui placerait les parties dans la situation qui serait la leur si le mandat avait été exécuté. Dans la pratique, elles pourront aussi fixer une peine conventionnelle. Conformément à l'avant-projet, la validité de celle-ci se déterminera en fonction des règles générales des art. 160 ss CO. Une peine conventionnelle pourra être prévue en cas de résiliation anticipée ou survenant en temps inopportun. Elle pourra également l'être, si le droit de résilier n'a pas été écarté, en cas de non-exécution ou de mise en demeure. Toutefois, si l'objet du mandat est mal défini, les parties risqueront de ne pas s'entendre sur les conditions déclenchant la peine.

Conformément à l'al. 2, les conventions entre les parties portant sur une limitation du droit de résiliation en tout temps ne sont valables que si elles *ne figurent pas dans des conditions générales*. Cette disposition inclut la suppression et toute limitation du droit de résilier en lui-même, comme la définition de délais et de motifs de résiliation, ainsi que tout arrangement durcissant les effets de la résiliation pour la partie résiliante (en particulier, indemnisation de l'intérêt positif ou peine conventionnelle). La notion de conditions générales est déjà utilisée dans la doctrine et la jurisprudence, en particulier dans le cadre de la conclusion, de l'objet et de l'interprétation des contrats⁶³. Elle figure aussi dans la législation, par exemple aux art. 256 CO et 8 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale⁶⁴. L'avant-projet fait allusion à cette notion déjà utilisée en droit suisse. Il s'agit concrètement de clauses rédigées à l'avance par une seule partie en vue de conclure un nombre indéfini de contrats avec différents partenaires. Il importe dès lors de faire une distinction entre un contrat accepté sans négociations tel qu'il a été rédigé par son auteur et un contrat dont les clauses ont fait l'objet d'une négociation entre les parties qui le rend est assimilable à un contrat négocié individuellement⁶⁵. A cet égard, le fait que les clauses visées figurent dans le contrat à proprement parler ou

⁶¹ La question se pose de savoir si une indemnisation de l'*intérêt négatif* serait aussi possible sur la base de l'art. 109 CO, voir pour l'ensemble de la problématique *Gauch/Schluop/Emmenegger*, n° 2462 ss ; *Bernet*, art. 95 n° 2.

⁶² *Bernet*, avant le commentaire des art. 91 à 96 n° 9.

⁶³ Voir par ex. *Gauch/Schluop/Schmid*, 1116 ss et 1240 ss.

⁶⁴ **RS 241**

⁶⁵ Voir arrêt du Tribunal fédéral du Tribunal fédéral du 28 novembre 2002, n° 4P.135/2002, consid. 3.1 et 3.3.

dans une partie annexe de celui-ci ne saurait être un critère. Ainsi, les *contrats types* sont à considérer comme des conditions générales⁶⁶.

Par ailleurs, toutes les conventions entre les parties sont soumises aux restrictions impératives définies aux art. 19, al. 2, CO et 27 CC (voir point 2.1.1)⁶⁷. Les contrats portant sur le *domaine strictement personnel* sont contraires aux mœurs et donc nuls⁶⁸. Dès lors, le mandataire n'a pas le droit d'agir dans le domaine strictement personnel du mandant. Un patient pourra ainsi s'appuyer sur ces dispositions pour résilier le mandat passé avec son médecin, même s'ils ont convenu de supprimer le droit de résiliation en tout temps⁶⁹. Il y a des cas où *l'obligation serait excessive* selon l'art. 27, al. 2, CC, même en dehors du domaine strictement personnel⁷⁰. Pour certains contrats de durée, la loi prévoit, en application de ce principe, la résiliation anticipée pour de justes motifs⁷¹. Du même article découle la règle qu'un contrat de durée peut être résilié de manière anticipée *pour de justes motifs*, même en l'absence de base légale explicite, si la continuation du contrat ne peut plus être exigée⁷². Comme les mandats ne sont pas nécessairement des contrats de durée, les dispositions présentées ci-dessus ont été jugées suffisantes. Les mandats de durée ne sont donc pas réglés de manière particulière dans l'avant-projet.

Il convient de préciser que la possibilité de supprimer ou de limiter le droit de résiliation en tout temps est soumise aux dispositions impératives d'autres domaines du droit (par ex. celles sur la durée de fonction de l'organe de révision et sur sa démission en tout temps, art. 730a CO).

Enfin, pour éviter qu'une modification ne prête à confusion, les termes « *Widerruf* » et « *Kündigung* » (« révoquer » et « répudier »), dont le sens n'est pas totalement clair, ont été maintenus dans le texte allemand.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

L'avant-projet n'a pas de conséquences particulières pour la Confédération.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

L'avant-projet n'a pas de conséquences pour les cantons et les communes.

⁶⁶ Voir arrêt du Tribunal fédéral du Tribunal fédéral du 28 novembre 2002, n° 4P.135/2002, consid. 3.1.

⁶⁷ Voir aussi la doctrine citée au point 2.1.1, en particulier *Gauch*, p. 18 s.

⁶⁸ Voir *Aebi-Müller*, art. 27 n° 8; *Kut*, art. 19 et 20 n° 31.

⁶⁹ Voir *Gauch*, p. 19.

⁷⁰ Voir *Aebi-Müller*, art. 27 n° 9 ss; *Kut*, art. 19 et 20 n° 31.

⁷¹ Voir par ex. art. 337 CO pour le contrat de travail, art. 266g CO pour le bail à loyer, art. 418r CO pour le contrat d'agence et art. 527 CO pour la société simple.

⁷² ATF 128 III 429 s. ; 122 III 265 ss ; 92 II 300 s.

3.3 Conséquences économiques

L'avant-projet aura des conséquences positives pour l'économie. Il permettra aux parties à un mandat (ou à un contrat innommé présentant certaines caractéristiques du mandat) de renforcer par différentes conventions le principe admis par le droit suisse « *pacta sunt servanda* ». Il ne sera plus possible dans tous les cas de résilier le contrat à tout moment sans motif particulier. Les parties auront des garanties lorsqu'elles prendront des dispositions en vue de l'exécution du contrat. La nouvelle réglementation profitera autant aux demandeurs qu'aux prestataires de services spécialisés. En outre, les contrats soumis au droit du mandat ont un poids important dans l'économie d'aujourd'hui. On pense notamment aux services informatiques et aux tâches externalisées. Les acteurs concernés pourront définir leurs rapports sur une base juridique solide. L'attractivité économique de la Suisse s'en trouvera renforcée. Parallèlement, le projet protégera les PME en leur évitant de devoir accepter sans possibilité de discussion la suppression du droit de résiliation stipulée dans les conditions générales d'un partenaire commercial plus fort. De fait, la loi fédérale contre la concurrence déloyale protège non pas les entreprises, mais seulement les consommateurs, contre les conditions générales abusives (voir art. 8 LCD), alors que les PME peuvent parfaitement se retrouver elles aussi dans un rapport de force déséquilibré avec de grandes entreprises⁷³. Enfin, le projet incitera à choisir plus volontiers le droit suisse pour conclure des contrats de service sur le plan international, ce qui renforcera également la position de la Suisse en tant que for d'arbitrage.

3.4 Conséquences sociales

La nouvelle réglementation aura surtout des conséquences positives sur l'économie. Sur le plan social, elle n'aura que peu d'effets (et en aucun cas négatifs) sur les consommateurs. Le fait de pouvoir résilier le contrat en tout temps peut aussi être considéré comme un avantage pour eux. Ils sont généralement dans le rôle du mandant, avec comme mandataire un fournisseur de services de masse. Il ne leur est souvent pas possible d'évaluer la qualité de la prestation en raison de l'écart de connaissances entre eux et le mandataire. L'activité de ce dernier peut rarement être contrôlée et jugée lorsqu'il s'agit de prestations techniques ou spécialisées. Le consommateur doit donc accorder sa confiance au moment de la conclusion du contrat et le droit de résilier en tout temps se justifie d'autant plus (voir point 2.1.1). Aux termes du projet, les consommateurs conserveront leur droit de résiliation en tout temps vis-à-vis des grands prestataires de services du fait que ceux-ci proposent généralement à leurs clients des contrats types assimilables à des conditions générales. Le risque d'abus est donc très limité. Le projet protège donc bien les consommateurs, conformément au mandat constitutionnel de la Confédération (art. 97, al. 1,

⁷³ C'est sur la force de cet argument que l'initiative parlementaire Flach 14.440 demande la fin de la restriction du champ d'application de l'art. 8 LCD aux contrats avec les consommateurs. Les Commissions des affaires juridiques des deux chambres lui ont donné suite.

de la Constitution [Cst.]⁷⁴). Le maintien de la possibilité de résilier en tout temps comme règle de base pour les consommateurs est un avantage pour eux, car ils sont les mandants les plus nombreux dans les mandats typiques, notamment avec les médecins, dentistes et avocats. Dans un tel cas, ce droit est la solution la plus appropriée, et le particulier n'a pas à invoquer les règles de protection de la personnalité s'il souhaite mettre fin au contrat de manière anticipée (voir points 2.1.1 et 2.2). La suppression du droit de résilier ne peut être convenue que de gré à gré lorsqu'une des parties est un particulier ou un consommateur, ce qui signifie que les deux parties devront s'entendre sur la question. L'acceptation d'une telle clause sans que l'autre partie en prenne connaissance (acceptation globale) est exclue.

4 Droit transitoire

La question se pose de savoir quels effets la modification du droit du mandat aura sur les rapports contractuels en cours. Si aucune disposition transitoire n'est prévue, il y a lieu, en droit privé, d'appliquer les art. 1 à 4 tit. fin. CC. L'art. 1 tit. fin. CC prévoit comme règle de base la non-rétroactivité des modifications législatives. Il protège la confiance des parties en les droits acquis conformément à la loi au moment de leur engagement⁷⁵. Les art. 2 et 3 tit. fin. CC prévoient dans quels cas la rétroactivité est quand même possible. Ces cas n'englobent pas la modification de l'art. 404. Il y a donc lieu d'appliquer l'art. 1 tit. fin. CC.

On protégera ainsi la confiance des parties en l'application impérative de l'art. 404 à laquelle ils avaient consenti au moment de leur engagement. Celle-ci sera incontestable si le contrat a été conclu sous l'empire de l'ancien droit. En revanche, dès l'entrée en vigueur du nouveau droit, les parties pourront convenir de modifier leurs rapports contractuels existants ou de confirmer une convention passée sous l'ancien droit pour que celle-ci devienne contraignante.

5 Constitutionnalité et légalité

L'avant-projet se fonde sur l'art. 122, al. 1, Cst., conformément auquel la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération.

⁷⁴ RS 101

⁷⁵ ATF 140 III 406 ; ATF 138 III 662.

Bibliographie

Aebi-Müller Regina E., Kommentar zu Art. 27–30a ZGB, in: Breitschmid Peter et al. (éd.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016.

Becker Hermann, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berne 1934.

Bernet Martin, Kommentar zu Art. 91–96, in: Honsell Heinrich et al. (éd.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1–529 OR, 6^e éd., Bâle 2015 (cité *Bernet*).

Bucher Eugen, Obligationenrecht: Besonderer Teil, 3^e éd., Zurich 1988.

Buff Felix/von der Crone Hans Caspar, Zwingende Natur von Art. 404 OR – Bundesgerichtsurteil 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, RSDA 2014, p. 332 ss.

Bühler Theodor, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, Teilband 2d: Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, 3^e éd., Zurich 1998.

Derendinger Peter, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Diss., Fribourg 1988.

Engel Pierre, Contrats de droit suisse, Berne 2000.

Fellmann Walter, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Berne 1992.

Gauch Peter, Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, recht 1992, p. 9 ss.

Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10^e éd., Zurich 2014.

Gauch Peter/Schluep Walter R./Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10^e éd., Zurich 2014.

Gautschi Georg, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406, Berne 1960.

Gehrer Carole/Giger Gion, Kommentar zu Art. 394–406 OR, in: Huguenin Claire et al. (éd.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016.

Hofstetter Josef, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Grossen Jacques-Michel et al. (éd.), Schweizerisches Privatrecht, 7. Band: Obligationenrecht – Besondere Rechtsverhältnisse, 6. Teilband, (éd. Wolfgang Wiegand), Bâle 2000.

Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 9^e éd., Berne 2010.

Huguenin Claire, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 2^e éd., Zurich 2014.

Koller-Tumler Marlis, Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht?, recht 1984, p. 49 ss.

Kut Ahmet, Kommentar zu Art. 1–40g OR, in: Andreas Furrer et al. (éd.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016.

Leuenberger Christoph, Dienstleistungsverträge, RDS 106 (1987) II, p. 1 ss.

Liatowitsch Manuel/Mondini Andrea, Jederzeitige Kündbarkeit von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsstandort Schweiz, PJA 2009, p. 294 ss.

Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil: Art. 184–418, 2^e éd., Zurich 1936.

Peyer Jürg, Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, Diss., Zurich 1974.

Reber Markus, Art. 404 OR – ein erratischer Block aus dem römischen Recht im heutigen Auftragsrecht, in: Pichonnaz Pascal et al. (éd.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Berne 2007, p. 499 ss.

Schneeberger Thomas René, Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten: im Bereich der Verschuldenshaftung, der Substitutenhaftung und der jederzeitigen Beendigung des Auftrages im schweizerischen Obligationenrecht verglichen mit dem römischen Recht und dem BGB, Diss., Berne 1992.

Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6^e éd., Berne 2012.

Tercier Pierre/Favre Pascal G., Les contrats spéciaux, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009.

Weber Rolf H., Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, PJA 1992, p. 177 ss. (cité *Weber*, PJA)

Weber Rolf H., Kommentar zu Art. 394–406 OR, in: Honsell Heinrich et al. (éd.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1–529 OR, 6^e éd., Bâle 2011 (cité *Weber*).

Werro Franz, Baurecht 1991, p. 55 ff. (cité *Werro*, Baurecht).

Werro Franz, Kommentar zu Art. 394–406 OR, in: Thévenoz Luc et al. (éd.), Commentaire romand, Code des obligations, Art. 1–529 CO, 2^e éd., Bâle 2012 (cité *CR-Werro*).

Werro Franz, Le mandat et ses effets: une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations: analyse critique et comparative, Fribourg 1993 (cité *Werro*, mandat).

Werro Franz/Carron Maxence/Douzals Jacques, Les enjeux et la concrétisation de la réforme de l'art. 404 CO, PJA 2013, p. 213 ss.