



**[Seite 181] Vers une décodification du droit des obligations?**

L'évolution du Code suisse des obligations: regard critique et appel au législateur

BLAISE CARRON\*/OLIVIER RISKE\*\*1

Mots-clés: réforme de la codification, décodification, recodification, Code des obligations, réforme, facteurs d'évolution, législateur, sources

**A. Introduction**

Dans une contribution parue dans le précédent numéro de cette revue<sup>2</sup>, nous avons démontré en quoi l'entreprise de codification peut être à la fois une arme politique et une œuvre scientifique, et comment le Code des obligations suisse<sup>3</sup> s'inscrit, d'une part, dans la tradition des grandes codifications en respectant les principaux canons caractérisant ces entreprises législatives (unification, intégralité, systématique, stabilité) et, d'autre part, fait preuve d'une singularité cer [Seite 182] taine par son pragmatisme, sa clarté et sa concision, des qualités qui semblent avoir favorisé sa pérennité et sa durabilité<sup>4</sup>.

Force est de constater que notre Code a plutôt bien rempli son rôle au cours des 111 dernières années. De prime abord, l'affirmation peut sembler surprenante, tant la société a dans le même temps connu de bouleversements. Le paradoxe tient largement à l'évolution des autres modes de création des normes. Partant, l'objectif de la présente contribution est de mettre en lumière les facteurs contemporains d'évolution du droit des obligations et de procéder à une analyse critique du phénomène, de sa portée et de son évolution.

Trois raisons au moins peuvent être évoquées pour illustrer l'intérêt des auteurs pour la question soulevée dans le titre de cette contribution.

D'abord, même si le Code des obligations est désormais un monument juridique plus que centenaire, son texte original est resté largement identique, avant tout en ce qui concerne la partie générale (art. 1 à 184 CO). Comment cela s'explique-t-il? Faut-il y voir une rédaction anticipant parfaitement l'évolution historique et sociétale des cent dernières années et ne nécessitant donc aucune intervention du législateur? Ou ce phénomène est-il lié à une nonchalance du législateur qui s'est reposé sur d'autres facteurs d'évolution pour s'éviter une tâche complexe mais nécessaire?

Ensuite, la codification et ses variantes contemporaines (décodification, recodification) sont des thèmes dont la résonance dépasse les frontières nationales. Le droit civil français a été à ce point affecté par le phénomène de décodification que le gouvernement a décidé, en 2013, de procéder à une recodification à droit constant<sup>5</sup>. D'autres juridictions, comme les Pays- [Seite 183] Bas<sup>6</sup> et le Québec<sup>7</sup> ou, plus proches de nous, l'Allemagne<sup>8</sup> et la Belgique<sup>9</sup>, ont codifié ou recodifié partiellement ou totalement leur droit des obligations au cours des dernières années ou sont en train de le faire. Au niveau supranational, il faut évoquer en particulier deux modèles de droit privé uniforme<sup>10</sup>; à l'échelle européenne d'abord, il y a l'Avant-projet de Cadre Commun de Référence (*infra* C.III.2.c.)<sup>11</sup>; au niveau mondial ensuite,

on trouve les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (*infra* C. III.2.c.)<sup>12</sup>, dont la dernière édition date de 2016<sup>13</sup>.

Enfin, la thématique n'a pas manqué de trouver un écho en Suisse. Elle a amené 23 chercheurs juristes à se demander si les art. 1 à 183 CO répondaient toujours aux exigences d'une législation de qualité. Le fruit de leurs recherches, [Seite 184] soit le projet académique pour une nouvelle partie générale du CO (Projet OR/CO 2020)<sup>14</sup>, n'a pas eu l'écho politique escompté. Dans un rapport succinct, le Conseil fédéral, répondant aux Postulats CARONI et BISCHOF, a estimé en fin de compte qu'«aussi longtemps que les besoins de révision n' [étaient] pas prouvés, il [fallait] renoncer à une révision coûteuse et risquée», que «cette preuve [faisait] défaut dans le cas de la partie générale du CO, c' est pourquoi [le Conseil fédéral ne voyait] aucun besoin de présenter un projet de révision totale de la partie générale du CO»<sup>15</sup>.

A la lumière de ces considérations, il est pertinent d'apprécier les raisons de la stabilité (apparente?) du CO et d'identifier les éventuels facteurs ayant permis son adaptation. Partant, après avoir rappelé quelques fondements (*infra* B.), nous apprécierons de façon critique les facteurs contemporains d'évolution du droit des obligations (*infra* C.) avant de conclure par un appel au législateur (*infra* D.).

## B. Fondements

Pour fonder notre analyse, il convient de rappeler les qualités générales d'une codification et les caractéristiques propres du Code suisse (*infra* B.I.) mises en évidence dans notre précédente contribution, avant de décrire enfin quelques variations du concept de codification (*infra* B.II.).

### I. Codification: généralités et particularités helvétiques

Si la codification se définit comme le classement systématique dans un texte législatif nouveau de l'ensemble ou d'une partie du droit d'un ordre juridique donné<sup>16</sup>, on lui reconnaît généralement les attributs suivants. Premièrement, elle constitue une entreprise d'unification du droit, souvent morcelé et marqué par des particularismes régionaux. Deuxièmement, le codificateur a l'ambition de régler l'intégralité de la matière dans un seul texte. Troisièmement, la matière est agencée de manière systématique, garantissant ainsi une présentation ordonnée et structurée des règles de droit. Quatrièmement, l'œuvre de codification, une fois achevée, a un effet symbolique qui entraîne une stabilisation des règles de droit dans le temps: elle scelle dans un texte publiquement proclamé les règles régissant un domaine juridique.

La codification suisse du droit des obligations présente toutes les caractéristiques générales décrites dans le paragraphe précédent. Cela dit, le génie du codificateur helvétique laisse apparaître certaines particularités. On dit du Code qu'il est à la fois simple, flexible et présente une unicité à la fois territoriale, systématique et sociale<sup>17</sup>.

### II. Quelques variations sur le concept de codification

Il existe de nombreuses variations sur le concept de codification, parmi lesquels trois sont plus pertinentes pour notre contribution. Nous présenterons brièvement la réforme de la codification (*infra* B.II.1.), la décodification (*infra* B.II.2.) et la recodification (*infra* B.II.3.).

#### 1. Réforme de la codification

Par réforme de la codification, on entend une révision partielle d'un code qui se caractérise soit par l'adjonction, soit par la modification, soit par la suppression de dispositions, soit encore par une combinaison de ces différentes catégories. Parallèlement à l'intégration de modifications ou d'adjonctions législatives, la réforme de la codification peut s'accompagner d'une volonté de modernisation du code concerné ou d'amélioration de la sécurité juridique<sup>18</sup>.

#### 2. Décodification

La notion de décodification a fait son apparition il y a une quarantaine d'années dans la littérature juridique<sup>19</sup>. Au contraire de la codification qui se matérialise dans un code, le processus de décodification n'a «pas d'auteur, pas de date, aucun prince ne la décide, aucun parlement ne la vote, aucun juge ne s'en réclame, aucune doctrine ne la promeut [...]. La décodification n'est pas un projet ayant un contenu identifiable, et même si on devine qu'elle a quelques rapports avec l'esprit du temps et les changements sociaux ou politiques, il reste à les dévoiler»<sup>20</sup>.

**[Seite 186]** En dépit de cette difficulté, on peut définir la décodification comme l'activité du législateur consistant à délocaliser les matières de droit en dehors des codes et à les inscrire dans des lois spéciales qui ne font systématiquement pas partie de l'œuvre codifiée<sup>21</sup>.

### 3. Recodification

On parle de recodification comme l'activité du législateur qui s'efforce de réintégrer au sein du code le droit contenu dans des législations spéciales<sup>22</sup>. Ces travaux peuvent également être accompagnés d'un effort de simplification de la structure ou de la formulation de la règle de droit sans entraîner de modification sur le fond<sup>23</sup>.

#### C. Facteurs d'évolution du droit des obligations

Malgré la stabilité apparente du texte du CO, il est indéniable que le droit suisse des obligations a changé depuis 1911. Aussi, il convient de se pencher sur les facteurs d'évolution du droit des obligations. A cet égard, on peut identifier trois types d'évolution: l'évolution au sein du Code (*infra C.I.*), l'évolution au-delà du Code, mais par le Code (*infra C.II.*) et l'évolution au-dehors du Code (*infra C.III.*).

#### I. Evolution au sein du Code

L'évolution au sein du Code se traduit par des modifications effectives du texte du CO. Si l'on inclut la révision du droit commercial de 1936, un peu plus de cent modifications législatives touchant un ou plusieurs articles du CO ont eu lieu depuis 1911 et plus de la moitié d'entre elles se sont produites au cours des vingt dernières années<sup>24</sup>. C'est un indice que le Code vieillit et qu'il nécessite de plus en plus régulièrement des interventions du législateur<sup>25</sup>.

**[Seite 187]** Certaines modifications ont une portée juridique matérielle restreinte, voire sont formelles, à l'image de celle qui a récemment vu le remplacement de l'expression «juge» par «tribunal» dans une cinquantaine de dispositions du CO<sup>26</sup>. D'autres sont plus importantes. On pense notamment au droit du bail qui a fait l'objet d'une refonte complète en 1989<sup>27</sup>. A cette occasion, le CO a intégré près de cent dispositions nouvelles. On pense également aux révisions récentes du droit du registre du commerce<sup>28</sup>, qui a modifié la totalité du titre trentième (art. 927 à 943 CO), ou du droit de la SA<sup>29</sup>, qui touche plus de deux cents dispositions. D'autres enfin, bien qu'elles ne concernent que quelques dizaines d'articles, ont une portée matérielle importante. On songe notamment à la révision, adoptée en 2018 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, du droit de la prescription qui, outre un allongement de la durée de certains délais de prescription en matière de responsabilité délictuelle (art. 60 al. 1 et al. 1<sup>bis</sup> CO) et d'enrichissement illégitime (art. 67 CO), a notamment introduit, en harmonisation avec le régime délictuel, un délai relatif de trois ans et un délai absolu de vingt ans également en matière contractuelle, s'agissant des créances nées de préjudices corporels (art. 128a CO)<sup>30</sup>. Phénomène remarquable parce que rare, la révision du droit de la prescription a d'ailleurs permis une certaine recodification (*supra B.II.3.*). Certaines règles figurant dans des lois spéciales ont disparu au profit de simples renvois aux règles du CO. Ainsi, l'art. 83 LCR, qui concerne les délais de prescription des créances en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral relatives à des accidents impliquant des véhicules automobiles, ne mentionne dorénavant plus la durée des délais, mais renvoie directement aux dispositions du Code sur les actes illicites<sup>31</sup>.

Outre les révisions effectivement adoptées et entrées en vigueur, il est notable que de nombreux projets législatifs n'aboutissent pas. Ainsi, les modifications en droit du bail,

initiées entre 1997 et 2019, se sont toutes soldées par un échec, soit devant le Parlement, soit en votation populaire<sup>32</sup>. De même, abstraction faite de la récente révision sur l’allongement et l’harmonisation de certains [Seite 188] délais de prescription, l’Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l’unification du droit de la responsabilité civile (AP WIDMER/WESSNER)<sup>33</sup>, en tant que projet de réforme complète en la matière, a été abandonné par le Conseil fédéral en 2009<sup>34</sup>, au motif d’une absence de consensus sur la plupart des nouvelles règles proposées<sup>35</sup>. Le communiqué laconique publié à l’époque par le Département fédéral de justice et police (DFJP) souligne que «la réforme et l’unification de ce domaine du droit sont surtout [...] un souhait émanant des milieux universitaires. Le fait que les principes du droit de la responsabilité civile sont souvent non pas fixés dans la loi mais établis par la jurisprudence ne gêne pas les praticiens. Sur le plan politique, ce ne sont pas les questions de systématique mais les solutions apportées aux problèmes concrets de la société qui viennent au premier plan»<sup>36</sup>.

Sans nier les connaissances souvent approfondies des praticiens, l’absence d’ancrage législatif de certains principes du droit de la responsabilité civile dans le Code nous semble problématique<sup>37</sup>. La conception ayant historiquement prévalu dans l’élaboration de nos codes est d’y faire figurer les principes fondamentaux de manière claire et intelligible pour chacun (*supra* B.I.). Il nous paraît donc contraire à notre tradition romano-germanique d’abandonner à la seule jurisprudence le soin d’élaborer et/ou de faire évoluer les principes de la responsabilité civile. Quant à l’aptitude à apporter des solutions aux problèmes concrets de la société, c’était justement une des qualités principales de l’AP WIDMER /WESSNER<sup>38</sup>. Partant, il n’est guère surprenant que les réflexions approfondies menées dans le cadre de ce texte aient eu des effets au-delà de nos frontières. Ainsi, le législateur turc, moins timoré que son homologue helvétique, qui avait déjà repris l’entier du CC et les premiers 551 articles du CO en 1926<sup>39</sup>, a choisi de s’inspirer de l’AP WIDMER/WESSNER pour sa réforme du droit des obligations, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2012<sup>40</sup>. En adoptant cer [Seite 189] taines des solutions innovantes de l’AP WIDMER/WESSNER, qui demeurent toujours débattues en Suisse, l’ordre juridique turc a donc dépassé son modèle suisse, du moins dans la mesure de ces nouveaux développements.

Même si le législateur suisse a écarté l’AP WIDMER/WESSNER, certaines de ses solutions ont été reprises par le Projet OR/CO 2020 (*supra* A. et *infra* C.III.1.). Depuis le Manifeste de Neuchâtel de 1967, dans lequel la Société suisse des juristes demandait au Conseil fédéral et au Parlement d’unifier le droit de la responsabilité civile<sup>41</sup>, la doctrine n’a cessé de souligner les lacunes du CO, y compris à l’occasion du refus du Projet OR/CO 2020<sup>42</sup> qui a subi le même sort que l’AP WIDMER/WESSNER, en étant écarté par le monde politique (*supra* A.). Ce dernier a rarement considéré la réforme globale du droit des obligations comme une priorité. Même lorsque la nécessité d’une révision en profondeur a été reconnue, elle n’a jamais été placée en tête de l’agenda politique pendant une période prolongée.

Au contraire, le codificateur, suivant en cela les avis du Conseil fédéral, s’est laissé aller à des révisions partielles, abdiquant toute velléité de révision complète du droit des obligations aux difficultés rencontrées ces dernières années. Il est vrai que les projets de révision totale du droit de la responsabilité extracontractuelle, de révision complète du droit du contrat d’assurance privée<sup>43</sup>, de l’art. 404 CO ou de loi sur le commerce électronique ont échoué<sup>44</sup>. Bien que conscients de l’ampleur et de la difficulté de la tâche, nous appelons néanmoins le codificateur à prendre conscience et à pleinement assumer son rôle dans notre système juridique: mettre à disposition des justiciables et des juristes une loi complète, lisible, précise, systématique et en adéquation avec les réalités sociales. Nos voisins, français, allemands et aujourd’hui belges notamment, n’ont pas hésité à procéder à des modifications parfois radicales de leur code (*supra* A.). Les raisons invoquées par le monde politique suisse pour ne pas s’engager dans la même voie ne convainquent pas.

En guise de conclusion provisoire, force est de constater que le CO a évolué depuis qu’il est entré en vigueur au début du siècle passé; toutefois, cette évolution demeure modérée. Le faible nombre de modifications, en particulier dans la partie générale du CO<sup>45</sup>, soulève la

question d'une évolution au-delà du [Seite 190] Code, mais par le Code (*infra* C.II.), ainsi que celle d'une évolution au-dehors du Code (*infra* C.III.)<sup>46</sup>.

## II. Evolution au-delà du Code (mais par le Code)

En raison des modifications trop timides apportées au CO au cours des cent dix dernières années, le droit des obligations a dû évoluer au-delà du Code (mais par le Code). Ces développements sont principalement le fruit de trois sources paralégislatives: la jurisprudence (*infra* C.II.1.), la doctrine (*infra* C.II.2.) et la pratique (*infra* C.II.3.), que TERCIER se plaisait déjà à appeler les législateurs innommés<sup>47</sup>.

### 1. Jurisprudence

La jurisprudence est l'autorité qui se dégage de l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux<sup>48</sup>. Dans un ordre juridique civiliste tel que le nôtre, un juge consulte d'abord le Code. Ce dernier contenant des clauses et principes généraux, le juge doit toutefois en déterminer le sens et appliquer les dispositions du Code au cas concret<sup>49</sup>. Il est aujourd'hui entendu<sup>50</sup> que le juge consulte également la jurisprudence pour rechercher si et, le cas échéant, comment un tribunal, de préférence de rang supérieur, a tranché la même question. Sans remettre fondamentalement en question la hiérarchie des sources prévues à l'art. 1 CC, les juges ont participé à l'évolution du droit des obligations à plus d'un titre<sup>51</sup>.

Le régime de la liquidation des contrats en est une illustration parlante. A l'origine, la pratique suisse, influencée par les Pandectistes allemands du 19<sup>e</sup> siècle, considérait que l'élément fondateur du droit des contrats était la volonté efficiente des parties de s'engager: le contrat n'était considéré que comme un échange de manifestations de volonté réciproques et concordantes et les ef [Seite 191] fets du contrat étaient limités à ce que les parties envisageaient. En particulier, un contrat ne pouvait plus du tout produire d'effets lorsqu'une partie y avait mis fin en raison de la demeure du cocontractant. Les prestations déjà exécutées devaient être restituées conformément aux règles de l'enrichissement illégitime et de la revendication<sup>52</sup>.

Au fil des ans, la jurisprudence a abandonné cette conception originelle<sup>53</sup> pour considérer qu'une résolution pour demeure selon l'art. 109 CO ne permettait plus d'ignorer le passé contractuel entre les parties. L'échec de l'exécution n'entraîne pas la fin abrupte du rapport contractuel mais uniquement une modification de son contenu. La relation contractuelle se poursuit, sous forme de rapport de liquidation contractuel («*vertragliches Liquidationsverhältnis*»)<sup>54</sup>. De la sorte, la jurisprudence a dépassé le cadre fixé par le Code en faisant survivre «le contrat au-delà du contrat», selon l'expression de PICHONNAZ<sup>55</sup>.

L'institution de la responsabilité précontractuelle illustre également comment la jurisprudence favorise l'évolution du droit des obligations. Dans l'analyse des rapports précontractuels, la jurisprudence s'est libérée des limites étroites de l'acte juridique, invention des Pandectistes, comme pièce centrale du système fondé sur la volonté efficiente. Ainsi, la responsabilité précontractuelle trouve son fondement dans le postulat voulant que les parties doivent se comporter de bonne foi en phase précontractuelle, alors même qu'aucun contrat ne les lie. Dès leur entrée en discussion, les parties sont tenues, en vertu des règles de la bonne foi dans les affaires, d'observer certains devoirs dont la violation fautive les oblige à réparer le dommage qui en est la conséquence<sup>56</sup>.

Le principe général de la bonne foi dans les affaires ne fait toutefois pas l'objet d'une consécration légale expresse en dehors de l'hypothèse de l'exercice de droits et d'obligations préexistants (art. 2 al. 1 CC). Dans la phase précontractuelle, les parties n'ont généralement encore aucune volonté ferme de s'obliger et l'art. 2 al. 1 CC n'est pas une norme de protection fondamentale («*Grundschutznorm*»)<sup>57</sup> imposant des devoirs de comportement indépendants [Seite 192] de l'exécution de droits et obligations déjà existants<sup>58</sup>. Afin de dégager la faute dans la conclusion du contrat (*culpa in contrahendo*) comme chef de responsabilité indépendant, la jurisprudence a dû procéder par analogie générale

(«Gesamtanalogie») à partir de consécration ponctuelles de la *culpa in contrahendo* dans nos Codes (cf. notamment [art. 19b CC](#), [art. 26 CO](#), [art. 31 al. 3 CO cum art. 28 s. CO](#), [art. 36 al. 2 CO](#))<sup>59</sup>.

Le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit des obligations prend ici toute sa mesure. En l'absence de base légale ou volontaire<sup>60</sup>, elle n'a pas hésité à créer de toutes pièces une responsabilité de portée générale. Après s'être prononcée d'abord en faveur d'une responsabilité délictuelle<sup>61</sup>, puis en faveur d'une responsabilité contractuelle<sup>62</sup>, la jurisprudence considéra enfin que la question de la nature de la responsabilité précontractuelle pouvait rester ouverte<sup>63</sup>. Partant, elle a établi un régime embryonnaire de modalités, dans l'optique d'assurer un minimum de prévisibilité et de sécurité juridique. D'une part, la responsabilité pour les auxiliaires suit la règle contractuelle de l'[art. 101 CO](#), excluant ainsi non seulement la nécessité d'un lien de subordination entre la personne recherchée en responsabilité et son auxiliaire, mais aussi la libération du premier par la preuve de la diligence objective<sup>64</sup>. D'autre part, la prescription de la créance est régie par la norme délictuelle de l'[art. 60 CO](#)<sup>65</sup> qui se caractérise par un délai (relatif) plus court que la prescription décennale ordinaire ([art. 127 CO](#))<sup>66</sup>. Enfin, bien que l'on admette largement que la faute soit présumée à l'image du régime contractuel ([art. 97 CO](#))<sup>67</sup>, notre plus haute juridiction n'a pas (encore) tranché définitivement la question de la répartition du fardeau de la preuve de la faute<sup>68</sup>.

Analysée de façon critique, l'évolution du Code au moyen de la science prétorienne présente certains avantages indéniables. D'abord, le droit des obligations profite du savoir-faire et de l'expérience des juges dont la tâche quotidienne est d'appliquer le droit. Ensuite, la jurisprudence permet une évolution souple du droit, dans la mesure où les tribunaux peuvent proposer des solutions nuancées et adaptées aux besoins de l'époque. Enfin, d'aucuns affirment que le juge est la béquille prétorienne sur laquelle le CO, plus que centenaire, doit s'appuyer aujourd'hui<sup>69</sup>.

Toutefois, ces avantages ne parviennent pas à dissimuler le fait que de confier aux tribunaux une fonction législative ne s'inscrit qu'avec difficulté dans notre système juridique. Leur mission consiste à trancher des litiges individuels et concrets. Les juges ne disposent pas des ressources suffisantes et nécessaires pour faire évoluer, voire pour créer des règles générales et abstraites en les intégrant dans le système cohérent du Code. Comme le soulignait déjà TERCIER<sup>70</sup>, leur imposer cette mission reviendrait à établir un système du *case law* anglais, alors que nos tribunaux ne disposent ni de la tradition, ni des conditions institutionnelles et procédurales permettant un tel développement<sup>71</sup>. Enfin, une dérive vers un système jurisprudentiel à l'anglaise au détriment du Code engendrerait un déficit de sécurité juridique et de légitimité démocratique difficilement tolérable dans notre système de tradition civiliste<sup>72</sup>.

## 2. Doctrine

La doctrine est l'autorité qui se dégage des ouvrages juridiques scientifiques<sup>73</sup>. Soulignons que de nombreuses solutions jurisprudentielles s'appuient sur des contributions doctrinales ayant convaincu les juges. Les exemples mentionnés ci-dessus, la liquidation des contrats<sup>74</sup> et la responsabilité précontractuelle<sup>75</sup>, n'y échappent pas.

La doctrine a particulièrement influencé l'évolution du droit des obligations dans le domaine des contrats innommés. Les [art. 184 ss CO](#) régissent les constellations contractuelles usuelles lors de l'adoption du Code au début du 20<sup>e</sup> siècle. Ces dispositions rassemblent entre dix et vingt contrats nommés selon les distinctions entreprises. Toutefois, le Code laisse la porte ouverte à une évolution puisqu'en vertu de la liberté contractuelle ([art. 19 CO](#)), il autorise en tout temps la création de nouvelles catégories de contrats. Depuis 1911, les rapports commerciaux ont [\[Seite 194\]](#) profondément évolué. De nouveaux types de relations contractuelles ont fait leur apparition. Les auteurs ont régulièrement analysé ces conventions dans une partie spécifique de leurs ouvrages, consacrée aux contrats innommés<sup>76</sup>, voire dans des monographies ou des ouvrages collectifs dédiés à l'une ou l'autre relation contractuelle innommée. On peut notamment mentionner le contrat de licence<sup>77</sup>, le contrat de distribution<sup>78</sup> ou encore le contrat d'architecte<sup>79</sup>.

L'apport de la doctrine à l'évolution du droit des obligations est certainement le bienvenu, puisque de nouvelles formes de relations contractuelles ont vu le jour depuis l'adoption du Code, que le Parlement fédéral n'a jamais sérieusement envisagé de les codifier, et que la jurisprudence ne permet que de trancher des questions isolées sans offrir un traitement systématique des différents contrats innommés.

Cependant, le fait de s'appuyer sur la doctrine pour garantir l'évolution du droit des obligations ne va pas sans soulever de questions. Sans mettre en doute la qualité des ouvrages scientifiques, relevons que la doctrine, au contraire de la jurisprudence, ne connaît aucune hiérarchie formelle interne. Il est donc difficile pour celui qui est chargé de l'application du droit d'identifier les solutions «consacrées» au sens de l'**art. 1 al. 3 CC**, d'autant que les auteurs ont un goût prononcé pour la controverse. Pour les contrats innommés, les débats commencent déjà lorsqu'il s'agit de qualifier la relation contractuelle. Par conséquent, laisser l'évolution du droit des obligations aux mains de la doctrine reste souvent source d'insécurité et d'instabilité juridiques, deux notions en contradiction avec les buts visés par la codification (*supra* **B.I.**)<sup>80</sup>.

### [Seite 195] 3. Pratique

Par pratique, on entend l'ensemble des sources privées créées par les sujets de droit en dehors des voies traditionnelles. La pratique a développé des standards qui complètent les règles figurant dans le Code et favorisent ainsi l'évolution du droit des obligations. On pense évidemment aux modèles de contrats commerciaux ou aux conditions générales apparues dans les contrats de masse<sup>81</sup>.

Outre ces illustrations, la pratique entraîne la création d'usages, qui sont des règles se formant dans une région ou un milieu d'affaires déterminé<sup>82</sup>. Les usages ont un caractère dynamique et peuvent présenter un contenu différent dans le temps ou dans l'espace. A l'origine, les règles du CO régissent le cas typique. Le législateur n'a pas tenu compte des particularités régionales ou de celles rattachées à un milieu déterminé. Les usages participent à l'évolution du droit des obligations en précisant, voire en modifiant le contenu de la codification dans des domaines où les particularités d'une région ou d'une branche d'activité le justifient. Un exemple tiré du droit du bail concerne les «Règles et usages locatifs du canton de Vaud»<sup>83</sup>. Ces usages sont le résultat de négociations menées par les principales associations de bailleurs et de locataires vaudoises. Le législateur a considéré que le résultat de ces négociations était complet et équilibré et qu'il comblait de façon convaincante certaines lacunes du droit du bail<sup>84</sup>. Alors qu'ils dérogent sur certains points aux dispositions impératives du CO, ces usages ont été déclarés de force obligatoire générale pour le canton de Vaud jusqu'au 30 juin 2026<sup>85</sup>. En revanche, faute de requête unanime de la part des parties contractantes, les «Dispositions paritaires romandes»<sup>86</sup> pour les cantons de Genève, Vaud, Neuchâtel, Fribourg, Jura et les sept districts de langue française du canton du Valais, n'ont pas fait l'objet d'une nouvelle déclaration de force obligatoire au-delà du 30 juin 2020<sup>87</sup>, après la dernière en date du 20 juin 2014<sup>88</sup>.

## III. Evolution au-dehors du Code

Le droit des obligations a également évolué au-dehors du CO au cours des dernières décennies. Ces développements reposent sur deux facteurs principaux: d'une part, le phénomène de décodification (*infra* **C.III.1.**) et, d'autre part, les sources internationales (*infra* **C.III.2.**).

### 1. Décodification

Par décodification, on entend la démarche du législateur consistant à délocaliser les matières de droit des obligations en dehors du CO et à les inscrire dans des lois spéciales *ad hoc* ne faisant pas partie du Code (*supra* **B.II.2.**)<sup>89</sup>.

A l'origine, le Code présentait une unité systématique en contenant (presque) tout le droit des obligations<sup>90</sup> et garantissait une unité sociale en s'adressant à une classe unique de destinataires (*supra* **B.I.**). On peut distinguer deux genres de décodification, qui participent

tous deux à l'évolution du droit des obligations, mais dont les effets sur le Code sont différents<sup>91</sup>.

Le premier est *formel* et repose sur des considérations avant tout techniques. Il y a décodification parce que la loi, traitant de questions relevant du droit des obligations, n'est pas formellement intégrée au CO. Selon ce critère, des lois spéciales conformes à la systématique du Code participent de la décodification<sup>92</sup>.

Par ex., la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA)<sup>93</sup>, qui date de 1908, est une loi spéciale qui s'intègre largement au système du Code: l'**art. 100 LCA** renvoie d'ailleurs expressément aux règles du CO pour tout ce qui n'est pas réglé dans la loi. La coexistence de la LCA et du CO s'explique historiquement par le fait que le contrat d'assurance était absent du Code des obligations de 1881. En raison du besoin urgent de légiférer en cette matière au début du [Seite 197] 20<sup>e</sup> siècle, la LCA a été adoptée avant 1911 et n'a ensuite pas été intégrée au CO en raison de son caractère récent<sup>94</sup>. La révision partielle de la LCA de 2020 n'a pas apporté de changements fondamentaux et l'**art. 100 LCA** opère toujours le renvoi au CO à titre de droit supplétif<sup>95</sup>.

Le second genre de décodification est *matériel* et repose sur des considérations territoriales, systématiques et/ou sociales<sup>96</sup>. Il est question de décodification matérielle lorsqu'un texte législatif de droit des obligations met à mal une des trois unités achevées par le CO (*supra* B. I.)<sup>97</sup>.

La Loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC)<sup>98</sup> constitue un exemple de décodification matérielle. A l'origine, le crédit à la consommation était régi par les dispositions de la vente par acomptes (**art. 226a ss CO**). Cette réglementation était systématiquement rattachée au CO. Aujourd'hui, la LCC est non seulement formellement hors du Code mais elle s'est largement émancipée d'un point de vue systématique et social. Par ex., l'ancien **art. 226a al. 2 CO** imposait l'observation de la forme écrite pour la validité du contrat mais s'en remettait aux règles de la partie générale du CO (notamment l'**art. 11 al. 2 CO**) pour les conséquences d'une violation. En revanche, la nouvelle LCC, qui exige toujours le respect de la forme écrite (**art. 9 al. 1 LCC**), prévoit directement la nullité du contrat (**art. 15 LCC**), sans aucun renvoi au CO<sup>99</sup>.

La non-intégration de certaines règles de droit de la consommation dans le CO repose partiellement sur des motifs historiques<sup>100</sup>. A notre avis cependant, la décodification matérielle s'explique pour une autre raison: l'adoption du Code des obligations de 1881 et du CO, qui a supprimé les discriminations reposant sur des classes, reposait sur une vision uniforme du destinataire de droits et d'obligations. Les codificateurs n'ont pas anticipé à l'époque que l'on passerait d'une société locale, statique et agrarienne du début du 20<sup>e</sup> siècle à une société du 21<sup>e</sup> siècle, fondée sur les services, dynamique et moderne. Ils n'ont pas prévu l'émergence de nouveaux groupes sociaux, tels que les consommateurs. [Seite 198] Par conséquent, il n'est pas étonnant que les besoins de protection spécifiques de ces nouveaux acteurs face aux développements de la pratique contractuelle ne se laissent que difficilement intégrer au sein du CO<sup>101</sup>.

On aurait tort de s'imaginer la frontière entre décodifications formelle et matérielle comme parfaitement hermétique. Il est ainsi possible de s'interroger si les responsabilités objectives aggravées (aussi appelées responsabilités à raison du risque, «*Gefährdungshaftungen*»)<sup>102</sup>, toutes régies dans des lois spéciales et donc formellement déconnectées du CO, ne représentent pas également une césure avec la systématique du CO et la compréhension sociale traditionnelle de la responsabilité civile basée sur la faute ou l'irrégularité objective imputables à la personne responsable d'un préjudice causé à autrui.

Les responsabilités objectives aggravées ont pour caractéristique commune qu'elles se fondent sur un risque ou un danger qualifié qui découle de certaines installations, activités ou situations<sup>103</sup>. En principe, le législateur devrait tout simplement les interdire<sup>104</sup>. Au nom du principe d'intérêt ou d'utilité, la société tolère cependant ces risques, mais en tient compte par l'instauration d'une responsabilité plus stricte à la charge du bénéficiaire économique des installations, activités ou situations<sup>105</sup>.

A notre sens, les lois spéciales instaurant les responsabilités objectives aggravées sont plutôt à classer parmi les exemples de décodifications matérielles. Affranchie de toute notion de faute (contractuelle ou aquilienne) du droit commun, la responsabilité à raison du risque découlant de l'exploitation de chemins de fer – historiquement la première d'une liste désormais étoffée de plusieurs autres responsabilités objectives aggravées – fut définitivement instaurée avec la Loi fédérale de 1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur<sup>106</sup>. Toutes les autres responsabilités à raison [Seite 199] du risque consacrées par la suite se sont inspirées de ce premier modèle. Premièrement, si les conditions d'une loi spéciale et du CO sont simultanément remplies, la responsabilité objective aggravée fondée sur la loi spéciale trouve exclusivement application<sup>107</sup>. Deuxièmement, ni la faute (contrairement à la responsabilité aquilienne)<sup>108</sup>, ni même aucune irrégularité objective (contrairement aux responsabilités objectives simples, «*einfache, gewöhnliche, milde Kausalhaftungen*»)<sup>109</sup> n'est nécessaire pour établir le principe de la responsabilité. Un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'activité visée par la loi spéciale et le préjudice est en principe suffisant pour fonder la responsabilité. La question de savoir si l'activité a été exercée sans reproches n'a, pour le principe même de la responsabilité, aucune importance<sup>110</sup>. Les responsabilités objectives aggravées représentent ainsi une césure définitive avec la notion de faute et sa petite sœur, la diligence objective, que l'on retrouve, au moins de manière latente, dans les chefs de responsabilité consacrés dans nos Codes<sup>111</sup>.

La multiplication des lois spéciales consacrant une responsabilité objective aggravée n'a fait qu'accentuer le phénomène de la décodification et l'éclatement du droit de la responsabilité civile et, partant, du droit des obligations. Aussi n'est-il guère étonnant que d'aucuns se soient penchés, sinon sur une recodification, du moins sur un rétablissement du lien entre les responsabilités objectives aggravées et le CO. Ainsi, les auteurs de l'AP WIDMER/WESSNER (*supra* C.I.) avaient élaboré une clause générale de responsabilité à raison du [Seite 200] risque<sup>112</sup>. L'idée fondant cette proposition était d'introduire dans le CO une disposition suffisamment large et flexible permettant à la juridiction d'éviter le traitement inégal, et donc injuste, de situations présentant pourtant des caractéristiques comparables à celles qui sont appréhendées par des dispositions spéciales consacrant une responsabilité objective. «Il s'agi[ssai]t en effet d'ouvrir la voie de manière à permettre au juge – dans une démarche très proche de celle à laquelle l'autorise le fameux art. 1 al. 2 et 3 CC – d'admettre de raisonnables analogies qui lui étaient jusqu'à présent soi-disant «interdites»<sup>113</sup>. La solution proposée par l'AP WIDMER/WESSNER n'était pas de substituer la clause générale aux lois spéciales en vigueur mais, au contraire, de laisser subsister ces dernières à côté de la première comme autant de concrétisations. Ainsi, ces normes spéciales auraient servi comme points de repère au tribunal appelé à déterminer le régime de responsabilité approprié au cas concret<sup>114</sup>. Autrement dit, il ne s'agissait pas, à proprement parler, de recodifier les responsabilités objectives aggravées, mais de codifier dans le CO une clause générale et subsidiaire de responsabilité à raison du risque, à l'image de la responsabilité pour faute de l'art. 41 CO, de sorte à rétablir un lien systématique entre les responsabilités objectives aggravées et le CO.

Bien que l'AP WIDMER/WESSNER ait finalement été abandonné par le législateur suisse, l'idée d'une clause générale de responsabilité à raison du risque a reçu une reconnaissance durable dans les milieux académiques. En effet, la solution de l'AP WIDMER/WESSNER a été reprise, à quelques variations près, dans le Projet OR/CO 2020 (*supra* A.). Par ailleurs, le législateur turc, en s'appuyant nettement sur la solution préconisée par l'AP WIDMER/WESSNER, n'a pas hésité à codifier une clause générale à raison du risque lors de sa réforme du droit des obligations entrée en vigueur en 2012 (*supra* C.I.)<sup>115</sup>.

Faute d'ambition du législateur fédéral de procéder à une recodification systématique du droit des obligations, le danger d'une décodification progressive ne saurait être ignoré. Ainsi, une bonne compréhension du droit des obligations ne peut faire abstraction des règles extrinsèques au Code, même si elles mettent à mal l'idéal d'intégralité et d'unicité de celui-ci (*supra* B.I.). En effet, ces lois [Seite 201] spéciales sont un facteur important de l'évolution contemporaine du droit des obligations.

## 2. Sources internationales

A la fin du 19<sup>e</sup> et au début du 20<sup>e</sup> siècles, les rédacteurs du CO ont voulu s'émanciper des influences de nos voisins et ont rédigé un texte original, indépendant des autres codes européens existants. Aujourd'hui, le droit des obligations évolue grâce aux apports provenant de sources internationales, situées par définition en dehors du CO. Nous illustrerons cette affirmation ci-après en recourant à l'exemple de la transposition autonome de directives européennes en droit suisse (*infra* C.III.2.a.), puis nous soulignerons le rôle joué par la jurisprudence (*infra* C.II.2.b.) et par la *soft law* (*infra* C.III.2.c.) dans cette évolution.

### a. Transposition autonome de directives européennes

La transposition de directives européennes constitue une illustration convaincante de l'influence de la législation supranationale sur l'évolution du droit des obligations. En effet, dans l'optique d'une éventuelle adhésion de la Suisse à l'Espace économique européen (EEE), le Parlement suisse avait accompli un travail de préparation considérable pour la reprise de l'acquis communautaire (paquet de lois Eurolex)<sup>116</sup>. Avec le rejet de l'EEE en 1992, le Parlement a finalement adopté en 1993 le paquet de lois Swisslex<sup>117</sup>, qui reprenait une partie des lois de transposition de l'acquis communautaire en droit suisse. Cette reprise du droit européen par le législateur suisse a attiré l'attention des juristes suisses sur le droit privé communautaire<sup>118</sup>, qu'il s'agisse de l'adoption de lois suisses résultant de la transposition autonome de directives européennes ou de certaines dispositions de lois suisses inspirées du droit européen, telles que la **Loi sur les cartels** (LCart)<sup>119</sup> ou la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)<sup>120</sup>.

### [Seite 202] b. Jurisprudence

Compte tenu de l'adoption du paquet législatif Swisslex (*supra* C.III.2.a.), les tribunaux ont dû déterminer si les autorités d'application devaient prendre en compte l'interprétation des autorités judiciaires de l'Union européenne (UE) concernant les textes européens ayant inspiré les lois suisses. Après une lente mais constante évolution<sup>121</sup>, le Tribunal fédéral a examiné plus en détail la question de l'interprétation des lois de transposition dans une arrêt datant de 2003<sup>122</sup>. L'affaire concernait un transfert d'entreprise et, plus particulièrement, l'interprétation de l'**art. 333 CO** traitant de la question de la responsabilité pour les créances de salaire pendantes. Après une analyse extensive de la situation en droit suisse, le Tribunal fédéral a finalement adopté une interprétation contraire à la lettre de la loi, mais conforme à son esprit (*contra verba legis sed secundum legis*)<sup>123</sup> en s'appuyant sur le droit européen<sup>124</sup>.

En posant le principe *in dubio pro interpretatione europaea*<sup>125</sup>, le Tribunal fédéral admet aujourd'hui qu'une interprétation conforme au droit européen est possible à certaines conditions. Il faut d'abord qu'il s'agisse d'une norme suisse résultant d'une transposition autonome du droit de l'UE. Ensuite, il faut un doute sur l'interprétation à donner à ces normes, soit qu'il y ait plusieurs solutions possibles, auquel cas il y a lieu de retenir l'interprétation conforme au droit européen<sup>126</sup>, pour autant que les principes méthodologiques suisses de l'application et de l'interprétation du droit soient respectés<sup>127</sup>.

Cette eurocompatibilité – qui est par ailleurs dynamique, dans la mesure où il y a lieu de tenir compte également de l'évolution de l'ordre juridique européen dans l'interprétation du droit transposé<sup>128</sup> – est susceptible d'ébranler certains principes fondamentaux du droit des obligations. Par ex., la Loi fédérale sur les voyages à forfait (LVF)<sup>129</sup>, qui résulte de la transposition autonome de [Seite 203] la directive européenne 90/314/CEE<sup>130</sup>, impose de réparer les dommages résultant de la mauvaise exécution du contrat (art. 14 al. 1 LVF). En droit suisse, la perte de jouissance des vacances (vacances gâchées, «*entgangener Feriengenuss*»), en tant que dommage de frustration, ne donne en principe pas droit à une indemnisation<sup>131</sup>. Or, depuis l'arrêt «*Leitner*»<sup>132</sup>, nombreux sont ceux qui affirment que ce dommage normatif doit également être réparé, non seulement dans l'UE mais également en

Suisse, au moins dans le cadre des voyages à forfait<sup>133</sup>. C'est ainsi que certains auteurs ont élaboré la notion du «petit tort moral» qui n'exige plus une certaine gravité de l'atteinte en tant que critère déterminant pour la réparation du tort moral en droit suisse<sup>134</sup>.

L'arrêt «Leitner» est un cas d'école pour illustrer comment une source de droit étrangère peut constituer un facteur d'évolution du droit suisse des obligations. La question préjudicielle portait sur le fait de savoir si le dommage immatériel pour vacances gâchées causé par une intoxication alimentaire était indemnisable dans le cadre de la directive sur les voyages à forfait<sup>135</sup>. L'arrêt élargit la notion de tort moral réparable dans les voyages à forfait et bouleverse ainsi la notion de préjudice réparable<sup>136</sup> du droit suisse où le dommage de frustration ne donne traditionnellement pas droit à une indemnisation<sup>137</sup>. Tout en fournissant des précisions concernant le tort moral réparable dans les voyages à forfait, la Cour de justice européenne reste cependant muette quant à l'impact de sa décision sur d'autres formes de dommages immatériels et quant à savoir si la réparation du dommage immatériel concerne également les autres directives prévoyant la réparation d'un préjudice

138

#### [Seite 204] c. Soft law

Par *soft law*, on entend les textes à caractère juridique qui se limitent à donner des conseils, sans imposer d'obligation juridiquement contraignante<sup>139</sup>. Le plus souvent conçus par des organisations internationales, les instruments de *soft law* comptent parmi les méthodes extralégislatives d'uniformisation du droit. Ces instruments sont essentiellement de deux espèces, soit les lois types qui sont spécifiquement destinées aux législateurs nationaux<sup>140</sup>, soit les modèles de droit uniforme qui, bien qu'ils puissent inspirer les législateurs, s'adressent principalement aux parties contractantes<sup>141</sup>. Les développements internationaux dans le domaine de la *soft law* influence également le droit suisse des obligations et constituent un facteur de son évolution.

Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (*Principles of International Commercial Contracts –PICC*) figurent parmi les instruments de *soft law* les plus réputés. Bien que les PICC puissent tenir lieu de loi type ou d'aide à l'interprétation du droit national ou international, ils sont plus connus pour être des règles générales propres à régir les contrats du commerce international. Ces Principes constituent un corps de règles modèles cohérentes; ils reflètent un consensus transnational rassemblant des normes non étatiques, qui comprennent les usages et principes généraux du commerce international (*lex mercatoria*)<sup>142</sup>. Les PICC, auxquels les arbitres se réfèrent fréquemment comme moyen d'interprétation ou de complétement des contrats – lorsqu'ils ne font pas directement l'objet d'une élection de droit par les parties<sup>143</sup> – ont une importance pratique indéniable, en plus d'être un moyen non législatif d'unification ou d'harmonisation du droit<sup>144</sup>. Considérés comme la manifestation des usages commerciaux, ces Principes constituent du droit sup

[Seite 205] plétif applicables, en sus du CO, dans un litige contractuel international soumis au droit matériel suisse<sup>145</sup>.

L'Avant-projet de Cadre Commun de Référence (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*) est un autre modèle de droit uniforme qui mérite mention, bien que sa réputation en tant que *soft law* ne soit pas acquise dans la même mesure que les PICC. Le DCFR est un projet académique paneuropéen de grande envergure dont les règles modèles sont le fruit d'une dizaine d'années de recherches indépendantes et coopératives d'académiciens experts de droit privé, de droit comparé et de droit de l'UE<sup>146</sup>. Même s'il s'agit d'un texte d'initiative purement privée<sup>147</sup>, un des buts du DCFR est de servir d'avant-projet pour l'élaboration d'un Cadre Commun de Référence «politique», soit une sorte de «boîte à outils» pour les législateurs, européens et nationaux<sup>148</sup>, tel que la Commission l'avait appelé de ses vœux en 2003<sup>149</sup>, voire d'avant-projet pour un future code civil européen<sup>150</sup>. A ce titre, le DCFR nourrit l'espoir de susciter un intérêt en dehors du monde académique en proposant des solutions innovantes pour les questions de droit privé. Cependant, au-delà du manque de soutien politique, l'absence de base légale univoque pour unifier le droit privé européen est une des raisons expliquant l'absence d'ambition de la Commission en matière d'europeanisation du droit privé<sup>151</sup>. L'avenir nous dira si le Brexit insufflera un nouvel élan

au débat sur un futur code civil européen, sachant que les *common lawyers* britanniques se sont à l'époque majoritairement opposés à l'idée d'une codification européenne du droit privé<sup>152</sup>. Même s'il ne devait jamais trouver de concrétisation politique, le DCFR constitue néanmoins une boîte à outils juridique impressionnante. Il pourrait contribuer à une européanisation «harmonieuse et informelle»<sup>153</sup> du droit privé. La doctrine suisse fait régulièrement référence<sup>154</sup> et elle s'en trouve inspirée sinon influencée<sup>155</sup>. Ainsi, le DCFR participe lui aussi, au moins indirectement, de l'évolution du droit suisse des obligations.

### 3. Conclusion provisoire

Il n'est plus possible d'affirmer aujourd'hui que le CO règle de manière exhaustive le droit suisse des obligations. L'évolution de ce domaine du droit ne se fait plus uniquement au sein du Code (*supra* C.I.) ou au-delà du Code (*supra* C.II.). En effet, il est aujourd'hui nécessaire de tenir compte, d'une part, des nombreuses législations spéciales situées en dehors du Code et qui témoignent du phénomène de décodification (*supra* C.III.1.) et, d'autre part, des sources internationales qui participent, directement ou indirectement, à l'évolution du droit suisse des obligations (*supra* C.III.2.)<sup>156</sup>.

#### D. Appel au législateur

La réponse à donner à la question posée en titre de la présente contribution est affirmative. L'expérience des dernières décennies démontre une tendance à la décodification du droit des obligations. Ce mouvement est à notre avis préjudiciable à la cohérence du système qui, lorsqu'il ne commence pas à se contredire, se complexifie inutilement. A cet éclatement des textes de loi s'ajoute encore la multiplication des sources paralégislatives et internationales qui contribue, elle aussi, à une opacité croissante de la matière, en contradiction avec les buts de prévisibilité et de sécurité juridique inhérents à toute codification.

Nous appelons de nos vœux un codificateur suisse moins timide, plus conscient de son rôle central au sein de notre tradition civiliste, qui n'écarterait pas systématiquement les projets de refonte d'envergure du Code sous prétexte de coûts trop élevés, ou du fait qu'une révision complète ne serait pas nécessaire ou que la pratique s'accommoderait, après tout, du *statu quo*<sup>157</sup>.

Par conséquent, un appel au codificateur<sup>158</sup> s'impose donc en guise de conclusion, sous forme de trois suggestions.

Premièrement, le codificateur doit *faire son travail*. Il doit jouer le rôle central que lui attribue l'art. 1 al. 1 CC dans le développement du droit. Le droit des [Seite 207] obligations, comme l'ensemble de notre système juridique, repose sur la prééminence de la loi. Cette solution est justifiée sur le plan théorique: le caractère prioritaire du droit écrit découle notamment de la légitimité démocratique du pouvoir législatif ainsi que du contrôle populaire rendu possible par le droit de référendum facultatif. D'un point de vue pratique, le codificateur ne saurait abandonner l'évolution du droit des obligations aux facteurs extrinsèques que sont la jurisprudence, la doctrine ou la pratique, au risque de contredire notre tradition juridique civiliste. L'activité du codificateur a ceci de singulier qu'elle tranche durablement certaines questions, même si toutes les dispositions du Code laissent, à raison, une place à l'interprétation, et un grand nombre d'entre elles, au pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC). La codification offre des réponses claires à ses destinataires et augmente ainsi la prévisibilité et la sécurité juridique, deux fonctions fondamentales du droit. Le codificateur suisse est parfois conscient de cette tâche, comme l'a démontré récemment la révision récente du droit de la prescription<sup>159</sup>. Reste à lui d'assumer pleinement le mandat qui lui est confié.

Deuxièmement, le codificateur doit *bien faire* son travail. Il doit s'efforcer de cultiver les qualités du Code ayant atteint l'âge respectable de 111 ans, en tenant compte des nouvelles réalités sociales. D'une part, le codificateur doit faire appel à la légistique. Dans ses travaux, il doit respecter le principe de lisibilité initié par MUNZINGER et HUBER. Il doit élaborer un texte concis, formulé clairement et répondant à une structure précise. D'autre part, il ne

faut pas abandonner l'unicité formelle du Code. Dans la mesure du possible, le codificateur doit s'ingénier à intégrer au sein du CO les évolutions du droit des obligations<sup>160</sup>. Afin d'atteindre ce but, on ne peut exclure un état parfois long (mais en principe provisoire) de décodification afin de laisser les principes relatifs à une matière s'établir et se fixer au sein de lois spéciales. Toutefois, lorsque ces principes ont pu être dégagés, le codificateur doit envisager une recodification de la matière afin de maintenir autant que possible l'unicité du Code. L'évolution du droit des obligations depuis l'adoption du CO a connu un tel éclatement des sources formelles que son contenu est désormais en partielle contradiction avec l'idée originale d'un Code complet couvrant l'intégralité d'une branche du droit de manière systématique. Ainsi, il eût été souhaitable de profiter de la nouvelle révision du contrat d'assurance privée pour l'intégrer au CO<sup>161</sup>. En outre, le législateur suisse doit être attentif aux développements internationaux, en particulier aux efforts d'unification du droit des obligations en Europe, afin d'offrir un cadre juridique souple et efficace aux utilisateurs du droit suisse.

**[Seite 208]** Troisièmement, le codificateur *ne doit faire que son travail*. La fonction du CO a profondément changé depuis son adoption. Plus personne ne considère aujourd'hui que le Code est destiné à régler des rapports contractuels dans un système unidimensionnel marqué par une égalité parfaite entre citoyens. La société contemporaine est dynamique et multipolaire et exige de distinguer plusieurs catégories de citoyennes et citoyens. Vu le caractère perpétuellement évolutif du droit, il est certain que le Code sera encore soumis à des changements ces prochaines années. Pour pouvoir évoluer, le CO doit à tout prix conserver l'ouverture et la flexibilité qui ont favorisé sa capacité d'adaptation durant son existence plus que centenaire. A cette fin, avec l'aide de la doctrine et de la jurisprudence, le codificateur doit d'abord identifier les principes qui sous-tendent le droit actuel des obligations. Il doit ensuite faire en sorte que les règles du Code reflètent le mieux possible ces principes afin que leurs utilisateurs – les juges et la pratique – puissent s'en servir pour y intégrer les développements sociaux et juridiques futurs<sup>162</sup>. Nous ne pouvons donc qu'encourager le codificateur à vérifier si son Code a conservé toute sa qualité et son efficacité à l'aune de l'évolution des réalités sociales et, au besoin, à engager les réformes nécessaires sans se laisser distraire ou décourager par l'ampleur de la tâche.

## Résumé

La relative stabilité du Code des obligations suisse, face aux bouleversements qu'a connus la société suisse en 111 ans, s'explique en partie par la présence d'autres facteurs d'évolution que les révisions législatives. La présente contribution procède à une analyse critique des facteurs d'évolution – législatifs et paralingislatifs, nationaux et internationaux – du droit des obligations et de leur portée. L'éclatement des sources du droit des obligations, contraire aux buts de prévisibilité et de sécurité juridiques inhérents à toute codification, est un phénomène sur lequel se sont également penchés bon nombre de codificateurs étrangers, avec à la clé parfois une recodification du droit des obligations. En conclusion, la présente contribution adresse un appel au codificateur suisse, sous forme de trois suggestions, l'invitant à se montrer plus ambitieux à l'égard des réformes nécessaires du Code.

## **[Seite 209]** Zusammenfassung

Die relative Stabilität des Schweizerischen Obligationenrechts angesichts der Umwälzungen in der Schweizer Gesellschaft in den letzten 111 Jahren lässt sich zum Teil durch andere Faktoren als Änderungen des Gesetzestextes erklären. Der vorliegende Beitrag widmet sich einer kritischen Analyse der gesetzgeberischen und paralingislativen, nationalen und internationalen Faktoren der Entwicklung des Obligationenrechts und deren Reichweite. Die Zersplitterung der Quellen des Obligationenrechts, die den Zielen der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit, die jeder Kodifizierung innewohnen, zuwiderläuft, ist ein Phänomen, mit dem sich auch eine Reihe ausländischer Kodifikatoren befasst haben, von denen einige eine Neukodifizierung ihres Obligationenrechts vorgenommen haben. Der vorliegende Beitrag schliesst mit einem Appell an den Schweizer Kodifikator in Form von drei Vorschlägen, die notwendigen Reformen des Kodex ambitionierter anzugehen.

Fussnoten:

- \* Prof. Dr., avocat, Université de Neuchâtel.
- \*\* Dr., Université de Neuchâtel.
- 1 La présente contribution, qui s'articule en deux articles, trouve son origine et son fil rouge dans les échanges enrichissants ayant eu lieu entre les coauteurs alors qu'ils se partageaient l'enseignement de la partie générale du droit des obligations à l'Université de Neuchâtel (UniNE) durant le décanat du premier coauteur (2018–2020). Certaines opinions ont déjà été exprimées dans la leçon inaugurale du premier coauteur et le reflet écrit de celles-ci figurent dans les Chroniques universitaires neuchâteloises 2012, p. 85 ss, ainsi que dans la thèse de doctorat du second coauteur, OLIVIER RISKE, La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen: Perspectives pour l'ordre juridique suisse – Analyse historique, comparative et prospective, thèse, Neuchâtel, Bâle 2016. Les coauteurs remercient chaleureusement Monsieur GAËTAN CORTHAY, MLaw, avocat-stagiaire, pour sa précieuse collaboration dans l'établissement et la vérification de l'appareil critique de la présente contribution, ainsi que dans la mise en forme de cette dernière, sans oublier ses suggestions pertinentes quant au fond.
- 2 OLIVIER RISKE/BLAISE CARRON, 111 ans après: La place du Code des obligations au sein des grandes codifications, RDS/ZSR 2022 I, Heft 1, p. 31 ss.
- 3 Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (CO; RS 220). Nous utiliserons ci-après indistinctement les expressions «Code des obligations (suisse)», «Code» et «CO» pour désigner ce texte législatif.
- 4 Voir notamment PIO CARONI, Gesetz und Gesetzbuch, Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte, Bâle/Genève/Munich 2003; JEAN-PHILIPPE DUNAND, Le code: une quête d'éternité? – Analyse historique du concept de code, in: Piermarco Zen-Ruffinen (éd.), Le temps et le droit, Recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008, Bâle 2008, p. 79 ss; BÉNÉDICT WINIGER, Le code suisse dans l'embarras entre BGB et Code civil français, in: Jean-Philippe Dunand /Bénédict Winiger (éd.), Le Code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 153 ss.
- 5 Lors du colloque du bicentenaire du code civil français en 2004, le Président Chirac promet cette refonte dans un délai de cinq ans (HÉLÈNE BOUCARD, La réforme, de la doctrine à l'ordonnance, in: Rainer Schultze *et al.* (dir.), La réforme du droit des obligations en France, 5<sup>èmes</sup> journées franco-allemandes, Droit comparé et européen, vol. 20, Paris 2015, p. 27 ss, p. 29). Ce n'est toutefois que le 27 novembre 2013 que le gouvernement dépose au Sénat un projet de loi en procédure accélérée, demandant, entre autres, au Parlement de l'habiliter à réformer le droit des obligations par ordonnance (Projet de loi n° 175 relatif à la modernisation et à la simplification du droit dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, Sénat 27 novembre 2013, art. 3, <http://www.senat.fr/leg/pj113-175.html> [19. 07. 2021]). Le 1<sup>er</sup> octobre 2018 est finalement entrée en vigueur la «réforme de la réforme» française du droit des obligations. La Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a modifié des art. du code civil dont certains avaient déjà été modifiés par l'ordonnance de 2016 précitée (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000036825602&categorieLien=id> [19. 07. 2021]). La réforme visait notamment à consolider dans le code civil certaines solutions jurisprudentielles. Dans le même ordre d'idée, la réforme de la responsabilité civile, préfigurée par le projet gouvernemental ([http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf) [19. 07. 2021]) a fait l'objet d'une proposition de loi par le sénat le 29 juillet 2020 (Proposition de loi n° 678 portant réforme de la responsabilité civile, Sénat 29 juillet 2020, <https://www.senat.fr/leg/ppl19-678.html> [19. 07. 2021]).
- 6 Sur la révision du code civil néerlandais entrée en vigueur en 1992, cf. BOB WESSELS, Civil Code Revision in the Netherlands: System, Contents and Future, Netherlands International Law Review (1994), 41(2), p. 163 ss.
- 7 MICHEL GRIMALDI, «Code et codification»: pour souligner le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur du Code civil du Québec et le bicentenaire du Code Napoléon, Les Cahiers de droit (2005), 46(1-2), p. 11 ss, consultable sur Internet <https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/2005-v46-n1-2-cd3841/043826ar.pdf> (19. 07. 2021).
- 8 Le 1<sup>er</sup> janvier 2002 est entrée en vigueur la Loi modernisant le droit des obligations (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, Bundesgesetzblatt I 3138*). La réforme du droit des obligations a été combinée avec l'obligation de transposer jusqu'à fin 2001 les trois directives européennes 1999/44/CE «vente de biens de consommation», 2000/31/CE «commerce électronique» et 2000/35/CE «retard de paiement».
- 9 Le projet de loi portant création d'un nouveau Code civil a été adopté le 4 avril 2019 (<https://justice.belgium.be/fr/bwcc> [19. 07. 2021]). La proposition de loi n° 1806/001, portant le livre 5 «Les obligations» du nouveau Code civil, a été déposée le 24 février 2021 à la Chambre des représentants de Belgique (<https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/1806/55K1806001.pdf> [19. 07. 2021]). Il s'agit d'une nouvelle proposition, après celle déposée le 3 avril 2019, visant à réaliser un

nouvel équilibre entre l'autonomie de la volonté des parties et le rôle du juge en tant que gardien des intérêts de la partie faible et de l'intérêt général. Pour un diagnostic de l'état de décodification du droit belge justifiant la présente réforme voir, PATRICK WÉRY, Mutations et défis du droit belge des obligations, Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège 2015, p. 203 ss; SOPHIE STIJNS, Faut-il réformer le Code civil? Réponse méthodologique pour le droit des obligations contractuelles et extracontractuelles: les obligations contractuelles, J.T. 2016, p. 305 ss.

- 10 Pour une présentation des divers modèles, cf. RISKE (note 1), N 369 ss.
- 11 STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP [prép.]) (Christian von Bar/Eric Clive [éd.]), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Munich 2009, *passim*.
- 12 FELIX DASSER, Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria: rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über nicht-staatliches Handelsrecht, Zurich 1989, p. 107 ss; RISKE (note 1), N 436.
- 13 INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ (UNIDROIT), Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2016, Rome 2016, *passim*, disponible sur Internet <<https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>> (19. 07. 2021).
- 14 CLAIRE HUGUENIN/RETO HILTY (éd.), Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020: Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zurich/Bâle/Genève 2013; RISKE (note 1), N 6.
- 15 CONSEIL FÉDÉRAL, Modernisation de la partie générale du Code des obligations: Rapport du Conseil fédéral en réponse aux Postulats 13 3217 Bishof et 13 3226 Caroni du 18 janvier 2018, p. 14, consultable sur Internet, <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-01-310/ber-br-f.pdf>> (19. 07. 2021).
- 16 MARCEL SENN, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 4<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 289; RISKE (note 1), N 108; sur l'origine terminologique et le contexte idéologique de la codification, cf. RISKE/CARRON, (note 2), p. 33 s. et p. 34 s.
- 17 Sur les qualités générales et les caractéristiques propres de la codification suisse, cf. RISKE/CARRON (note 2), p. 43 ss et p. 46 ss.
- 18 CARRON (note 1), p. 89. Dans le cadre du droit français, cf. MATTHIAS MARTIN, The French Law of Obligations: A Brief Story of the 2016 Reform, in: Agustín Parise/Lars van Vliet (éd.), Re- De-Codification? New Insights on the Codification of Private Law, Maastricht Law Series 6, La Haye 2018, p. 31 ss, p. 33.
- 19 Cf. notamment NATALINO IRTI, L'età della decodificazione, Milan 1979, *passim*.
- 20 PHILIPPE RÉMY, Le processus de «dé-codification», in: Jean-Philippe Dunand/Bénédict Winiger (éd.), Le Code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 197 ss, p. 199.
- 21 RÉMY (note 20), p. 197 et 202; CARRON (note 1), p. 90; Dans le sens même sens, PASCAL PICHONNAZ, Le Centenaire du Code des obligations, RDS/ZSR 2011, p. 117 ss, p. 215 ss. Pour notre analyse en droit suisse des obligations, cf. *infra* C.III.1.
- 22 PICHONNAZ (note 21), p. 225 s.; ALEXANDRE FLÜCKIGER/JEAN-DANIEL DELLEY, L'élaboration rationnelle du droit privé: de la codification à la légistique, in: Christine Chappuis/Bénédict Foëx/Luc Thévenoz (éd.), Le législateur et le droit privé – Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 123 ss, p. 134.
- 23 CARRON (note 1), p. 90; ERIC DIRIX/PATRICK WÉRY, Pour une modernisation du Code civil, J.T 2015, p. 626; MICHEL GRIMALDI, Les grandes lignes de l'évolution du Code civil en France depuis 1804, J.T 2004, p. 447. Dans le même sens, cf. également PICHONNAZ (note 21), p. 215 ss.
- 24 La rubrique «chronologie» de la page web consacrée au CO (<[https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317\\_321\\_377/fr/history](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr/history)> [10. 09. 2021]) révèle l'entrée en vigueur de 115 modifications législatives du CO, depuis son adoption jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2022.
- 25 CARRON (note 1), p. 90; dans ce sens également, RÉMY (note 20), p. 197 s.
- 26 Modification du 17 mars 2017 (Droit du registre du commerce), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021, cf. RO 2020 957 ss, p. 964.
- 27 Le bail à loyer et le bail à ferme (art. 253 ss et 275 ss CO) ont été entièrement révisés par la Loi fédérale du 15 décembre 1989, avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 1990 (RO 1990 802; FF 1985 I 1369).
- 28 Modification du 17 mars 2017 (Droit du registre du commerce), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021, cf. RO 2020 957 ss.

- 29 Modification du 19 juin 2020 (Droit de la société anonyme), dont une première partie des dispositions est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021, cf. RO 2020 4005 ss.
- 30 BLAISE CARRON/NIELS FAVRE, La révision de la prescription dans la partie générale du Code des obligations: ce qui change et ce qui reste, et la transition entre les deux, in: François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (éd.), *Le nouveau droit de la prescription*, Neuchâtel 2019, p. 1 ss, p. 15 ss.
- 31 RO 2018 5343 ss, p. 5353.
- 32 Parmi les projets rejetés récemment, le Conseil national et le Conseil des Etats ont refusé d'entrer en matière, les 8 juin et 13 septembre 2016, sur le projet de modification du droit du bail à loyer et du bail à ferme (art. 253 ss et 275 ss CO), intitulé «Protection contre les loyers abusifs» (FF 2015 3705). De même, l'initiative populaire «Davantage de logements abordables» de l'ASLOCA (FF 2019 2549) a été rejetée par le peuple et les cantons (FF 2020 4293).
- 33 L'Avant-projet est le fruit des travaux des Professeurs WIDMER et WESSNER; cf. PIERRE WIDMER /PIERRE WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile – Rapport explicatif*, Berne 2000, *passim*.
- 34 FF 2014 221, p. 228.
- 35 Cf. les informations du DFJP communiquées le 21 janvier 2009, disponibles sur <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2009/2009-01-21.html> (19. 07. 2021); RISKE (note 1), N 1339.
- 36 Communiqué publié le 21 janvier 2009 sur le site du DFJP, <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2009/2009-01-21.html> (19. 07. 2021).
- 37 Dans ce sens, RISKE (note 1), N 1340; également PICHONNAZ (note 21), p. 222.
- 38 RISKE (note 1), N 1340.
- 39 HALÛK BURCUOĞLU, Aperçu général sur le nouveau Code Turc des Obligations, RDS 2013, p. 223 ss, p. 223; CHRISTOPH MÜLLER/OLIVIER RISKE, Cross-Fertilization between Swiss and Turkish Tort Laws, ERPL 2014, p. 879 ss, p. 880 s., <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=ERPL2014066> (19. 07. 2021).
- 40 MÜLLER/RISKE (note 39), p. 884 ss.
- 41 WIDMER/WESSNER (note 33), p. 8.
- 42 CHRISTINE CHAPPUIS, OR|CO 2020: un projet abandonné?, in: Wolfgang Portmann *et al.* (éd.), *Gedenkschrift für Claire Huguenin: Dr. iur. LL.M., Rechtsanwältin, Professorin an der Universität Zürich von 1997 bis 2018*, Zurich 2020, p. 85ss, p. 87, consultable sur Internet <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135632> (19. 07. 2021).
- 43 Cf. toutefois la révision partielle de la LCA, adoptée en juin 2020 et qui entrera en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2022 (RO 2020 4969).
- 44 CONSEIL FÉDÉRAL (note 15), p. 14.
- 45 RISKE/CARRON, (note 2), p. 46, identifient 21 actes législatifs ayant modifié la partie générale du CO.
- 46 Dans le même sens, PICHONNAZ (note 21), p. 136 ss.
- 47 PIERRE TERCIER, Des législateurs innommés, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (éd.), *Innominatverträge – Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe*, Zurich 1988, p. 45 ss, p. 46 ss.
- 48 ERNST A. KRAMER/THOMAS PROBST, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3<sup>e</sup> éd., 2018 Bâle, N 28 ss; PIERRE TERCIER/CHRISTIAN ROTEN, *La recherche et la rédaction juridiques*, 8<sup>e</sup> éd., Genève /Zurich/Bâle 2021, p. 115.
- 49 MARKUS MÜLLER-CHEN/CHRISTOPH MÜLLER/CORINNE WIDMER LÜCHINGER, *Comparative Private Law*, Zurich/St-Gall 2015, N 417.
- 50 Il n'en a pas toujours été ainsi. A l'époque des premières codifications, il y avait de fortes objections à l'interprétation judiciaire des codes. Selon une conception rigoriste de la séparation des pouvoirs, seul le législatif avait le droit d'interpréter la loi, le judiciaire était supposé l'appliquer de manière «mécanique» (MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER [note 49], N 417; également RISKE [note 1], N 115 et note 258).
- 51 PIERRE TERCIER, *Quels fondements pour le contrat au XXI<sup>e</sup> siècle?*, in: François Bellanger *et al.* (éd.), *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004, p. 209 ss, p. 215, p. 216; CARRON (note 1), p. 91 s.
- 52 PICHONNAZ (note 21), p. 170; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. 5, *Das Obligationenrecht: Art. 1–183*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1929, art. 109 CO N 4.

- 53 ATF 57 II 315, ATF 60 II 27, puis **ATF 114 II 152** et **ATF 133 III 356**.
- 54 PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2019, N 1417; CARRON (note 1), p. 92.
- 55 PICHONNAZ (note 21), p. 169 ss.
- 56 ATF 77 II 135, c. 2a.
- 57 **ATF 124 III 297**, c. 5c; **ATF 121 III 350**, c. 6b; **ATF 108 II 305**, c. 2; RISKE (note 1), N 1220; CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2019, N 1566; INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 8<sup>e</sup> éd., Berne 2020, N 50.22; *contra*: MAX KELLER/SONJA GABI /KARIN GABI, *Haftpflichtrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2012, p. 47.
- 58 WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftung des OR, ZGB und PrHG*, Berne 2012, N 399; RISKE (note 1), N 1190 et 1390.
- 59 ATF 77 II 135.
- 60 Pour une proposition de clause générale de responsabilité précontractuelle à codifier dans le CO, cf. OLIVIER RISKE, *La responsabilité précontractuelle: Une proposition de clause générale*, Jusletter 7 janvier 2017, p. 2 ss.
- 61 ATF 45 II 548, c. 5; ATF 40 II 370, c. 1.
- 62 **ATF 90 II 449**, c. 6; ATF 77 II 135, c. 2a; ATF 68 II 295, c. 5.
- 63 **ATF 101 II 266**, c. 4b.
- 64 **ATF 108 II 419**, c. 5; RISKE (note 1), N 1205.
- 65 **ATF 134 III 390**, c. 4.3.3; **ATF 104 II 94**, c. 3a; **ATF 101 II 266**, c. 4c.
- 66 PIERRE WESSNER, *La responsabilité fondée sur la confiance: une fausse bonne idée*, in: François Bohnet (éd.), *Quelques actions en responsabilité*, Neuchâtel 2008, p. 39 ss, p. 46; RISKE (note 1), N 1206.
- 67 RISKE (note 1), N 1481; HUGUENIN (note 57), N 1558; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (note 57), N 48.06; *contra*: NICOLAS KUONEN, *La responsabilité précontractuelle*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2007, N 1732 s.
- 68 L'*Obergericht* lucernois a admis le renversement du fardeau de la preuve de la faute (OGer LU, RJB 1996, p. 416 ss, p. 419).
- 69 RÉMY (note 20), p. 208.
- 70 TERCIER (note 47), p. 54.
- 71 TERCIER (note 47), p. 54; CARRON (note 1), p. 92.
- 72 RISKE (note 1), N 1422; RISKE (note 60), N 3.
- 73 TERCIER/ROTEN (note 48), p. 205; TERCIER/PICHONNAZ (note 54), N 90 et 94 s.
- 74 Par ex. PETER GAUCH, *Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückanforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Annerkennung der Umwandlungstheorie)*, recht 1989, p. 122 ss; CLAIRE HUGUENIN, *Rückabwicklung eines nichtigen Rechtsgeschäfts*, recht 1986, p. 101 ss.
- 75 Par ex. EDGAR HERZ, *Culpa in contrahendo nach heutigem Recht in rechtsvergleichender Darstellung*, thèse, Zurich 1935, *passim*; RAINER GONZENBACH, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, thèse, Berne 1987, *passim*.
- 76 Par ex. MARC AMSTUTZ/ARIANE MORIN, *Einleitung vor Art. 184ff*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (éd.), **Basler Kommentar, Obligationenrecht I**, Art. 1–529 OR, 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2015, N 1 ss; CLAIRE HUGUENIN/TANIA PURTSCHERT, *Innominatkontrakte allgemeiner Teil (Vorb, Art. 184ff. OR)*, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (éd.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung; Miete, Leihe*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2016, N 1 ss; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, *Les Contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2016, N 7119 ss; LUC THÉVENOZ/JACQUES DE WERRA, *Introduction à la partie spéciale du Code des obligations (Intro. Art. 184–529)*, in: Luc Thévenoz /Franz Werro (éd.), **Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO**, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012, N 1 ss.

- 77 Par ex. GIOVANNA MODIANO, Le contrat de licence: problèmes juridiques soulevés par certaines clauses du contrat de licence, thèse, Genève 1979, *passim*.; plus récemment, ROLAND VON BÜREN, Der Lizenzvertrag, in: Roland von Büren/Lucas David (éd.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. I/1, 2<sup>e</sup> éd., Bâle/Genève/Munich 2002, *passim*.
- 78 Par ex. CHRISTOPH MÜLLER, Les contrats de distribution, in: Blaise Carron/Christoph Müller (éd.), Droits de la consommation et de la distribution: les nouveaux défis, Bâle 2013, p. 59 ss.
- 79 Par ex. PHILIPPE ABRAVANEL, La qualification du contrat d'architecte, in: Peter Gauch/Pierre Tercier (éd.), Architektenrecht = Le droit de l'architecte, Fribourg 1986, p. 35 ss; JESSICA C.L. AEBI-MABILLARD, La rémunération de l'architecte, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2015, *passim*; YANN FÉROLLES, Le dépassement du devis de l'architecte, analyse de droit suisse de la responsabilité contractuelle, thèse, Bâle 2016, *passim*; HUBERT STÖCKLI/THOMAS SIEGENTHALER (éd.), Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2019, *passim*.
- 80 TERCIER (note 47), p. 55; CARRON (note 1), p. 93.
- 81 TERCIER/PICHONNAZ (note 54), N 924.
- 82 L'art. 5 al. 2 Tit. prélim. CC dispose que «le droit cantonal précédemment en vigueur est tenu pour l'expression de l'usage local ou des usages locaux réservés par la loi, à moins que l'existence d'un usage contraire ne soit prouvée». Il faut ainsi comprendre que l'usage est une pratique bien établie dans un espace géographique limité. A ce sujet, cf. PAUL-HENRI STEINAUER, Le titre préliminaire du code civil, TDP II/1, Fribourg 2009, p. 65 ss.
- 83 Consultable sur Internet <<https://www.vd.ch/themes/territoire-et-construction/logement/droit-du-bail/>> (19. 07. 2021). A ce sujet, cf. PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, Les règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV) face au contrat-cadre romand et au Code des obligations, in: François Bohnet/Blaise Carron (éd.), 21<sup>ème</sup> séminaire sur le droit du bail, Bâle 2020, p. 137 ss.
- 84 TERCIER/BIERI/CARRON, (note 76), N 1612.
- 85 Le Conseil fédéral a renouvelé la déclaration de force obligatoire dernièrement. Le 24 juin 2020, il a approuvé la déclaration cantonale de force obligatoire générale prononcée le 27 mai 2020 par le Conseil d'Etat du canton de Vaud (Arrêté du Conseil fédéral relatif à l'approbation de la déclaration cantonale de force obligatoire générale du contrat-cadre de bail à loyer «Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du Canton de Vaud» et à la dérogation aux dispositions impératives du droit du bail; FF 2020 5585). L'arrêté du Conseil fédéral du 24 juin 2020 est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2020 et a effet jusqu'au 30 juin 2026.
- 86 Consultable sur Internet <<http://www.asloca.ch/wp-content/uploads/2015/11/contrat-cadre-romand.pdf>> (19. 03. 2021).
- 87 La déclaration de force obligatoire générale des dispositions paritaires romandes pour habitation est devenue caduque le 30 juin 2020 (FF 2020 3555).
- 88 Arrêté du Conseil fédéral du 20 juin 2014 relatif à l'approbation de la déclaration cantonale de force obligatoire générale du contrat-cadre de bail à loyer «Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud» et à la dérogation aux dispositions impératives du droit du bail (FF 2014 5087).
- 89 PIO CARONI, (De)Kodifikation: wenn historische Begriffe ins Schleudern geraten, in: Karel V. Malý /Pio Caroni (éd.), Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung, Prague 1998, p. 31 ss, p. 42 s.
- 90 A l'exception notable du contrat d'assurance.
- 91 SUSANNE GENNER, Dekodifikation: zur Auflösung der kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht, thèse, Bâle 2006, p. 18 ss et 172 ss; CARRON (note 1), p. 94.
- 92 CARONI (note 89), p. 42 s.; CARRON (note 1), p. 95.
- 93 RS 221 229.1.
- 94 FF 1904 I 267, p. 278; CARRON (note 1), p. 95.
- 95 RO 2020 4969. Egalement FF 2017 4767, p. 4774 qui mentionne que «les notions utilisées seront généralement reconnues de tous et ne doivent pas être sujettes à interprétation (la LCA doit faire office de complément au CO; unité de l'ordre juridique)». Cf. toutefois les nouveaux art. 2a et 2b LCA qui introduisent, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2022, un droit de révocation général pour le preneur d'assurance; il s'agit là d'un régime particulier ne correspondant pas à celui existant dans le CO pour le démarchage à domicile ou les contrats semblables (art. 40a ss CO).
- 96 CARONI (note 89), p. 38 et 42 s.; CARONI (note 4), p. 87 ss; CARRON (note 1), p. 95.
- 97 CARONI (note 4), p. 87 ss; CARONI (note 89), p. 38 et 42 s.; CARRON (note 1), p. 95.

- 98 RS 221 214.1.
- 99 CARRON (note 1), p. 95; sur les effets de la nullité selon la LCC, cf. CHRISTOPH MÜLLER/OLIVIER RISKE, *Crédit à la consommation*, in: Christoph Müller (éd.), *Contrats de droit suisse*, Berne 2012, N 1351 ss.
- 100 La difficulté s'explique notamment par la pression temporelle qui existait lors de la négociation, au début des années 1990, du paquet de lois Eurolex en vue de l'éventuelle adhésion de la Suisse à l'Espace Economique Européen (EEE), puis de l'adoption du paquet Swisslex suite au refus de cette adhésion par le peuple suisse le 6 décembre 1992.
- 101 CARONI (note 89), p. 43; CARRON (note 1), p. 95. Au sujet de l'unicité sociale du CO, cf. RISKE /CARRON, (note 2), p. 47.
- 102 Font notamment partie des responsabilités objectives aggravées la responsabilité du détenteur de véhicule automobile (art. 58ss LCR; RS 741.01), la responsabilité du détenteur d'une entreprise ferroviaire (art. 40bss LCdF; RS 742 101), la responsabilité de l'exploitant d'un aéronef (art. 64ss LA; RS 748.0), la responsabilité de l'exploitant d'une installation électrique (art. 27ss LIE; RS 734.0), ou la responsabilité de l'exploitant d'une installation nucléaire (art. 3ss LRCN; RS 732.44).
- 103 HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2018, N 99; CHRISTOPH MÜLLER, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, N 20.
- 104 FELLMANN/KOTTMANN (note 58), N 30; MÜLLER (note 103), N 21.
- 105 ATF 131 III 61, c. 2.3; ATF 129 III 102, c. 2.2.
- 106 La Loi fédérale de 1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur (LRespC; RO 21 351), abrogée par la Loi fédérale du 19 décembre 2008 sur les modifications du droit des transports (RO 2009 5973), concrétisa la révision de l'ancienne loi fédérale du même nom du 1er juillet 1875 qui admettait encore une distinction entre les accidents d'exploitation, soumis à une responsabilité *ex lege*, et ceux de constructions soumis au principe du droit commun (FF 1901 II 880, p. 883 s.). La responsabilité à raison du risque découlant de l'exploitation de chemins de fer est désormais prévue dans la Loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF; RS 742 101).
- 107 KARL OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*, Zurich 1975, p. 479; *contra*: REY/WILDHABER (note 103), N 1508.
- 108 La responsabilité aquilienne consacrée à l'art. 41 al. 1 CO est la clause de responsabilité générale et subsidiaire de notre ordre juridique. Elle est générale, puisqu'elle a vocation à s'appliquer à toutes sortes d'atteintes dommageables. Elle est subsidiaire, car elle s'applique lorsque les conditions pour l'application d'une responsabilité spécifique ne sont pas remplies (REY/WILDHABER [note 103], N 75 s.).
- 109 Les responsabilités objectives simples se trouvent à mi-chemin, dans le développement historico-systématique du droit de la responsabilité civile, entre la responsabilité aquilienne et les responsabilités objectives aggravées: leurs critères d'imputation impliquent à la fois une situation objective (par ex. la détention d'un animal) et un comportement subjectif (par ex. celui du détenteur en question) (MÜLLER [note 103], N 262; PIERRE WIDMER/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, *Privatrechtliche Haftung*, in: Stephan Weber/Peter Münch [éd.], *Handbücher für die Anwaltspraxis, Haftung und Versicherung, Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2015, p. 7 ss, p. 14 s.). Font partie des responsabilités objectives simples la responsabilité de l'employeur (art. 55 CO), la responsabilité du détenteur d'animaux (art. 56 CO), la responsabilité du propriétaire d'ouvrage (art. 58 CO), la responsabilité du chef de famille (art. 333 CC), la responsabilité du propriétaire foncier (art. 679 CC), la responsabilité du fait des produits (art. 1 ss LRFP; RS 221 112 944) et la responsabilité de la personne exploitant des installations ou exerçant des activités qui impliquent un danger dû à des rayonnements ionisants (art. 39 LRaP; RS 814.50).
- 110 MÜLLER (note 103), N 484.
- 111 Cf. notamment art. 36 al. 2, 39 al. 2, 41, 55 al. 1, 56 al. 1, 58 al. 1, 59a al. 2, 97 al. 1 CO; art. 19b al. 3, 333 al. 1, 679 al. 1 CC. Dans ce sens également WIDMER/WESSNER (note 33), p. 5 s., 20 s. et 135 s.
- 112 Art. 50 AP WIDMER/WESSNER: «Responsabilité pour risque: (1) La personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse est tenue de réparer le dommage dû à la réalisation du risque caractérisé que celle-ci comporte, même s'il s'agit d'une activité tolérée par l'ordre juridique. (2) Est réputée spécifiquement dangereuse l'activité qui, par sa nature ou par celle des substances, instruments ou énergies utilisés, est susceptible, en dépit de toute la diligence qu'on peut exiger d'une personne spécialisée en la matière, de causer de fréquents ou de graves dommages; tel est notamment le cas lorsqu'une loi institue une responsabilité spéciale à raison d'un risque comparable. (3) Sont réservées les dispositions spéciales régissant la responsabilité à raison d'un risque caractérisé déterminé».
- 113 WIDMER/WESSNER (note 33), p. 138.

- 114 WIDMER/WESSNER (note 33), p. 139; REY/WILDHABER (note 103), N 97.
- 115 MÜLLER/RISKE (note 39), p. 892 ss.
- 116 Cf. Message I du Conseil fédéral sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire I au message relatif à l'Accord EEE) du 27 mai 1992, FF 1992 IV 1 et Message II du Conseil fédéral sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire II au message relatif à l'Accord EEE) du 15 juin 1992, FF 1992 V 506; Arrêté fédéral sur l'Espace économique européen (EEE) du 9 octobre 1992, FF 1992 VI 53.
- 117 Cf. Message du Conseil fédéral sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE du 24 février 1993, FF 1993 I 757.
- 118 THOMAS PROBST, Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht, in: Franz Werro/Thomas Probst (éd.), Le droit privé suisse face au droit communautaire européen, Berne 2004, p. 13 ss, p. 19 s.; RISKE (note 1), N 138.
- 119 **RS 251**; PICHONNAZ (note 21), p. 200 s. et les réf. citées.
- 120 **RS 241**; CHRISTOPH MÜLLER/OLIVIER RISKE, L'offre arnaqueuse – notamment par Internet, in: François Bohnet (éd.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Bâle 2012, p. 1 ss, p. 30.
- 121 **ATF 123 III 189**, c. 3b; **ATF 125 II 480**, c. 7a; cf. également les réf. citées par PICHONNAZ (note 21), p. 199 s.
- 122 **ATF 129 III 335**, c. 6 et 7.
- 123 VINCENT MIGNON, Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire, Analyse méthodologique comparée des droits français, allemand et suisse, thèse Fribourg, Berne 2010, p. 490.
- 124 **ATF 129 III 335**, c. 6; cf. directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissement ou de parties d'entreprises ou d'établissements, JO L 82 /16 du 22 mars 2001, modifiant la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, JO L 61/26 du 5 mars 1977.
- 125 FRANZ WERRO, Commentaire des art. 1 et 16–19, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (éd.), **Commentaire romand, Code civil I, Art. 1–359 CC**, Bâle 2010, **art. 1 CC N 98**.
- 126 PICHONNAZ (note 21), p. 201.
- 127 **ATF 136 III 552**, c. 3.3; **ATF 133 III 180**, c. 3.5; **ATF 129 III 335**, c. 6; WERRO (note 125), **art. 1 CC N 97**.
- 128 **ATF 129 III 335**, c. 6.
- 129 **RS 944.3**.
- 130 Directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, JO L 158/59 du 23 juin 1990.
- 131 MÜLLER (note 103), N 78.
- 132 Arrêt de la CJCE (aujourd'hui CJUE) du 12 mars 2002, *Simone Leitner contre TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, C-168/00, Rec. 2002, p. I-02631.
- 133 TERCIER/PICHONNAZ (note 54), N 1303; MÜLLER (note 103), N 78.
- 134 FRANZ WERRO/JESSICA MABILLARD, Le préjudice résultant du choc nerveux en cas d'accident de la circulation routière, in: Franz Werro/Thomas Probst (éd.), Journées de la circulation routière 11–12 juin 2012, Berne 2012, p. 1 ss, p. 5 s.; TERCIER/PICHONNAZ (note 54), N 1303.
- 135 Directive 90/314/CEE.
- 136 FRANZ WERRO, L'unification du droit privé en Europe: une question de légitimité culturelle, in: Jean-Philippe Dunand/Bénédict Winiger (éd.), Le Code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 287 ss, p. 289.
- 137 **ATF 115 II 474**, c. 3a; MÜLLER (note 103), N 78; RISKE (note 1), N 284.
- 138 CLAIRE HUGUENIN, Europäisches Vertragsrecht auf dem Weg vom Konsumentenrecht zum Allgemeinen Vertragsrecht, in: Andreas Kellerhals (éd.), Einführung ins europäische Wirtschaftsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 173 ss, p. 181 s. et 184; RISKE (note 1), N 284.

- 139 ANDREW T. GUZMAN/TIMOTHY MEYER, International Soft Law, The Journal of Legal Analysis, vol. 2, No. 1, Spring 2011, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1353444, p. 171 ss, p. 172, consultable sur Internet <<http://dx.doi.org/102139/ssrn.1353444>> (19. 07. 2021).
- 140 Une loi type est un corps de dispositions législatives modèles dans un domaine donné que les Etats ont le loisir d'adopter en les incorporant dans leur ordre juridique domestique. L'objectif d'une loi type est de permettre aux Etats de procéder aux adaptations nécessaires à leurs spécificités législatives internes (RISKE [note 1]), N 429). L'organisation la plus connue pour édicter des lois types touchant aux questions de droit privé est la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). La CNUDCI a formulé des lois type sur l'arbitrage commercial international (1985, amendée en 2006), les virements internationaux (1992), le commerce électronique (1996), l'insolvabilité internationale (1997), les signatures électroniques (2001), la conciliation commerciale internationale (2002), la passation des marchés publics (2011), la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (2018) et l'insolvabilité des groupes d'entreprises (2019).
- 141 RISKE (note 1), N 428.
- 142 DASSER (note 12), p. 107 ss; RISKE (note 1), N 436.
- 143 En droit suisse de l'arbitrage international, le recours aux PICC est admissible par élection de droit ou comme rattachement objectif selon les termes de l'**art. 187 al. 1 LDIP**.
- 144 INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ (UNIDROIT) (note 13), p. xxviii; RISKE (note 1), N 431.
- 145 PIERRE WIDMER, Les Principes UNIDROIT, une nouvelle forme de «codification» au niveau transnational, in: Jean-Philippe Dunand/Bénédict Winiger (éd.), Le Code civil français dans le droit européen, Bruxelles 2005, p. 235 ss, p. 239, p. 253; CARRON (note 1), p. 96.
- 146 RISKE (note 1), N 408.
- 147 CHRISTIAN VON BAR, A Common Frame of Reference for European Private Law: Academic Efforts and Political Realities, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 12.1, 2008, p. 4 s.
- 148 DCFR (note 11), p. 3 s.
- 149 Communication de la Commission au Parlement Européen – Un droit européen des contrats plus cohérent, un Plan d'Action, du 12 février 2003, COM(2003) 68 final, p. 2, JO C 63 du 15 mars 2003.
- 150 Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, du 1 juillet 2010, COM(2010) 348 final, p. 11, consultable sur Internet <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:FR:PDF>> (19. 07. 2021).
- 151 OLIVIER RISKE, Code civil européen: Réticences et autres obstacles à une codification européenne du droit privé, Neuchâtel 2018, p. 1 ss, p. 22, consultable sur Internet <[https://www.academia.edu/36268267/Code\\_civil\\_europ%C3%A9en\\_R%C3%A9ticences\\_et\\_autres\\_obstacles\\_%C3%A0\\_une\\_codification\\_europ%C3%A9enne\\_du\\_droit\\_priv%C3%A9](https://www.academia.edu/36268267/Code_civil_europ%C3%A9en_R%C3%A9ticences_et_autres_obstacles_%C3%A0_une_codification_europ%C3%A9enne_du_droit_priv%C3%A9)> (19. 07. 2021).
- 152 LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES, Law Society's Response to European Commission's Green Paper on Contract Law, p. 1 ss, consultable sur Internet <<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-504-7050?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=%28sc.Default%29&comp=pluk>> (19. 07. 2021).
- 153 DCFR (note 11), p. 4.
- 154 Cf. par ex. TERCIER/PICHONNAZ (note 54), *passim*.
- 155 Cf. par ex. RISKE (note 1), N 1008 ss.
- 156 PICHONNAZ (note 21), p. 215 ss; CARRON (note 1), p. 96.
- 157 PICHONNAZ (note 21), p. 222; *contra*: FLÜCKIGER/DELLEY (note 22), p. 134.
- 158 Il s'agit du parlement fédéral, en vertu de l'**art. 122 al. 1 Constitution fédérale**.
- 159 Cf. Message du Conseil fédéral relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 221; CARRON (note 1), p. 97.
- 160 Dans ce sens, ERNST A. KRAMER, Die Lebenskraft des schweizerischen Obligationenrechts (Gedanken zur Hundertjahrfeier des aOR aus Anlass des Erscheinens einer Jubiläumsschrift), RDS 1983, p. 241 ss, p. 262.
- 161 Dans ce sens, KRAMER (note 160), p. 262; CARRON (note 1), p. 97.
- 162 CARRON (note 1), p. 97 s.; PICHONNAZ (note 21), p. 216 ss.

