Avant-propos

Cet ouvrage fait l'objet d'une publication en trois volumes. Il traite du droit suisse des obligations à partir de sa codification fédérale, en prenant en compte l'évolution qu'il a connue depuis le début du XX^{e} siècle, souvent en dehors du Code. Il s'attache essentiellement à l'étude des principes et mécanismes généraux, avec le constat que les dispositions en la matière sont restées étonnamment stables. Récemment, dans un communiqué de presse du 31 janvier 2018, le Conseil fédéral de la Confédération suisse concluait encore qu'il n'était pas nécessaire de réviser la partie générale du Code des obligations.

L'ouvrage se focalise sur les concepts de droit commun que sont l'obligation et l'acte juridique. Toutefois, à travers ces notions, c'est le contrat qui, en tant qu'instrument principal de l'autonomie privée et des échanges dans la vie de tous les jours comme dans celle des affaires, sert de fil rouge à nos développements. L'exposé se concentre donc sur le contrat et les phases qui caractérisent son fonctionnement, soit la conclusion, l'exécution et l'inexécution, le transfert et l'extinction. De multiples exemples et des cas d'application révélés par la jurisprudence abondante en la matière illustrent le propos.

Une délimitation est d'emblée posée : c'est l'acte juridique conforme au droit, source principale de l'obligation, qui occupe nos réflexions. L'acte non conforme au droit, soit l'acte illicite, est exclu de nos préoccupations, suivant une tendance moderne à conférer à la responsabilité civile un traitement particulier. D'autres délimitations cernent le contenu des différents volumes de l'ouvrage. Nous nous en tiendrons à une description systématique, généralement non exégétique, du droit matériel de la partie générale du Code, en laissant de côté, sauf allusions ponctuelles, les règles qui relèvent du droit procédural et du droit international privé. Nous avons renoncé à une approche proprement comparatiste qui aurait dépassé l'ambition de cette étude. Néanmoins, nous avons parfois mis en valeur des réponses fournies par les ordres juridiques des pays voisins, ainsi que celles conçues par l'Union européenne et d'autres proposées par les principes uniformes d'harmonisation du droit.

L'ouvrage s'adresse aux étudiantes et étudiants en appui des cours et exercices dispensés en droit des obligations. Il aspire également à apporter des réponses utiles aux praticiennes et praticiens, avocates et avocats, notaires,

magistrates et magistrats et juristes d'entreprises ou d'administrations publiques. Toutes et tous pourront tirer profit de développements enrichis de références doctrinales et jurisprudentielles les plus récentes. À cet égard, les sources romandes n'ont évidemment pas été négligées, suite au constat qu'elles occupent une place qui ne leur est pas toujours reconnue dans la littérature germanophone de notre pays. L'appareil de notes est riche, dont la consultation est facilitée par des répertoires alphabétiques des matières et des tables des dispositions citées. Au-delà, notre publication entend encore démontrer l'importance primordiale que joue la partie générale du Code pour l'ensemble du droit suisse et l'influence remarquable qu'elle développe au-delà de nos frontières.

Cet ouvrage n'aurait pas pu voir le jour sans l'aide précieuse de nombreuses personnes attachées tant à l'Université de Neuchâtel qu'à la maison d'édition Stämpfli. Vu l'ampleur du projet, les collaboratrices et collaborateurs concernés feront l'objet d'une mention individuelle dans l'introduction de chaque volume.

Neuchâtel, le 1er octobre 2022 Blaise Carron et Pierre Wessner

Avant-propos au présent volume

Le volume I s'attache prioritairement à l'examen de notions générales du droit des obligations et contient six parties. La première partie s'inscrit dans une approche historique et systématique. Elle décrit le phénomène de codification qui, à sa manière, fait du Code suisse une œuvre originale. La relative stabilité des dispositions générales ne saurait masquer une évolution remarquable de la matière, à plus d'un titre.

Les deuxième et troisième parties analysent deux concepts fondamentaux, non appréhendés comme tels par la loi : l'obligation et l'acte juridique. La quatrième partie s'attache à l'institution de la représentation civile volontaire (art. 32 ss), fréquente en pratique et indispensable dans notre société caractérisée par la division du travail et la tertiarisation de l'économie.

S'agissant de la cinquième partie, elle traite de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss), soit une source légale d'obligation, qui se caractérise par la restitution d'augmentations patrimoniales aux dépens d'autrui, dépourvues de cause valable. Sa portée générale et son rapport à l'obligation justifient son emplacement dans le premier volume de la publication.

La sixième partie introduit à l'institution du contrat dans la partie générale du Code. Outre le fait de contenir d'utiles observations sur les caractéristiques et les différents types d'actes de ce genre, y compris la catégorie immensurable des contrats innommés, elle porte sur l'examen de la relation précontractuelle et, avec elle, sur le concept prétorien de responsabilité fondée sur la confiance.

La parution de ce premier volume n'aurait pas été possible sans l'aide précieuse de Madame Christelle Froidevaux, titulaire du brevet d'avocate et collaboratrice scientifique à l'Université de Neuchâtel, qui a accompagné le projet dès ses débuts, de Messieurs Gaëtan Corthay, MLaw, et Jérôme De Pinho Gomes, BLaw, qui ont effectué des vérifications formelles et bibliographiques, ainsi que de Madame Monique Bise qui a assumé des travaux de saisie et de mise en forme de l'ouvrage, enfin de Madame Fanny Weiss et Monsieur Marcel Gerber des éditions Stämpfli. Que toutes ces personnes soient ici chaleureusement remerciées.

Neuchâtel, le 1er octobre 2022 Blaise Carron et Pierre Wessner

Sommaire

Avant-propos V

Avant-propos au présent volume VII

Liste des abréviations XXV

Bibliographie générale XXXVII

Première partie : Introduction au droit des obligations **1**

Chapitre I : Le droit des obligations – Sa Partie générale **1**

§ 1 La notion 1
I. La définition 1
II. Une classification et la qualification 2
III. Un aperçu systématique 3

§ 2 Le Code des obligations 3
I. Le contenu 3
II. Des précisions 3

§ 3 La Partie générale du Code 4
I. Le contenu 4
II. La portée 5

Chapitre II : La codification du droit des obligations **9**

§ 1 Vers la codification fédérale 10
I. Les répercussions de la Révolution française 10
A. Un phénomène bouleversant 10
B. La situation helvétique 11
II. Vers l'unification du droit des obligations 13
A. Des tendances unificatrices 13
B. La révision constitutionnelle de 1874 14

§ 2 Le processus de codification fédérale 15
I. Le Code de 1881 15
A. Un Code inspiré 15
B. L'esprit et le contenu du Code 16
II. Le Code de 1911 17
A. La révision constitutionnelle de 1898 17
B. Le Code civil de 1907 17
C. Le Code des obligations de 1911 18

§ 3 Les caractéristiques du Code 19
I. Une œuvre originale 19
A. Une codification helvétique 19
B. Un Code remanié et complété 20
C. La méthode législative 21
II. Le Code unique et les règles commerciales 22
A. La confirmation du Code unique 22
B. La réforme du droit commercial 23
C. Les règles commerciales 23

Chapitre III : La portée du Code 25

§ 1 La compétence fédérale et les réserves cantonales 25
I. Le principe : une compétence fédérale 25
II. Des exceptions : les réserves cantonales au sens propre 27
III. Le renvoi à l'usage local 29

§ 2 Le Code et les autres lois 31
I. Le Code des obligations et le Code civil 31
A. L'unité matérielle du droit privé 31
B. La règle posée à l'article 7 du Code civil 32
II. Le Code et les autres lois de droit privé 35
III. Le Code et le droit public 38

Chapitre IV : Les sources du droit des obligations 41

§ 1 Quelques remarques introductives 41
I. Une délimitation de l'exposé 41
II. La notion de sources formelles 41

§ 2 Les sources formelles du droit des obligations 42
I. Les sources fédérales 42
II. Les sources cantonales 44
III. Les sources internationales 44

§ 3 Les modifications du droit des obligations 46
I. Un aperçu général 46
II. Les modifications de la Partie générale 46
III. Les modifications de la Partie spéciale 47
IV. Les autres modifications 49

Chapitre V : L'évolution du droit des obligations 51

§ 1 Quelques remarques introductives 52
I. Le Code : un label helvétique, une évolution contrastée 52
II. La présentation de l'exposé 54

§ 2 L'évolution législative 54
I. La Partie générale du Code 54
II. La Partie spéciale du Code 58
III. Le développement hors du Code 59

§ 3 L'évolution doctrinale et jurisprudentielle 62
I. Des sources d'inspiration essentielles 62
II. Quelques traits marquants de la jurisprudence 64

§ 4 Le phénomène d'internationalisation 67
I. Un mouvement en variations 67
II. Les domaines appréhendés 69

§ 5 L'influence européenne 70
I. L'européanisation du droit privé 70
II. La politique d'eurocompatibilité 72
III. L'interprétation du droit européen 75

§ 6 Le droit privé social et le droit de la consommation 77
I. L'évolution d'un droit privé social 77
II. L'émergence récente d'un droit de la consommation 81

§ 7 Le rôle de la *soft law* 86
I. La notion 86
II. Quelques projets d'harmonisation marquants 90

Deuxième partie : L'obligation **93**

Chapitre I : L'obligation proprement dite **93**

§ 1 La notion 93
I. Une définition et des caractéristiques 93
A. Une définition classique 93
B. Des caractéristiques 95
C. Le rapport d'obligations 96
II. Quelques remarques terminologiques 98
A. L'obligation proprement dite et les autres obligations 98
B. Des incohérences terminologiques 99

§ 2 La créance 100
I. La définition et les caractéristiques 100
A. La définition 100
B. Les caractéristiques générales 100
II. Les prérogatives de la créance 101
A. La notion 101
B. Les prérogatives de nature privée 101
C. Les prérogatives de nature publique 103
D. La créance, la prétention et l'action : le sens des mots 104
III. Le caractère personnel et relatif de la créance 106
A. La notion 106
B. Des précisions 107
IV. Les créances à effet renforcé 109
A. L'obligation réelle 109
B. D'autres créances renforcées 110

§ 3 La dette ... 111
I. La définition et les caractéristiques ... 111
A. La définition ... 111
B. Les caractéristiques générales ... 112
II. La responsabilité du débiteur ... 113
A. Le principe et son étendue ... 113
B. Des exceptions ... 115
C. La particularité de la dette subsidiaire ... 116
III. La dette et d'autres devoirs ... 116
A. La dette comme devoir juridique ... 116
B. Le devoir moral ... 118
C. L'incombance ... 120

§ 4 La prestation ... 121
I. La définition et les caractéristiques ... 121
A. La définition ... 121
B. Les caractéristiques générales ... 122
II. L'effet libératoire de l'exécution ... 123
A. Le principe ... 123
B. Les obligations à caractère alternatif ... 123
III. Les prestations positives et négatives ... 124
A. L'énoncé ... 124
B. Les prestations positives ... 124
C. Les prestations négatives ... 126
D. Les prestations mixtes ... 127
IV. La distinction entre obligations principales et accessoires ... 127
A. Quelques remarques générales ... 127
B. Les différentes obligations accessoires ... 129
1. La distinction selon l'objectif ... 129
2. La distinction selon la source ... 130
3. La distinction selon le contenu ... 131
4. La distinction selon le caractère dépendant ou non de l'obligation ... 132
V. D'autres distinctions entre les obligations selon le type de prestation ... 133
A. Les obligations momentanées et durables ... 133
B. Les obligations divisibles et indivisibles ... 135
C. Les obligations portant sur une chose de genre ou sur un corps certain ... 135
D. Les obligations de résultat et de moyens ... 137

Chapitre II : Le fondement, les titres de créances et les droits de compétence ... 139

§ 1 Des observations liminaires ... 139
I. La cause de l'obligation ... 139
II. Les droits de compétence ... 141

§ 2 Les titres de créance et la reconnaissance de dette 142
I. Les titres de créance 142
A. La notion 142
B. La portée du titre de créance 143
C. Quelques mots sur les papiers-valeurs 144
D. Le phénomène de dématérialisation des titres 145
II. La reconnaissance de dette 147
A. La notion 147
B. Le caractère causal ou abstrait de la reconnaissance 150
C. Les exceptions du débiteur 151
D. La protection des tiers acquéreurs du titre 153
E. L'effet de la reconnaissance sur la prescription de la dette 154
F. L'effet de la reconnaissance dans la poursuite du débiteur 154
III. La reconnaissance négative de dette 155
A. La notion 155
B. La quittance pour solde de tout compte 156

§ 3 Les droits de compétence : les droits formateurs et les exceptions 158
I. Quelques remarques préalables 158
II. Les droits formateurs 159
A. La notion 159
B. La classification des droits formateurs 161
1. Le critère de la portée du droit 161
2. Les droits générateurs 161
3. Les droits modificateurs 162
4. Les droits résolutoires 162
C. L'exercice du droit 162
D. Le caractère inconditionnel et irrévocable de l'acte 167
E. L'action formatrice 171
III. Les exceptions 172
A. Un concept général 172
B. L'exception au sens strict 173
1. La notion 173
2. L'exercice du moyen et ses effets 174
C. L'objection 174
1. La notion 174
2. L'exercice du moyen et ses effets 175
D. Quelques problèmes de distinction 176

Chapitre III : Les obligations imparfaites 179

§ 1 La notion 179
I. La définition et les caractéristiques 179
A. La définition 179
B. La distinction avec le devoir moral 180
C. Quelques caractéristiques générales 182

§ 2 Les principales obligations imparfaites 183
I. Une distinction et des catégories 183
II. Les obligations imparfaites dès l'origine 184
A. Les hypothèses légales 184
B. Les dettes de jeu et de pari 184
C. Les dettes d'auberge 186
III. Les obligations devenues imparfaites 187
A. Les hypothèses légales 187
B. La créance prescrite 187
C. Le solde de la dette après homologation d'un concordat 188
IV. La créance née d'un enrichissement en vue d'atteindre un but illicite ou immoral 189

§ 3 Les obligations imparfaites en vertu d'une convention des parties 190
I. La notion 190
II. Des limites à la liberté contractuelle 191

Chapitre IV : Les sources des obligations **195**

§ 1 Quelques généralités 195
I. La notion 195
A. La définition 195
B. Des précisions terminologiques 196
II. La systématique du Code 196
A. La présentation générale 196
B. Une appréciation succincte 197

§ 2 Les classifications doctrinales des sources 198
I. Une *summa divisio* omniprésente 198
II. Une multitude de modèles 199
III. Nos propositions 200

Troisième partie : L'acte juridique **203**

Chapitre I : La notion **203**

§ 1 La définition et les caractéristiques de l'acte juridique 204
I. La définition 204
II. L'acte juridique comme fait et action juridiques 204
III. Quelques caractéristiques fondamentales 205

§ 2 Les éléments constitutifs 206
I. L'énoncé 206
II. La manifestation de volonté 206
III. L'effet juridique 207

§ 3 L'analyse de la manifestation de volonté 209
I. Quelques remarques préalables 209
II. Le contenu de la manifestation de volonté 210

III. La forme de la manifestation de volonté 211
A. En général 211
B. Les manifestations de volonté expresses et tacites 212
1. Les manifestations de volonté expresses 212
2. Les manifestations de volonté tacites 212
C. Les manifestations de volonté directes et indirectes 215
1. Les manifestations de volonté directes 215
2. Les manifestations de volonté indirectes 215
IV. Le moment de la perfection de la manifestation de volonté 215
A. L'introduction 215
B. La perfection de la déclaration en cas de communication directe 217
C. La perfection de la déclaration en cas de communication indirecte 218
1. La problématique 218
2. Le principe de la réception 219
3. Les exceptions au principe 224
D. Le cas des courriers recommandés 225
1. Une présentation générale 225
2. L'hypothèse du destinataire non atteignable 227
a. La théorie de la réception absolue 227
b. La théorie de la réception relative en droit du bail 228
c. Une controverse sur le champ d'application des théories 231
E. Le cas des communications électroniques 232
1. En général 232
2. En particulier : la question de la réception 233
V. L'interprétation de la manifestation de volonté 235
A. La problématique 235
B. Le processus interprétatif 235
C. Les conséquences 237

Chapitre II : Les espèces d'actes juridiques 239

§ 1 Une pluralité de distinctions 239
I. L'acte unilatéral, bilatéral et multilatéral 239
A. L'introduction 239
B. L'acte unilatéral 240
C. L'acte bilatéral et multilatéral 240
II. L'acte entre vifs et l'acte pour cause de mort 241
A. L'introduction 241
B. L'acte entre vifs 242
C. L'acte pour cause de mort 242
III. L'acte générateur d'obligation et l'acte de disposition 242
A. L'introduction 242
B. L'acte générateur d'obligation 243

C. L'acte de disposition 243
D. Les enjeux de la distinction 245
1. Quant au rapport entre l'un et l'autre acte 245
2. Quant au caractère successif de l'acte 246
3. Quant au pouvoir de disposer 247
IV. L'acte causal et l'acte abstrait 247
A. L'introduction 247
B. La cause et l'acte générateur d'obligation 248
C. La cause et l'acte de disposition 250
D. La cause et l'acte d'attribution 252

§ 2 Les actes et les actions juridiques 254
I. Les actions juridiques 254
A. Présentation générale 254
B. La distinction avec l'acte juridique 254
II. De diverses actions juridiques 255
A. L'énoncé 255
B. Une classification tripartite 255
1. L'action analogue à un acte juridique 255
2. L'action matérielle 256
3. L'avis ou la représentation d'un fait 256

Quatrième partie : Les parties au rapport juridique et leurs représentants .. **259**

Chapitre I : Les parties au rapport juridique **259**

§ 1 Un rappel 259

Chapitre II : La représentation directe **263**

§ 1 La notion 265
I. Quelques généralités 265
II. La définition et les caractéristiques 266
III. Les personnes impliquées 268
IV. Le champ d'application : un acte susceptible de représentation 269
V. Quelques délimitations 271
A. Par rapport à la représentation dans les rapports de droit public (art. 33 al. 1) 271
B. Par rapport à la représentation légale 272
C. Par rapport à la « représentation » des sociétés (art. 40) 274
D. Par rapport aux auxiliaires 276
E. Par rapport au messager 277
F. Par rapport à l'activité d'intermédiaire en vue de la conclusion d'un contrat (art. 412 ss et 418*a* ss) 279
G. Par rapport à la stipulation pour autrui (art. 112 s.) 280
H. Par rapport à l'assignation (art. 466 ss) 280

VI. Quelques distinctions 280
A. La représentation avec et sans pouvoirs 281
B. La représentation de la volonté et de la connaissance 281
C. La représentation active et passive 282
D. La représentation civile et commerciale 283

§ 2 Les conditions de la représentation 284
I. La première condition : l'acte au nom d'une autre personne 284
A. Le principe : la prise de qualité 285
1. Le contenu de la prise de qualité 285
2. Les cas de figure de la prise de qualité 288
B. L'exception : l'indifférence du tiers 290
C. Les actions et les questions de preuve 292
D. Les conséquences de la première condition 293
II. La deuxième condition : les pouvoirs de représentation 294
A. La notion 294
B. La procuration interne en tant que fondement de la représentation volontaire 295
1. La notion 295
2. Les modalités 296
3. Les sources 299
4. L'effet juridique 301
C. L'étendue des pouvoirs de représentation 302
1. Les limitations personnelles 303
2. Les limitations matérielles 307
3. Les limitations temporelles 308
4. Les limitations géographiques 308
5. Les limitations formelles 309
6. Le cas particulier du blanc-seing 309
D. L'extinction des pouvoirs de représentation 310
1. Les causes volontaires et conventionnelles 310
2. Les causes légales 313
a. Les causes légales pour les personnes physiques 313
b. Les causes légales pour les personnes morales et les sociétés inscrites 314
c. La nature dispositive des règles légales 315
3. Les effets de l'extinction 318
a. La fin des pouvoirs de représentation 318
b. La protection des intérêts du représentant et du tiers 318
E. Les actions et les questions de preuve 322
III. La troisième condition : la capacité de discernement du représentant 323

§ 3 Les effets de la représentation 324
I. Les effets sur le représenté et sur le tiers 324
II. L'importance de la position du représentant 325

§ 4 La représentation sans pouvoirs 328
I. La notion 328
II. Les effets sur les rapports entre le pseudo-représenté et le tiers 331
A. Le principe : l'absence d'effet de représentation sans ratification 331
1. L'absence d'effet de représentation 331
2. La ratification 332
3. La non-ratification 337
B. Les exceptions : l'effet de représentation même sans ratification 338
1. La protection du tiers de bonne foi 338
2. L'ignorance par le pseudo-représentant de l'extinction de ses pouvoirs 346
III. Les effets sur les rapports entre le pseudo-représentant et le tiers ... 348
A. Le non-engagement du pseudo-représentant 348
B. La responsabilité du pseudo-représentant et la restitution de l'enrichissement illégitime 348
1. La réparation du préjudice subi par le tiers 349
2. La prétention du tiers en restitution de l'enrichissement illégitime 352
IV. Les effets sur les rapports entre le pseudo-représenté et le pseudo-représentant 354

Chapitre III : La représentation indirecte **355**

§ 1 La notion 355
I. La définition 355
II. Deux exemples légaux 357

§ 2 Les conditions 357
I. L'acte « en son propre nom » 357
II. L'acte « pour le compte du » représenté 359
III. Les pouvoirs de représentation (indirecte) ? 359
IV. La capacité civile et celle de disposer du représentant 360

§ 3 Les effets 360
I. Le principe 360
II. L'exception légale de l'article 401 361

Cinquième partie : L'enrichissement illégitime **363**

Chapitre I : Quelques généralités **363**

§ 1 La notion 363
I. La définition et la nature 363
II. Les caractéristiques 364
A. Quant aux parties 364
B. Quant aux conditions d'application 365

C. Quant aux effets 365
D. Quant à la fonction 366
E. Quant au champ d'application 367
III. Quelques distinctions 369
IV. Quelques délimitations 369
A. Par rapport aux prétentions réelles (art. 641 ss CC) 370
B. Par rapport aux prétentions contractuelles (art. 97 ss) 371
C. Par rapport aux prétentions délictuelles en dommages-intérêts (art. 41 ss) 376
D. Par rapport aux prétentions découlant de la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss) 377

§ 2 Les sources 378
I. Le siège principal de la matière 378
II. Les renvois légaux 379

Chapitre II : Les conditions de l'enrichissement illégitime 384

§ 1 Un « enrichissement » 387

§ 2 L'enrichissement « aux dépens d'autrui » 389
I. L'enrichissement au moyen du patrimoine du créancier 389
II. Les formes possibles d'atteinte particulière au patrimoine du créancier 390
A. Un acte du créancier appauvri 390
B. L'absence d'acte du créancier appauvri 391
III. L'exigence d'un appauvrissement et d'une connexité entre enrichissement et appauvrissement ? 394
IV. La détermination du créancier dans les constellations triangulaires ou multipartites 397

§ 3 L'enrichissement « illégitime » 400
I. L'absence de cause légitime 400
II. Les hypothèses de l'article 62 alinéa 2 400
A. L'absence de cause valable *(condictio sine causa)* 401
B. La cause qui ne s'est pas réalisée *(condictio ob causam futuram ou condictio causa data causa non secuta)* 403
C. La cause qui a cessé d'exister *(condictio ob causam finitam)* ... 404
III. Quelques cas particuliers 406
A. La répétition de l'indu (art. 63 al. 1) 406
B. La dette prescrite, le devoir moral ou l'obligation naturelle (art. 63 al. 2) 415
C. L'impossibilité objective, subséquente et sans faute (art. 119 al. 2) 416
D. Le rapport contractuel de fait 417
E. Les relations triangulaires ou multipartites 418

§ 4 L'absence de cause d'exclusion de la restitution (art. 66) 418

Chapitre III : La conséquence : la créance en restitution de l'enrichissement illégitime **425**

§ 1 Le principe 425

§ 2 Le mode et l'étendue de la restitution 426
I. Le mode de restitution 426
A. La restitution en nature 427
B. La restitution en valeur 428
II. L'étendue de la restitution 428
A. Quelques généralités 428
B. Le principe : la restitution totale 429
C. L'exception pour l'enrichi de bonne foi : l'enrichissement au moment de la réclamation (art. 64) 431
D. La question des impenses et des fruits 438
E. La responsabilité de l'enrichi en cas de perte ou d'endommagement de l'objet à restituer 441

Chapitre IV : La prescription en matière d'enrichissement illégitime **443**

§ 1 Les délais de l'action en restitution 443

§ 2 L'exception d'enrichissement illégitime 449

Sixième partie : Le contrat : généralités et relation précontractuelle **451**

Chapitre I : Quelques généralités **451**

§ 1 La notion 452
I. Une définition et des caractéristiques 452
A. Une définition 452
B. Des précisions 452
C. Des délimitations 454
II. Les éléments constitutifs 454
A. Une présentation générale 454
1. Les parties 455
2. Le consentement 455
3. L'objet 456
4. La forme 456
B. Quelques remarques complémentaires 456
C. La théorie de la transparence 457
III. L'effet contractuel 459
A. L'efficacité du contrat 459
B. La relativité du contrat 460

§ 2 Les fondements du droit des contrats 462
I. La présentation de l'exposé 462
II. Le droit formel des contrats 463

III. La liberté contractuelle 465
A. Le principe 465
B. Les rattachements constitutionnels 466
C. Les aspects 468
D. Les limites 469

§ 3 Le modèle contractuel 472
I. Le modèle classique 472
II. L'évolution récente 473

§ 4 La classification des contrats 476
I. L'utilité d'une classification 476
II. La distinction légale fondée sur les prestations caractéristiques 477
III. Le rappel d'une distinction fondamentale : les contrats générateurs d'obligations et de disposition 478
IV. D'autres distinctions 479
A. L'énoncé 479
B. Les catégories proposées 480
1. Les contrats nommés et innommés 480
2. Les contrats unilatéraux, bilatéraux et multilatéraux 480
3. Les contrats momentanés et durables 482
4. Les contrats onéreux et gratuits 484
5. Les contrats formels et non formels 485
6. Les contrats commutatifs et aléatoires 485
7. Les contrats simples et composés 486
8. Les contrats principaux et accessoires 487
9. Les contrats de discussion et d'adhésion 487
10. Les contrats civils, commerciaux et de consommation 488
V. Les contrats-cadres, contrats-types et contrats collectifs 490
A. Des concepts particuliers 490
B. Le contrat-cadre 491
C. Le contrat-type 491
D. Le contrat collectif 492

§ 5 Les contrats innommés 493
I. Des généralités 494
A. L'approche du législateur 494
B. La définition et le fondement des contrats innommés 495
1. La définition 495
2. Le fondement 497
3. Quelques précisions 499
II. La typologie des contrats innommés 500
A. Une classification bipartite 500
B. Les contrats de nature propre 501
C. Les contrats mixtes 502
D. La distinction avec les contrats composés 503

III. L'appréhension juridique 504
A. La problématique 504
B. Une question préalable : la qualification du contrat 505
C. Le droit applicable 507
1. Les questions pertinentes 507
2. L'application des règles impératives 508
3. L'application des règles dispositives et le complètement du contrat 509

§ 6 Les normes contractuelles et leur hiérarchie 514
I. Les normes contractuelles 515
A. Des distinctions préalables 515
B. Les normes légales 517
1. Les normes impératives 517
2. Les normes dispositives 521
C. Les normes conventionnelles 523
1. La notion 523
2. Les normes individuelles 524
3. Les normes conventionnelles à caractère général 525
D. Quelques observations sur l'influence du droit public 527
II. La hiérarchie des normes 528
A. Des remarques générales 528
B. Les catégories de normes contractuelles au regard de leur hiérarchie 529

Chapitre II : La relation précontractuelle 531

§ 1 Les pourparlers précontractuels 532
I. La notion et le fondement 532
A. La notion 532
B. L'importance cardinale du principe de la bonne foi 533
II. La *culpa in contrahendo* 534
A. Une institution prétorienne 534
B. Quelques précisions 535
III. L'encadrement contractuel des pourparlers 536
A. Une introduction 536
B. Le contrat de négociation 537

§ 2 Les devoirs précontractuels 540
I. Le devoir général de loyauté et de diligence 540
II. Les devoirs spécifiques 540
A. Le devoir de se comporter sérieusement 540
B. Le devoir de renseigner le partenaire 542
1. Le principe et sa justification 542
2. Le fondement 543
3. Le contenu 544
4. Des exceptions au devoir de vérité 547

C. Le devoir de ne pas porter atteinte aux droits absolus du partenaire 549

§ 3 L'extinction des pourparlers précontractuels 551
I. Les causes d'extinction 551
II. La conclusion du contrat 552
III. La rupture des pourparlers 553

§ 4 La responsabilité précontractuelle 555
I. Quelques généralités 555
II. La nature juridique de la responsabilité 556
III. Le régime de la responsabilité 561
A. Des délimitations 561
B. Les conditions de la réparation 561
C. Le fait des auxiliaires 565
D. L'étendue de la réparation 567
E. La prescription de l'action 572
IV. Les rapports entre la responsabilité précontractuelle et d'autres institutions juridiques 573
A. Un aperçu de la problématique 573
B. Des sanctions spéciales à la violation de devoirs précontractuels 573
C. La *culpa in contrahendo* et les vices affectant la forme et l'objet du contrat 575
D. La *culpa in contrahendo* et les vices affectant le consentement 575
E. La *culpa in contrahendo* et l'inexécution du contrat 577
F. La *culpa in contrahendo* et l'acte illicite 580

§ 5 Une généralisation du concept : la responsabilité fondée sur la confiance 580
I. Un nouveau chef de responsabilité 582
A. Un essai de définition 582
B. Un concept général et subsidiaire 583
C. Le fondement juridique 585
D. La portée pratique 588
II. Le régime de la responsabilité 588
A. Une observation liminaire 588
B. Les conditions spécifiques 589
C. Les conditions ordinaires 592
D. L'étendue de la réparation 593
III. Deux questions controversées 594
A. Quelques remarques introductives 594
B. La responsabilité pour des renseignements inexacts 595
C. Le problème d'une lacune de la loi 599

IV. Une discussion ponctuée de propositions divergentes 601
A. Une discussion..... 601
B. Des propositions doctrinales divergentes 603
C. L'intégration au régime des articles 97 et suivants..... 605
D. L'intégration au régime des articles 41 et suivants..... 606

Table des principales dispositions légales citées..... **611**

Index alphabétique des matières..... **631**

Liste des abréviations

a.	ancien(s), ancienne(s)
ABGB	*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich* du 1er juin 1811
Abs.	*Absatz*
ACF	Arrêté du Conseil fédéral
aCst. féd.	Ancienne Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, abrogée
AF	Arrêté fédéral
aff.	Affaire
AGB	*Allgemeine Geschäftsbedingungen* (CGA)
AGVE	*Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide*
AJP	*Aktuelle Juristische Praxis* (PJA)
al.	Alinéa(s)
AMSL	Arrêté fédéral du 30 juin 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, abrogé
AP	avant-projet
AppG.	*Appellationsgericht*
AppH.	*Appellationshof*
AP RC	Avant-projet de LF du 2 octobre 2000 portant sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile
art.	article(s)
Art.	*Artikel*
ASDE	Annuaire suisse de droit européen (SJE)
Ass. Féd.	Assemblée fédérale
AT	*Allgemeiner Teil*
ATAF	Arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse (recueil officiel)
BaK	*Basler Kommentar*
BBI	*Bundesblatt* (FF)
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch* du 18 août 1896
BGH	*Bundesgerichtshof* (République fédérale d'Allemangne)
BGHZ	*Bundesgerichtshofentscheide in Zivilsachen* (République fédérale d'Allemagne)
BJM	*Basler Juristische Mitteilungen*
BK	*Berner Kommentar*
BlSchK	*Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs*
BO	Bulletin officiel

BO CE	Bulletin officiel – Conseil des États
BO CN	Bulletin officiel – Conseil national
BR	*Baurecht* (DC)
BT	*Besonderer Teil*
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (France)
BzGer	*Bezirksgericht*
c.	contre*, contra*
Capp.	Cour d'appel
Cass. Civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation (France)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
Ccass.	Cour de cassation (France)
CCfr.	Code civil français du 21 mars 1804
CCI	Chambre de commerce internationale
Ccit.	Code civil italien du 16 mars 1942
CCR	Cadre commun de référence (DCFR)
CCRo	Contrat-cadre romand de baux à loyer
CCT	Convention collective de travail
CdB	Cahiers du bail
CE	Conseil des États
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950
CEE	Communauté économique européenne
cep.	Cependant
cf.	*confer* (se référer à)
CF	Conseil fédéral
CFO	Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, abrogé
CGA	Conditions générales d'affaires (AGB)
ch.	Chiffre(s)
chap.	chapitre(s)
cep.	Cependant
CHF	franc(s) suisse(s)
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CL	Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dite de Lugano (RS 0.275.11)
CMR	Convention du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (RS 0.741.611)
CN	Conseil national
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (SUVA)
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (LF complétant le CC) (RS 220)
CO 2020	Code des obligations suisse – Projet relatif à une nouvelle partie générale (Huguenin Claire/Hilty Reto M. édit.), Zurich 2013
comp.	Comparer
cons.	Considérant(s)
CoRo	Commentaire romand
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
Cpra Bail	Commentaire pratique de droit du bail à loyer et à ferme
Cst. féd.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
CTT	Contrat-type de travail
CVIM	Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, dite de Vienne (RS 0.221.211.1)
D.	Dalloz
DB	Droit du bail
DC	Droit de la construction (BR)
DCFR	*Draft Common Frame of Reference* (CCR)
DFJP	Département fédéral de justice et police
DEP	Droit de l'environnement dans la pratique (URP)
disp. Fin.	Dispositions(s) finale(s)
disp. Trans.	Dispositions(s) transitoire(s)
éd.	Édition(s)
édit.	Éditeur(s)
EEE	Espace économique européen
ég.	également
EGTIL	*European Group on Tort and Insurance Law*
Einl.	*Einleitung*
et al.	*Et alii* (et autres)
etc.	*et caetera*
EuZ	*Zeitschrift für Europarecht*
ex.	exemple(s)
FF	Feuille fédérale (BBI)
FINMA	*Finanzmarktaufsicht* (surveillance des marchés financiers)
FJS	Fiches juridiques suisses (SJK)
fr.	franc(s)
FSA	Fédération suisse des avocats
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
gén.	Général(e)

GRERCA	Groupe de recherche européen sur la Responsabilité Civile et l'Assurance
GVP SG	*St-Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis*
HAVE	*Haftung und Versicherung* (REAS)
ibid.	*ibidem* (au même endroit)
i.e.	*id est* (c'est-à-dire)
i.f.	*in fine* (à la fin)
i.i.	*in initio* (au commencement)
Incoterms	*International Commercial Terms*
Intro.	Introduction
Introd.	Introduction
IPC	Indice suisse des prix à la consommation
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAR	*Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts*
JCP	Juris-Classeur périodique
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JT	Journal des Tribunaux
Juris-Class.	Juris-Classeur
KGer	*Kantonsgericht*
KassGer	*Kassationsgericht*
LA	LF du 21 décembre 1948 sur l'aviation (RS 748.0)
LAA	LF du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LAAM	LF du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (RS 510.10)
LAI	LF du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (RS 831.20)
LAM	LF du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (RS 833.1)
LAMaL	LF du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LAVI	LF du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)
LAVS	LF du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LB	LF du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LBFA	LF du 4 octobre 1985 sur le bail à ferme agricole (RS 221.213.2)
LBI	LF du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (RS 232.14)
LBVM	LF du 25 mars 1995 sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (RS 954.1)
LC	Loi cantonale
LCA	LF du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)

LCart	LF du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251)
LCBD	LF du 23 juin 1995 sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale (RS 221.213.15)
LCC	LF du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (RS 221.214.1)
LCD	LF du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCdF	LF du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (RS 742.101)
LChP	LF du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (RS 922.0)
LCR	LF du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LDA	LF du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.01)
LDAI	LF du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires (RS 817.0)
LDes	LF du 5 octobre 2001 sur la protection des designs (RS 232.12)
LDFR	LF du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (RS 211.412.11)
LDIP	LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LEaux	LF du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (RS 814.20)
LEg	LF du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1)
LEnTR	LF du 20 mars 2009 sur les entreprises de transport par route (RS 744.10)
let.	lettre(s)
LETC	LF du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (RS 946.51)
LEx	LF du 20 juin 1930 sur l'expropriation (RS 711)
LExpl	LF du 25 mars 1977 sur les substances explosibles (RS 941.41)
LF	Loi fédérale
LFAIE	LF du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (RS 211.412.41)
LFors	LF du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile, abrogée
LFus	LF du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301)
LGG	LF du 21 mars 2003 sur le génie génétique (RS 814.91)
LGVE	*Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide*
LIC	LF du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs (RS 944.0)
LICa	LF du 23 juin 2006 sur les installations à câbles transportant des personnes (RS 743.01)
LIE	LF du 24 juin 1902 sur les installations électriques (RS 734.0)
LITC	LF du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (RS 746.1)

LLCA	LF du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LMétr	LF du 9 juin 1977 sur la métrologie (RS 941.20)
LMI	LF du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (RS 943.02)
LMP	LF du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1)
LNI	LF du 3 octobre 1975 sur la navigation intérieure (RS 744.201)
LNM	LF du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse (RS 747.30)
LOA	LF du 1er octobre 2010 sur les ouvrages d'accumulation (FF 2010 6019)
LP	LF du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPart	LF du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (RS 211.231)
LPCC	LF du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
LPD	LF du 19 juin 1982 sur la protection des données (RS 235.1)
LPE	LF du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01)
LPGA	LF du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPM	LF du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (RS 232.11)
LPMéd	LF du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (RS 811.11)
LPN	LF du 1er juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451)
LPO	LF du 17 décembre 2010 sur la poste (RS 783.0)
LPP	LF du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LPTh	LF du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (RS 812.21)
LRaP	LF du 22 mars 1991 sur la radioprotection (RS 814.50)
LRCF	LF du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RS 170.32)
LRCN	LF du 13 juin 2008 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (RS 732.44)
LRespC	LF du 28 mars 1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemin de fer et de bateaux à vapeur et de la Poste suisse, abrogée
LRFP	LF du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (RS 221.112.944)

LSA	LF du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurances (RS 691.01)
LSC	LF du 6 octobre 1995 sur le service civil (RS 824.0)
LSE	LF du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LSFin	LF du 15 juin 2018 sur les services financiers (RS 950.1)
LSPr	LF du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (RS 942.20)
LSPro	LF du 12 juin 2009 sur la sécurité des produits (RS 930.11)
LTBC	LF du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels (RS 444.1)
LTF	LF du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTI	LF du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (RS 957.1)
LTM	LF du 19 décembre 2008 sur le transport de marchandises (RS 742.41)
LTr	LF du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS 822.11)
LTV	LF du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (RS 745.1)
LUMMP	LF du 22 décembre 1999 sur l'unité monétaire (RS 941.10)
LVF	LF du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3)
Mess.	Message du Conseil fédéral
mia.	milliard(s)
mio.	million(s)
mp	Mietrechtspraxis
MRA	MietRecht Aktuell
n.	note(s), notamment de bas de page
N.	numéro(s), notamment marginal ou marginaux
n°	numéro(s)
NB	Le notaire bernois (Der Bernische Notar)
nbp	note de bas de page
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift*
not.	notamment
nouv.	nouveau, nouvelle
n.p.	non publié
n.t.	non traduit
O.	Ordonnance
OAV	Ordonnance du 20 novembre 1959 sur l'assurance des véhicules (RS 741.31)
OBLF	Ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (RS 221. 213.11)

OCBD	Ordonnance du 31 janvier 1996 sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale (RS 221.213.151)
OCF	Ordonnance du Conseil fédéral
OCR	Ordonnance du Conseil fédéral du 13 novembre 1962 sur les règles de la circulation routière (RS 741.11)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OGer	*Obergericht*
OIP	Ordonnance du Conseil fédéral du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (RS 942.211)
OJF	Office fédéral de la justice
OLAA	Ordonnance du Conseil fédéral du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (RS 832.202)
OLCC	Ordonnance du Conseil fédéral du 6 novembre 2002 relative à la LF sur le crédit à la consommation (RS 221.214.11)
op. cit.	*opus citatum* (œuvre citée)
OPGA	Ordonnance du Conseil fédéral du 11 septembre 2002 sur la partie générale des assurances sociales (RS 830.11)
OPP2	Ordonnance du Conseil fédéral du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.441.1)
OR	*Obligationenrecht*
ORC	Ordonnance du Conseil fédéral du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (RS 221.411)
ORF	Ordonnance du Conseil fédéral du 22 février 1910 sur le registre foncier (211.432.1)
ORFI	Ordonnance du Tribunal fédéral du 23 avril 1920 sur la réalisation forcée des immeubles (RS 281.42)
OSCSE	Ordonnance du Conseil fédéral du 23 novembre 2016 sur la signature électronique (RS 943.032)
OSPro	Ordonnance du 19 mai 2010 sur la sécurité des produits (RS 930.111)
P	Projet
p.	page(s)
par.	paragraphe(s)
PCF	LF du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (RS 273)
PECL	*Principles of European Contract Law* (Principes du droit européen du contrat)
PEL	*Principles of European Law*
PETL	*Principles of European Tort Law* (Principes du droit européen de la responsabilité civile)
p. ex.	par exemple

phr.	phrase(s)
PICC	*Principles of International Commercial Contracts* (PU)
PJA	Pratique juridique actuelle (AJP)
Plädoyer	*Das Magazin für Recht und Politik*
Plaidoyer	Revue juridique et politique
Pra	*Die Praxis des Bundesgerichts*
PU	Principes d'UNIDROIT (PICC), éd. 2016
RC	Registre du commerce
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDC	Revue des contrats
RDS	Revue de droit suisse (ZSR)
REAS	Responsabilité civile et assurance (HAVE)
Rec.	Recueil
Rec. CJCE	Recueil des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes
recht	*Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis*
REDC	Revue européenne de droit de la consommation
réf.	référence(s)
réf. cit.	référence(s) citée(s)
Rem. prél.	Remarques préliminaires (*Vorbemerkungen*)
Rep.	*Repertorio di Giurisprudenza Patria*
rés.	résumé
resp.	respectivement
RF	Registre foncier
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue de la Société des juristes bernois (ZBJV)
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier (ZBGR)
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales (AS)
RS	Recueil systématique du droit fédéral (SR)
RSA	Revue suisse d'assurance (SVZ)
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (SZS)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (SZW)
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen (SZIER)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (SJZ)
RSPC	Revue suisse de procédure civile (SZZP)
RTA	Règlement de transport aérien du 3 octobre 1952 (RS 748.411)
RTDciv	Revue trimestrielle de droit civil

RULV	Dispostions paritaires romandes et règles et usages locatifs du Canton de Vaud du 29 novembre 2019
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	suivant, suivante
SA	Société anonyme
Sàrl	Société à responsabilité limitée
SAS	Société anonyme suisse, Revue de droit commercial économique
SCSE	LF du 18 mars 2016 sur la signature électronique (RS 943.03)
SIA	Société des ingénieurs et architectes
SJ	Semaine judiciaire
SJE	*Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* (ASDE)
SJK	*Schweizerische Juristische Kartotek* (FJS)
SJZ	*Schweizerische Juristen-Zeitung* (RSJ)
SPR	*Schweizerisches Privatrecht* (TDP)
ss	suivants, suivantes
Suppl.	Supplément
SUVA	*Schweizerische Unfallversicherungsanstalt* (CNA)
SVZ	*Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift* (RSA)
SZIER	*Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* (RSDIE)
SZW	*Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaft* (RSDA)
SZZP	*Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht* (RSPC)
t.	tome(s)
TA	Tribunal administratif
TAF	Tribunal administratif fédéral
TApp.	Tribunal d'appel
TC	Tribunal cantonal
TD	Tribunal de district
TDP	Traité de droit privé suisse (SPR)
TF	Tribunal fédéral
Tfin.	Titre final du Code civil suisse
th.	thèse
trad.	traduit(e), traduction
UE	Union européenne
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
URP	*Umweltrecht in der Praxis* (DEP)
VerwGer	*Verwaltungsgericht*
vol.	volume(s)
Vorbem.	*Vorbemerkung(en)* (Rem. prél.)
ZBGR	*Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* (RNRF)

ZBJV	*Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (RJB)
ZEuP	*Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*
ZGB	*Zivilgesetzbuch*
ZK	*Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*
ZPO	*Zivilprozessordnung*
ZR	*Blätter für zürcherische Rechtsprechung*
ZSR	*Zeitschrift für schweizerisches Recht* (RDS)

Bibliographie générale

Les ouvrages et autres contributions doctrinales figurant ci-dessous sont cités par le seul nom de leur(s) auteur(s), parfois avec un terme distinctif.

D'autres références doctrinales sont mentionnées dans les notes de bas de page et dans les bibliographies spéciales qui introduisent, selon les subdivisions, aux parties et chapitres de l'exposé. Les références de la bibliographie générale sont citées de façon abrégée dans les bibliographies spéciales.

I. Ouvrages généraux

BERGER, BERNHARD, *Allgemeines Schuldrecht,* 3e éd., Berne 2018.

BOHNET, FRANÇOIS, *Commentaire pratique. Actions civiles, I : CC et LP, II : CO,* 2e éd., Bâle 2019 (cité : BOHNET, Actions civiles).

BÖHRINGER, PETER/MÜLLER, ROGER/MÜNCH, PETER/WALTENSPÜHL, ALEX (édit.), *Prinzipien des Vertragsrechts,* 4e éd., Zurich 2020.

BUCHER, EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2e éd. Zurich 1988 (cité : Bucher, OR) ;
– *Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?* RDS 1983 p. 255 ss (cité : BUCHER, Rapport).

DESCHENAUX, HENRI, *Le Titre préliminaire du Code civil,* TDP II, I, Fribourg 1969 (cité : DESCHENAUX, TDP II, I).

ENGEL, PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., Berne 1997 (cité : Engel, Obligations) ;
– Contrats de droit suisse, 2e éd., Berne 2000 (cité : Engel, Contrats) ;
– *Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du Code fédéral des obligations,* RDS 1983 p. 1 ss (cité : ENGEL, Rapport).

FASEL, URS, *Handels- und obligationenrechtliche Materialien,* Berne 2000.

FELLMANN, WALTER/KOTTMANN, ANDREA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* vol. I., Berne 2012, vol. II., Berne 2013, vol. III., Berne 2015.

FURRER, ANDREAS/MÜLLER-CHEN, MARKUS, *Obligationenrecht,* 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018.

GAUCH, PETER, *System der Beendigung von Dauerverträgen,* thèse Fribourg 1968.

GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./TERCIER, PIERRE, *Partie générale du droit des obligations,* 2 vol., 2e éd., Zurich 1982.

GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG/EMMENEGGER, SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil,* 2 vol., 11e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020 (cité : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID ou EMMENEGGER).

GEISSBÜHLER, GRÉGOIRE, *Le droit des obligations, Volume 1 : partie générale,* Zurich 2020.

GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux Projets européens d'harmonisation,* ouvrage collectif, Paris 2012 (cité : GRERCA/ AUTEUR).

GUGGENHEIM, DANIEL, *Le droit suisse des contrats. Principes généraux, I. La conclusion des contrats, Genève 1991, II. Les effets du contrat,* Genève 1995.

GUHL, THEO/KOLLER, ALFRED/SCHNYDER, ANTON/DRUEY, JEAN-NICOLAS, *Das schweizerische Obligationenrecht – mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts,* 9e éd., Zurich 2000.

HONSELL, HEINRICH, *Hundert Jahre Obligationenrecht,* RDS 2011 II p. 5 ss (cité : HONSELL, Rapport).

HONSELL, HEINRICH, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil,* 10e éd., Zurich 2017 (cité : Honsell, Besonderer Teil).

HUGUENIN, CLAIRE, *Obligationenrecht. Allgemeiner Teil und Besonderer Teil,* 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019.

HUGUENIN, CLAIRE/HILTY, RETO M., *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 (cité : CO 2020-AUTEUR).

KELLER, MAX/SCHMIED-SYZ, CAROLE, *Haftpflichtrecht. Ein Grundriss in Schemen und Tabellen,* 5e éd., Zurich 2001.

KELLER, MAX, *Das schweizerische Schuldrecht,* Bâle/Frankfurt am Main, vol. 1, avec SCHÖBI, CHRISTIAN, *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts,* 3e éd., 1988 ; vol. II avec GABI, SONJA, *Haftpflichtrecht,* 2e éd., 1988 ; vol. III avec SCHAUFELBERGER, PETER C., *Ungerechtfertigte Bereicherung,* 3e éd., 1990 ; vol. IV, avec SCHÖBI, CHRISTIAN, *Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung,* 1984.

KELLER, MAX/GABI, SONJA/GABI, KARIN, *Haftpflichtrecht,* 3e éd., Bâle 2012.

KOLLER, ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil,* 4e éd., Berne 2017.

KRAMER, ERNST A./PROBST, THOMAS, *Grundkurs Obligationenrecht. Allgemeiner Teil,* 3e éd., Bâle 2018.

MARCHAND, SYLVAIN, *Droit de la consommation. Le droit suisse à l'épreuve du droit européen,* Genève/Zurich/Bâle 2012 (cité : MARCHAND, Consommation).

MARCHAND, SYLVAIN, *Clauses contractuelles – Du bon usage de la liberté contractuelle,* Bâle 2008, (cité : MARCHAND, Clauses contractuelles).

MERZ, HANS, Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, in : Schweizerisches Privatrecht, VI/1, Bâle 1984 (cité : Merz, TDP VI/1) ;
– Droit des obligations. Partie générale, in : Traité de droit privé suisse, VI/1, traduction française par Giovannoni, Pierre, Fribourg 1993 (cité : Merz/Giovannoni, TDP VI/1) ;
– *Vertrag und Vertragsschluss,* 2e éd., Fribourg 1992 (cité : MERZ, Vertrag).

MÖRTL, FABIAN, *Die OR-Fassungen seit 1911/1912* (KOLLER, ALFRED édit.), Berne 2015.

MÜLLER, CHRISTOPH, *Contrats de droit suisse,* Berne 2021 (cité : MÜLLER, Contrats).

MÜLLER, CHRISTOPH, *La responsabilité civile extracontractuelle,* Bâle 2013 (cité : MÜLLER, RC).

OFTINGER, KARL/STARK, EMIL W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* Zurich, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 1995, vol. II/1, 2, 3, *Besonderer Teil*, 1987, 1989, 1990.

PETER, HANSJÖRG, *Textes de droit romain et de droit suisse des obligations,* 5e éd., Zurich 2021.

PICHONNAZ, PASCAL, *Les fondements romains du droit privé,* 2e éd., Zurich 2020 (cité : PICHONNAZ, Fondements).

PICHONNAZ, PASCAL, *Le centenaire du Code des obligations,* RDS 2011 II p. 117 ss (cité : PICHONNAZ, Rapport).

PLOTKE, HERBERT, *Schweizerisches Schuldrecht,* 2e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 2003.

REY, HEINZ, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht,* 4e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008.

ROUILLER, NICOLAS, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats,* Lausanne 2007.

SCHLUEP, WALTER R., *Innominatverträge,* TDP VII/2, Bâle 1979 (cité : Schluep, TDP VII/2).

SCHMID, JÖRG/STÖCKLI, HUBERT/KRAUSKOPF, FRÉDÉRIC, *Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil,* 3e éd., Zurich 2021.

SCHNYDER, ANTON K./PORTMANN, WOLFGANG/MÜLLER-CHEN, MARKUS, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht,* 2e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

SCHULIN, HERMANN/VOGT, NEDIM PETER, *Tafeln zum schweizerischen Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht,* 5e éd., Zurich 2011.

SCHWENZER, INGEBORG/FOUNTOULAKIS, CHRISTIANA, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil,* 8e éd., Berne 2020.

STEINAUER, PAUL-HENRI, Les droits réels, t. I, 6e éd., Berne 2019 (cité : Steinauer I) ;
– Les droits réels, t. II, 5e éd., Berne 2020 (cité : STEINAUER II) ;
– Les droits réels, t. III, 5e éd., Berne 2021 (cité : STEINAUER III).

STEINAUER, PAUL-HENRI, *Le titre préliminaire du Code civil,* TDP II/1, Bâle 2009 (cité : STEINAUER, TDP II/1).

TANDOGAN, HALUK, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations,* Genève 1972.

TERCIER, PIERRE/BIERI, LAURENT/CARRON, BLAISE, *Les contrats spéciaux,* 5e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : TERCIER/BIERI/CARRON).

TERCIER, PIERRE/PICHONNAZ, PASCAL, *Le droit des obligations,* 6e éd., Genève/Zurich/Bâle 2019.

VON BÜREN, BRUNO, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil,* Zurich 1964.

VON TUHR, ANDREAS/PETER, HANS/ESCHER, ARNOLD, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts,* 3e éd., 2 vol., Zurich 1974/1979, ainsi qu'un supplément, 1984.

VON TUHR, ANDREAS, *Partie générale du Code fédéral des obligations,* trad. par DE TORRENTÉ, MAURICE et THILO, ÉMILE, 2 vol., Lausanne 1929/1931 (cité : VON TUHR/DE TORRENTÉ/THILO).

WEBER, STEPHAN/MÜNCH, PETER (édit.), *Haftungsgrund und Versicherung,* Bâle 2015.

WERRO, FRANZ, *La responsabilité civile,* 3e éd., Berne 2017 (cité : WERRO, RC).

WIDMER, PIERRE/WESSNER, PIERRE, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile,* Avant-projet de loi et Rapport explicatif, Berne 2000.

II. Commentaires

Il existe quatre grands commentaires du CO, désignés pour trois d'entre eux selon le lieu du siège social de leur éditeur. Pour la partie générale du CO, on citera les références suivantes :

COMMENTAIRE BERNOIS (éditeur : STÄMPFLI VERLAG AG)

Art. 1-183	BECKER, HANS, 1941, 2e éd.
Art. 1-18	KRAMER, ERNST A./SCHMIDLIN, BRUNO, 1986, 3e éd.
Art. 1-18	MÜLLER, CHRISTOPH, 2018.
Art. 19-22	KRAMER, ERNST A, 1991, 3e éd.
Art. 23-31	SCHMIDLIN, BRUNO, 2013, 2e éd.
Art. 32-40	ZÄCH, ROGER/KÜNZLER, ADRIAN, 2014, 2e éd.
Art. 41-61	BREHM, ROLAND, 2021, 5e éd.
Art. 62-67	RÜEDI, YVES, 2011, 3e éd.
Art. 68-96	WEBER, ROLF H., 1983, 3e éd. (revue en 2005).
Art. 97-109	WEBER, ROLF H./EMMENEGGER, SUSAN, 2020, 2e éd.
Art. 110-113	WEBER, ROLF H./VON GRAFFENRIED, CAROLINE, 2021, 2e éd.
Art. 120-126	ZELLWEGER-GUTKNECHT, CORINNE, 2012, 3e éd.

Art. 127-142 WILDHABER, ISABELLE/SEVDA, DEDE, 2021.
Art. 143-150 KRATZ, BRIGITTA, 2015.
Art. 1-109 (sans 62-67) Classeur de mise à jour sous forme de feuillets mobiles, 9e livraison 2021, HADORN, SANDRA/HEDIGER-SÖRENSEN, TINA.

COMMENTAIRE ZURICHOIS (éditeur : SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG)

Art. 1-183 OSER, HUGO/SCHÖNENBERGER, WILHELM, 1929, 2e éd.
Art. 1-17 SCHÖNENBERGER, WILHELM/JÄGGI, PETER, 1973, 3e éd.
Art. 18 JÄGGI, PETER/GAUCH, PETER/HARTMANN, STEPHAN, 2014, 4e éd.
Art. 32-40 KLEIN, JEAN-PHILIPPE, 2020, 3e éd.
Art. 40a-40f DORNIER, ROGER, 2010, 1re éd.
Art. 45-49 LANDOLT, HARDY, 2007, 3e éd.
Art. 68-96 SCHRANER, MARIUS, 2000, 3e éd.
Art. 114-126 AEPLI, VIKTOR, 1991, 3e éd.
Art. 127-142 BERTI, STEPHEN, 2002, 3e éd.
Art. 143-150 KRAUSKOPF, FRÉDÉRIC, 2015, 3e éd.
Art. 164-174 SPIRIG, EUGEN, 1993, 3e éd.
Art. 175-183 SPIRIG, EUGEN, 1994, 3e éd.

COMMENTAIRE BÂLOIS (éditeur : HELBING ET LICHENTHAHN VERLAG)

Code civil

Art. 1-456 GEISER, THOMAS/FOUNTOULAKIS, CHRISTIANA (édit.), *Zivilgesetzbuch I,* 6e éd., Bâle 2018 (cité : BaK-ZGB I-AUTEUR).
Art. 457-977 GEISER, THOMAS/WOLF, STEPHAN (édit.), *Zivilgesetzbuch II*, 6e éd., Bâle 2019 (cité : BaK-ZGB II-AUTEUR).
Art. 360-456 GEISER, THOMAS/REUSSER, RUTH E. (édit.), *Erwachsenenschutz,* Bâle 2012 (cité : BaK-Erwachsenenschutz-AUTEUR).

Code des obligations

Art. 1-529 WIDMER LÜCHINGER, CORINNE/OSER, DAVID (édit.), *Obligationenrecht I,* 7e éd., Bâle 2020 (cité : BaK-OR I-AUTEUR).
Art. 530-964 WATTER, ROLF/VOGT, HANS UELI (édit.), *Obligationenrecht II,* 6e éd., Bâle 2021 (cité : BaK-OR II-AUTEUR).

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb HILTY, RETO/ARPAGAUS, RETO (édit.), Bâle 2013 (cité : BaK-UWG-AUTEUR).

COMMENTAIRE ROMAND (éditeur : HELBING ET LICHENTHAHN VERLAG)

Code civil

Art. 1-359 PICHONNAZ, PASCAL/FOËX, BÉNÉDICT (édit.), *Code civil I,* 1re éd., Bâle 2010 (cité : CoRo-CC I-AUTEUR).
Art. 457-977 PICHONNAZ, PASCAL/FOËX, BÉNÉDICT/PIOTET, PAUL (édit.), *Code civil II,* Bâle 2016 (cité : CoRo-CC II-AUTEUR).

Code des obligations

Art. 1-529 THÉVENOZ, LUC/WERRO, FRANZ (édit.), *Code des obligations I,* 3e éd., Bâle 2021 (cité : CoRo-CO I-AUTEUR).

Art. 530-1186 TERCIER, PIERRE/AMSTUTZ, MARC/TRIGO, TRINDADE RITA (édit.), *Code des obligations II,* 2e éd., Bâle 2017 (cité : CoRo-CO II-AUTEUR).

Code de procédure civile (BOHNET, FRANÇOIS/HALDY, JACQUES/JEANDIN, NICOLAS/SCHWEIZER, PHILIPPE/TAPPY, DENIS), 2e éd., Bâle 2019.

Droit de la consommation (STAUDER, BERND/FAVRE-BULLE, XAVIER édit.), Extrait CoRo-CO I, 1re éd., LVF, art. 40a-40f CO, LCC, Bâle 2004 (cité : CoRo-Consommation-AUTEUR).

Loi contre la concurrence déloyale (MARTENET, VINCENT/PICHONNAZ, PASCAL édit.), Bâle 2017 (cité : CoRo-LCD-AUTEUR).

AUTRES COMMENTAIRES

Il existe également des « petits commentaires » (Kurzkommentar, Handkommentar) du Code des obligations, qui comprennent souvent des références légales historiques et jurisprudentielles. Parmi les plus récents, on citera les suivants :

ALTHERR, HANS/BREM, ERNST/BÜHLMANN, HUBERT, Schweizerisches Obligationenrecht, Berne 1994.

DIETH, ERIC, *Obligationenrecht kompakt,* 4e éd., Bâle 2019.

FURRER, ANDREAS/SCHNYDER, ANTON K. (édit.), *Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen,* in : *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,* 3e éd., Zurich 2016 (cité : Handkommentar-OR/AUTEUR).

HONSELL, HEINRICH (édit.), *Kurzkommentar Obligationenrecht,* Art. 1-1186 OR, 1re éd., Bâle 2014 (cité : HONSELL/AUTEUR).

KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA/WOLF, STEPHAN/AMSTUTZ, MARC/FANKHAUSER ROLAND (édit.), *Schweizerisches Obligationenrecht. Kommentar,* 3e éd., Zurich 2016 (cité : KREN KOSTKIEWICZ ET ALII/AUTEUR).

Swiss Code of Obligations. Contract Law (Art. 1-551), Zurich 2008.

III. Recueils d'exercices et de cas pratiques en droit des obligations

AEBI, MARTIN/FISCHER, MICHAEL, *Repetitorium Obligationenrecht – Allgemeiner Teil,* 4e éd., Zurich 2018.

BERCHTOLD, SONJA, *Repetitorium zum Schweizerischen Obligationenrecht, I (Art. 1-183)*, Berne 2015.

BUCHER, EUGEN/WIEGAND, WOLFGANG, *Übungen im Obligationenrecht. Fallsammlung mit Lösungsvorschlägen,* 3e éd., Zurich 2001.

AEBI, MARTIN/FISCHER, MICHAEL, *Repetitorium Obligationenrecht. Allgemeiner Teil,* 4e éd., Zurich 2018.

HOLTZ-MAIHOLD, RAHEL RABEA, *Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Fragen, Fälle und Lösungen zur Prüfungsvorbereitung,* 2e éd., Bâle 2014.

HONSELL, HEINRICH/ISENRING, BERNHARD/KESSLER, MARTIN/RAIBER M. M., BEAT, *Fälle mit Lösungen zum Obligationenrecht,* 4e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017.

HUGUENIN, CLAIRE/HOTZ, BASIL (édit.)*, Fälle zum Obligationenrecht – Allgemeiner Teil,* vol. I, 2e éd., Zurich 2020.

KENEL, PHILIPPE/LYON, ANNE-CATHERINE, *Le droit par les cas. Droit des contrats,* Le Mont-sur-Lausanne 2020.

MOSER, NICOLA/SPICHTIN, NICOLAS, *Fallübungen. Obligationenrecht. Allgemeiner Teil,* 2e éd., Berne 2022.

SCHWENZER, INGEBORG/CHEVALLEY, CYRILL, Fallübungen, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Berne 2018.

IV. Commentaires d'arrêts du TF

La plupart des revues juridiques résument et commentent régulièrement la jurisprudence du TF. Certains ouvrages ont répertorié et commenté les principaux arrêts fédéraux touchant la partie générale du droit des obligations. On citera en particulier :

BRACONI, ANDREA/CARRON, BLAISE/GAURON-CARLIN, SABRINA, *Code civil suisse et Code des obligations annotés,* 11e éd., Bâle 2020.

GAUCH PETER/STÖCKLI HUBERT (édit.), *Präjudizienbuch OR –Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020),* 10e éd., Zurich/Bâle/Genève 2021 (cité : GAUCH/STÖCKLI/AUTEUR).

KOLLER, THOMAS/KRAUSKOPF, FRÉDÉRIC/SCHWANDER, IVO, *Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht,* 3e éd., Zurich/Saint-Gall 2015.

KRAMER, ERNST A./PROBST, THOMAS, *Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts,* Zurich 2003.

OFTINGER, KARL/JEANPRÊTRE, RAYMOND, *Jurisprudence du Tribunal fédéral sur la partie générale du Code des obligations,* Zurich 1970.

PICHONNAZ, PASCAL (édit.), *Les grands arrêts du droit des obligations. Résumés des arrêts de la partie générale,* Zurich 2021.

WERRO, FRANZ, *Le droit des contrats. Jurisprudence fédérale choisie et annotée,* 2e éd., Berne 2019 (cité : WERRO, Contrats).

V. Principes et projets européens et internationaux

Depuis quelques décennies, plusieurs textes touchant le droit des obligations, en particulier le droit des contrats et de la responsabilité civile, ont été rédigés par des groupes de juristes d'horizons divers, parfois sur mandat ou sous le parrainage d'institutions supranationales. Les textes sont dépourvus de force obligatoire : ils appartiennent à ce qu'on appelle « le droit souple » *(soft law).* Ils empruntent à la méthode comparatiste et participent au phénomène d'harmonisation du droit privé. On citera notamment :

- *Principles of European Contract Law* (cité : PECL), Commission on European Contract Law, Lando Ole/Beale Hugh, Part I, La Haye 1995, Part II, La Haye 2000 ; Lando Ole/Clive Eric/Prüm André/Zimmermann Reinhard, Part III, La Haye 2003.
  Version française : Principes du droit européen du contrat, par Georges Rouette, Paris 2003.
- *Principles of European Tort Law* (cité : PETL), European Group on Tort Law, Texte et commentaire, Spier Jaap/Koziol Helmut (édit.), Vienne/New York 2005.
  Version française : Principes de droit européen de la responsabilité civile, par Michel Séjan, sous la direction d'Olivier Moréteau, Paris 2011.
- *Draft Common Frame of Reference* (cité : DCFR*), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law,* Study Group on a European Civil Code and Research Group on a EC Private Law (Acquis Group), von Bar Christian/Schulte-Nölke Hans (édit.), Outline Edition, Munich 2009 ; Full Edition, VI Volumes, Munich 2009.
  Les trois premiers Livres du Projet de Cadre commun de référence (CCR) ont fait l'objet d'une traduction française par Jacques Ghestin (http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/2010-08/traduc-vbar-livre-i-ii-iii-08-2008.pdf [cité : DCFR/GHESTIN]).
  Deux ouvrages en langue française ont été rédigés par des groupes de recherche sous le parrainage de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et de la Société de Législation comparée : *Principes contractuels communs,* Paris 2008 ; *Terminologie contractuelle commune,* Paris 2008.
- *Principes d'UNIDROIT* (cité : PU ou PICC) *relatifs aux contrats du commerce international,* Institut international pour l'unification du droit privé, 4e éd., Rome 2016.
- *Code européen des contrats, Avant-projet,* Académie des privatistes européens, Gandolfi Giuseppe coordinateur, Livre premier : Des contrats en général, Milan 2004 ; Livre deuxième, Titre premier : De la vente, Milan 2007.

Première partie : Introduction au droit des obligations

Chapitre I : Le droit des obligations – Sa Partie générale

§ 1 La notion

I. La définition

Le droit des obligations régit essentiellement les **rapports juridiques** qui lient au moins deux personnes placées en principe sur un pied d'égalité et qui sont caractérisés par le fait que l'une d'elles – le débiteur – est tenue envers l'autre – le créancier – à une prestation. 1

Le Code des obligations, en particulier sa Partie générale, est centré sur l'obligation. Celle-ci en constitue un **concept fondamental.** Le droit suisse n'en donne aucune définition, contrairement au droit allemand qui utilise le terme *Schuldverhältnis* (§ 241 BGB)[1]. 2

Au sens propre, l'obligation est un **rapport juridique.** Elle repose sur un fondement, qu'on appelle en général « source », quelquefois « cause »[2]. La source peut être volontaire ou légale. Ainsi c'est le contrat d'entreprise – un acte conforme au droit – qui légitime, par la volonté des parties, la dette de l'entrepreneur de réaliser l'ouvrage convenu au profit du maître (art. 363 ss). Et c'est l'acte illicite fautif – un comportement contraire au droit – qui justifie, par la force de la loi, la dette de l'auteur de réparer le dommage subi par la victime (art. 41 ss). 3

---

1 Certains auteurs suisses recourent parfois au vocable *Schuldrecht.* Ainsi BUCHER, OR, p. 15 et 38 ; BK- MÜLLER, Introd. N. 59.

2 Cf. *infra* N. 237, 239, 371 ss, 379 et 535.

II. Une classification et la qualification

4 Selon une classification historique, le droit des obligations est une branche du droit privé. C'est dire qu'il en a les **caractéristiques générales :**

- Premièrement : les parties à l'obligation sont juridiquement placées sur un pied d'égalité, y compris l'État lorsqu'il n'exerce pas une activité relevant de la puissance publique, voire une tâche d'intérêt public.
- Deuxièmement : les normes légales sont en principe dispositives ; toutefois, singulièrement dans la réglementation – révisée ou nouvelle – de certaines institutions protégeant le consommateur (ex. : démarchage à domicile ou contrats semblables, art. 40*a* ss) et de certains contrats désignant l'une des parties comme « faible » (contrats de travail et de bail à loyer ou à ferme, contrats dits de consommation), les règles s'avèrent fréquemment impératives[3].
- Troisièmement : les dispositions ne s'appliquent normalement pas d'office. Ainsi appartient-il au créancier d'exercer sa prétention contre le débiteur – au besoin par une action judiciaire, éventuellement par la voie de l'exécution forcée –, qu'il s'agisse de l'accomplissement d'un service, de la livraison d'une chose, ou encore de l'abstention d'un comportement déterminé[4].

5 L'appartenance du droit des obligations au droit privé conduit à définir l'**autorité habilitée à légiférer** en la matière. C'est une question de qualification et de répartition des compétences ; elle est spécifique aux États qui ont adopté un système fédéraliste (« qui fait quoi » ?). Depuis 1874, la Confédération suisse dispose d'une compétence quasi exclusive dans le domaine du droit des obligations, étendue quelque 25 ans plus tard (en 1898) à l'ensemble du droit civil (art. 64 aCst. féd., 122 al. 1 Cst. féd.)[5].

---

3 Cf. *infra* not. N. 137 ss, 208 s., 213 s., 1306, 1317, 1322, 1534 s. et 1623 s.
4 BUCHER, OR, p. 3.
5 Cf. *infra* N. 42, 47 s. et 75.

III. Un aperçu systématique

Une grande partie des dispositions composant le droit des obligations ont pour siège le Code. Toutefois, celui-ci **ne régit ni totalement ni exclusivement** les obligations. 6

En clair, certaines matières attachées au droit des obligations sont appréhendées dans d'**autres textes,** principalement dans des lois spéciales, quelquefois dans des ordonnances fédérales et des conventions internationales[6]. Par ailleurs, le Code traite de matières qui n'appartiennent pas au droit des obligations au sens strict[7]. 7

§ 2 Le Code des obligations

I. Le contenu

Le Code est le résultat d'un **processus de codification** qui, au niveau fédéral, s'est déroulé dans la seconde moitié du XIX^e^ siècle et durant la première décennie du XX^e^ siècle[8]. Et, depuis son entrée en vigueur en 1912, il a connu une multitude de modifications[9]. 8

Le Code est divisé en **cinq parties :** 9

1. Dispositions générales (art. 1 à 183) ;
2. Des diverses espèces de contrats (art. 184 à 551) ;
3. Des sociétés commerciales et de la société coopérative (art. 552 à 926) ;
4. Du registre du commerce, des raisons de commerce et de la comptabilité commerciale (art. 927 à 964) ;
5. Des papiers-valeurs (art. 965 à 1186).

II. Des précisions

De manière brute, force est de constater que le Code n'appréhende le droit des obligations – au sens strict – que dans ses deux premières parties, les trois suivantes traitant à vrai dire de droit commercial. On peut y 10

6 Cf. *infra* N. 102 ss, 118 ss, 126 ss.
7 Cf. *infra* N. 10 s.
8 Cf. *infra* N. 29 ss.
9 Cf. *infra* N. 132 ss.

voir un manque de cohérence systématique. L'explication réside dans des raisons historiques liées au déroulement de la codification, qui a exclu l'idée d'un code de commerce.

11 Précision : si le Code réglemente des **activités proprement commerciales** dans les parties troisième, quatrième et cinquième, il le fait également dans les deux premières parties, dont certaines dispositions sont explicitement ou non réservées aux professionnels des affaires[10].

12 Autre précision : la première partie du Code est restée formellement **relativement stable** depuis la consolidation de la codification réalisée en 1911. Tel n'est pas le cas de la deuxième partie régissant des contrats classiques, qui a fait l'objet de modifications substantielles ; celles-ci ont conduit à l'adoption de nouvelles espèces contractuelles et à la modification de modèles existants, souvent dans l'objectif déclaré de mieux protéger la partie faible[11].

13 À cet égard convient-il également de souligner que le développement du droit des obligations s'est opéré **en dehors du Code,** par l'adoption de lois spéciales ou la ratification de conventions internationales. Une telle évolution a principalement touché les domaines des contrats et de la responsabilité civile[12].

§ 3 La Partie générale du Code

I. Le contenu

14 Les « Dispositions générales » du Code, comprises dans la première partie, sont divisées en **cinq titres,** certains titres étant eux-mêmes subdivisés en chapitres :

Titre premier :	**De la formation des obligations (art. 1 à 67)**
Chapitre 1 :	Des obligations résultant d'un contrat (art. 1 à 40*f*)
Chapitre 2 :	Des obligations résultant d'actes illicites (art. 41 à 61)
Chapitre 3 :	Des obligations résultant de l'enrichissement illégitime (art. 62 à 67)

10 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 2; BK-MÜLLER, Introd. N. 67 ss. Cf. *infra* N. 64 ss.
11 Cf. *infra* N. 133, 140, 155, 157, 164, 195 ss, 1301 ss et 1308 ss.
12 Cf. *infra* N. 102 ss, 122 s., 126 ss, 133, 158 ss, 1311 ss.

Titre deuxième :	**De l'effet des obligations (art. 68 à 113)**
Chapitre 1 :	De l'exécution des obligations (art. 68 à 96)
Chapitre 2 :	Des effets de l'inexécution des obligations (art. 97 à 109)
Chapitre 3 :	De l'effet des obligations à l'égard des tiers (art. 110 à 113)
Titre troisième :	**De l'extinction des obligations (art. 114 à 142)**
Titre quatrième :	**Des modalités des obligations (art. 143 à 163)**
Chapitre 1 :	Des obligations solidaires (art. 143 à 150)
Chapitre 2 :	Des obligations conditionnelles (art. 151 à 157)
Chapitre 3 :	Des arrhes, du dédit, des retenues de salaire et de la clause pénale (art. 158 à 163)
Titre cinquième :	**De la cession des créances et de la reprise de dette (art. 164 à 183)**

Les art. 1 à 183 du Code forment ce qu'on appelle usuellement la **Partie générale.** Cette partie est « générale » par rapport à celle dite « spéciale » qui, aux art. 184 et suivants, vise diverses espèces de contrats (spéciaux et nommés). En cas de conflit, la norme spéciale a en principe le pas sur celle qui est générale *(lex specialis derogat generali).* 15

II. La portée

En principe, les dispositions générales ont vocation à s'appliquer à **toutes les obligations,** quelle qu'en soit la source[13]. Bien plus, elles appréhendent également les « autres matières du droit civil » (art. 7 CC)[14] et même, par analogie, des rapports de droit public[15]. 16

La Partie générale constitue a priori un **système cohérent et complet.** L'inspiration puise à la tradition romano-germaniste du droit commun (soit le droit romain reçu en Europe), telle qu'elle a été notamment façon- 17

13 ZK-Schönenberger/Jäggi, Rem. prél. art. 1 N. 2 ss ; Tercier/Bieri/Carron, N. 89.

14 Ex. : les règles sur l'interprétation des contrats s'appliquent à l'interprétation des statuts d'une caisse de pension (ATF 87 II 89 cons. 3). Cf. *infra* N. 94 ss.

15 Ex. : les règles sur les vices du consentement de l'acte juridique (art. 23 ss CO) s'appliquent par analogie à des rapports de fonction (ATF 132 II 161 cons. 3 et 4). Cf. *infra* N. 99 et 113.

née au XIX^e^ siècle par l'École historique allemande, en particulier par les juristes Savigny, Windscheid et von Ihering. Sa conception moderne et son contenu en font un régime légal plus que centenaire. Ce régime réunit des concepts servant l'élaboration d'une théorie des obligations. Leur expression comporte une part d'abstraction ; on y voit une sorte de « grammaire » du droit, un « thésaurus »[16]. Leur application en fait un outillage juridique, qui a pour fonction de réguler les rapports socio-économiques.

18 Les dispositions générales du Code ne posent pas une réglementation exhaustive de la matière. Elles se limitent aux **éléments et mécanismes** les plus importants, en commandant au juge de s'inspirer de la doctrine et de la jurisprudence (art. 1 al. 3 CC) et de décider en appréciation lorsque la loi le lui permet (art. 4 CC). S'agissant du pouvoir octroyé au juge, la doctrine souligne avec raison son importance en droit des obligations, compte tenu du « caractère ouvert » de la réglementation[17].

19 La Partie générale du Code est restée **relativement stable** depuis le début du siècle passé[18]. On dénombre une cinquantaine de modifications qui seront répertoriées plus loin[19]. Aucune ne touche réellement à des principes et mécanismes fondamentaux du système.

20 On signalera que quelques réglementations d'application générale font l'objet de **lois particulières.** À titre d'exemples, on citera la LF sur la supputation des délais comprenant un samedi[20] et la LF contre la concurrence déloyale qui, depuis 1986, régit l'offre de prestations en ligne (art. 3 al. 1 let. s LCD) et l'utilisation de conditions générales abusives (art. 8 LCD)[21]. De même, pour un domaine sectoriel, mentionnera-t-on la LF sur l'information des consommatrices et consommateurs (LIC).

21 Les art. 1 à 183 CO ont a priori vocation à s'appliquer à **toute obligation.** En réalité, bon nombre d'entre elles visent essentiellement des obligations qui résultent d'un **contrat** ou des prérogatives attachées à un contrat. Ainsi en est-il des obligations conditionnelles (art. 151 à 157), ou de la clause

16 LEQUETTE YVES, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, Dalloz 2002 (Chroniques), p. 2206.
17 TERCIER/PICHONNAZ, N. 90.
18 Cf. *supra* N. 12 et 13.
19 Cf. *infra* N. 134 s.
20 RS 173.110.3. Cf. *infra* N. 107 et 123.
21 Cette loi a fait l'objet d'une révision le 17 juin 2011, qui assouplit la règle posée à l'art. 8 et qui introduit quelques prescriptions sur le commerce électronique (not. art. 3 al. 1 let. *s* LCD).

pénale (art. 160 à 163), ou encore du droit de résoudre le contrat, qui est conféré au débiteur face à un créancier en demeure (art. 95). À cela s'ajoutent des normes qui concernent particulièrement les contrats bilatéraux, au stade de l'exécution (les exceptions des art. 82 et 83) ou à celui de l'inexécution (le régime de la demeure du débiteur prévu aux art. 107 à 109)[22].

22 Les dispositions du chapitre premier du titre premier de la Partie générale du Code (art. 1 à 31) traitent de la **formation du contrat** en tant que source d'obligations. Par ailleurs, certaines règles de ce chapitre appréhendent des opérations spécifiques, comme les contrats négociés hors de l'établissement commercial du fournisseur de la prestation caractéristique (art. 40*a* à 40*f*). D'autres dispositions de la Partie générale visent des **contrats particuliers** sinon spéciaux, telle la promesse de porte-fort (art. 111), qu'on voudrait voir ranger dans la Partie spéciale, après le cautionnement (art. 492 ss) dont elle partage la fonction de garantie[23]. C'est l'occasion de constater que le contrat, comme tel, n'est pas systématiquement réglementé dans le Code, sinon dans son processus de formation. C'est une singularité par rapport au droit italien, par exemple (art. 1321 1469*bis* CCit. : *Dei contratti in generale*).

23 Enfin, les chapitres 2 et 3 du même titre premier relatifs aux **actes dommageables illicites** (art. 41 à 61) et aux **actes d'enrichissement illégitime** (art. 62 à 67) couvrent des comportements contraires au droit, à la fois comme sources d'obligations et comme obligations proprement dites (conditions et étendue de la prétention du créancier, exceptions du débiteur, singulièrement celle tirée de la prescription).

---

22 D'autres dispositions visent des obligations contractuelles : art. 84 al. 2, 99 al. 2 et 3, 104 al. 2, 119 al. 2 et 3, 122. Cf. ZK- SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 4 s.

23 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 92 ; VON TUHR/ESCHER, p. 236. Cette opinion est discutée ; cf. aussi CoRo-CO I-TEVINI, N. 4 ad art. 111, qui souligne que l'institution peut être considérée comme une promesse unilatérale non contractuelle.

Chapitre II : La codification du droit des obligations

Bibliographie spéciale :

BERBERAT, DIDIER/**PERDRIZAT,** DANIEL, L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé, in L'unification du droit privé au XIX^e^ siècle, Caroni Pio (édit.), Fribourg 1986, p. 15 ss ; **CARONI,** PIO, Der « democratische » code unique von 1881, in Das Obligationenrecht 1883-1983, Caroni Pio (édit.), Berne 1984, p. 19 ss ; **DUNAND,** JEAN-PHILIPPE, D'une codification à l'autre : le rôle de la Société suisse des juristes dans l'unification du droit suisse, in 150 Jahre schweizerischer Juristenverein 1861-2011, Gwend Lukas/Ingber Karin/Wehrle Stephan (édit.), RDS 2011, p. 213 ss ; **DUNAND,** JEAN-PHILIPPE, Entre tradition et innovation. Analyse historique du concept de Code, in Le Code civil français dans le droit européen, Dunand Jean-Philippe/ Winiger Bénédict (édit.), Bruxelles 2005, p. 3 ss ; **ELSENER,** FERDINAND, Geschichtliche Grundlegung. Rechtschulen und kantonale Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, in SPR I, Bâle et Stuttgart 1969, p. 47 ss ; **FASEL,** URS, Handels- und Obligationen-rechtliche Materialien, Berne/Stuttgart/Vienne 2005 ; **HABERSTICH,** JOHANN, Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts, 3 vol, Zurich 1884-1887, traduit par Charles Gilliéron, Manuel de droit fédéral des obligations, Moudon 1886-1890 ; **HUBER,** EUGEN, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bâle, t. I 1886, t. II 1888, t. III 1889, t. IV 1893. ; BK-**KRAMER/SCHMIDLIN,** Introd. gén. N. 1 ss, 10 ss. ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 1 ss ; **PICHONNAZ,** Rapport, p. 126 ss ; **RISKE,** OLIVIER/**CARRON**, BLAISE, 111 ans après : La place du Code des obligations au sein des grandes codifications, RDS 2022 I p. 31 ss ; **ROSSEL,** VIRGILE, Manuel de droit fédéral des obligations, t. I (Art.1-551 CO), Lausanne 1920 ; ZK-**SCHÖNENBERGER/JÄGGI,** Introd. gén. N. 1 ss ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 1.01 ss ; **TAPPY,** DENIS, Introduction, in Code civil suisse et Code des obligations annotés, Braconi Andrea/Carron Blaise/Gauron-Carlin Sabrina, 11^e^ éd., Bâle 2020, p. XXI ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 37 ss ; **WINIGER,** BÉNÉDICT, Le Code suisse dans l'embarras entre BGB et Code civil français, in Le Code civil français dans le droit européen, Dunand Jean-Philippe/Winiger Bénédict (édit.), Bruxelles 2005, p. 153 ss ; BaK-OR I-**ZELLWEGER-GUTKNECHT,** Introd. art. 1 ss N. 1 ss.

§ 1 Vers la codification fédérale

I. Les répercussions de la Révolution française

A. Un phénomène bouleversant

24 Les fondements modernes du droit privé, ici et ailleurs, résultent en grande partie du bouleversement formidable des idées et des faits qu'a engendré la **Révolution française.** Celle-ci abolit la société féodale et la souveraineté de droit divin au profit de l'État de droit et, dans les régimes unitaires, de l'État-nation[24]. Les principes de laïcité et de séparation des pouvoirs sont affirmés. Les libertés et droits fondamentaux sont proclamés, en France dans l'emblématique « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », dont le texte est adopté le 26 août 1789 par l'Assemblée constituante.

25 Ce phénomène conduit à la valorisation de la loi et à l'éclosion en Europe d'un autre phénomène, proprement juridique : la **codification du droit privé.** Ainsi voient le jour le code prussien *(Preussisches Allgemeines Landesrecht)* en 1794, le Code civil français (« Code Napoléon », sur ordre de l'empereur !) en 1804 et le Code civil autrichien *(Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch)* en 1811.

26 Le Code civil français est typiquement un **produit de la Révolution** de 1789. Dans le prolongement, il s'est servi de la Révolution pour s'exporter par les armes. Il exercera une influence déterminante en Europe, et bien ailleurs.

27 Comme d'autres, le Code civil français marque une **rupture** avec le passé, quand bien même il ne se détache pas de la tradition romaniste, quand bien même il puise dans les coutumiers et les ordonnances royales de l'Ancien régime, dans la philosophie des Lumières et la pensée de l'École du droit naturel[25]. En ce sens promeut-il des **idées fortes** qui s'im-

---

24 BART JEAN, Le Code Napoléon, un code à vocation européenne, in Le Code civil français dans le droit européen, Dunand Jean-Philippe/Winiger Bénédict (édit.), Bruxelles 2005, p. 68 s. ; CARBONNIER JEAN, Le Code civil in Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire, Paris 2004, p. 20 ss ; RISKE OLIVIER, La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit européen, thèse Neuchâtel, Bâle 2016, N. 106.

25 HALPÉRIN JEAN-LOUIS, Le regard de l'historien, in Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire, Paris 2004, p. 48 s. ; BOUINEAU JACQUES, Le XIX^{e} siècle, âge d'or du Code civil, in 200 ans de Code civil, Paris 2004, p. 39.

posaient peu à peu, comme la laïcité, l'individualisme, l'égalité, la liberté, en particulier dans le droit des biens (ainsi la garantie de la propriété, art. 544 CCfr.) et le droit des contrats (art. 1103 CCfr.)[26]. Le Code français est aussi mysogine, il faut le dire : la femme mariée est assimilée à une « incapable majeure »[27].

La codification joue partout un **rôle fédérateur,** en reléguant les coutumes régionales disparates. Elle constitue une étape déterminante dans l'évolution du droit. Elle y introduit les concepts de système, de rationalité, de sécurité, d'accessibilité et, dans une certaine mesure, d'exhaustivité et de permanence[28]. 28

B. La situation helvétique

En Suisse, le processus de codification du droit privé s'est déroulé **par le bas** (d'abord au niveau des cantons) et **par étapes** (dans le domaine du droit des obligations, puis dans les autres matières du droit civil). 29

Certes, un projet d'unification, selon le modèle français, avait été lancé sous l'éphémère République helvétique (1798 à 1803), mais il fut enterré compte tenu de l'instabilité politique qui régnait dans le pays à cette époque[29]. Ni l'Acte de médiation (1803), ni le Pacte fédéral (1815) n'ouvriront la voie de l'unification du droit privé. On signalera quelques **concordats intercantonaux** sur des questions sensibles, soit le mariage entre des personnes de religions différentes ou entre des ressortissants de cantons différents[30]. 30

---

26 BOUINEAU, op. cit. (n. 25), p. 54 ss ; ROUX JÉRÔME, Permanences et mutations du Code civil au XX^e^ siècle, in 200 ans de Code civil, Paris 2004, p. 163 ss. L'art. 1103 CCfr. correspond à la version originaire de l'art. 1134 al. 1 CCfr.

27 BOUINEAU, op. cit. (n. 25), p. 57.

28 DUNAND JEAN-PHILIPPE, Entre tradition et innovation. Analyse historique du concept de code, in Le Code civil français dans le droit européen, Dunand Jean-Philippe/ Winiger Bénédict (édit.), Bruxelles 2005, p. 10 ss ; RISKE OLIVIER/CARRON BLAISE, 111 ans après : La place du Code des obligations au sein des grandes codifications, RDS 2022 I p. 33 ss et 42.

29 HUBER HANS, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, t. IV, p. 202 (t. I 1886, t. II 1888, t. III 1889, t. IV 1893), Berne ; BOUINEAU, op. cit. (n. 25), p. 74 ss, qui relate notamment l'histoire juridique des cantons du Valais, de Vaud, de Fribourg et de Neuchâtel à l'époque.

30 HUBER, op. cit. (n. 29), t. IV, p. 202 ; BERBERAT DIDIER/PERDRIZAT DANIEL, L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé, in L'unification du droit privé du XIX^e^ siècle, Caroni Pio (édit.), Fribourg 1986, p. 16.

31 La Constitution fédérale du 12 septembre 1848 fait passer la Suisse d'une Confédération d'États à un **État fédératif,** lequel ne se voit pas conférer d'attributions en matière de droit civil. Tout au plus les Chambres adoptent le 3 octobre 1850 une loi sur les mariages mixtes, dont la constitutionnalité était discutable[31].

32 Au milieu du XIX[e] siècle, la plupart des cantons avaient leur **propre code** – parfois incomplet – soumis à des influences communes. De ce point de vue, les droits privés cantonaux pouvaient être regroupés en quatre courants[32] :

- Le **« courant français »,** soit les cantons qui avaient pris le Code civil français de 1804 pour modèle (Fribourg, Genève, Neuchâtel, Tessin, Valais).
- Le **« courant autrichien »** réunissant les cantons qui s'étaient inspirés de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich* de 1811 (Argovie, Berne, Lucerne, Soleure).
- Le **« courant zurichois »,** ainsi nommé parce qu'il était constitué des cantons influencés par le *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* de 1853/1855 (outre Zurich, Glaris, les Grisons, Nidwald, Schaffhouse, Thurgovie, Zoug).
- Le **courant sans codification,** soit des cantons où l'ancien droit prévalait, souvent sous la forme de coutumiers et de recueils de jurisprudence (Appenzell Rhodes-Intérieures, Bâle-Ville, Obwald, Saint-Gall, Schwytz, Uri). Les cantons d'Appenzell Rhodes-Extérieures et de Bâle-Campagne avaient préféré se doter de lois spéciales.

---

31 Norme visant le maintien de l'ordre public et la paix confessionnelle ; cf. BERBERAT/PERDRIZAT, op. cit. (n. 30), p. 17.

32 HUBER, op. cit. (n. 29), t. IV, p. 186 ss ; ELSENER FERDINAND, Geschichtliche Grundlegung. Rechtschulen und kantonale Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, in SPR I, Bâle et Stuttgart 1969, p. 47 ss ; PICHONNAZ, Rapport, p. 126 ; RISKE/CARRON, op. cit. (n. 28), p. 43.

II. Vers l'unification du droit des obligations

A. Des tendances unificatrices

Après la menace d'éclatement lors de la « guerre du Sonderbund », l'**avènement de l'État fédéral** amorce dès le milieu du XIX^e^ siècle le commencement d'une période de stabilité dans le pays. 33

Certains cantons choisissent la **voie conventionnelle** pour harmoniser leur législation civile dans certains secteurs. On mentionnera notamment le Concordat du 5 août 1852 concernant la fixation et la garantie des vices rédhibitoires du bétail (à l'origine, neuf cantons) ; le Concordat du 3 décembre 1856 pour la protection de la propriété littéraire et artistique (à l'origine, dix cantons)[33]. 34

Peu à peu, des tendances visant l'**unification du droit privé** à l'échelon fédéral s'affirment. L'idée d'un concordat général, privilégiée dans un premier temps, cède bientôt le pas à celle d'une loi uniforme. Ce sont d'abord le droit commercial et le droit de change qui suscitent l'intérêt. L'adoption en 1861 de l'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* n'y est pas étrangère[34]. 35

En ce sens, une **multitude d'initiatives** en tout genre sont lancées, qui émanent de cantons et des autorités fédérales (exécutives, parlementaires), et également de la société civile. Ainsi les milieux économiques mettent en exergue les entraves au commerce que constitue la disparité des systèmes juridiques ; en somme, ils préconisent une libre circulation des personnes, des marchandises et des services. S'y ajoute une poussée centralisatrice pilotée par les Radicaux, qui prônent la consolidation de l'unité du pays et donc le renforcement de l'État fédéral[35]. 36

Après de multiples rapports et expertises, une **étape décisive** marque l'évolution en cours : le 22 août 1862, le Conseil fédéral charge le professeur Walther Munzinger de rédiger un **projet de code de commerce,** 37

---

33 HUBER, op. cit. (n. 29), t. III p. 727 ss, t. IV p. 203 ss ; BERBERAT/PERDRIZAT, op. cit. (n. 30), p. 17 s. et les réf. cit.

34 ROSSEL VIRGILE, Manuel de droit fédéral des obligations, t. I (Art. 1-551 CO), Lausanne 1920, p. 9 s. ; BERBERAT/PERDRIZAT, op. cit. (n. 30), p. 18 s.

35 HUBER, op. cit. (n. 29), t. IV p. 207 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 127 ; HABERSTICH JOHANN/GILLIÉRON CHARLES, Manuel de droit fédéral des obligations, 3 vol., Moudon 1886-1890, I p. XI et XII.

sous la forme d'un concordat. Le texte est livré en septembre de l'année suivante. Il inclut également des propositions d'unification d'aspects importants du droit des obligations, notamment de contrats spéciaux. Il est soumis à une commission, puis en 1864 aux Chambres fédérales. Aucun accord ne se réalise : le Conseil national est d'avis que l'objectif visé doit prendre la forme, non d'un concordat intercantonal, mais d'une loi uniforme fédérale. C'est dire qu'une révision de la Constitution est nécessaire[36]. Cet avis est partagé, entre autres associations et groupements d'opinions, par la Société suisse des juristes, dans une pétition du 13 novembre 1868 adressée au Conseil fédéral[37].

38 Au début de l'année 1872, le Parlement fédéral opta pour la **révision totale de la Constitution,** en particulier pour l'unification du droit civil et de la procédure civile. Le 12 mai, le peuple et les cantons rejetèrent le projet à une assez courte majorité. Les cantons romands et les cantons catholiques s'étaient rangés dans le camp du refus, jugeant le texte proposé trop centralisateur[38]. Cet échec, soit dit en passant, n'avait pas entravé la poursuite des travaux en vue de l'unification du droit des obligations. Plusieurs projets furent élaborés, par Walther Munzinger d'abord, puis à son décès en 1873, par Heinrich Fick[39].

B. La révision constitutionnelle de 1874

39 L'échec du référendum de 1872 ne découragea guère les réformateurs. Le 20 décembre de la même année, l'Assemblée fédérale adopta une motion tendant à soumettre un nouveau projet constitutionnel au scrutin du peuple et des cantons. Le texte proposé se voulait **moins centralisateur,**

---

36 Message du CF du 27 novembre 1879 concernant le projet de LF sur les obligations et le droit commercial, FF 1880 I 128 ss ch. 3 ; CARONI PIO, Der « democratische » code unique von 1881, in Das Obligationenrecht 1883-1983, Caroni Pio (édit.), Berne 1984, p. 29 s ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 1 et 13 ss.

37 DUNAND JEAN-PHILIPPE, D'une codification à l'autre : le rôle de la Société suisse des juristes dans l'unification du droit suisse, RDS 2011 II p. 220 s. ; à noter que la SSJ préconisait aussi l'unification de la procédure civile.

38 AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967, t. 1 p. 48.

39 PICHONNAZ, Rapport, p. 128 ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Introd. gén. N. 3.

donc propre à rallier les fédéralistes romands. Le 19 avril 1874, il fut accepté à une confortable majorité[40].

La nouvelle Constitution confère à la Confédération en son art. 64 la **compétence de légiférer** « sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change) ». Par ailleurs, elle renforce les compétences fédérales dans les domaines des institutions et des droits populaires, notamment par l'instauration d'un tribunal fédéral permanent, par l'élargissement des libertés individuelles et par l'introduction du droit de référendum à l'égard des lois adoptées par le parlement. 40

D'autres matières relevant du droit privé entrent dans les **attributions fédérales :** l'état civil et le mariage, la capacité civile, la poursuite pour dettes et la faillite, la propriété littéraire et artistique. La Confédération utilisera ces compétences dans la décade qui suit le référendum de 1874[41]. 41

§ 2 Le processus de codification fédérale

I. Le Code de 1881

A. Un Code inspiré

Disposant enfin d'une base constitutionnelle, le Parlement vota l'adoption du **Code fédéral des obligations** le 14 juin 1881 ; l'entrée en vigueur eut lieu le 1er janvier 1883. 42

Le Code se fonde en grande partie sur les **travaux de Walther Munzinger,** en particulier sur le projet de concordat intercantonal de 1863, puis sur les projets de code de 1869 et de 1871, qui anticipaient la compétence fédérale votée en 1874. Au décès de Munzinger, Heinrich Fick pour- 43

40 Grosso modo : pour le peuple : 340 000 oui/198 0000 non ; pour les cantons : 14 cantons et demi approuvent le projet/7 cantons et demi le refusent. Cf. sur ce point BERBERAT/PERDRIZAT, op. cit. (n. 30), p. 23 et les réf. cit.

41 BERBERAT/PERDRIZAT, op. cit. (n. 30), p. 23 ss et les réf. cit.

suivit la phase préparatoire du processus législatif, par des projets élaborés en 1875, 1877 et 1879[42].

44 Le Code s'inspire de **plusieurs sources,** dont les solutions se trouvent parfois enchevêtrées dans le corps du texte. Parmi ces sources, on citera les codes de la période postrévolutionnaire, soit les codes français (1804) et autrichien (1811)[43], également le code zurichois de 1853/1855, de même le code de commerce général allemand de 1861 *(Allgemeines Deutsches Handelgesetzbuch),* enfin le *Dresdner Entwurf* élaboré entre 1863 et 1866[44] ; ce projet, soit dit en passant, exercera une influence importante sur le futur droit des obligations allemand (§ 241 ss BGB, *Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse*).

B. L'esprit et le contenu du Code

45 Le Code de 1881 doit beaucoup aux travaux de Munzinger. Ce dernier estimait qu'en fin de compte il s'avérait préférable d'envisager un **« code unique »,** c'est-à-dire un code des obligations qui intègre le droit commercial. Il y voyait une exigence démocratique justifiée par le particularisme helvétique[45]. Dans le prolongement, il était soucieux, au nom d'un certain pragmatisme, que le Code soit simple et accessible, et qu'il réponde aux besoins pratiques des personnes[46].

46 S'agissant du **contenu,** le Code regroupait aux art. 1 à 189, dans les grandes lignes, les matières qui figurent aujourd'hui dans les « Dispositions générales ». Puis il régissait les « Droits réels sur les biens meubles » (art. 190 à 228) et les contrats spéciaux (art. 229 à 523), hormis la vente immobilière et la donation ; de même la société simple (art. 524 à 551). Quant à la partie proprement commerciale, elle regroupait les règles

---

42 WINIGER BÉNÉDICT, Le Code suisse dans l'embarras entre BGB et Code civil français, in Le Code civil français dans le droit européen, Dunand Jean-Philippe/Winiger Bénédict (édit.), Bruxelles 2005, p. 157 s. ; PICHONNAZ, Rapport, p. 128 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 1 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 1. Cf. aussi *supra* N. 37 s.

43 Cf. *supra* N. 25.

44 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Introd. gén. N. 3 ; WINIGER, op. cit. (n. 42), p. 157 ss ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 13 ss.

45 CARONI, op. cit. (n. 36), p. 20 s. et 51 ss ; BUCHER, Rapport, p. 263 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 65 s.

46 MUNZINGER WALTHER, *Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes,* Berne 1865, p. 5.

relatives aux sociétés (art. 552 à 719) et aux effets de change (art. 720 à 858), ainsi que celles couvrant le RC, les raisons de commerce et la comptabilité commerciale (art. 859 à 880).

II. Le Code de 1911

A. La révision constitutionnelle de 1898

L'entrée en vigueur des lois adoptées sur la base de l'art. 64 Cst. féd., notamment du Code fédéral des obligations, ne ralentit aucunement le **mouvement d'unification** du droit privé. Dès 1883, la Société suisse des juristes suscita des travaux préparatoires en vue de l'élaboration d'un code civil. L'année suivante, à l'instigation du Conseiller fédéral Louis Ruchonnet, elle mandate Eugen Huber – professeur à Halle, en Allemagne orientale, puis à Berne – d'entreprendre une étude historico-comparatiste des droits civils cantonaux[47]. Il en résulte un ouvrage imposant, publié en quatre volumes entre 1886 et 1893 : *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts.* Huber y rend compte de l'évolution des droits cantonaux pour vérifier l'émergence d'un droit privé suisse[48]. Il est alors chargé par le Département fédéral de justice et police de rédiger un Avant-projet de Code civil. Plusieurs propositions partielles verront le jour entre 1893 et 1897. 47

C'est donc bien en toute connaissance des travaux de Huber que le Conseil fédéral soumet en 1896 un message aux Chambres fédérales, qui prévoit une **révision de l'art. 64 Cst. féd.** et l'attribution à la Confédération de la compétence de légiférer « sur les autres matières du droit civil » (al. 2)[49]. Le peuple et les cantons se prononcent en 1898. Ils acceptent à une nette majorité cette nouvelle compétence générale. 48

B. Le Code civil de 1907

L'avènement du XX[e] siècle marque l'accélération du **processus d'élaboration** d'un code civil, toujours sous la conduite experte d'Eugen 49

47 DUNAND, op. cit. (n. 37), p. 223 ss.
48 DUNAND, op. cit. (n. 37), p. 225 ; WINIGER, op. cit. (n. 42), p. 161 ss.
49 Autres matières que celles octroyées dans la version originaire de la norme constitutionnelle ; cf. BERBERAT/PERDRIZAT, op. cit. (n. 30), p. 27.

Huber. En 1900, le Département fédéral de justice et police publie un avant-projet complet, qui sera examiné par une grande commission d'experts. Puis en 1904, le Conseil fédéral soumet au Parlement un message à l'appui d'un projet de loi[50]. Le Code civil suisse sera adopté le 10 décembre 1907, à l'unanimité.

C. Le Code des obligations de 1911

50 Les travaux préparatoires du Code civil soulèvent l'inévitable question de l'**avenir du Code des obligations.** Au départ, c'est-à-dire dans les premières années du XX^e^ siècle, deux idées majeures prévalaient, qui furent plus tard démenties par les faits. D'abord, il paraissait opportun de limiter la révision du droit des obligations à la seule exigence de l'adaptation au Code civil. Le refus d'une réforme substantielle de la matière se justifiait autant par le constat de la valeur du Code de 1881 que par la crainte d'une imitation du BGB allemand, d'inspiration pandectiste[51]. Ensuite, il convenait d'incorporer le droit des obligations au Code civil, pour en faire un cinquième livre, avec une numérotation d'articles en continu. Cette idée était notamment soutenue par une commission d'experts – la Commission dite de Langenthal – qui se réunit en 1904[52]. Elle fut reprise dans un avant-projet rédigé par Eugen Huber, lequel incarne encore une fois le véritable rôle de codificateur.

51 Le **premier projet** du Conseil fédéral date du 3 mars 1905[53]. Il limitait déjà la réforme au seul droit des obligations – au sens strict – en excluant celle du droit commercial. Le temps pressait, éveillant la préoccupation de faire entrer en vigueur le nouveau droit dans les meilleurs délais, à l'instigation des milieux fédéralistes.

52 Le projet fut examiné par une grande commission d'experts, puis remanié par Huber. À ce stade, on se rendait compte que l'**adaptation du droit des obligations** ne pouvait se limiter à la terminologie et au déplacement de matières dans le Code civil, tels la capacité civile et les droits réels

---

50 FF 1904 IV 1 ss ; pour une description sommaire des discussions aux Chambres fédérales, cf. TAPPY DENIS, Introduction, in Code civil suisse et Code des obligations annotés, Braconi Andrea/Carron Blaise/Gauron-Carlin Sabrina, 11^e^ édition, Bâle 2020, p. XXIII. Cf. BK-MÜLLER, Introd. N. 1 et 4.

51 ROSSEL, op. cit. (n. 34), p. 12 s.

52 TAPPY, op. cit. (n. 50), p. XXIII ; PICHONNAZ, Rapport, p. 129 ss.

53 FF 1905 II 1 ss.

mobiliers. Il s'imposait également de procéder à quelques **adjonctions,** par exemple à l'incorporation de la lésion et de la reprise de dette dans la Partie générale, à celle de la vente immobilière et de la donation dans la Partie spéciale[54].

Le 1er juin 1909, le message à l'appui d'un nouveau projet de Code des obligations fut soumis à l'examen du Parlement[55]. Les travaux se déroulèrent en 1909 et 1910. La décision définitive d'un **code distinct** du Code civil, avec numérotation d'articles propre, fut prise, comme le refus d'un code de commerce et le maintien en l'état de la partie commerciale, sous réserve de quelques modifications (ainsi le basculement des règles régissant l'association dans le CC). Et la commission de rédaction clôtura les débats[56]. 53

C'est le 30 mars 1911 que les Chambres fédérales adoptent, à l'unanimité, le **Code des obligations,** sous le titre : « Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) ». L'entrée en vigueur des deux Codes aura lieu comme prévu le 1er janvier 1912. 54

§ 3 Les caractéristiques du Code

I. Une œuvre originale

A. Une codification helvétique

Ce sont des **motifs politiques,** liés essentiellement à la structure fédéraliste du pays, qui traduisent le processus de la codification en Suisse[57]. Et ce sont des **motifs historiques** qui expliquent que le droit des obligations ne soit formellement pas intégré au Code civil, comme cela se rencontre dans la plupart des ordres juridiques continentaux, par exemple en droit français (art. 1100 ss nouv. CCfr.) et en droit allemand (§ 241 ss BGB). 55

54 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Introd. gén. N. 7 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 133 ; HONSELL, Rapport, p. 11 ss. Cf. aussi *infra* N. 58.

55 FF 1911 I 695 ss. Cf. BK-MÜLLER, Introd. N. 1 et 3 ss.

56 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Introd. gén. N. 11 ; TAPPY, op. cit. (n. 50), p. XXV s. ; ROSSEL, op. cit. (n. 34), p. 17 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 129 s.

57 Cf. *supra* N. 29.

56 Quand bien même il emprunte au BGB de 1896 et au nouveau Code de commerce allemand de 1897, le Code de 1911 reprend en grande partie celui de 1881, soit sa structure, ses instruments et ses modalités[58]. C'est dire qu'il est empreint des idées qui ont marqué les **codifications au XIX^e^ siècle,** et parmi elles au premier chef, la pensée libérale au service des échanges commerciaux.

57 Toutefois, le souci de protéger les acteurs de la vie juridique, d'abord les plus faibles, n'est pas absent des préoccupations du législateur[59]. Ainsi, l'autonomie de la volonté trouve des **bornes** dans les normes garantissant la protection de la personnalité, qui prônent le respect des bonnes mœurs et de la bonne foi et qui interdisent les abus de droit (art. 2 et 27 ss CC, 19 à 31 CO). En ce sens n'est-il pas exagéré de parler ici d'un « code-innovation »[60] : il a sans doute contribué à l'essor de la Suisse ; il a également exercé une influence sur des législations étrangères – celle de la Turquie au premier chef – et sur la pratique de l'arbitrage international[61].

B. Un Code remanié et complété

58 S'agissant du contenu, le Code de 1911 a repris pour l'essentiel les **acquis** du Code de 1881. Il s'enrichit pourtant de quelques règles et institutions juridiques, jugées nécessaires, voire indispensables. Pour s'en tenir à la Partie générale, on mentionnera les promesses publiques (art. 8), la lésion (art. 21), la promesse de contracter (art. 22), la concurrence déloyale (art. 48, qui fera l'objet dès 1945 d'une loi spéciale), le compte courant (art. 117) et la reprise de dette (art. 175 à 183)[62]. Bon nombre de dispositions font évidemment l'objet de modifications rédactionnelles et terminologiques et certaines d'entre elles d'une adjonction, comme l'art. 107 al. 2 sur la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux. Quelques matières sont retouchées en profondeur, tel le régime des actes illicites

---

58 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 1. Cf. aussi *supra* N. 42 ss.

59 PICHONNAZ, Rapport, p. 128.

60 DUNAND, op. cit. (n. 28), p. 37 et 41 ; ENGEL, Rapport, p. 36 ; MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 17.

61 BUCHER, Rapport, p. 273 ; DUNAND JEAN-PHILIPPE, Le Code civil de Eugen Huber : une loi conçue dans l'esprit de la démocratie ?, in La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse, Tschannen Pierre (édit.), Zurich 2005, p. 77 ; TERCIER PIERRE, L'anniversaire de la réception du droit civil suisse en Turquie, RDS 1997 I p. 3 ss.

62 MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 5 ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Introd. gén. N. 12.

(art. 41 ss), avec le transfert de la responsabilité du chef de famille dans le Code civil (art. 333 CC).

La Partie spéciale subit des **modifications plus importantes,** qui visent l'introduction de nouveaux contrats (en particulier des contrats d'aliénation et le courtage), ainsi que la réforme de contrats existants (notamment le contrat de louage de services, qui s'intitulera dorénavant « contrat de travail »)[63]. Quant aux règles commerciales du Code de 1881, elles resteront pratiquement inchangées, sous réserve de quelques réajustements, comme le transfert du droit de l'association dans le Code civil[64]. Une révision totale aura lieu en 1936[65]. 59

C. La méthode législative

Au nom d'un certain pragmatisme commandé avant tout par la structure fédéraliste de la Suisse, Munzinger avait voulu à son époque un **code simple et accessible,** apte à répondre aux besoins pratiques des personnes et à s'adapter à chacune des entités culturelles du pays[66]. Le Code révisé en 1911 épouse la même orientation. Huber entend prendre en compte les intérêts en présence et si possible les concilier, sans méconnaître « le bien général »[67]. Fruit d'inévitables compromis, l'esprit se veut donc rassembleur, avec l'ambition d'allier le respect de la tradition et la nécessité de l'innovation[68]. 60

En ce sens, le nouveau Code n'apparaît pas comme une loi dogmatique et exhaustive. Il reste **ouvert,** intégrant des règles flexibles, comme celle qui, trop étroitement dans son libellé, pose le principe de la liberté contractuelle (art. 19 al. 1). Il évite également les formules abstraites et renonce à fournir des définitions, celle de l'obligation par exemple, ou de l'acte juridique[69]. Il se borne aussi à trancher les cas les plus importants, en conférant au juge, ici et là, un pouvoir d'appréciation en équité (art. 4 CC). Quant à la rédaction du texte, elle est généralement 61

63 ROSSEL, op. cit. (n. 34), p. 13 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 132 s.
64 ROSSEL, op. cit. (n. 34), p. 17.
65 Cf. *infra* N. 65.
66 ROSSEL, op. cit. (n. 34), p. 17 ; cf. aussi *supra* N. 45.
67 HUBER EUGEN, Exposé des motifs de l'Avant-projet du DFJP, Berne 1902, p. 3 ; DUNAND, op. cit. (n. 28), p. 40.
68 HUBER, op. cit. (n. 67), p. 5 s. ; BUCHER, Rapport, p. 265 ss ; RISKE/CARRON, op. cit. (n. 28), p. 44 ss.
69 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Introd. gén. N. 44 ; HONSELL, Rapport, p. 18.

claire et simple, quelquefois presque familière, souvent concise. Les dispositions légales s'organisent fréquemment en alinéas – trois au plus –, rédigés en une phrase, sans renvoi exprès à d'autres articles[70]. Ces qualités, il est vrai, s'estompent quelque peu dans la réglementation révisée de certains contrats tel le cautionnement (ainsi l'art. 493 sur la forme de l'acte : sept alinéas) ou le bail (ainsi l'art. 271*a* sur l'annulation du congé donné par le bailleur, très long et truffé de renvois légaux).

62 Par ailleurs, l'objectif visant à réaliser un code pratique et accessible a quelquefois conduit à des **incorrections rédactionnelles et terminologiques.** Pour s'en tenir à quelques exemples tirés de la version française de la Partie générale[71], il faudrait plutôt parler d'objection – et non d'exception – de simulation à l'art. 18 al. 2, de résolution *(ex tunc)* – et non de résiliation *(ex nunc)* – à l'art. 95 sur la demeure du créancier et aux notes marginales des art. 107 et 109 sur la demeure du débiteur. La note marginale de l'art. 111 devrait énoncer « promesse de porte-fort », et celle de l'art. 172 « cession en vue du paiement ». Enfin, la règle-renvoi au droit délictuel de la responsabilité civile, prévue à l'art. 99 al. 3, comporte une portée trop étendue, qui ne correspond pas à la volonté du législateur, telle qu'exprimée dans les versions allemande et italienne.

II. Le Code unique et les règles commerciales

A. La confirmation du Code unique

63 Certains États, comme l'Allemagne, l'Autriche et la France, se sont dotés d'un code de commerce. La Suisse, à l'instar de l'Italie depuis 1942, s'en est tenue au **code unique.** Dans notre pays, le choix d'un système moniste s'est opéré déjà dans la seconde moitié du XIX^e^ siècle, lors de la première phase d'unification du droit privé. Il trouvait appui sur des arguments d'ordre démocratique, soit la volonté de réaliser une loi accessible, le refus de réserver un droit spécial aux commerçants, le souci de ne pas favoriser le corporatisme[72]. À ces arguments s'ajoutait une raison pra-

70 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Introd. gén. N. 44 ; HONSELL, Rapport, p. 17 s.
71 Cf. sur ce point ENGEL, Rapport, p. 80 s. Cf. aussi *infra* N. 248 s.
72 Cf. *supra* N. 45 ; CARONI, op. cit. (n. 36), p. 20 s. et 51 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 65 ss ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 36 ss.

tique : écarter la difficulté de délimitation des matières qu'implique tout système dualiste[73].

L'idée d'un code de commerce a de nouveau été agitée au début du XX^e^ siècle. Mais elle n'est pas arrivée à maturité. L'**empressement** à faire entrer en vigueur les deux codes a finalement eu raison d'un chambardement systématique comme de la révision au fond des parties commerciales[74]. 64

B. La réforme du droit commercial

Dès l'adoption du Code de 1911, Eugen Huber travailla à la **révision des parties commerciales.** Le processus législatif se poursuivit au-delà de sa mort en 1923. Il fut retardé par les travaux d'adoption et de ratification de plusieurs conventions internationales en matière de lettres de change, de billets à ordre et de chèques, conclues à Genève en 1930 et 1931[75]. Les Chambres fédérales délibérèrent de 1931 à 1936 sur le projet de révision des titres XXIV à XXXIII. La loi fut votée le 18 décembre 1936. Elle entra en vigueur le 1^er^ juillet 1937[76]. 65

C. Les règles commerciales

En règle générale, le Code s'applique aux non-commerçants comme aux commerçants, aux contrats « civils » comme aux contrats commerciaux[77]. Outre les « vertus démocratiques »[78], le système comporte l'avantage de la **simplicité pratique.** En revanche, il présente l'inconvénient que certaines dispositions conviennent mieux aux professionnels. Ainsi en est-il par exemple des règles de la vente et du contrat d'entreprise en matière de garantie des défauts (art. 197 ss, 367 ss), spécialement de l'incombance d'avis qui pèse sur l'acheteur ou le maître (« d'après la 66

73 ROSSEL, op. cit. (n. 34), p. 16.
74 Cf. *supra* N. 51, 53 et 54 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 124.
75 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 2.
76 À l'exception des règles régissant la communauté des créanciers dans les emprunts par obligation, modifiées postérieurement. Cf. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Introd. gén. CO, N. 13 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 7 ss.
77 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Introd. gén. N. 49 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 12 s. ; BK-MÜLLER, Introd. N. 65 ss.
78 Cf. *supra* N. 62.

marche habituelle des affaires », disent les art. 201 al. 1 et 367 al. 1) ; le TF en fait une interprétation sévère, voire draconienne[79].

67 Si elle ne dispose pas d'un code de commerce, la Suisse s'est dotée d'un **droit commercial**. Ce droit comprend des institutions et des règles réservées, légalement sinon pratiquement, en fonction des besoins propres, aux activités commerciales[80]. Le siège de ces matières se trouve principalement dans les troisième, quatrième et cinquième parties du Code (art. 552 à 1186), mais aussi dans la deuxième partie, notamment dans les dispositions régissant des contrats commerciaux, comme le contrat d'agence (art. 418*a* ss), la commission (art. 425 ss) et le contrat de transport (art. 440 ss).

68 On observe aussi que le Code complète parfois une règle « civile » par une disposition applicable aux **activités commerciales.** Ainsi peut-on citer l'art. 104 al. 3 sur le taux de l'intérêt moratoire, les art. 190 et 191 al. 2 sur la demeure du vendeur, l'art. 215 sur la demeure de l'acheteur, de multiples règles en matière de bail à loyer (art. 257*b*, 257*d*, 257*e*, 257*f* al. 3, 261 al. 2 let. *a*, 263, 266*d*, 266*l*, 268 ss, et les art. 269 ss sur les loyers abusifs et art. 271 ss sur les congés), ainsi que l'art. 313 al. 2 relatif à l'intérêt en cas de prêt de consommation.

69 Enfin convient-il de préciser que le Code réserve ici et là les **usages commerciaux**[81].

---

79 ATF 107 II 172 cons. 1, JT 1981 I p. 598, dont la jurisprudence a été quelque peu assouplie dans ATF 118 II 142 cons. 3, JT 1993 I p. 300 ; BUCHER, Rapport, p. 338 s.

80 CARONI, op. cit. (n. 36), p. 19 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 12.

81 Cf. *infra* N. 86 ss.

Chapitre III : La portée du Code

Bibliographie spéciale :

CoRo-CC I-**Bovet/Grodecki,** art. 6 ; **Bucher,** OR, p. 8 ss, 71 ss ; **Deschenaux,** TDP II, I, p. 35 ss ; CoRo-CC I-**Foëx,** ad art. 7 ; **Gauch/Schluep/Schmid,** N. 13 ss, 1217 ss ; ZK-**Lieber,** Einleitung I.1, art. 7 CC ; ZK-**Marti,** Einleitung I.1, art. 5 et 6 CC ; **Piotet,** Denis, Droit cantonal complémentaire, TDP I.II, Fribourg/Bâle/Francfort 1998, V. Droit des obligations, p. 323 ss ; BaK-ZGB I-**Lardelli/Vetter,** ad art. 5-9 ; BK-**Müller,** Introd. N. 10 à 37, 61 à 83 ; **Steinauer,** Paul-Henri, L'unité du droit privé, in Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), Zurich 2008, p. 103 ss ; **Steinauer,** TDP II/1, § 3 Loi applicable, p. 39 ss ; **Tercier/Bieri/Carron,** N. 150 ss ; CoRo-CC I-**Winiger,** art. 5.

§ 1 La compétence fédérale et les réserves cantonales

I. Le principe : une compétence fédérale

Depuis 1874, la Confédération dispose d'une **compétence générale,** quasi exclusive, dans le domaine du droit des obligations (art. 64 al. 1 aCst. féd.), qui a été étendue en 1898 à l'ensemble du droit civil (art. 64 al. 2 aCst. féd.)[82]. 70

À partir de 1912, les cantons n'étaient plus habilités à légiférer en la matière, sauf là « où leur compétence législative a été maintenue » (art. 5 al. 1 CC) ; corollaire, leurs lois civiles furent abrogées à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit (art. 51 Tfin. CC). C'est ce qu'on appelait autrefois le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 disp. trans. aCst. féd.), dénommé aujourd'hui le **principe de la primauté du droit fédéral** (art. 49 al. 1 Cst. féd.). 71

Par les Codes, également par des lois et ordonnances spéciales[83], le législateur fédéral a dit sa volonté d'appréhender l'ensemble de la matière du droit privé. On parle parfois de **principe de la codification géné-** 72

82 Cf. *supra* N. 5, 39 s. et 48.
83 Cf. *infra* N. 118 ss et 134 ss.

rale du droit privé[84]. Il n'empêche que les cantons demeurent compétents dans le domaine du droit public (art. 6 al. 1 CC).

73 L'art. 6 al. 1 CC pose une **réserve impropre** ou improprement dite, de portée générale et déclarative. Elle confirme l'existence de compétences au bénéfice des cantons[85]. Ainsi ceux-ci sont-ils admis à restreindre ou prohiber le commerce de certaines choses ou frapper de nullité les opérations qui s'y rapportent (art. 6 al. 2 CC). Encore faut-il que le législateur fédéral n'ait pas voulu traiter la matière de façon exhaustive, qu'au surplus la réglementation cantonale soit justifiée par un intérêt public pertinent et qu'elle n'élude pas le droit civil fédéral, ni n'en contredise le sens ou l'esprit[86]. À titre d'exemple, une ordonnance qui fixe le maximum de commissions dues en cas de courtage professionnel de locaux d'habitation et de commerce est conforme au droit fédéral[87] ; tel n'est pas le cas en revanche d'une disposition qui prescrit le gel du prix des terrains, dans la mesure où elle constitue une restriction majeure à la liberté contractuelle, dénuée de contrepartie[88].

74 La règle générale de l'art. 6 al. 1 CC trouve concrétisation dans des dispositions spéciales du droit privé fédéral. Celles-ci ne font que rappeler la compétence des cantons de légiférer dans un domaine déterminé du droit public[89]. Nous distingueront plus bas les réserves habilitantes et attributives[90].

75 Dans la Constitution fédérale adoptée le 18 avril 1999, c'est l'art. 122 al. 1 qui fonde la compétence de la Confédération en matière de droit privé. La **portée matérielle** de la norme ne se trouve pas modifiée, même si la délimitation exacte reste discutée[91]. Dans sa version originaire, l'art. 122 al. 1 limitait l'attribution constitutionnelle de la Confédération à « la législation en matière de droit civil »[92]. La révision concernant la réforme de la justice, acceptée par le peuple et les cantons le 12 mars 2000,

---

84 STEINAUER, TDP II/1, N. 167 ; CoRo-CC I-WINIGER, N. 18 ad art. 5.
85 DESCHENAUX, TDP II, I, p. 20 ; STEINAUER, TDP II/1, N. 209 s.
86 STEINAUER, TDP II/1, N. 216 ss ; CoRo-CC I-BOVET/GRODECKI, N. 33 ss ad art. 6 ; ATF 133 I 133 cons. 2.1.
87 ATF 110 Ia 111 cons. 3 et 4, JT 1985 IV p. 41.
88 ATF 112 Ia 382 cons. 5, JT 1988 I p. 274.
89 STEINAUER, TDP II/1, N. 208 ss, not. 220 s. ; CoRo-CC I-BOVET/GRODECKI : N. 14 et 60 ad art. 6.
90 Cf. *infra* N. 79.
91 Mess. CF du 20 novembre 1996, FF 1997 I 344 s. section 9.
92 ROLF 1999 III 2586.

élargit cette compétence à la procédure civile : le nouveau CPC a été adopté le 19 décembre 2008 pour entrer en vigueur le 1er janvier 2011.

II. Des exceptions : les réserves cantonales au sens propre

76 En promulguant les Codes, ainsi que des lois et ordonnances spéciales[93], le législateur fédéral a fait un **usage quasi complet** de la compétence que lui attribue la Constitution dans le domaine du droit civil. Toutefois il a jugé utile de consentir ici et là à quelques réserves en faveur du droit cantonal. En ce sens, celles-ci apparaissent comme des **exceptions** au partage des compétences entre la Confédération et les cantons et à l'idée d'exhaustivité qui imprègne le principe de la codification générale[94].

77 L'institution des réserves en question, appelée parfois délégations, est inscrite à l'art. 5 CC. Leur portée est **constitutive** « en ce sens qu'elles attribuent aux cantons une compétence qu'en principe ils n'ont pas (ou plus) »[95]. Il s'agit donc de **réserves au sens propre,** en faveur du droit privé cantonal (et non de réserves impropres, au sens de l'art. 6 al. 1 CC)[96].

78 La justification de telles réserves s'avère plurielle. À l'origine, les matières visées étaient liées de très près au droit cantonal, de telle sorte qu'une solution unitaire eût pu créer des contradictions, voire des oppositions au processus de la codification fédérale. Il fallait donc **ménager les particularismes,** sans lesquels un accord politique paraissait impossible[97]. Ainsi le cas significatif de la réserve successorale des frères et sœurs, selon les anciens art. 471 ch. 3 (modifié) et 472 (abrogé) CC. Ailleurs était-il opportun de prendre en compte les conditions locales visées par l'application de la norme, comme c'est le cas pour les rapports de voisinage (ainsi les art. 686 et 688 CC)[98]. Il est vrai que, depuis quelque temps, de tels arguments semblent parfois datés. Ce constat a conduit à la suppression de réserves symboliques, comme la réserve successorale des frères et sœurs (anciens art. 471 ch. 3 et 472 CC) et la réserve sur la prolongation des vacances payées du travailleur (ancien art. 329 al. 2).

---

93 Cf. *infra* N. 118 ss.
94 Cf. *supra* N. 72. Cf. ég. *infra* N. 1383 s. sur les CTT cantonaux.
95 DESCHENAUX, TDP II, I, p. 36 ; CoRo-CC I-WINIGER, N. 21 ad art. 5.
96 Cf. *supra* N. 73.
97 HABERSTICH/GILLIÉRON, op. cit. (n. 35), p. XIII ; STEINAUER, TDP II/1, N 171.
98 Cf. *supra* N. 74 et les réf. cit.

79 Comme énoncé ci-dessus, les réserves cantonales spéciales, improprement dites, sont de **deux espèces**[99]. Les premières sont dites **habilitantes,** en ce sens que les cantons peuvent, de façon facultative, modifier la réglementation fédérale. Par exemple, pour s'en tenir au droit des obligations, supprimer la poursuite en justice du recouvrement de créances découlant de la vente au détail de boissons spiritueuses (art. 186)[100] ; ou compléter la règle fédérale sur les enchères publiques (art. 236) ; ou encore rendre obligatoire l'usage de la formule officielle lors de la conclusion d'un bail d'habitation, en situation de pénurie de logements (art. 270 al. 2). Quant aux autres réserves, elles sont **attributives,** en ce sens que le législateur fédéral a renoncé à se saisir d'une matière au profit du droit cantonal. Un grand nombre d'entre elles se trouvent dans le Code civil, singulièrement dans les dispositions qui appréhendent la propriété foncière. Ainsi en est-il par exemple de l'art. 686 CC sur la détermination des distances à observer et sur d'autres prescriptions dans les constructions[101] ; cette délégation est à première vue facultative, mais de fait elle se révèle contraignante, compte tenu de l'importance de la question[102]. S'agissant du droit des obligations, il comporte assez peu de réserves de ce genre[103]. À titre d'exemple, on citera celle prévue à l'art. 359 al. 2 : elle vise l'établissement de contrats-types pour les travailleurs agricoles et le service de maison. Comme son texte le précise, les cantons sont tenus de réglementer les matières qui s'y rapportent. C'est dire que la réserve est impérative[104].

80 Faut-il préciser que le canton qui légifère en application d'une réserve doit en respecter la **limite.** Ainsi, une disposition cantonale qui prescrit l'utilisation de la formule officielle de l'art. 270 al. 2 pour la conclusion d'un bail commercial sera sanctionnée de nullité[105].

---

99 STEINAUER, TDP II/1, N. 178 ss.

100 PIOTET Denis, Droit cantonal complémentaire, TDP I.II, Fribourg/Bâle/Francfort 1998, V. Droit des obligations, p. 336 ss.

101 Autres exemples tirés des droits réels : art. 688, 695, 697, 709 et 740 CC.

102 CoRo-CC I-WINIGER, N. 28 ss ad art. 5.

103 Cf. les listes des réserves cantonales en droit des obligations chez ZK-MARTI, N. 190 ss ad art. 5 CC ; PIOTET, op. cit. (n. 100), p. 323 ss.

104 CoRo-CC I-WINIGER, N. 24 ad art. 5 ; ZK-MARTI, N. 19 ad art. 5 CC.

105 ATF 117 Ia 328 cons. 3 ; ZK-MARTI, N. 19 ad art. 5 CC.

III. Le renvoi à l'usage local

Les réserves cantonales peuvent également se traduire de façon indirecte par un **renvoi légal** à l'usage local, en ce sens que le droit cantonal en vigueur avant 1912[106] en est tenu pour l'expression (art. 5 al. 2 CC). L'ancien droit s'entend aussi des dispositions contenues dans les lois cantonales d'introduction au Code civil[107]. Selon un courant doctrinal, le droit actualisé devrait logiquement tomber dans le champ d'application de la présomption posée à l'art. 5 al. 2 CC[108]. 81

Au fil du temps, la règle a vu son importance **diminuer.** Ainsi, le législateur de la révision totale du droit du bail a renoncé en 1989 à la réserve de l'usage local dans la réglementation touchant la restitution de la chose louée, compte tenu que cette question est aujourd'hui appréhendée par les usages locatifs paritaires[109]. 82

Le renvoi à l'usage local s'exprime de façon importante dans des dispositions regardant l'**exercice de la propriété foncière,** comme celle qui interdit les immissions excessives (art. 684 al. 2 CC) ou une autre qui oblige à clore un terrain (art. 697 al. 2 CC)[110]. En droit des obligations, on citera l'art. 331 al. 1 CC, qui désigne le détenteur de l'autorité domestique et par conséquent le chef de famille, soit le sujet de la responsabilité inscrite à l'art. 333 CC. De même quelques règles du droit du bail ; par exemple l'art. 257*c* sur la définition des termes de paiement du loyer et les art. 266*b* à 266*d* sur la détermination des termes de résiliation pour différentes espèces de baux immobiliers. 83

L'usage local s'entend d'une **pratique courante** dans un canton, ou dans une région appartenant à un ou plusieurs cantons. Le contexte est donc géographique, même si la pratique concernée s'adresse à un cercle de personnes déterminées[111]. 84

S'agissant de sa signification juridique, on rappellera que l'usage local comble une **lacune** voulue par le législateur fédéral (lacune *intra legem*). En ce sens, il complète la règle de droit civil ; il en devient une 85

---

106 Cf. *supra* N. 54 et 71.

107 STEINAUER, TDP II/1, N. 201 ; ZK-MARTI, N. 262 ad art. 5 CC.

108 STEINAUER, TDP II/1, N. 202 ; CoRo-CC I-WINIGER, N. 48 ad art. 5 ; BaK-ZGB I-LARDELLI/VETTER, N. 50 ad art. 5.

109 Mess. du CF, FF 1985 I 1435 s., ch. 421.114.

110 STEINAUER, TDP II/1, N. 197.

111 STEINAUER, TDP II/1, N. 193 ; ZK-MARTI, N. 212 ad art. 5 CC ; CoRo-CC I-WINIGER, N. 46 ad art. 5.

source auxiliaire et acquiert de ce fait la valeur de **droit objectif,** lorsque la loi y renvoie. C'est dire que le juge est tenu de l'appliquer d'office[112].

86 Les usages locaux ne sauraient être confondus avec les **usages commerciaux,** soit des pratiques qui se forment dans un milieu d'affaires ou professionnel, voire dans un secteur de la vie sociale, comme il en va des usages locatifs paritaires acceptés par des associations de bailleurs et de locataires, ou leurs représentants (ex. : le CCRo). On parle parfois d'usances, d'us et coutumes, de codes de conduite, de codes ou règles de déontologie, ou encore de pratiques des affaires[113].

87 Les usages commerciaux et autres usances jouent un **rôle important** en droit des obligations, singulièrement en droit des contrats. Toute pratique ne saurait pourtant être qualifiée d'usuelle. Encore faut-il qu'elle s'impose de façon généralisée dans un milieu déterminé. La preuve de l'existence d'un usage incombe en principe à la partie qui s'en prévaut. Tel est le cas de la forme écrite qui, d'habitude, est utilisée lors de la conclusion d'un bail immobilier[114].

88 Comme tels, les usages commerciaux ne constituent pas une source du droit. En eux-mêmes, ils n'ont pas valeur de droit objectif. Tel n'est le cas que lorsque la loi s'y réfère[115]. Le cas échéant, le renvoi peut être « exclusif » ou « prioritaire »[116]. Le renvoi est **exclusif** si la loi ne propose aucune règle ; ainsi en est-il par exemple de l'art. 124 al. 3 sur l'effet de la compensation dans le compte courant, ou de l'art. 394 al. 3 sur la fixation de la rémunération du mandataire. En revanche, le renvoi est **prioritaire** dans l'hypothèse où la loi prévoit une solution en cas d'inexistence d'un usage ou d'une convention contraire ; ainsi en est-il de l'art. 158 al. 2, qui pose la présomption que les arrhes restent acquises au créancier, ou des art. 188 et 189 al. 1 sur la prise en charge des frais de délivrance et de transport de la chose vendue.

---

112 ATF 94 II 157 cons. 4b, JT 1969 I p. 538 ; DESCHENAUX, TDP II, I, p. 44 ; CoRo-CC I-WINIGER, N. 38 et 40 ad art. 5 ; ZK-MARTI, N. 217 ad art. 5 CC.

113 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 150. À noter que la force obligatoire du CCRo n'a pas été reconduite, au contraire des RULV prolongés par un arrêté du Conseil d'État du canton de Vaud du 24 juin 2020.

114 ATF 100 II 18 cons. 3b, JT 1974 I p. 354.

115 ATF 91 II 356 cons. 2, JT 1966 I p. 258.

116 TERCIER/BIERI/CARRON, N.152.

Lorsque la loi renvoie à un usage en vigueur dans le commerce, celui-ci complète la disposition légale ; il devient **droit supplétif** (objectif). Il incombe au juge de l'appliquer d'office[117]. 89

Dans le **domaine contractuel,** à défaut de renvoi légal, l'usage commercial ne constitue pas sans autre le contenu de la convention. Il n'oblige les parties que si elles s'y réfèrent et l'intègrent à leur contrat, expressément ou tacitement[118]. 90

Sans renvoi de la loi ou incorporation au contrat, l'usage commercial pourra servir à **interpréter,** voire à **compléter** la convention. En telle occurrence, l'usage doit être connu des parties, ou il aurait dû l'être[119] ; cette condition peut être réalisée lorsque celles-ci appartiennent au même milieu concerné[120]. 91

§ 2 Le Code et les autres lois

I. Le Code des obligations et le Code civil

A. L'unité matérielle du droit privé

Lors de l'unification du droit privé, qui a impliqué la révision des deux premières parties du Code de 1881, le législateur fédéral a renoncé à incorporer le droit des obligations au nouveau Code civil[121]. Le Code des obligations comporte ainsi sa propre numérotation des articles. La distinction entre les deux textes n'est que purement formelle. Encore faut-il rappeler que le Code des obligations est intitulé « Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) ». C'est dire que le législateur a affiché l'ambition de créer une « codification d'ensemble »[122]. Certes, les Codes n'épuisent pas le droit privé dans la mesure où des lois et ordonnances fédérales appréhendent certains secteurs de la matière, un phénomène 92

117 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 152 ; KOLLER, N. 10.34 s.

118 ATF 91 II 356 cons. 2, JT 1966 I p. 258 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1219. Cf. *infra* N. 178 et 216 ss.

119 ATF 94 II 157 cons. 4b, JT 1969 I p. 538.

120 KOLLER, N. 10.34 ; MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 27 s.

121 Cf. *supra* N. 50 ss.

122 DESCHENAUX, TDP II, I, p. 36 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 63 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 2.03.

qui d'ailleurs va en s'accroissant[123]. Néanmoins, ils constituent un ensemble systématique qui a vocation de régler en grande partie les relations juridiques soumises au droit privé. En ce sens, ils forment une **unité matérielle**, les dispositions de l'un s'appliquant à l'autre, et réciproquement[124].

93 Le constat a valeur d'**axiome.** Il emporte un corollaire, non énoncé dans la loi : les principes inscrits dans le Titre préliminaire du Code civil s'appliquent directement non seulement aux quatre livres du corpus, mais encore au cinquième livre, soit au Code des obligations[125]. Bien davantage, les dispositions du Code civil qui ont une portée générale sont aussi applicables au droit des obligations, notamment celles qui régissent la capacité civile des personnes physiques et morales (art. 11 à 19*d*, 52 à 58 CC) et la protection de la personnalité (art. 27 à 30*a* CC)[126]. Ainsi, l'art. 27 al. 2 CC sanctionne de nullité les engagements excessifs, contraires aux droits attachés à la personnalité (art. 19 al. 2 et 20 CO), tel le contrat de management conclu avec une jeune artiste, qui la met entièrement dans la dépendance de son cocontractant[127] ou la cession à titre de garantie de toutes les créances futures du cédant, sans limite de temps et d'objet[128].

B. La règle posée à l'article 7 du Code civil

94 L'**unité matérielle** du droit privé s'exprime de plusieurs manières dans la loi[129]. Le renvoi en est une. Ainsi, l'art. 28*a* al. 3 CC, qui régit les moyens appartenant à la victime d'une atteinte illicite à la personnalité, réserve « les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi que la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires ». Un autre instrument du principe énoncé ci-dessus est significatif. Il trouve ancrage à l'art. 7 CC : « Les dispositions générales du droit des obligations

123 Cf. *infra* N. 106, 141 et 158 ss.

124 ATF 132 III 359 cons. 4.7, JT 2006 I p. 295 : *« die Trennung ist bloss formeller Natur ; die Bestimmungen des OR und ZGB finden – sinngemäss – gegenseitig Anwendung »* (p. 377). Cf. aussi STEINAUER, TDP II/1, N. 123 s. ; BUCHER, OR, p. 9 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 13 ss.

125 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Introd. gén. N. 64 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 129 ; KRAMER/PROBST, N. 10 ss, qui citent en particulier les art. 2, 3, 4 et 8 CC.

126 STEINAUER, TDP II/1, N. 138 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 17.

127 ATF 104 II 108 cons. 5, JT 1980 I p. 77.

128 ATF 112 II 433 cons. 4 et 5, JT 1987 I p. 162.

129 STEINAUER, TDP II/1, N. 136 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 73 ss.

relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont aussi applicables aux autres matières du droit civil. »

Les rapports obligationnels s'impliquent à l'évidence dans les autres domaines du droit privé. À première vue, la nécessité de la règle posée à l'art. 7 CC se discute. Historiquement, l'existence de celle-ci s'explique par l'**absence d'une partie générale** afférente au droit privé, telle que la connaît le BGB (*Buch 1. Allgemeiner Teil,* § 1 à 240). La norme en question apparaît sûrement utile si elle est interprétée, comme c'est généralement le cas de nos jours, dans le sens de la version approuvée en première lecture par les Chambres fédérales, et non selon la rédaction définitive, peu satisfaisante[130]. Une analyse s'impose. Elle conduit d'abord à définir les dispositions du droit des obligations propres à trouver application (N. 96) ; puis à déterminer les matières du droit civil qui sont visées (N. 97 ss) ; enfin à dire le mode d'application envisagé (N. 100 s.). 95

Chacun s'accorde à admettre que le libellé de l'art. 7 CC est **rédigé trop étroitement.** Les dispositions du droit des obligations propres à trouver application ne sont pas seulement celles qui y sont énoncées (en clair : les art. 1 à 40*f*, 60 à 113, 114 à 142). Il s'agit également de celles qui instituent d'autres sources d'obligations que le contrat, soit l'acte illicite (art. 41 ss) et l'acte d'enrichissement illégitime (art. 62 ss), ainsi que celles qui réglementent les modalités (art. 143 ss) et le transfert des obligations (art. 164 ss). S'y ajoutent également des normes de la Partie spéciale du Code, de portée générale, comme celles qui régissent le mandat (art. 394 ss), la gestion d'affaires (art. 419 ss) et les papiers-valeurs (art. 965 ss)[131]. Ainsi, l'art. 422 s'applique à la prétention récursoire du tiers qui a contribué volontairement à l'entretien de l'enfant[132]. 96

S'agissant des **matières de droit civil** visées par l'art. 7 CC, ce sont celles qui sont incluses dans le Code civil ou dans toute autre loi de 97

130 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 11 ad art. 1 ; STEINAUER PAUL-HENRI, L'unité du droit privé, in Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Gauch Peter/Werro Franz/ Pichonnaz Pascal (édit.), Zurich 2008, p. 104 s.

131 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 11 ad art. 1 ; ZK-LIEBER, N. 97 ss ad art. 7 CC ; BaK-ZGB I-LARDELLI/VETTER, N. 4 ad art. 7 ; CoRo-CC I-FOËX, N. 3 et 4 ad art. 7 ; BUCHER, OR, p. 72 ss ; ATF 129 III 646 cons. 2.2, JT 2004 I p. 105 : application des art. 62 ss à l'action en enrichissement du père inscrit à l'état civil contre le père biologique de l'enfant.

132 ATF 123 III 161 cons. 4c.

droit privé[133], comme il en va de la législation sur le droit d'auteur[134]. Ces matières peuvent appréhender toutes sortes de rapports juridiques, par exemple familiaux ou successoraux, ou extracontractuels (protection de la personnalité, responsabilité civile) ; de même, de multiples actes juridiques, unilatéraux (ainsi le testament ou la résiliation d'un bail à loyer), bilatéraux (ainsi les contrats de vente ou de mariage, ou le pacte successoral) ou multilatéraux (ainsi les décisions dans le cadre d'une société commerciale ou d'une communauté héréditaire)[135].

98 Les dispositions générales du droit des obligations ne s'appliquent pas inconditionnellement aux autres matières du droit civil. Encore faut-il que la matière visée ne soit **pas réglée de façon exhaustive et claire**[136]. En ce sens, le principe formulant l'imprescriptibilité des créances garanties par un gage immobilier (art. 807 CC) exclut évidemment le régime de la prescription des obligations (art. 127 ss).

99 Le champ d'application de l'art. 7 CC couvre les matières significatives du **droit privé fédéral,** non celles du droit privé cantonal réservé par le droit fédéral[137], ni celles du droit public. Il n'en demeure pas moins que les dispositions générales du droit des obligations, et plus largement du droit privé fédéral, pourront s'appliquer par analogie **à titre subsidiaire** à ces domaines, s'il s'agit d'en combler une lacune[138]. Ainsi en est-il de l'application des normes régissant les vices du consentement (art. 23 ss) au droit de la fonction publique de la Confédération[139].

100 Quant au **mode d'application** des dispositions du droit des obligations à une autre matière du droit civil, on admet qu'il s'exerce normalement **par analogie.** « Le juge se prononcera en tenant compte à la fois du sens de la règle envisagée et des particularités du rapport juridique auquel

133 ZK-LIEBER, N. 108 ss ad art. 7 CC ; BaK-ZGB I-LARDELLI/VETTER, N. 5 ad art. 7 ; CoRo-CC I-FOËX, N. 5 s. ad art. 7.

134 ATF 124 III 370 cons. 3, JT 1999 I p. 419 : application des règles sur la prescription (art. 127 ss) à la créance résultant du droit à rémunération pour la location d'œuvres littéraires et artistiques.

135 Pour le détail cf. STEINAUER, TDP II/1, N. 143.

136 ATF 129 III 646 cons. 2.2, JT 2004 I p. 105 ; 141 III 49 cons. 5.2.

137 Cf. *supra* N. 76 ss.

138 Sur cette question, cf. ZK-LIEBER, N. 113 ss ad art. 7 CC ; BaK-ZGB I-LARDELLI/VETTER, N. 10 ad art. 7 ; STEINAUER, TDP II/1, N. 145.

139 ATF 132 II 161 cons. 3.

elle pourrait s'appliquer »[140]. Selon les circonstances, il sera admis à opter en faveur d'une application restrictive de la règle, voire même à en décider la modification[141], pourvu que la solution choisie s'avère objectivement adéquate *(« sachlich richtig »)*[142].

Enfin, dans l'hypothèse où la matière visée appartient à la Partie spéciale du Code, par exemple au régime d'un contrat qui ne déroge pas à la Partie générale, l'application sera **directe**[143]. Il en ira de même lorsqu'une règle renvoie au Code. Le cas échéant, le renvoi peut être exprès, comme il en va des art. 28*a* al. 3 CC (protection de la personnalité) et 9 al. 3 LCD (protection contre des actes de concurrence déloyale) pour les actions en dommages-intérêts (art. 41 ss), en réparation du tort moral (art. 49) et en remise du gain (art. 419 ss). Le renvoi peut aussi être **implicite,** lorsque la règle utilise une notion de droit des obligations ; ainsi en est-il par exemple de l'art. 83 al. 1 LCR (Les actions… « se prescrivent »…, ce qui sous-entend l'application des art. 129 ss ; dans sa nouvelle teneur, la disposition renvoie directement aux règles prévues à l'art. 60) ou de l'art. 515 al. 2 CC (la référence à « l'enrichissement » du disposant implique l'application des art. 62 ss)[144]. 101

II. Le Code et les autres lois de droit privé

Le Code des obligations n'épuise pas le droit des obligations. D'abord, on constate que quelques **conventions internationales** appréhendent la matière ; une allusion y sera faite plus bas[145]. On observe ensuite que bon nombre de dispositions réglant des obligations ou des rapports d'obligations trouvent place dans d'**autres lois fédérales,** quelquefois dans des **ordonnances,** soit qu'elles y accaparent la totalité du texte (ainsi la loi sur la responsabilité des exploitants d'installations nucléaires, LRCN), soit 102

140 ATF 124 III 372. Cf. aussi ZK-LIEBER, N. 32 ad art. 7 CC ; DESCHENAUX, TDP II, I, p. 55 ; CoRo-CC I-FOËX, N. 8 s. ad art. 7, qui pense que l'application devrait être directe si une disposition du CC est visée, compte tenu de l'unité systématique des deux Codes.

141 ATF 129 III 646 cons. 2.2, JT 2004 I p. 105.

142 ATF 127 III 1, 8, JT 2011 I p. 216, 223.

143 STEINAUER, TDP II/1, N. 150.

144 ZK-LIEBER, N. 39 ss ad art. 7 CC ; BaK-ZGB I-LARDELLI/VETTER, N. 7 ad art. 7 ; STEINAUER, TDP II/1, N. 151 ss.

145 Cf. *infra* N. 126 ss.

qu'elles n'en occupent qu'une partie (ainsi les art. 58 ss LCR sur la responsabilité civile du détenteur de véhicule à moteur). Enfin, on rappellera le rôle joué par le droit cantonal, par le biais de réserves et de renvois à l'usage local[146], et également par l'adoption de lois d'introduction au Code.

103 Les **matières de droit des obligations** couvertes par des lois autres que le Code visent principalement des espèces de contrats et des chefs de responsabilité particuliers, comme nous le verrons ci-dessous[147]. Elles regardent également d'autres domaines complexes, telles la protection des données (LPD), la propriété immatérielle (LDA, LDes, LBI, LPM) et la concurrence économique (LCD, LCart, LMP).

104 S'agissant des **contrats** régis par des lois spéciales, tout ou en partie, on citera notamment les contrats d'assurance (LCA) et de fonds de placement (LPCC), le bail à ferme agricole (LBFA), les contrats soumis au droit foncier rural (LDFR), ceux qui entrent dans le transfert international de biens culturels (LTBC) ou qui sont rattachés au transport de voyageurs (LTV) ou de marchandises (LTM). On y ajoutera les contrats appréhendés par des directives européennes, dont le régime a été transposé de façon volontaire en droit suisse ; ainsi en est-il des contrats de voyage à forfait (LVF) et de crédit à la consommation (LCC)[148].

105 Les **chefs de responsabilité** soumis à des lois spéciales sont encore plus nombreux. Les critères d'imputation se rattachent à l'exploitation de moyens de transport, ainsi les aéronefs (art. 64 ss LA), les chemins de fer (art. 40*b* ss LCdF), les véhicules à moteur terrestres (art. 58 ss LCR), les bateaux (art. 30*a* ss LNI) ; à l'utilisation d'installations et d'ouvrages dangereux, tels les barrages (art. 13 ss LOA), les conduites (art. 33 ss LITC), les installations électriques (art. 27 ss LIE), nucléaires (art. 1 ss LRCN) et de radioprotection (art. 39 s. LRaP) ou encore celles dangereuses pour l'environnement (art. 59*a* LPE) ; également à l'utilisation de substances explosibles (art. 27 LExpl) et d'organismes génétiquement modifiés (art. 30 ss LGG) ; aussi à la pratique de la chasse (art. 15 s. LChP) et à la mise en circulation de produits défectueux (art. 1 ss LRFP) ; enfin aux services de signature électronique (art. 16 ss SCSE).

106 L'adoption de lois spéciales en ces domaines va en s'accroissant. On y voit **plusieurs raisons.** L'une est liée à la volonté du législateur de

146 Cf. *supra* N. 76 ss et 81 ss.
147 Cf. *infra* N. 104 s. Cf. aussi BK-MÜLLER, Introd. N. 27 ss.
148 Cf. *infra* N. 187 ss. Cf. aussi MÜLLER, Contrats, N. 10.

ne pas surcharger le Code[149]. Cette volonté était déjà affichée lors de son élaboration, au début du XX^e^ siècle : ainsi le contrat d'assurance, auquel sont consacrés une centaine d'articles, est rangé dans la LCA promulguée en 1908. Par ailleurs, certaines dispositions relevant du droit des obligations participent à la mise en œuvre de politiques juridiques spécifiques justifiant une législation à part. À titre d'exemple, la loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE) tend à prévenir l'emprise étrangère sur le sol suisse ; elle prévoit à cet effet le système de l'autorisation, assorti de sanctions civiles, mais aussi administratives et pénales. Enfin, certaines institutions ne sauraient être intégrées au Code, parce que la systématique actuelle y fait obstacle. Tel est le cas notamment des responsabilités objectives qui, à l'instar de la LCR et de la LRFP, font l'objet d'un régime relativement complet. Le CO ne contient pas une « partie spéciale » regroupant ce genre de responsabilités[150].

À côté de législations spéciales appréhendant un domaine spécifique, d'autres apparaissent comme des **actes complémentaires** à des dispositions générales ou spéciales du Code. Ainsi la loi sur la supputation des délais comprenant un samedi[151] complète les règles générales sur les délais applicables à l'exécution des obligations (art. 76 à 80) ; la loi sur la signature électronique qualifiée précise les conditions de validité de ce procédé, tel que le prévoit l'art. 14 al. 2*bis* dans les prescriptions consacrées à la forme des actes juridiques[152]. S'agissant des contrats spéciaux, par exemple, la réglementation du bail à ferme (art. 275 à 304) s'inspire largement de celle qui régit le bail à loyer[153]. Elle est assortie d'une ordonnance d'exécution applicable à ces deux types de baux[154]. S'y ajoute une législation accessoire réservée aux baux à ferme agricoles, dont l'objectif tend à protéger l'agriculture et ses acteurs. Il se traduit par une loi spéciale, une ordonnance d'application[155], ainsi que par des dispositions d'exécution cantonales[156]. 107

En ce qui concerne les **rapports** entre le Code et les autres lois, l'adage *« lex specialis derogat generali »* trouve en principe application. 108

149 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 116.
150 PICHONNAZ, Rapport, p. 141.
151 LF du 21 juin 1963, RS 173.110.3.
152 SCSE du 19 décembre 2003, RS 943.03, remplacée par la loi du 18 mars 2016.
153 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 2301.
154 OBLF du 9 mai1997, RS 221.213.11.
155 LBFA du 4 octobre 1985, RS 221.213.2 ; Ordonnance du 11 février 1987 concernant le calcul des fermages agricoles, RS 221.213.221. Cf. aussi la règle-renvoi inscrite à l'art. 276*a*.
156 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 2370 et 2372.

C'est dire que les dispositions spéciales ont le pas sur celles générales auxquelles elles dérogent[157]. En d'autres termes, les règles du Code resteront applicables à titre supplétif. Celles-ci font d'ailleurs l'objet de renvois, comme c'est le cas des art. 28*a* al. 3 CC, 59 al. 4 et 83 al. 4 LCR, 100 al. 1 LCA et 9 al. 3 LCD.

109 Pour clore, constatons que tous ces textes (lois, parties de loi, ordonnances), quel que soit leur emplacement, font partie d'un système couvert par le principe de l'**unité du droit privé.** STEINAUER en résume parfaitement la quintessence : « l'unité du droit privé est un principe matériel : il ne se laisse pas enfermer dans la forme ou la structure de la législation, mais dépend de la nature de la règle adoptée »[158].

III. Le Code et le droit public

110 La problématique est d'envergure. Nous ne ferons que l'esquisser[159]. Force est de constater que le droit public s'insère par une **influence grandissante** dans l'élaboration et l'application du droit privé, singulièrement du droit des obligations. Il encadre et régule toutes sortes d'activités, par des régimes d'autorisation, de surveillance et de contrôle, assortis de sanctions pénales et administratives en cas d'infractions. Il prescrit des normes de comportement étatiques, impératives, dont les objectifs prioritaires visent à protéger la sécurité, la santé et la moralité des individus, ainsi que les pratiques loyales dans la vie des affaires. Qu'il suffise de penser au travail des hommes, au commerce des aliments et des médicaments, à la construction immobilière, à l'exploitation et à la location de surfaces agricoles, à la fourniture d'énergies, d'images et de sons, aux domaines de la banque et de l'assurance, à la concurrence économique, ou encore au transport des personnes et des biens. Une déduction s'impose, et elle ne date pas d'aujourd'hui : « la séparation entre le droit privé et le droit public n'est plus étanche »[160]. Elle ne l'a d'ailleurs jamais été totalement.

---

157 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Introd. gén. N. 70 ; DESCHENAUX, TDP II, I, p. 61.

158 STEINAUER, TDP II/1, N. 61.

159 Cf. sur ce point ZK- SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 153 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 68 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 18.

160 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 120 ; FORNAGE ANNE-CHRISTINE, La contractualisation en droit public, Boillet Véronique/Fornage Anne-Christine/Largey Thierry/Martenet Vincent (édit.), Zurich 2021, p. 7 s. Cf. *infra* N. 160, 301, 1316, 1465 ss et 1490 ss.

Les rapports entre le Code et le **droit public fédéral** sont a priori régis par leur champ d'application respectif. La portée de l'art. 122 al. 1 Cst. féd., qui fonde la compétence de la Confédération en matière de droit privé, se discute, comme celle par conséquent de la démarcation entre les deux systèmes[161]. En cas de contradiction entre des normes, l'ordre de priorité résulte des principes généraux, comme celui qu'on déduit de l'adage *« lex specialis derogat generali »*[162]. À cet égard, on se souviendra que les lois fédérales échappent à tout contrôle de constitutionnalité (art. 190 Cst. féd.). 111

Quant aux rapports avec le **droit public cantonal,** nous avons déjà rappelé que le principe de la codification générale du droit privé n'entravait pas la compétence des cantons en matière de droit public (art. 6 al. 1 CC, qui pose une réserve impropre)[163]. L'organisation judiciaire et l'administration de la justice sont de leur ressort (art. 122 al. 2 Cst. féd.). 112

Encore une remarque : il arrive que des **lois de droit public,** fédérales ou cantonales, renvoient expressément au Code. Ainsi en est-il par exemple de l'art. 9 LRCF et de l'art. 3 de la loi neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents[164]. Le cas échéant, les dispositions du droit des obligations sont considérées comme des normes de droit public (fédérales ou cantonales)[165]. Et en cas de lacune, elles pourront s'appliquer de façon subsidiaire ou par analogie[166]. 113

161 Mess. CF 20 novembre 1996, FF 1997 I 344 s., section 9 ; AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Petit Commentaire de la Constitution fédérale (avec MAHON PASCAL), Zurich 2003, N. 4 ss ad art. 122 ; STEINAUER, TDP II/1, N. 45 ss.

162 STEINAUER, TDP II/1, N. 118.

163 Cf. *supra* N. 72 ss.

164 Loi du 29 septembre 2020 (RS neuchâtelois 150.10).

165 ZK- SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 149.

166 Cf. *supra* N. 16 et 99. Cf. BK-MÜLLER, Introd. N. 77 ss.

Chapitre IV : Les sources du droit des obligations

Bibliographie spéciale :

BERGER, N. 31 ss ; **BUCHER,** OR, p. 8 ss ; **CARRON,** BLAISE/**RISKE,** OLIVIER, Vers une décodification du droit des obligations. L'évolution du Code suisse des obligations : regard critique et appel au législateur, RDS 2022 I p. 181 ss ; **DESCHENAUX,** TDP II, I, p. 63 ss, 96 ss ; **ENGEL,** Obligations, p. 87 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 1 N. 1 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 1 ss ; **HUGUENIN,** N. 1 ss ; **KOLLER,** N. 4.01 ss ; **KRAMER/PROBST,** N. 1 ss, 15 ss ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 10 ss ; **PICHONNAZ,** Rapport, p. 134 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 19 ss ; **STEINAUER,** TDP II/1, N. 75 ss ; BaK-OR I-**ZELLWEGER-GUTKNECHT,** Introd. art. 1 ss N. 1 ss.

§ 1 Quelques remarques introductives

I. Une délimitation de l'exposé

C'est des **sources formelles** du droit des obligations qu'il sera question, soit des règles de l'ordre juridique applicables aux personnes liées par une obligation ou un rapport d'obligations. L'exposé se veut succinct. Il exclut l'examen des sources matérielles, soit les motifs qui président au processus législatif ; également les normes conventionnelles découlant de l'autonomie privée, y compris les normes de référence (professionnelles ou techniques et les conditions générales d'affaires) ; de même les conventions collectives ou contrats-types passés entre des partenaires sociaux[167]. 114

Nous dirons aussi quelques mots de l'**évolution législative** du droit des obligations depuis l'adoption du Code en 1911. 115

II. La notion de sources formelles

Les sources formelles sont des **règles de l'ordre juridique** qui sont sans autre applicables aux sujets de droit, peu importe a priori leur volonté et la connaissance qu'ils en ont. 116

167 TERCIER/PICHONNAZ, N. 20 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1 s., 7 ss.

117 L'art. 1 CC établit une **hiérarchie des sources :** loi, coutume, droit judiciaire ou prétorien. Le tribunal applique prioritairement la loi (al. 1), entendue ici comme synonyme de droit écrit[168]. En cas de lacune, il se prononce à titre subsidiaire selon la coutume (al. 2). En ce sens, le droit coutumier se définit comme l'ensemble des règles qui résultent d'un usage implanté dans une collectivité et tenu par elle comme juridiquement obligatoire *(jus moribus constitutum)*[169]. À défaut de droit écrit ou de coutume applicable, le juge décide « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur » (al. 2 i.f. ; droit prétorien). Quelle que soit la source formelle applicable, le tribunal doit s'inspirer des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence (al. 3)[170].

§ 2 Les sources formelles du droit des obligations

I. Les sources fédérales

118 Sous réserve de la coutume, qui ne joue pratiquement aucun rôle dans notre domaine, eu égard à la densité de la législation[171], et du droit judiciaire qui comme tel ne sera pas examiné ici, les sources fédérales significatives en la matière résident dans la Constitution, dans le Code des obligations et le Code civil, ainsi que dans des lois spéciales et ordonnances d'exécution. Le droit des obligations consiste donc très largement dans des **dispositions de droit écrit fédéral.**

119 La **norme fondamentale** est inscrite à l'art. 122 al. 1 Cst. féd. Après l'art. 64 de l'ancienne constitution, elle confère à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil, et par conséquent en droit des obligations[172].

120 Le **Code des obligations** constitue à l'évidence la source principale du domaine. Précision : en principe, sauf nature impérative, ses règles

---

168 On parle du principe de la primauté de la loi ; STEINAUER, TDP II/1, N. 75 ss.

169 DESCHENAUX, TDP II, I, p. 96. Cf. aussi KRAMER/PROBST, N. 18.

170 KRAMER/PROBST, N. 28 ss ; STEINAUER, TDP II/1, N. 100 ss.

171 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1 ; BaK-ZGB I-HONSELL, N. 20 ss ad art. 1, qui cite le principe du nominalisme pour le paiement des dettes d'argent (N. 21). Le TF évoque par exemple le concours alternatif des garanties du droit de la vente (art. 192 ss, 197 ss) et l'erreur sur la base du contrat (art. 24 al. 1 ch. 4) ; ATF 109 II 319 cons. 2, JT 1984 I 139 ; 98 II 15 cons. 3, JT 1972 I 547 ; ég. ATF 114 II 131 cons. 1a, JT 1988 I 508.

172 KOLLER, N. 4.01. Sur l'art. 122 Cst. féd., cf. *supra* N. 74 et 111 et les réf. cit.

peuvent faire l'objet de clauses dérogatoires sur tel ou tel point[173]. Le principe vaut essentiellement pour les obligations qui découlent d'un contrat, non pour celles qui résultent d'un acte illicite ou d'un cas d'enrichissement illégitime[174]. Il est vrai que la révision ou l'introduction de certaines espèces de contrats ont engendré des modèles plus rigides, contenant de nombreuses règles impératives[175].

121 Comme souligné plus haut[176], les principes posés dans le Titre préliminaire et dans d'autres dispositions du **Code civil** ont vocation à s'appliquer à l'ensemble du droit privé. Par ailleurs, le Code en question institue des rapports d'obligations particuliers, qu'il s'agisse de contrats (ex. : le contrat de mariage, art. 182 ss, le pacte successoral, art. 494 ss, ou le contrat constitutif de gage immobilier, art. 799) ou de chefs de responsabilité (celle du chef de famille, art. 333, et du propriétaire foncier, art. 679 s.).

122 De nombreuses dispositions relatives à des rapports d'obligations trouvent place dans des **lois spéciales** et **ordonnances d'exécution ;** le phénomène va en s'accroissant[177]. Ces textes visent essentiellement des régimes particuliers prévoyant, en tout ou en partie, des contrats[178] et des responsabilités[179]. D'autres dispositions de ce genre sont rangées dans des lois appréhendant un domaine complexe, qui souvent réunit des normes civiles, administratives et pénales. Ainsi en est-il par exemple de la protection des données (LPD), de la propriété immatérielle (LDA, LDes, LBI, LPM), de la concurrence économique (LCD, LCart, LMP) ou encore de la banque (LB) ou de la bourse (LBVM).

123 Enfin certaines lois sont **complémentaires** à des règles de la Partie générale du Code. Ainsi la loi sur la signature électronique (SCSE, OSCSE), qui précise les conditions de validité de ce procédé, tel que prévu à l'art. 14 al. 2*bis* dans les prescriptions consacrées à la forme des actes juridiques. De même, la loi sur la supputation des délais comprenant un samedi[180], qui s'ajoute à la réglementation sur les délais applicables à l'exécution des obligations (art. 76 à 80). Également la loi sur l'unité monétaire (LUMMP), qui complète l'art. 84 quant aux moyens de paiement. Encore la loi sur la fusion,

---

173 KRAMER/PROBST, N. 1, 42 et 203 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 24 ss.
174 Sur les sources des obligations, cf. *infra* N. 371 et 532 ss.
175 Cf. *infra* N. 140, 155, 157 et 1317.
176 Cf. *supra* N. 93.
177 Cf. *supra* N. 102 et 106, *infra* N. 133 et 141.
178 Cf. *supra* N. 104.
179 Cf. *supra* N. 105.
180 RS 173.110.3.

qui prévoit la nouvelle institution du transfert de patrimoine (art. 69 ss LFus), selon le renvoi de l'art. 181 al. 4. Sans oublier les règles de droit des obligations relevant du droit de procédure civile (art. 31 à 39, 250, 335 à 352 CPC) et du droit international privé (art. 112 à 148 LDIP).

II. Les sources cantonales

124 Le Code comporte quelques **réserves** – au sens propre – qui permettent aux cantons d'adopter des réglementations dans certains domaines[181]. Ceux-ci appartiennent au droit de la responsabilité (art. 61), surtout à des régimes contractuels spéciaux (ainsi art. 186, 236, 270 al. 2, 359*a* et 418)[182].

125 On citera également les **renvois légaux à l'usage local,** tels ceux qui sont prévus dans le droit du bail à loyer pour les termes de résiliation (ainsi art. 266*c* et 266*d*)[183]. Au surplus, les lois d'introduction au Code des obligations.

III. Les sources internationales

126 Dans le domaine qui nous occupe, les sources relevant du droit international sont relativement peu nombreuses. L'observation vaut pour les **sources formelles**[184], soit pour des traités interétatiques dotés de la force obligatoire, qui tendent à un objectif d'unification. On parle de droit uniforme. On ne dissertera pas ici sur des textes non obligatoires, c'est-à-dire qui visent à harmoniser des principes en la matière et qui sont conçus par des groupes de travail ou des institutions non étatiques. On pense par exemple aux Principes d'UNIDROIT ou au Projet de Cadre commun de référence *(Draft Common Frame of Reference, DCFR)*[185].

127 Le **droit uniforme** est constitué de normes matérielles couvrant tel ou tel secteur, par opposition aux règles de conflits désignant la loi ap-

181 Cf. *supra* N. 77 ss.
182 STEINAUER, TDP II/1, N. 180.
183 Cf. *supra* N. 81 ss.
184 Cf. *supra* N. 116.
185 Cf. *infra* N. 215 ss.

plicable[186]. Il est généralement le résultat de travaux se déroulant dans le cadre d'organisations internationales. On citera quelques conventions qui sont partie intégrante du droit fédéral suisse, signées et ratifiées par la Confédération.

À notre avis, un seul texte touche à des **principes généraux** du droit des obligations. Il s'agit de la Convention élaborée sous l'égide du Conseil de l'Europe sur la computation des délais, conclue à Bâle le 16 mai 1997[187]. 128

Dans le domaine du **commerce international,** c'est la Convention dite de Vienne, signée le 11 avril 1980, qui est la plus en vue : Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)[188]. Ce texte a été préparé par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI). Il est emblématique par sa vocation universelle et par les emprunts qu'il a faits tant au droit anglo-saxon qu'au droit continental européen. 129

Le domaine de prédilection du droit international en la matière concerne sans surprise les secteurs des **transports,** par route, par chemin de fer, ou par voies aérienne et maritime. Plusieurs conventions sectorielles ont été conclues, ainsi que des accords liant l'Union européenne et la Suisse[189]. 130

En matière de **protection de l'environnement naturel** et de la responsabilité y afférente, on citera notamment la Convention internationale du 29 novembre 1969 sur la responsabilité pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures[190]. Cette Convention et ses Protocoles additionnels de 1976 et 1992[191] ont été élaborés sous l'égide de l'Organisation maritime internationale. 131

---

186 Ainsi la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (RS 0.221.211.4 ; art. 118 al. 1 LDIP) ; Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière (RS 0.741.31 ; art. 134 LDIP).

187 RS 0.221.122.3.

188 RS 0.221.211.1. Cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 1280 ss et les réf. cit.

189 Cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5662 ss et les réf. cit. ; MARCHAND, Consommation, p. 55 et 262 ss.

190 RS 0.814.291.

191 RS 0.814.291. 1 et 2.

§ 3 Les modifications du droit des obligations

I. Un aperçu général

132 Depuis l'entrée en vigueur du Code, l'évolution du droit des obligations – au sens strict – s'est révélée contrastée. Elle sera brièvement décrite pour se limiter au principal, c'est-à-dire à la **législation fédérale.** Il ne sera fait allusion ici ni aux apports de la science juridique et de la jurisprudence ni à l'influence exercée par le droit international et le droit comparé[192].

133 Sur le fond, la **Partie générale** du Code est restée relativement stable. Quant à la **Partie spéciale,** elle a connu de multiples révisions d'espèces contractuelles et l'introduction de nouveaux modèles. À vrai dire, le champ d'application de la matière s'est considérablement élargi par l'adoption de **lois** réglementant principalement des contrats spéciaux et des responsabilités particulières. Le phénomène va d'ailleurs en s'accroissant[193]. Il confirme que le développement législatif du droit des obligations s'est principalement réalisé en dehors du Code[194].

II. Les modifications de la Partie générale

134 Sur la période s'étendant du 1er janvier 1912 (date d'entrée en vigueur du CO) au 1er janvier 2023, une **cinquantaine de dispositions** de la Partie générale ont fait l'objet d'une modification.

135 Hormis des retouches purement terminologiques, il s'est le plus souvent agi de révisions impliquant une nouvelle teneur, quelquefois aussi d'abrogations[195] ou d'adjonctions[196]. La réforme la plus substantielle a touché le **droit de la prescription,** par l'adoption de la loi du 15 juin 2018,

192 Cf. *infra* N. 165 ss et 176 ss.
193 Cf. *supra* N. 106 s., 122 s., *infra* N. 139 ss.
194 Cf. *infra* N. 158 ss, 1285, 1305 s. et 1317.
195 Abrogations : art. 13 al. 2, 48, 56 al. 3, 159, 162 al. 2, 182.
196 Adjonctions : art. 6*a*, 14 al. 2*bis*, 40*a*-40*g* (cette dernière disposition a par la suite été abrogée), 42 al. 3, 43 al. 1*bis*, 59*a*, 134 al. 1 ch. 3*bis*, 181 al. 4. Cf. aussi MÖRTL FABIAN, Die OR-Fassungen seit 1911/1912, Koller Alfred (édit.), Berne 2015 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 20a ; CARRON BLAISE/RISKE OLIVIER, Vers une décodification du droit des obligations. L'évolution du Code suisse des obligations : regard critique et appel au législateur, RDS 2022 I p. 186 ss, qui parlent d'évolution « au sein du Code ».

entrée en vigueur le 1er janvier 2020[197]. Une précision s'impose d'emblée : aucune modification n'a remis fondamentalement en question la systématique du Code ni les principes et mécanismes qui en régulent le fonctionnement. Au surplus, sous réserve des nouvelles dispositions sur la prescription, les changements ne procèdent pas d'une orientation homogène. Ils sont généralement **disparates.** Parmi les plus significatifs, on citera l'introduction de règles régissant :

- la protection du client lors d'opérations contractuelles qui peuvent l'exposer à des pratiques abusives, tels l'envoi de choses non commandées (art. 6*a*, en 1990) et les contrats négociés en dehors de l'établissement du fournisseur de biens ou de services (art. 40*a*-40*f*, en 1990, modifiés à plusieurs reprises) ;
- la reconnaissance de la signature électronique qualifiée (art. 14 al. 2*bis*, en 2003/2016), y compris la responsabilité qui pèse sur le titulaire d'une clé de signature (art. 59*a*) ;
- la réparation de dommages en cas d'atteinte à un animal domestique (art. 42 al. 3 et 43 al. 1*bis*, en 2002) ;
- l'allègement des conditions d'octroi de la compensation du tort moral (art. 49, en 1983).

Bon nombre de modifications résultent de l'**adoption de lois spéciales** appréhendant telle ou telle matière. Ainsi l'art. 48 a été abrogé et remplacé par la loi du 30 septembre 1943 contre la concurrence déloyale, puis par la LCD du 19 décembre 1986. L'art. 56 al. 3 a été également abrogé pour devenir l'art. 15 de la loi sur la chasse du 20 juin 1986 (LChP). L'art. 84 a été retouché par la loi du 22 décembre 1999 sur l'unité monétaire (LUMMP). Les art. 97 al. 2, 135 ch. 2 et 138 al. 1 ont été reformulés par l'adoption du CPC en 2008. 136

III. Les modifications de la Partie spéciale

Depuis 1912, la Partie spéciale du Code a fait l'objet de multiples modifications[198]. Quelques **contrats classiques,** non des moindres, ont 137

197 RO 2018 5343 et 5347 ; la réforme porte notamment sur les art. 60, 67, 128*a*, 134, 136, 139 et 141.

198 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 106 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 134 ss ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 20b ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 17 ss.

connu une refonte complète, tels les baux à loyer (art. 253 ss)[199] et à ferme (art. 275 ss) en 1989, le contrat de travail (art. 319 ss), notamment en 1971, puis à maintes reprises[200], ainsi que le cautionnement (art. 492 ss) en 1941.

138 De **nouveaux types contractuels** ont été intégrés au CO. On citera en particulier le contrat d'agence (art. 418*a* ss) en 1949, les ventes à tempérament en 1962 (vente par acomptes, art. 226*a* ss, abrogés par étapes, en particulier par l'introduction de la LCC ; vente avec paiements préalables, art. 227*a* ss, ainsi que l'art. 228, abrogés)[201], de même que le mandat visant la conclusion d'un mariage ou l'établissement d'un partenariat (art. 406*a ss*) en 1998.

139 Outre les opérations à tempérament, le **droit de la vente** a connu plusieurs réformes significatives. On mentionnera celles sur la vente immobilière en 1991 (révision de l'art. 216 et adjonction des art. 216*a* à 216*e*) et sur l'aliénation des immeubles agricoles, dont la réglementation a été intégrée à la loi sur le droit foncier rural (art. 218 et art. 40 ss et 61 ss LDFR) ; également les nouveaux art. 196*a* et 210 al. 3 (auparavant 219 al. 1*bis*) et al. 6 touchant le transfert des biens culturels en 2003 (LTBC) ; enfin la symbolique révision sur le délai de prescription de l'action en garantie des défauts (art. 210), introduite par la loi du 16 mai 2012 et entrée en vigueur le 1er janvier 2013[202] ; cette révision constitue un alignement sur les solutions de la Convention de Vienne couvrant les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM, art. 39 al. 2) et de la Directive européenne sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (art. 5 ch. 1)[203].

140 La *ratio legis* des modifications mentionnées ci-dessus procède évidemment du souci de **moderniser** certains aspects du droit contractuel sur des questions qui n'étaient pas débattues au début du XXe siècle ; on pense par exemple au « courtage matrimonial » et au transfert de biens culturels. Toutefois, l'objectif législatif majeur consiste clairement, au fil des

199 Avec quelques révisions partielles ultérieures, en particulier la suppression des art. 274 ss par l'introduction du CPC.

200 BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 20d.

201 BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 20b.

202 RO 2012.5415. Cette révision touche également la règle correspondante du droit du contrat d'entreprise (art. 371).

203 Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (JOCE L 171 du 7 juillet 1999), aujourd'hui abrogée. Sur la CVIM, cf. *infra* N. 179.

dernières décennies, à assurer une **protection plus efficace à la partie désignée comme faible** dans le rapport juridique, soit le locataire face au bailleur immobilier, le travailleur face à l'employeur, la caution face au banquier, l'agent face au mandant ; en ce sens, la partie faible peut aussi être un professionnel. Ces changements successifs s'inscrivent dans une politique juridique qui a pour effet d'ébranler le modèle contractuel classique, en le corsetant dans des règles formalistes, souvent impératives. D'une certaine manière, cette politique participe à l'avènement d'un **droit privé social**[204].

IV. Les autres modifications

De très nombreuses lois spéciales – à vrai dire de plus en plus – regardent le droit des obligations. Le répertoire déjà dressé a permis de constater que, pour une part importante, le développement de la matière s'est réalisé hors du Code[205]. Certaines lois sont complémentaires à la Partie générale, comme la loi sur la signature électronique (SCSE), ou à la Partie spéciale, telle la loi sur le bail à ferme agricole (LBFA)[206]. D'autres textes se situent dans l'environnement du droit des affaires, à l'instar de ceux qui ont vocation de réguler la concurrence économique (LCD, LCart, LMP, LSPr)[207]. Toutefois, la plupart des lois en question ici instituent des régimes particuliers régissant, en tout ou en partie, soit des contrats[208], soit des responsabilités[209]. D'une certaine manière, on peut parler d'un phénomène de **décodification**[210]. 141

[204] Cf. *infra* N. 150 et 157.
[205] Cf. *supra* N. 102 ss, 122 s. et 133 ; cf. aussi KRAMER/PROBST, N. 9 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 116 ss ; PICHONNAZ, Rapport, p. 134 ss.
[206] Cf. *supra* N. 107 et 123.
[207] Cf. *supra* N. 103 et 122. Cf. BK-MÜLLER, Introd. N. 47 s.
[208] Cf. *supra* N. 104, 122 et 133.
[209] Cf. *supra* N. 105, 122 et 133.
[210] Cf. *infra* N. 164.

Chapitre V : L'évolution du droit des obligations

Bibliographie spéciale :

AMSTUTZ, MARC, Normative Kompatibilitäten : zum Begriff der Eurokompatibilität und seiner Funktion im schweizerischen Privatrecht, in ASDE 2004/2005, Berne/Zurich 2005, p. 235 ss ; **BUCHER,** Rapport, p. 251 ss ; **CARRON,** BLAISE/**RISKE,** OLIVIER, Vers une décodification du droit des obligations. L'évolution du Code suisse des obligations : regard critique et appel au législateur, RDS 2022 I p. 181 ss ; **CHAPPUIS,** CHRISTINE, La compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux, in Le contrat dans tous ses états, Bellanger François/Chaix François/Chappuis Christine/Lachat Héritier Anne (édit.), Berne 2004, p. 305 ss ; **ENGEL,** Rapport, p. 1 ss ; **FURRER,** ANDREAS, Zivilrecht im gemeinschaftrechtlichen Kontext, Berne 2002 ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 18 ss ; **HECKENDORN,** LUKAS, L'impact du droit étranger et international sur les systèmes juridiques nationaux, RSDIE 3/2012, p. 429 ss ; **HONSELL,** Rapport, p. 5 ss ; **HUG,** DARIO, La formation du contrat de consommation, thèse Neuchâtel, Bâle 2020 ; **HUGUENIN/HILTY,** CO 2020, Introduction, N. 1 ss ; **KRAMER,** ERNST A., Die Europäisierung des Privatrechts, recht 2001, p. 102 ss ; **KRAMER/PROBST,** N. 38 ss ; **MARCHAND,** SYLVAIN, Droit de la consommation – Le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Genève/Zurich/Bâle 2012 ; **MERZ,** TDP VI/1, p. 21 ss ; **MERZ/GIOVANNONI,** TDP VI/1, p. 13 ss ; **MIGNON**, VINCENT, Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire, thèse Fribourg, Berne 2010 ; **MORIN,** ARIANE, L'influence du droit européen sur le droit privé suisse de la consommation, in Le droit de la consommation dans son contexte économique, Ojha Lauren/Vulliémin Pierre-François (édit.), Lausanne 2009, p. 17 ss ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 10 ss, 147 ss ; **OESCH,** THOMAS, Quand Bruxelles et Luxembourg priment sur Lausanne et Berne, Plaidoyer 6/11, p. 36 ss ; **PICHONNAZ,** Rapport, p. 117 ss ; **PROBST,** THOMAS, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, BJM 2004, p. 225 ss ; **SACCO,** RODOLFO, La diversité des droits : À propos des problèmes d'unification, in Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata, Ruedin Roland (édit.), Bâle/Genève/Munich 1999, p. 411 ss ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, N. 1.04 ss, 25.04 ss ; **STAUDER,** BERND, Le consommateur – enfant chéri ou malaimé du législateur ?, in Le législateur et le droit privé, Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre, Zurich 2006, p. 145 ss ; **TERCIER/BIERI/CARRON,** N. 101 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 37 ss ; CoRo-CO I-**THÉVENOZ/WERRO,** Introduction générale N. 1 ss ; **THÜRER,** DANIEL/**BRETSCHGER,** ROMAN Rechtsentwicklung und Rechtsausbildung in Europa im 21. Jahrhundert ? – Lehren aus einer vergessenen Geschichte, RDS 2012 I p. 343 ss ; **WIDMER,** PIERRE, Les Principes UNIDROIT – Une nouvelle forme de « codification » au niveau transnational, in Le Code civil français dans le droit européen, Dunand Jean-Philippe/Winiger Bénédict (édit.), Bruxelles 2005, p. 235 ss ; **YUNG,**

WALTER, Le Code civil suisse et nous, RDS 1961 II p. 323 ; BaK-OR I-**ZELLWEGER-GUTKNECHT,** Introd. art. 1 ss N. 20 ss ; **ZIMMERMANN,** REINHARD, Le droit comparé et l'européanisation du droit privé, RTDciv. 2007, p. 451 ss.

§ 1 Quelques remarques introductives

I. Le Code : un label helvétique, une évolution contrastée

142 Comme déjà souligné[211], la codification du droit privé s'est réalisée en Suisse « par le bas » (d'abord au niveau des cantons) et par étapes (en premier lieu par le Code fédéral de 1881). Même enrichie de quelques institutions juridiques non négligeables, la révision du CO en 1911 obéit davantage à la **nécessité d'une adaptation** au Code civil adopté en 1907 qu'à une véritable volonté de réforme de la matière. Le constat vaut surtout pour la Partie générale[212].

143 La codification du droit des obligations est le résultat d'un processus qui s'est étalé dans le temps pour aboutir au système du **code unique,** intégrant le droit commercial[213]. Ce système correspondait souvent aux modèles cantonaux en vigueur jusqu'en 1883. On y voyait à l'époque un facteur d'intégration comme un moyen de satisfaire une exigence démocratique, propre à tenir à distance les relents du corporatisme. Fruit d'un compromis, comme il en va souvent en Suisse, le Code des obligations porte sans aucun doute un **« label helvétique »**[214].

144 Cette spécificité s'exprime à plus d'un titre. S'agissant du contenu, le Code ne s'embarrasse pas d'un « dogmatisme rigide »[215] impliquant l'inscription détaillée de concepts théoriques, comme le BGB allemand le fait pour l'acte juridique (§ 104 ss). Il est réputé **ouvert,** apte à s'adapter au changement des circonstances. Les règles sont plutôt flexibles, laissant fréquemment au juge un pouvoir d'appréciation, tel qu'il est prévu dans le droit de la responsabilité civile pour la fixation de la réparation (art. 43 al. 1) et pour la répartition entre les codébiteurs de la dette solidaire

211 Cf. *supra* N. 29 à 54.
212 Cf. *supra* N. 50 ss.
213 Cf. *supra* N. 33 ss, 45 et 63 ss.
214 ENGEL, Rapport, p. 11. Cf. aussi BUCHER, Rapport, p. 261 ss.
215 YUNG WALTER, Le Code civil suisse et nous, RDS 1961 II p. 344.

(art. 50 et 51)[216]. En général, les dispositions s'énoncent dans un langage simple et accessible[217]. En bref, et pour s'en tenir principalement à la Partie générale, le Code de 1911 affiche un pragmatisme qui ambitionne prioritairement de satisfaire aux besoins de la pratique. Il doit beaucoup au Code fédéral de 1881. C'est dire qu'il est empreint de la pensée libérale qui a fleuri au XIX^e^ siècle[218]. Depuis lors, les choses ont changé.

145 L'évolution du Code, plus largement du droit des obligations, s'est avérée **contrastée.** Du point de vue législatif, la Partie générale est restée relativement stable, au contraire de la Partie spéciale qui a connu des modifications importantes ; toutefois, le développement le plus considérable a trouvé place hors du Code. Sous l'angle jurisprudentiel, des interprétations nécessaires se sont multipliées au fil du temps, quelquefois enrichies d'avancées spectaculaires, et donc controversées. L'influence européenne – grandissante – ainsi que les tendances d'harmonisation internationale – plutôt modestes – se sont manifestées. En outre, l'émergence d'un droit social des obligations n'est aujourd'hui plus contestée. Autre est la question de son opportunité et celle du choix d'une politique juridique qui s'exerce au coup par coup, sans réelle vision globale. Nous y reviendrons[219].

146 Les raisons qui expliquent l'évolution du droit des obligations, pour s'en tenir à notre domaine, résident évidemment dans les **mutations profondes** qui ont bouleversé notre société depuis le début du XX^e^ siècle. Des mutations de nature économique, d'abord. En vrac : le dépeuplement des régions agricoles ; l'effritement de la fabrication artisanale au profit d'une production industrielle, souvent concentrée ; le changement radical des procédés de distribution des biens et des services, y compris les phénomènes de tertiarisation de l'économie et de groupement des entreprises ; le développement révolutionnaire de la communication et de l'information ; l'européanisation du marché intérieur et la mondialisation des échanges, avec de nouvelles exigences de régulation des pratiques commerciales. Des mutations politiques également, comme la reconnaissance sans cesse affirmée des droits subjectifs, comme les multiples mesures destinées à proté-

---

216 BUCHER, Rapport, p. 272 ; ENGEL, Rapport, p. 11 ; MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 14.

217 Cf. *supra* N. 45 et 60 s.

218 Cf. *supra* N. 56 s. Cf. Aussi YUNG, op. cit. (n. 215), p. 323 ss ; BUCHER, Rapport, p. 263.

219 Cf. *infra* N. 164.

ger des catégories socioprofessionnelles réputées faibles, qui marquent la transformation de l'État libéral en un État de droit social[220].

II. La présentation de l'exposé

147 L'exposé s'attachera d'abord à décrire l'évolution législative du droit suisse des obligations (§ 2), puis à examiner l'application qu'en a fait la jurisprudence, tantôt conservatrice et sécurisante, tantôt innovante, voire même parfois franchement créatrice ; les opinions émises par une doctrine très riche en la matière ont évidemment joué un rôle incitatif (§ 3). Les phénomènes d'internationalisation (§ 4) et d'européanisation (§ 5) du droit privé seront également mis en valeur, avec une insistance sur la politique d'eurocompatibilité pragmatique pratiquée par le législateur helvétique et l'interprétation qu'en fait la jurisprudence. Par ailleurs, l'avènement d'un véritable droit de la consommation, certes éclaté, ne manquera pas d'être relevé ; le mouvement s'est déclenché depuis quelques décennies et il s'inscrit dans un courant plus général tendant à la reconnaissance d'un droit privé social (§ 6). Enfin, nous soulignerons la contribution de plus en plus importante de ce qu'il est convenu d'appeler le « droit souple », et plus souvent la *« soft law »* (§ 7).

148 L'examen des rubriques énoncées ci-dessus ouvre le champ à des réflexions d'envergure. L'objectif du présent ouvrage limitera nos digressions à un **exposé général,** voire superficiel et débridé à certains égards. Cet exposé se focalisera sur le droit des obligations au sens strict, à l'exclusion du droit proprement commercial.

§ 2 L'évolution législative

I. La Partie générale du Code

149 Comme déjà souligné[221], la Partie générale du Code est restée relativement stable depuis son adoption en 1911. Et comme ce texte a repris pour l'essentiel les acquis du Code fédéral de 1881[222], il est permis d'affir-

220 WESSNER PIERRE, Les contrats d'adhésion : quelle protection pour la partie réputée faible ? RDS 1986 I p. 162 ; ENGEL, Rapport, p. 5.
221 Cf. *supra* N. 133.
222 Cf. *supra* N. 52 et 58.

mer que les dispositions générales du droit des obligations sont pour la plupart plus que **centenaires.** Ce constat est particulièrement significatif si l'on sait l'importance des dispositions en question. Il rappelle également que les institutions et les mécanismes qui en régulent le fonctionnement sont empreints de la pensée libérale qui s'est diffusée au XIX[e] siècle[223]. Mentionnons pourtant qu'une tentative de réforme de la Partie générale du Code a eu lieu au début du siècle. Elle a été déclenchée par des interventions parlementaires tendant à la « modernisation » de cette matière (postulats 13.3217 Bischoff et 13.3226 Caroni). Elle a été menée par un groupe d'experts issus du milieu académique suisse, sous la direction des professeurs Claire Huguenin et Reto Hilty. Un projet intitulé OR/CO 2020 a été déposé et soumis à consultation. Dans un rapport du 31 janvier 2018, le CF a considéré que la révision en question ne s'imposait pas, en proposant le classement des postulats. La tentative de réforme a été abandonnée[224].

En dépit de la « pérennité de son noyau dur »[225], bon nombre de 150
modifications, de nature diverse, ont touché la Partie générale depuis 1912[226]. La réforme récente du droit de la prescription est la plus importante. D'autres, hétérogènes, ont parfois découlé de l'adoption de lois spéciales appréhendant telle ou telle matière, sans véritable point commun, sinon celui d'adapter le droit à l'évolution des faits. Ainsi en va-t-il de la reconnaissance de la signature électronique en 2003 (art. 14 al. 2*bis*). Même si elle reste d'importance pratique plutôt limitée, une innovation remarquée a consisté dans la protection du client lors d'opérations contractuelles propres à l'exposer à des pratiques commerciales abusives, comme l'envoi de choses non commandées (art. 6*a*) et la négociation de contrats en dehors de l'établissement du fournisseur de biens ou de services (art. 40*a* ss). Ces dispositions s'inscrivent dans un courant qui a émergé dès la seconde moitié du XX[e] siècle pour installer, de façon diffuse il est vrai, ce qu'on appelle

223 VON TUHR/PETER, p. 247 s. ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 25.04. Cf. aussi *supra* N. 18, *infra* N. 151 ss et 1286 ss.

224 Code des obligations 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Huguenin Claire/Hilty Reto (édit.), Zurich/Bâle/Genève 2013. Rapport du CF du 31 janvier 2018 en exécution des postulats Bischoff et Caroni, FF 2019 2947. Cf. aussi Forum HAVE 2013/4, p. 297, 351 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 53 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 52 s. et 57 s.

225 CoRo-CO I-THÉVENOZ/WERRO, Introd. gén. N. 2.

226 Cf. *supra* N. 134 ss.

« un **droit privé social** »[227]. Le phénomène se remarque surtout dans la Partie spéciale et dans des lois qui ont pris place hors du Code[228].

151 L'autonomie de la volonté constitue l'un des piliers fondamentaux du droit des obligations[229]. S'agissant du contrat, le principe est ancré à l'art. 19 al. 1, exprimé de façon trop étroite par référence à l'objet. Soit dit en passant, une telle disposition ne figurait pas dans le Code fédéral de 1881. Depuis le début du XX^e^ siècle, la **liberté contractuelle** a connu une évolution qui s'est principalement manifestée par de nouveaux moyens incitant à la négociation (notamment la publicité agressive) ou facilitant la conclusion (en particulier les accords-types assortis de conditions générales d'affaires), sans parler du commerce électronique. Précision : les moyens en question sont également propres à comprimer, voire à pervertir l'exercice du principe[230]. Par ailleurs, la liberté contractuelle s'est aussi traduite par la reconnaissance de nouveaux modèles non directement appréhendés par le législateur, ce qu'on appelle « les contrats innommés ». Ceux-ci ne sauraient en être considérés comme des exceptions[231]. Ils ont néanmoins pour effet pratique de conduire à une certaine standardisation, en particulier « par le biais du commerce international et de sa servante, l'arbitrage international »[232].

152 Selon Engel, la liberté contractuelle est un **aspect de la liberté personnelle,** qui s'inscrit dans le « trinôme » liberté, responsabilité, solidarité. Et d'ajouter que le législateur n'a eu de cesse de procéder à l'ajustement de ce trinôme[233].

153 S'agissant de la **liberté,** rapportée ici essentiellement au droit des contrats, on observe que le Code de 1911 pose des limites générales aux art. 19 al. 2 et 20 CO, combinés avec l'art. 27 CC, ainsi qu'à l'art. 2 al. 1

---

227 PICHONNAZ, Rapport, p. 136 et 179 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 40 s. Cf. aussi *supra* N. 140, *infra* N. 157 et 195 ss.

228 Cf. *supra* N. 102 à 109, 122 s. et 141, *infra* N. 154 et 158 ss.

229 Cf. *supra* N. 149 et 1286 ss.

230 ENGEL, Rapport, p. 40 ss et 59 s. ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 25.04 ss.

231 GAUCH PETER, Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge, in Besonderes Vertragsrecht – Aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (édit.), Zurich 2002, p. 23.

232 TERCIER PIERRE, Quels fondements pour le contrat du XXI^e^ siècle ?, in Le contrat dans tous ses états, Bellanger François/Chaix François/Chappuis Christine/Lachat Héritier Anne (édit.), Berne 2004, p. 219.

233 ENGEL, Rapport, p. 11 et 35 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 1.04 ss et 25.04 ss ; KRAMER/PROBST, N. 38 ss.

CC, qui donne au principe de la bonne foi une portée sécurisante[234]. S'y ajoutent d'autres cautèles, soit les dispositions qui régissent la capacité civile (art. 12 ss CC), la lésion (art. 21) et les vices du consentement (art. 23 ss). L'introduction massive de règles impératives, avant tout dans les régimes spéciaux, a conduit au recul de la liberté contractuelle[235]. Le modèle classique du contrat s'en est sans doute trouvé ébranlé. On a parlé de « déclin du contrat »[236], et même de sa mort, une prédiction non vérifiée, qui visait, il est vrai, la *common law* américaine[237].

La **responsabilité** s'entend du système qui réglemente les actes dommageables illicites. Dans ce domaine également, le développement législatif s'est réalisé principalement hors du Code[238]. La Partie générale a pourtant connu quelques modifications, notamment par l'allongement des délais de prescription (art. 60 al. 1, 1*bis* et 2, 128*a*) et par l'allègement des conditions d'octroi de la réparation du tort moral (art. 49), ainsi que par l'adjonction de dispositions sur la réparation des préjudices en cas d'atteinte à un animal domestique (art. 42 al. 3 et 43 al. 1*bis*) et sur la responsabilité qui pèse sur le titulaire d'une clé de signature électronique (art. 59*a*)[239]. Le terme « responsabilité » comporte aussi une signification dans le droit des contrats, non seulement dans le sens de la réparation de dommages en cas d'inexécution, mais encore dans celui de « fidélité contractuelle », le respect de la parole donnée qui est corollaire de la liberté correspondante[240]. À cet égard, le droit de révocation ou de repentir, instauré jadis aux art. 226*a* à 228 concernant les ventes à tempérament, en constitue une entorse saillante. Il a été repris dans la réglementation des contrats négociés en dehors de l'établissement du fournisseur de biens ou de services (art. 40*e* et 40*f*), ainsi que dans celle de contrats appréhendés par des régimes spéciaux[241]. 154

Quant à la **solidarité,** il s'agit d'un concept polysémique, qui trouve de multiples ancrages légaux, sous ce vocable même dans la Partie 155

234 TERCIER, op. cit. (n. 232), p. 215 ; GAUCH, op. cit. (n. 231), p. 15 s. ; ENGEL, Rapport, p. 45 et 54 ss.

235 HONSELL, Rapport, p. 23 ; GAUCH, op. cit. (n. 231), p. 15 s. Cf. aussi *infra* N. 201, 1299 ss et 1623 s.

236 RIPERT GEORGES, Le déclin du contrat, Paris 1949. Cf. aussi ENGEL, Rapport, p. 35 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 25.05.

237 GILMORE GRANT, *The death of contract,* Colombus, Ohio, 1974.

238 Cf. *infra* N. 158 ss.

239 Cf. *supra* N. 135. Cf. aussi N. 136 sur la suppression des art. 48 et 56 al. 3.

240 TERCIER, op. cit. (n. 232), p. 211.

241 Cf. ainsi art. 406*e*,16 LCC, 2*a* et *b* LCA.

générale du Code, précisément dans le Titre qui régit les modalités des obligations (art. 143 ss) ; de même, dans les obligations découlant d'un acte illicite, par exemple pour la dette qui oblige plusieurs coresponsables (art. 50 et 51) ou pour la prise en compte de la situation financière de la personne recherchée (art. 44 al. 2). En droit contractuel, le principe de solidarité a principalement motivé la volonté du législateur de protéger la partie socialement ou économiquement faible ou celle particulièrement menacée par l'exercice de droits subjectifs de l'autre. Cette protection s'est le plus souvent effectuée par l'instauration de règles impératives spécifiques, ajoutées à celles générales déjà mentionnées (art. 2 et 27 CC, art. 19 à 31)[242]. On pense par exemple à celles qui prévoient un droit de révocation, dont il a été question plus haut, de même aux art. 100 et 101 al. 2 et 3 imposant des restrictions à la liberté de déroger au régime de la responsabilité contractuelle. Encore une fois, il y a lieu de souligner que la protection de la partie faible a surtout trouvé des applications dans les régimes spéciaux[243].

II. La Partie spéciale du Code

156 Comme cela a déjà été énoncé à plusieurs reprises[244], la Partie spéciale du Code a connu de **multiples révisions** d'espèces contractuelles et l'introduction de **nouveaux types.** Certaines révisions ont conduit à la refonte complète de régimes légaux, et l'on pense ici avant tout aux « contrats classiques » que sont les contrats de travail et de bail[245]. Les innovations ont visé surtout à moderniser le droit des contrats, dans des domaines où le besoin se faisait sentir. Ainsi en est-il de l'introduction de dispositions régissant les contrats d'agence et de courtage matrimonial[246], de même que le transfert de biens culturels, sans parler des réformes qui ont touché la vente immobilière et les délais de garantie des défauts[247]. La doctrine fait remarquer l'importance contrastée des types légaux, certains modèles voyant leur signification pratique diminuer drastiquement, comme le contrat d'entretien viager qui a été relégué par la prévoyance professionnelle.

---

242 Cf. *supra* N. 57 et 153. Cf. aussi SCHWENZER, N. 1.04 ss, 25.04 ss ; ENGEL, Rapport, p. 12 et 18 s. ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/WERRO, Introd. gén. N. 6 ; HONSELL, Rapport, p. 21.

243 Cf. *supra* N. 57, *infra* N. 157.

244 Cf. *supra* N. 133, 137 à 140, 145.

245 Cf. *supra* N. 137.

246 Cf. *supra* N. 138 et 140.

247 Cf. *supra* N. 139.

Tertiarisation de l'économie oblige, le mandat apparaît comme l'un des instruments juridiques les plus en vue de nos jours[248].

Les motifs, exposés plus haut[249], qui expliquent l'évolution du droit des obligations depuis le début du XX^e^ siècle, valent également pour le droit des contrats spéciaux. Dans ce domaine pourtant, l'objectif majeur qui a marqué la politique juridique au fil des décennies a consisté à assurer une protection plus efficace à la **partie faible ou menacée,** en clair les travailleurs, les locataires et les fermiers au premier chef, les agents et les cautions également. C'est bien d'une protection de catégories socioprofessionnelles qu'il s'est agi, exécutée au nom de la solidarité, au coup par coup. Elle s'est généralement réalisée par l'instauration de règles impératives, quelquefois formalistes. Ainsi, le bailleur de locaux d'habitations ou commerciaux est lié inconditionnellement par la réglementation qui régit sa dette principale, celle de délivrance et d'entretien durant le contrat (art. 256 al. 1 et al. 2 let. *b*) ; s'il entend augmenter le loyer, modifier unilatéralement le bail ou le résilier, il devra utiliser une formule officielle, qui indique au locataire ses moyens de défense et la manière de les exercer (art. 266*l* al. 2 et 269*d*, 9 et 19 OBLF). En somme, le précepte « nul n'est censé ignorer la loi » est battu en brèche dans l'objectif clairement déclaré de pondérer le déséquilibre qui caractérise ce rapport contractuel. 157

III. Le développement hors du Code

Comme cela a été souligné à plusieurs reprises[250], le développement le plus considérable des règles régissant les obligations et les rapports d'obligations a trouvé place hors du Code. L'influence européenne et l'harmonisation internationale en la matière n'y sont pas étrangères ; nous y reviendrons spécifiquement plus bas[251]. D'autres facteurs – historiques, politiques, systématiques – ont déjà été mis en évidence[252]. 158

248 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 103.
249 Cf. *supra* N. 146, 153 et 155. Cf. aussi CoRo-CO I-THÉVENOZ/WERRO, Introd. gén. N. 6.
250 Cf. *supra* N. 102 s., 141 et 145.
251 Cf. *infra* N. 162 s., 165, 176 ss et 182 ss.
252 Cf. *supra* N. 106. Cf. aussi PICHONNAZ, Rapport, p. 140 s.

159 Pour s'en tenir au droit interne, l'évolution législative examinée ici s'est surtout manifestée par l'adoption de **nouveaux régimes spéciaux** relevant à la fois du droit des contrats et de la responsabilité civile[253].

160 On rappellera également que le législateur a mis en place des **politiques juridiques sectorielles ;** le droit des obligations y occupe une place, certes non exclusive[254]. On pense notamment à la réglementation qui couvre le domaine foncier (LDFR, LBFA, LFAIE)[255] ou à celle qui saisit la régulation de la concurrence économique (LCD, LCart., LMP, LSPr), sans parler des dispositions visant à protéger les données personnelles (LPD) ou la propriété intellectuelle (LDA, LBI, LPM, LDes)[256]. Parfois, le dispositif procédural que ces lois instituent cumule les voies civiles, administratives et pénales (ainsi : LFAIE, LCart, LMP). C'est une occasion de répéter l'influence grandissante du droit public dans l'élaboration et l'application du droit des obligations, ainsi que de souligner l'importance prise par le contrat de droit administratif, une figure hybride entre la décision et le contrat[257].

161 S'agissant des **principes généraux** en la matière, ils n'ont fait l'objet que de quelques interventions législatives hors du Code, depuis le début du XX^e^ siècle. En fait, les textes en question complètent ou précisent des dispositions générales codifiées, dans l'objectif clair de les adapter à l'évolution de la réalité[258]. Ainsi en est-il de la loi sur la supputation des délais comprenant un samedi[259], qui complète les règles sur les délais applicables à l'exécution des obligations (art. 76 à 80), et de la loi sur la signature électronique[260], qui précise les conditions de validité d'un tel procédé inscrit dans les prescriptions consacrées à la forme des actes juridiques ; également de la loi sur l'unité monétaire[261], qui a modifié l'art. 84 sur les moyens de paiement des dettes d'argent ; ou encore de la loi sur la

253 Cf. *supra* N. 102 ss et 122, *infra* N. 162 ss. Cf. aussi CARRON/RISKE, op. cit. (n. 196), p. 196 ss.

254 Cf. *supra* N. 103 et 106. Cf. aussi BK-MÜLLER, Introd. N. 27 ss.

255 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 1.08 ; ENGEL, Rapport, p. 36. Cf. Aussi *supra* N. 139.

256 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 1.07 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 139 ss. Cf. aussi *supra* N. 110, *infra* N. 301, 1465 ss et 1490 ss.

257 FORNAGE, op. cit. (n. 160), p. 7 et 14 ss (ex. : droit de la fonction publique, de l'approvisionnement en électricité).

258 Cf. aussi *supra* N. 111 et 123 où les dispositions de procédure civile et du droit international privé sont mentionnées.

259 LF du 21 juin 1963, RS 173.110.3. Cf. aussi *supra* N. 111 et 128.

260 SCSE du 18 mars 2016, abrogeant la loi du 19 décembre 2003 (RS 943.03).

261 LUMMP du 22 décembre 1999, RS 941.10. Cf. aussi *supra* N. 123.

fusion[262], qui prévoit la nouvelle institution du transfert de patrimoine, selon le renvoi de l'art. 181 al. 4 ; enfin de la révision récente partielle du droit de la prescription[263].

Hors du Code, l'intervention du législateur a visé principalement 162
l'instauration de **nouveaux régimes spéciaux** réglementant des espèces de contrats et des chefs particuliers de responsabilité civile. Dans le domaine des **contrats,** l'appréhension législative a touché à la fois des « modèles classiques », tels le contrat d'assurance (LCA, révisée à plusieurs reprises, notamment de façon substantielle en juin 2020[264]) et le bail à ferme agricole (LBFA), et des « nouveaux modèles », comme ceux qui régissent le transfert international des biens culturels (LTBC) et les investissements dans des fonds de placement (LPCC) ; dans cette dernière catégorie figurent aussi « les contrats européens », tels ceux qui visent les voyages à forfait (LVF) et les crédits à la consommation (LCC). Dans la plupart des cas, l'objectif consiste à assurer une meilleure protection à la partie réputée faible, parfois désignée comme le consommateur lorsqu'elle est le destinataire final de l'opération.

L'influence européenne vise aussi, mais rarement, la **responsabi-** 163
lité civile, avant tout l'emblématique responsabilité du fait des produits (LRFP). Dans ce domaine, les lois sont nombreuses[265]. Elles ont été adoptées tout au long du XX^e^ siècle pour appréhender des activités risquées s'inscrivant d'abord dans ce qu'il est convenu d'appeler la Révolution industrielle, puis la Révolution technologique. Leur caractéristique essentielle concerne le critère d'imputation propre à fonder l'obligation de réparer le dommage. Il ne s'agit plus du comportement reprochable attaché à la faute de l'auteur, selon la classique clause générale ancrée à l'art. 41, mais de la compensation du droit – pour ne pas dire du privilège – d'exercer une activité spécifiquement dangereuse pour autrui[266].

Le Code des obligations n'épuise pas le droit des obligations. 164
L'affirmation a été posée déjà lors de l'élaboration du CO[267]. Néanmoins, elle prend une signification marquée depuis plusieurs décennies, avec la

---

262 LFus du 3 octobre 2003, RS 221.301, not. art. 69 ss. Cf. aussi *supra* N. 123.
263 Cf. *supra* N. 135 et les réf. cit.
264 Projet et Message du CF du 28 juin 2017, FF 2017 4767 ch. 17.043 ; loi votée le 19 juin 2020, entrée en vigueur le 1er janvier 2022 (RO 2020 4969).
265 Cf. *supra* N. 105, *infra* N. 185. Cf. aussi CoRo-CO I-THÉVENOZ/WERRO, Introd. gén. N. 5.
266 WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 3 ss, 9 ss, 20 ss, 134 ss.
267 Cf. *supra* N. 160.

prolifération croissante de lois spéciales. Une telle évolution entraîne plusieurs effets. D'abord, elle a provoqué un mouvement de **décodification,** et par conséquent une fragmentation sinon un éclatement de la réglementation, et le risque de « disparités injustifiables »[268]. Ce mouvement nuit certainement à la cohérence formelle du système, et vraisemblablement à son unité matérielle[269]. Par ailleurs, des institutions fondamentales s'en trouvent ébranlées, comme le modèle classique du contrat[270] et le principe historique de la responsabilité pour faute[271]. En même temps, on ne saurait évidemment nier que bon nombre d'avancées législatives, même menées au coup par coup et sans vision conceptuelle globale, satisfont à – au moins – deux postulats de la politique juridique. Le premier est général : il implique une indispensable mise à jour du droit pour l'adapter aux réalités nouvelles. Le second postulat est spécifique à notre matière : au nom de l'exigence de justice matérielle et de praticabilité dans les rapports obligationnels, il commande d'assurer une protection juridique suffisante à la partie faible, voire parfois à des catégories socioprofessionnelles particulièrement vulnérables[272]. Sa mise en œuvre participe à l'avènement d'un droit privé social[273].

§ 3 L'évolution doctrinale et jurisprudentielle

I. Des sources d'inspiration essentielles

165 L'évolution du droit des obligations doit beaucoup aux contributions conjuguées de la **science juridique** et de la **pratique judiciaire.** Le constat s'avère peu étonnant. En effet, le législateur a lui-même consacré la doctrine et la jurisprudence en tant que sources d'inspiration pour le juge (art. 1 al. 3 CC). Au fil du temps, leur influence s'est révélée considérable, voire essentielle à la recherche de solutions adaptées aux réalités nou-

---

268 ENGEL, Rapport, p. 78 ; CARRON/RISKE, op. cit. (n. 196), p. 196 ss. Cf. aussi AUBERT JEAN-LUC, La recodification et l'éclatement du droit civil, Le Code 1804-2004. Livre du Bicentenaire, Paris 2004, p. 126 ; YUNG, op. cit. (n. 215), p. 339. Cf. encore *supra* N. 106, 122 s. et 141.

269 MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 15. Cf. *supra* N. 109.

270 Cf. *supra* N. 153 et 157.

271 Cf. *supra* N. 163.

272 Cf. *supra* N. 12, 57, 140, 155, *infra* N. 195 ss.

273 Cf. *infra* N. 195 ss.

velles[274]. Deux raisons expliquent une telle évolution. La première est due à l'ancienneté des dispositions adoptées en 1881 et en 1911, plus que centenaires aujourd'hui[275] ; cela laisse une plus large place à l'interprétation et marque aussi le signe d'un certain déclin de la loi[276]. La seconde raison tient au caractère ouvert de nombreuses dispositions, intégrant des principes et mécanismes qui favorisent la variété des opinions et qui confèrent au juge un large pouvoir d'appréciation[277]. Il suffit de penser au principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC), qui imprègne la compréhension et la mise en œuvre de la loi ; de même à des critères significatifs qui, par exemple, se réfèrent aux – bonnes – « mœurs », pour poser les bornes du contrat (art. 27 al. 2 CC, 19 al. 2 et 20 al. 1), aux « circonstances » du cas d'espèce pour fixer l'étendue de la réparation du dommage (art. 43 al. 1), au « délai convenable » imparti au débiteur en demeure pour s'exécuter (art. 107 al. 1) ou encore aux « justes motifs » pour mettre fin à des relations contractuelles de durée, en général et en particulier pour la location des choses (art. 266*g*) ou le travail des hommes (art. 337)[278]. C'est un véritable **pouvoir normatif** qui, dans ces cas-là, est délégué au juge.

166 Il n'est pas question de faire ici un bilan de la « production » doctrinale et jurisprudentielle depuis le début du XX^e^ siècle. Nous renvoyons aux **abondants ouvrages** de droit des obligations, singulièrement aux rapports à l'intention de la Société suisse des juristes dressés par Bucher et Engel en 1983, et par Honsell et Pichonnaz en 2011 ; ces rapports constituent de véritables mines d'or en la matière[279].

167 À vrai dire, nous nous contenterons de marquer quelques traits de l'évolution de la jurisprudence, en nous limitant à la Partie générale du Code. Si nous donnons une sorte de **priorité à la jurisprudence,** c'est pour tenir compte de l'autorité que lui confère le pouvoir judiciaire : c'est elle qui, en fin de compte, a le dernier mot, même si sa mission la cantonne d'abord à la résolution de litiges, et non à l'exposé de théories dont elle se nourrit[280].

---

274 YUNG, op. cit. (n. 215), p. 330 s. ; MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 15 ; CARRON/RISKE, op. cit. (n. 196), p. 190 ss.

275 Cf. *supra* N. 47 ss, 58 et 149.

276 GRERCA-ANCEL, Synthèse des travaux : Les conceptions générales de la matière : rôles respectifs de la loi et du juge en matière de responsabilité civile, p. 737.

277 Cf. *supra* N. 61 et 144.

278 MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 14.

279 Cf. les réf. cit. dans la bibliographie générale.

280 BUCHER, Rapport, p. 308 ss, qui discute l'affirmation.

168 Quelques remarques encore sur le rôle significatif que joue la **doctrine** dans les débats juridiques. Depuis quelques décennies, et de plus en plus, celle-ci ne laisse de mettre en valeur la présence du droit européen comme les mouvements d'harmonisation et d'unification du droit international qui, il est vrai, restent modestes dans notre domaine[281]. Cette tendance renforce l'exercice du droit comparé. Sur ce point faut-il regretter la prépondérance qu'exerce le droit allemand dans la réception en Suisse de concepts dogmatiques et l'orientation de pratiques judiciaires. La problématique d'envergure soulevée par la responsabilité fondée sur la confiance, depuis quelques décennies, en représente un exemple frappant[282].

II. Quelques traits marquants de la jurisprudence

169 La jurisprudence rendue sous l'angle du Code de 1911 est contrastée[283]. Parmi ses **traits marquants,** on inventorie des acquis, des avancées novatrices, parfois inachevées, des positions défensives, à certains égards décevantes ; s'y ajoutent de nombreuses questions laissées ouvertes. C'est le domaine de l'acte juridique, comme tel non régi par la loi[284], qui a surtout retenu l'attention des tribunaux, singulièrement le contrat sur des points très divers. La responsabilité civile, de plus en plus considérée comme un domaine méritant une réflexion particulière[285], n'est pas en reste ; les accidents de la circulation routière demeurent une grande source du contentieux en la matière.

170 L'exposé se veut **sommaire.** Il se limitera à quelques illustrations significatives de la pratique judiciaire fédérale. À ce stade, il est dénué de références jurisprudentielles ; celles-ci figureront à leur place, dans le corps du texte. Quant à l'influence européenne, elle fera l'objet d'une rubrique particulière[286].

171 S'agissant des **acquis** de la jurisprudence, souvent sécurisants, la théorie générale du **contrat** est caractérisée par la stabilité qu'a connue depuis quelques décennies le concept de consentement, le critère de la volonté étant au besoin relayé par les instruments d'interprétation que constituent

281 Cf. *infra* N. 176 ss et 182 ss.
282 CoRo-Co I-THÉVENOZ/WERRO, Introd. gén. N. 12. Sur ce sujet, cf. *infra* N. 1641 ss.
283 Cf. *supra* N. 145 et 147.
284 Cf. *supra* N. 61 et 144.
285 WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 13.
286 Cf. *infra* N. 182 ss.

l'apparence efficace et le principe de la confiance[287]. C'est une manière de confirmer l'importance décisive des principes ancrés à l'art. 2 CC. Le principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) d'abord, pour poser par exemple des exigences de plus en plus sévères au devoir d'information des professionnels – en particulier des médecins, avocats, notaires, architectes, banquiers et assureurs – notamment au stade de la période précontractuelle[288] ; également pour soutenir des méthodes d'interprétation des conditions générales d'affaires, comme il en va de la règle de l'insolite et de celle couverte par l'adage *in dubio contra proferentem,* l'une et l'autre au service de la protection de la partie faible, mais aussi de la régulation des marchés[289]. Le principe de la prohibition de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) ensuite, qui a trouvé une large application aux ventes immobilières affectées d'un vice de forme[290] et à la théorie de l'imprévision. D'autres acquis jurisprudentiels se sont imposés dans les problématiques de la réception de l'acte juridique (sous réserve de précisions attendues pour les opérations liées au commerce électronique) ; de même pour l'exécution et l'inexécution des obligations, avec l'innovation discutée qu'a constituée la théorie du rapport de liquidation d'un contrat dont le débiteur est en demeure, qui a pour effet de reléguer les actions réelles en revendication (art. 641 al. 2 CC) et personnelle en restitution de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss).

172 En droit de la **responsabilité civile,** le pouvoir normatif du juge s'est exercé de façon particulièrement saillante, dans le sens d'une extension de la fonction indemnitaire, tant pour les chefs d'imputation que pour les effets de la réparation. Au fil du temps, le TF a élargi la portée de la responsabilité aquilienne (art. 41), par une objectivation poussée de la faute et par des exigences accrues mises aux devoirs de sécurité[291]. De même a-t-il admis la qualification résolument objective des responsabilités du chef de famille (art. 333 CC), du propriétaire d'immeuble (art. 679 CC, ainsi que 679*a* CC qui est une codification de la jurisprudence) et d'ouvrage (art. 58), du détenteur d'animal (art. 56) et surtout de l'employeur (art. 55)[292]. L'interprétation

---

287 PICHONNAZ, Rapport, p. 145 ss ; YUNG, op. cit. (n. 215), p. 332. Cf. *infra* N. 656 ss., 1580, 1648, 1652.

288 KRAMER/PROBST, N. 11 ; WESSNER PIERRE, Quelques figures libres et imposées au devoir d'information durant la période précontractuelle : user, abuser, méduser, in Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), Zurich 2008, p. 513 ss ; CARRON/RISKE, op. cit. (n. 196), p. 191 s. Cf. *infra* N. 1531 ss.

289 PICHONNAZ, Rapport, p. 191.

290 HONSELL, Rapport, p. 77 ss ; ENGEL, Rapport, p. 27.

291 HONSELL, Rapport, p. 81.

292 WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 14.

étendue des conditions générales de l'obligation de réparer – la causalité juridique (naturelle et adéquate) d'une part, l'illicéité d'autre part – a conduit à une augmentation des dommages-intérêts et à la création de nouveaux postes du préjudice corporel, tels les dommages ménagers, de rentes et d'assistance à une victime invalide[293].

173 Certaines avancées jurisprudentielles se sont révélées franchement **innovantes.** En premier lieu on citera la responsabilité fondée sur la confiance, par laquelle le TF crée un nouveau chef de responsabilité, de façon discutable[294] ; celle-ci trouve principalement application à la *culpa in contrahendo* et aux comportements de personnes morales impliquées dans des groupes de sociétés. De ce point de vue, le pouvoir normatif du juge n'est ici plus seulement délégué ; il devient autonome[295]. D'autres concepts ont trouvé un ancrage jurisprudentiel, tels l'acte fiduciaire et l'acte simulé[296]. Il en va de même de l'erreur portant sur des faits futurs (art. 24 al. 1 ch. 4), qui brouille quelque peu les délimitations avec l'impossibilité subséquente d'exécution (art. 119) et avec la *clausula rebus sic stantibus*[297]. Est en revanche bienvenue l'admission de la nullité partielle des contrats affectés d'une lésion, d'un vice du consentement ou d'un vice de forme (art. 20 al. 2 par analogie)[298].

174 Certaines innovations jurisprudentielles sont inachevées. À tout le moins, elles laissent des **questions ouvertes.** À titre d'exemple, on pointera la portée de la théorie du contrat de fait et celle de la théorie de la conversion d'un acte juridique nul ; de même, le concept de contrat avec effet protecteur de tiers[299] ; également l'application de l'art. 55 à la responsabilité de l'employeur-fabricant ou distributeur de produits défectueux, qui a laissé entrevoir l'ébauche d'une responsabilité plus large du fait de l'organisation[300]. On pense aussi à la réparation des dommages à l'environne-

---

293 TERCIER PIERRE, Cent ans de responsabilité civile en droit suisse, in Le Centenaire du Code des obligations, Peter Hans/Stark Emil W./Tercier Pierre (édit.), Fribourg 1982, p. 215 ss ; KRAMER/PROBST, N. 46 ss.

294 WESSNER PIERRE, La responsabilité fondée sur la confiance : une fausse bonne idée, in Quelques actions en responsabilité, Bohnet François (édit.), Zurich 2008, p. 39 ss.

295 Cf. *supra* N. 165, *infra* N. 1644 s. ; GRERCA-ANCEL, p. 737.

296 YUNG, op. cit. (n. 215), p. 332.

297 SCHÖNLE HERBERT, L'imprévision de faits futurs lors de la conclusion d'un contrat générateur d'obligations, in Le Centenaire du Code des obligations, Peter Hans/Stark Emil W./Tercier Pierre (édit.), Fribourg 1982, p. 416 ss.

298 PICHONNAZ, Rapport, p. 186 ss.

299 PICHONNAZ, Rapport, p. 173 ss.

300 WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 15 et 123 ss ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/WERRO, Introd. gén. N. 3.

ment naturel et à celle des préjudices réfléchis, par le recours à la théorie de la finalité protectrice de la norme[301].

Parmi les questions ouvertes, il en est qui réclament des réponses « dans les meilleurs délais », soit parce qu'elles se posent depuis longtemps, soit parce qu'elles suscitent des attentes impatientes de la pratique. Dans la **première catégorie,** on citera la définition – floue, voire ambiguë – de la notion de cause de l'acte juridique[302] et, dans le prolongement, la sempiternelle controverse sur la nature abstraite ou causale de la cession de créances (art. 164 ss). En matière d'enrichissement illégitime (art. 62 ss), on mettra en évidence la distinction restée vague des champs d'application respectifs de la *condictio sine causa* et de la *condictio indebiti ;* dans ce domaine aussi, la portée de l'action en restitution résultant d'un acte de l'enrichi *(Eingriffskondiktion),* déclarée concurrente à l'action en remise du gain de la gestion d'affaires imparfaite (art. 423). Dans la **seconde catégorie** – celle des questions qui soulèvent des expectatives pressantes des milieux de la pratique –, on mentionnera avant tout des déterminations jurisprudentielles visant les opérations liées au commerce électronique, notamment des précisions sur le moment de la réception des messages et sur celui du paiement de sommes d'argent ; des précisions également sur les exigences posées par le nouvel art. 3 al. 1 let. *s* LCD, ainsi que sur la portée de l'art. 8 LCD reformulé, qui ouvre davantage le contrôle judiciaire des conditions générales d'affaires[303]. Dans le registre de la responsabilité civile, notre cour suprême se doit impérativement de procéder à un réexamen du taux de capitalisation des rentes d'invalidité et de perte de soutien, eu égard à la faiblesse des rendements sur le marché des capitaux. De même, serait-il opportun qu'elle se prononce sur la réparation du symbolique préjudice de frustration, non seulement dans l'application de la loi sur les voyages à forfait (LVF), mais aussi dans le domaine de la responsabilité délictuelle. 175

§ 4 Le phénomène d'internationalisation

I. Un mouvement en variations

Le XIX^e^ siècle et la première moitié du XX^e^ siècle ont exalté les nationalismes, y compris dans l'élaboration et la promotion des systèmes 176

301 WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 13 et 14 ; HONSELL, Rapport, p. 82 et 83.
302 ENGEL, Rapport, p. 77 s. Cf. *infra* N. 691 ss.
303 PICHONNAZ, Rapport, p. 189 ss ; HONSELL, Rapport, p. 40 ss.

juridiques[304]. Dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, la prise de conscience d'une unité culturelle de la pensée juridique comme les exigences liées aux échanges commerciaux ont déclenché un **phénomène d'internationalisation** du droit privé. Pour s'en tenir aux règles matérielles régissant les obligations, le phénomène en question s'est d'abord exercé dans des secteurs spéciaux, tels le droit de change et le droit des transports, par des traités dotés de force obligatoire[305]. Par la suite, il s'est particulièrement exacerbé dans l'espace européen, comme nous le verrons plus bas, sous l'action du Conseil de l'Europe et surtout de l'Union européenne[306]. Cependant, son ampleur reste contenue, appréhendant souvent le domaine des contrats. Force est de constater que le droit des obligations demeure principalement de la compétence des États, conçu comme un instrument qui sert au premier chef l'identité et la souveraineté nationales[307]. Il faut bien relever que la dualité de deux grands systèmes *(civil law* et *common law)* constitue une entrave à un processus d'unification.

177 L'internationalisation du droit des obligations ne s'est pas seulement manifestée par l'adoption de textes supra-étatiques ayant force obligatoire. Elle doit également à la contribution de ce qu'il est convenu d'appeler **« le droit souple »,** plus communément la *soft law.* Nous en dirons quelques mots plus bas[308].

178 C'est bien d'un mouvement d'internationalisation **en variations** qu'il s'agit, dans le temps et dans l'espace, et également par la force plus ou moins contraignante des normes de référence. Qu'il vise l'unification obligatoire du droit, comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises[309], ou l'harmonisation suggérée, à l'instar des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international[310], ce mouvement a pour effet de provoquer l'interpénétration des systèmes juridiques et donc, dans une certaine mesure, une **standardisation**

304 SACCO RODOLFO, La diversité des droits : À propos des problèmes d'unification, in Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata, Ruedin Roland (édit.), Bâle/Genève/Munich 1999, p. 412 ; KRAMER ERNST A., Die Europäisierung des Privatrechts, recht 2001, p. 102.

305 Cf. *supra* N. 126 s. ; YUNG, op. cit. (n. 215), p. 340 s.

306 Cf. *infra* N. 182 ss.

307 HECKENDORN LUKAS, L'impact du droit étranger et international sur les systèmes juridiques nationaux, RSDIE 3/2012, p. 429 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 130.

308 Cf. *infra* N. 215 ss.

309 Cf. *supra* N. 129, *infra* N. 179.

310 Cf. *infra* N. 226.

du droit qui va de pair avec une **dénationalisation**[311]. Il contribue également à développer une culture du droit comparé, qui conduit le juriste à chercher des sources d'inspiration au-delà des frontières de sa « juridiction »[312].

II. Les domaines appréhendés

179 L'internationalisation du droit matériel des obligations s'est réalisée dans des **secteurs spéciaux** touchant essentiellement les **contrats.** Le développement transfrontière des échanges commerciaux n'y est évidemment pas étranger. Ce sont les transports internationaux qui en constituent sans surprise le domaine de prédilection. Plusieurs conventions internationales lient la Suisse, de même que des accords passés avec l'Union européenne[313]. En matière contractuelle, le texte emblématique est sans aucun doute la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[314] ; elle a été signée à Vienne le 11 avril 1980 et intégrée au droit suisse à compter du 1er mars 1991[315]. Elle a été ratifiée par la plupart des pays européens et des grandes puissances comme les États-Unis d'Amérique, la Chine et la Russie. Sa portée dépasse en fait la vente proprement dite[316].

180 D'autres textes internationaux appréhendent des **responsabilités** particulières, telle la Convention du 29 novembre 1969 sur la responsabilité pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures[317] ou la

311 CHAPPUIS CHRISTINE, La compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux, in Le contrat dans tous ses états, Bellanger François/Chaix François/Chappuis Christine/Lachat Héritier Anne (édit.), Berne 2004, p. 305 ; ENGEL, Rapport, p. 91 ; KRAMER, op. cit. (n. 304), p. 104 et 108.

312 SACCO, op. cit. (n. 304), p. 411 ; WIDMER PIERRE, Les Principes d'UNIDROIT – Une nouvelle forme de codification au niveau transnational, in Le Code civil français dans le droit européen, Dunand Jean-Philippe/Winiger Bénédict (édit.), Bruxelles 2005, p. 241 s. ; ZIMMERMANN REINHARD, Le droit comparé et l'européanisation du droit privé, RTDciv 2007, p. 451.

313 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5662 ss ; MARCHAND, Consommation, p. 255 ss et 262 ss et les réf. cit.

314 Cf. *supra* N. 129. Cf. aussi KRAMER/PROBST, N. 52 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 71 ss.

315 RS 0.221.211.1 ; à certaines conditions, l'art. 6 donne aux parties la faculté d'exclure l'application de la Convention ou d'y déroger. Cf. *supra* N. 139.

316 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 64 s., 122 et 1280 ss.

317 RS 0.814.291 ; cf. *supra* N. 131.

Convention sur la responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960 – complétée par la Convention du 31 janvier 1963 –, l'une et l'autre amendées par des protocoles que la Suisse a signés. Il en est résulté l'abrogation de la LRCN du 18 mars 1983 par l'adoption d'une nouvelle loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire le 13 juin 2008, entrée en vigueur le 1er janvier 2022[318].

181 À notre connaissance, un seul texte international liant la Suisse s'applique à des **principes généraux** relevant du droit des obligations. Il s'agit de la Convention élaborée sous l'égide du Conseil de l'Europe sur la computation des délais, conclue à Bâle le 16 mai 1972, entrée en vigueur pour notre pays le 28 avril 1983[319].

§ 5 L'influence européenne

I. L'européanisation du droit privé

182 Peu après la fin de la Deuxième Guerre mondiale, des mouvements d'harmonisation et bientôt d'unification du droit privé se sont dessinés en Europe. Au départ, l'impulsion est donnée par des **cercles académiques** dénués de statut officiel. Elle véhicule l'idée d'une appartenance à une sorte de *Ius commune*[320]. Ces mouvements trouvent des **relais institutionnels,** d'abord par l'action du **Conseil de l'Europe** qui, au fond, se révèle très peu consistante dans notre domaine. Tout au plus citera-t-on, à titre d'exemple, la Convention sur la computation des délais, déjà mentionnée, et la Résolution du Comité des ministres du 14 mars 1975 relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès[321]. On ne saurait ici passer sous silence la fonction juridictionnelle remplie par la Cour de Strasbourg dans l'application de la CEDH. L'arrêt Howald Moor, jugeant de la prescription d'actions réparatoires en cas de contamination

318 Message du CF relatif à l'Arrêté fédéral concernant l'approbation et la mise en œuvre des conventions relatives à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 8 juin 2007, FF 2007.5125 ss ch. 07.045 ; RO 2022.43.

319 RS 0.221.122.3. Cf. *supra* N. 128.

320 KRAMER, op. cit. (n. 304), p. 104 ; ZIMMERMANN, op. cit. (n. 312), p. 456.

321 Sur la convention, cf. *supra* N. 128 et 181. Sur la résolution, cf. Conseil de l'Europe, Res (75) 7F.

par l'amiante, en témoigne. Il a influencé la réforme du droit de la prescription[322].

C'est surtout à la **Communauté économique européenne** – qui deviendra bientôt la Communauté européenne puis l'Union européenne – que l'on doit l'émergence d'un droit privé européen. L'évolution se manifeste dans l'avant-dernière décennie du XX^e^ siècle. Elle est discontinue jusqu'à nos jours. Elle se réalise le plus souvent par les décisions conjuguées du Conseil et du Parlement européen : soit par l'adoption de règlements directement applicables aux États membres, soit, et surtout, par l'adoption de directives qui nécessitent une transposition dans les ordres juridiques nationaux. Dans notre domaine, on en compte une vingtaine aujourd'hui[323]. Elles touchent principalement le droit des contrats, dans une moindre mesure celui de la responsabilité civile. Elles restent souvent sectorielles. La plupart d'entre elles tendent à assurer une meilleure protection aux consommateurs, tout en poursuivant l'objectif de gommer les disparités ayant une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun. Le risque de superposition, voire de collision avec les régimes nationaux n'est pas à prendre à la légère[324]. 183

Dans le **domaine des contrats,** certaines directives visent telle ou telle espèce, comme la Directive (UE 2015/2302), du 25 octobre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées (abrogeant la Directive 90/314/CEE), ou précédemment la Directive du 23 avril 2008 (2008/48/CE) sur les crédits à la consommation, ou encore récemment les directives « jumelles » du 20 mai 2019, soit la Directive (UE 2019/771) relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, et la Directive (UE 2019/770) relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques. D'autres directives posent des principes généraux dans un secteur spécifique, comme la Directive du 5 avril 1993 (93/13/CEE) sur les clauses abusives 184

322 Affaire Howald Moor et autres c. Suisse du 11 mars 2014, violation de l'art. 6 § 1 CEDH, www.echr.coe.int, n° 52067/10 et 41072/11. Cf. aussi ATF 137 III 16 cons. 2, JT 2013 II p. 315 ; JT 2014 II p. 154 et 165. Sur la révision du droit de la prescription, cf. *supra* N. 135.

323 Cf. le site http://eur-lex.europa.eu. Cf. aussi AMSTUTZ MARC/PICHONNAZ PASCAL/PROBST THOMAS/WERRO FRANZ (édit.), Droit privé européen. Directives choisies, 2^e^ éd., Berne 2011 ; ZIMMERMANN, op. cit. (n. 312), p. 453.

324 FURRER ANDREAS, Zivilrecht im gemeinschaftlichen Kontext, Berne 2002, p. 63 s. et 93 s. ; MARCHAND, Consommation, p. IX à XIII et 52 ss ; ZIMMERMANN, op. cit. (n. 312), p. 454 ss et 476.

dans les contrats conclus avec les consommateurs ou la Directive du 25 octobre 2011 (2011/83/UE) relative aux droits des consommateurs, qui modifie et abroge des textes antérieurs.

185 Dans le **domaine de la responsabilité civile,** la directive emblématique est celle adoptée le 25 juillet 1985 (85/374/CEE), qui régit la responsabilité du fait des produits. On citera également la « directive automobile » du 16 septembre 2009 (2009/103/CE) sur l'assurance de la responsabilité civile dans le domaine de la circulation routière, qui abroge des textes adoptés précédemment.

186 Dans les premières années du XXI^e^ siècle, la Commission européenne a entrepris une vaste réflexion sur l'**harmonisation du droit des contrats**[325]. En 2004, elle a mis en chantier l'élaboration d'un « Cadre commun de référence », envisagé comme une sorte de « boîte à outils » destinée au législateur européen. Plusieurs groupes de travail s'activèrent, dans le prolongement des « Principes du droit européen des contrats » rédigés par la Commission dirigée par Ole Lando[326]. Le Projet de Cadre commun de référence fut publié en 2009[327]. Il reçut un accueil pour le moins mitigé. Il a dépassé par son envergure le mandat confié par la Commission européenne[328]. Celle-ci focalisa alors son action en proposant le 11 octobre 2011, conjointement au Parlement européen, un projet de règlement optionnel relatif à un droit européen de la vente, valable pour les contrats entre professionnels et entre professionnels et consommateurs, dont une grande partie traite du droit commun du contrat. Ce projet est resté sans suite[329].

II. La politique d'eurocompatibilité

187 La Suisse n'est pas liée par les traités fondant l'Union européenne et régissant son fonctionnement. Mais l'existence de ce qu'on appelle sou-

325 BALENSI YVAN/BAUMGARTNER FABRICE, Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, RDC 2012/4, p. 1400 ss ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 205 ss.

326 Cf. réf. cit. dans la bibliographie générale et *infra* N. 223. Cf. aussi TERCIER/PICHONNAZ, N. 82 ; BALENSI/BAUMGARTNER, op. cit. (n. 325), p. 1401.

327 Cf. les réf. cit. dans la bibliographie générale et *infra* N. 225. Cf. aussi RISKE, op. cit. (n. 24), N. 405 ss

328 BALENSI/BAUMGARTNER, op. cit. (n. 325), p. 1401 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/WERRO, Introd. gén. N. 7 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 83.

329 Cf. *infra* N. 225. Cf. aussi RISKE, op. cit. (n. 24), N. 305 ss.

vent « une communauté de destin » est indéniable[330]. Celle-ci s'est notamment manifestée en Suisse par l'élaboration d'une politique d'eurocompatibilité qui s'exerce sous deux formes principales. La première est la **voie bilatérale :** elle consiste à passer avec l'Union européenne des accords qui ont valeur de traités internationaux et qui conduisent à une intégration partielle de notre pays dans le marché intérieur européen[331]. Peu d'accords touchent directement le droit des obligations ; à titre d'exemple, on citera le Règlement européen sur l'indemnisation et l'assistance des passagers d'un vol[332], intégré à l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien du 21 juin 1999 et obligatoire pour notre pays dès 2006[333]. Quant à la seconde forme de politique d'eurocompatibilité, elle s'opère par la **transposition volontaire de directives européennes**[334]. La majorité de la doctrine y est favorable. Quelques auteurs affichent leur scepticisme, en craignant la mise en danger de la sécurité et de la culture juridique suisse[335].

188 L'eurocompatibilité constitue depuis plusieurs années une « maxime » de l'activité législative[336], qui, nous le verrons, a trouvé un prolongement dans la pratique judiciaire. Son examen est **systématique :** il fait l'objet d'une rubrique spécifique dans les messages du Conseil fédéral à l'intention du parlement[337]. L'objectif d'intégration est principalement économique : il tend à éviter que les disparités en la matière entament la capacité concurrentielle de la Suisse. À la fin du siècle passé, on y voyait

330 MAIANI FRANCESCO/BIEBER ROLAND, Précis de droit européen, 3e éd., Berne 2016, p. 379.

331 OESCH MATTHIAS, Quand Bruxelles et Luxembourg priment sur Lausanne et Berne, Plaidoyer 6/11, p. 36 ; BESSON SAMANTHA, Droit constitutionnel européen, Berne 2019, N. 1344 ss. Cf. recueil électronique des accords bilatéraux Confédération suisse – Union européenne en vigueur, https://www.admin.ch/opc/fr/european-union/international-agreements/index.html.

332 Règlement CE 261/2004 du 11 février 2004.

333 RS 0.748.127.192.68. Cf. MARCHAND, Consommation, p. 234 et 266 ss.

334 KRAMER, op. cit. (n. 304), p. 105 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 1.11 ; BESSON, op. cit. (n. 331), N. 1385 s. Cf. *infra* N. 189 ss.

335 HONSELL, Rapport, p. 29 s. et 36 s.

336 OESCH, op. cit. (n. 331), p. 38 et 39.

337 Rapport sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne du 24 août 1988, FF 1988 III 304 ss ch. 51 et p. 363 ss ch. 64. Cf. aussi art. 141 al. 2 let. *a* LF sur le parlement (RS 171.10). Également : MIGNON VINCENT, Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire, thèse Neuchâtel, Berne 2010, p. 207 ss.

aussi une opportunité de maintenir toute option de rapprochement avec l'Union européenne[338].

189 S'agissant de la **transposition autonome** – unilatérale et volontaire – de directives relevant du droit des obligations, le processus a touché principalement le droit des contrats, dans une très moindre mesure le droit de la responsabilité civile. Corollaire d'une concurrence accrue sur les marchés, l'objectif visait à assurer aux consommateurs et victimes de faits dommageables une protection juridique renforcée[339]. Des domaines liés au droit des obligations ont également fait l'objet d'adaptations eurocompatibles, quelques fois partielles, comme la législation sur les cartels (notamment l'art. 7 LCart sur les abus de position dominante) ou contre la concurrence déloyale (notamment pour ce qui a trait aux pratiques commerciales déloyales selon l'art. 3 LCD et aux conditions générales d'affaires rédigées au détriment du consommateur d'après l'art. 8 LCD)[340].

190 La première transposition – qui plus est dans la Partie générale du Code – a touché en 1990 certains contrats négociés hors de l'établissement commercial du fournisseur de biens et de services[341]. Une **étape décisive** a été franchie en 1993, après le rejet par le peuple et les cantons, le 6 décembre 1992, de l'Accord d'adhésion à l'Espace économique européen, et donc du « paquet législatif *Eurolex* »[342]. En dépit de l'échec, le parlement approuvait quelques mois plus tard l'intégration d'une partie de l'acquis

338 Mess. du CF sur le programme consécutif au rejet de l'Accord sur l'EEE du 24 février 1993, FF 1993 I 757 ss, not. 783 ss ch. 14. Cf. aussi OESCH, op. cit. (n. 331), p. 36 s. ; AMSTUTZ MARC, Normative Kompatibilitäten : zum Begriff der Eurokompatibilität und seiner Funktion im schweizerischen Privatrecht, ASDE 2004/2005, Berne/Zurich 2005, p. 235 ss.

339 MORIN ARIANE, L'influence du droit européen sur le droit privé suisse de la consommation, Ojha Lauren/Vulliemin Pierre-François (édit.), Lausanne 2009, p. 22. Cf. *supra* N. 158 s. et 182 ss. Sur les directives transposées, cf. MIGNON, op. cit. (n. 337), p. 241 ss ; MARCHAND, Consommation, p. 43 ss.

340 OESCH, op. cit. (n. 331), p. 38 et les réf. cit. ; MARCHAND, Consommation, p 26 s., 34 s. et 43 s.

341 Art. 40*a*-*g*, introduits – avec l'art. 6*a* – par la LF du 5 octobre 1990, modifiés par la suite ; Directive 85/577 CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, abrogée par la Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs. Sur les art. 40*a* ss, cf. *supra* N. 135 et 154.

342 PICHONNAZ, Rapport, p. 137 et les réf. cit.

communautaire, soit le « paquet législatif *Swisslex* »[343]. Celui-ci impliquait, pour ne citer que quelques exemples, l'adoption de lois spéciales portant sur les voyages à forfait (LVF) et le crédit à la consommation (LCC, révisée en 2001 et ultérieurement[344]), ainsi que sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)[345]. Le refus d'incorporer ces textes au CO résultait d'une « réflexion pragmatique » des autorités fédérales[346], qui entendaient profiter dans les meilleurs délais du processus législatif lancé quelques années auparavant.

Le **mouvement de transposition** de directives européennes s'est poursuivi. Pour rester dans notre domaine, on mentionnera notamment l'adoption en 2003 de la loi sur la signature électronique (SCSE) et l'introduction dans le Code des nouveaux art. 14 al. 2*bis* et 59*a* [347]; et en 2012, de la loi qui modifie les délais de prescription de la garantie en raison des défauts dans les contrats de vente (art. 210) et d'entreprise (art. 371)[348]. 191

III. L'interprétation du droit européen

La reprise de directives européennes dans l'ordre juridique suisse pose une question d'interprétation liée à l'eurocompatibilité de la pratique judiciaire. La réponse a été fournie dans un **arrêt de principe** rendu en 2003[349], qui a été confirmé par la suite[350]. En résumé, le TF enjoint le juge de prendre en compte la jurisprudence de la CJCE (aujourd'hui CJUE) dans l'interprétation des normes de droit interne qui ont fait l'objet d'une transposition autonome. On y voit une exigence de **cohérence** propre à « éviter 192

343 Message cité *supra* en n. 338. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 22a ss ; OESCH, op. cit. (n. 331), p. 37 s. ; MIGNON, op. cit. (n. 337), p. 225 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 51.

344 Cf. *infra* N. 210 ss.

345 Directive citée *supra* N. 185.

346 PICHONNAZ, Rapport, p. 137.

347 Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques et Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Cf. aussi *supra* N. 123 et 161.

348 Directive citée *supra* N. 139.

349 ATF 129 III 335 cons. 6, JT 2003 II p. 75 (touchant l'art. 333). Sur l'évolution de la jurisprudence, cf. MIGNON, op. cit. (n. 337), p. 479 ss.

350 ATF 137 III 226 cons. 2.2 (touchant la LRFP) et les réf. cit. Cf. le commentaire dans WERRO FRANZ, Les prothèses à risques, REAS 2/2012, p. 161 ss.

de contrecarrer l'harmonisation voulue »[351], à l'instar des cas où le droit helvétique est adapté à un droit étranger[352].

193 Cette jurisprudence est assortie de **conditions.** D'abord, le principe suppose l'existence d'un doute, soit une pluralité de solutions possibles dans l'application de la norme en cause[353]. Par ailleurs, l'interprétation s'opère au besoin selon un critère dynamique, qui oblige à prendre en considération le développement du droit européen transposé[354] ; on peut y voir une confiance dans l'évolution « raisonnable » de l'ordre juridique de l'Union européenne[355]. Enfin, la décision judiciaire ne doit pas faire obstacle à une règle relevant de la méthodologie du droit suisse, telle que l'ordre public ou le principe de la légalité[356] ; dans une telle hypothèse, le TF pourrait considérer qu'il y a « un bon motif » de s'écarter de la pratique de Luxembourg[357].

194 Tout en restant inachevée, la jurisprudence décrite ci-dessus indique une **direction,** en ce sens que le droit communautaire est présenté comme une « aide à l'interprétation » qu'on ne saurait écarter sans motif valable[358]. La démarche choisie se situe dans une optique particulière de **droit comparé.** Dans son principe, et en dépit de la complexité que génère le processus d'interprétation conforme à une directive, cette démarche n'est guère discutable pour l'interprétation des normes qui ont fait l'objet d'une reprise directe, dans le mouvement lancé lors de l'adoption du « paquet législatif *Swisslex* »[359]. Dans ces cas, on discerne une **volonté histo-**

---

351 ATF 137 III 229.

352 Sur la question, cf. not. PROBST THOMAS, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, BJM 2004, p. 225 ss ; WALTER HANS-PETER, Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichen, harmonisierten und rezipierten Rechts, RDS 2007 I p. 259 ss, not. 268 ss ; BESSON, op. cit. (n. 331), N. 1386 ; CARRON/RISKE, op. cit. (n. 196), p. 202 s.

353 PICHONNAZ, Rapport, p. 200 s.

354 PROBST, op. cit. (n. 352), p. 248 ss ; WALTER, op. cit. (n. 352), p. 272 ; MORIN, op. cit. (n. 339), p. 28 ss.

355 OESCH, op. cit. (n. 331), p. 41.

356 MIGNON, op. cit. (n. 337), p. 551 s. et 558 et les réf. cit.

357 ATF 137 III 229. Cf. aussi WERRO, op. cit. (n. 350), p. 164 ; MIGNON, op. cit. (n. 337), p. 514 s.

358 MIGNON, op. cit. (n. 337), p. 514 s.

359 Cf. *supra* N. 187 s. Des difficultés d'interprétation ne sauraient être méconnues, comme il en va par exemple de l'indemnisation du préjudice de frustration pour vacances gâchées (cf. arrêt de la CJUE du 12 mars 2002 (C-168/00, Leitner) ; cf. aussi MARCHAND, Consommation, p. 252 ss.

rique du législateur helvétique[360]. Une telle volonté n'est plus évidente pour les domaines non transposés. Le principe d'une interprétation concordante au droit de l'UE fait débat. Ce n'est pas le lieu d'y prendre part. Tout au plus mentionnerons-nous qu'un courant doctrinal entend donner au principe en question une portée générale en droit privé, au nom de la cohérence de l'ordre juridique suisse et de l'égalité de traitement des justiciables[361]. Pour un autre courant d'opinions, la législation communautaire non reprise – ou non directement reprise – ne devrait au besoin que constituer une source d'inspiration pour le juge helvétique, à l'instar de tout autre droit étranger, dans une optique de droit comparé. C'est dire qu'on ne saurait sans autre déduire une volonté hypothétique du législateur suisse d'harmoniser le droit interne au droit européen. Et lorsque la norme de droit interne applicable s'en écarte, il n'y a plus place pour une interprétation eurocompatible, sauf l'existence d'une éventuelle lacune[362].

§ 6 Le droit privé social et le droit de la consommation

I. L'évolution d'un droit privé social

Le Code de 1911 a repris en grande partie celui de 1881. C'est dire qu'il est empreint des idées qui ont pénétré les codifications du XIX^e^ siècle, et parmi elles, la **pensée libérale** au service des échanges commerciaux[363]. 195

Sur ce point, le souci premier du législateur helvétique n'a certainement pas visé à assurer l'égalité des partenaires à tel ou tel rapport juridique[364]. Toutefois la volonté de marquer dans le Code l'empreinte d'une **justice commutative sociale** n'est de loin pas absente. Ainsi, et déjà dans les principes généraux régissant le contrat, certaines normes sont significatives. Ce sont notamment celles qui imposent le devoir de se comporter de bonne foi dans les affaires (art. 2 CC), ou celles qui bornent l'autonomie 196

360 WALTER, op. cit. (n. 352), p. 269 s. ; MIGNON, op. cit. (n. 337), p. 540.
361 CoRo-CC I-WERRO, N. 100 ad art. 1 ; PROBST, op. cit. (n. 352), p. 256 ss ; MIGNON, op. cit. (n. 337), p. 541 ss et 640.
362 OESCH, op. cit. (n. 331), p. 40 s. ; WALTER, op. cit. (n. 352), p. 268 ss et les réf. cit. ; MORIN, op. cit. (n. 339), p. 33 s.
363 Cf. *supra* N. 56 et 61.
364 PICHONNAZ, Rapport, p. 179.

privée contre des engagements excessifs ou immoraux (art. 27 CC, 19 al. 2 et 20), ou encore celles qui sanctionnent des attitudes lésionnaires (art. 21) ou portant atteinte à l'intégrité du consentement (art. 23 ss)[365]. Dans ce sens également, d'autres dispositions donnent au juge le pouvoir de réduire des créances pécuniaires excessives, en droit contractuel (ex. : des peines conventionnelles, art. 163 al. 3) ou en droit de la responsabilité civile (ex. : des indemnités mettant le responsable dans la gêne, art. 44 al. 2).

197 Suite aux mutations qui ont ébranlé la société depuis le début du XX^e^ siècle[366], l'idée d'une **protection de la partie réputée faible,** voire de catégories socioprofessionnelles particulièrement vulnérables, trouve un ancrage plus spécifique dans la loi. La *ratio legis* consiste clairement à corriger un déséquilibre structurel entre les partenaires[367]. Le concept de **« droit privé social »** entre dans le vocabulaire juridique[368].

198 Le phénomène en question n'est guère visible dans la **Partie générale du Code** qui, on l'a déjà souligné[369], n'a subi que peu de modifications depuis son adoption. Tout au plus signalera-t-on en particulier l'introduction récente des art. 6*a*, 14 al. 2*bis* et 40*a* ss traitant de modalités particulières liées à la formation de contrats, ainsi que la réforme du droit de la prescription[370].

199 En revanche, notamment depuis la seconde moitié du XX^e^ siècle, la **Partie spéciale du Code** a fait l'objet de nombreuses modifications, quelquefois d'envergure, tendant à protéger l'un des cocontractants en tant que partie désignée faible. Ces modifications s'opèrent par la révision en profondeur de types classiques, tels les contrats de travail (art. 319 ss) et de bail (art. 253 ss), ainsi que plus récemment des règles sur la prescription en matière de contrats de vente (art. 210) et d'entreprise (art. 371) ; également par

365 Cf. *supra* N. 153 et 155. Cf. aussi BUCHER, Rapport, p. 369 ; MARCHAND, Consommation, p. 57 ss ; PICHONNAZ, Rapport, p. 161 s. et 169 s.

366 Cf. *supra* N. 146.

367 Cf. *supra* N. 157 et 164 et les réf. cit. Cf. aussi BRUNNER ALEXANDRE, Konsumverträge – Begriff, Typologie und wirtschaftliche Bedeutung, in Annuaire suisse de droit de la consommation, Zurich 2004, p. 7 s.

368 Cf. *supra* N. 140, 150, 157 et 164 et les réf. cit. Cf. aussi PICHONNAZ, Rapport, p. 136 et 180 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 1.04 s. ; ATF 123 III 298, trad. JT 1988 I p. 586.

369 Cf. *supra* N. 135, 145 et 149.

370 Cf. *supra* N. 135, 154, 161, 190, *infra* N. 208, 214, 619.

l'introduction de nouveaux types, comme le contrat d'agence (art. 418*a* ss) et le mandat visant un mariage ou un partenariat (art. 406*a* ss)[371].

Cette politique juridique s'inscrit aussi **hors du Code.** Elle vise toutes sortes d'espèces contractuelles ancrées dans des lois spéciales[372]. Il s'agit tantôt de lois adoptées de longue date, comme celles qui régissent le contrat d'assurance (LCA, révisée à plusieurs reprises) ou le bail à ferme agricole (LBFA), tantôt de lois nouvelles, souvent d'inspiration européenne, telles celles qui réglementent le crédit à la consommation (LCC) et les voyages à forfait (LVF)[373], sans parler des dispositions récentes révisant les opérations de placements collectifs de capitaux (LPCC) ou les pratiques contraires à la bonne foi dans la concurrence économique (art. 2 ss LCD), en particulier dans l'utilisation de conditions générales d'affaires (art. 8 LCD)[374]. 200

La protection de la partie faible s'exerce selon les cas au moyen de plusieurs **instruments juridiques,** qui ne feront ici l'objet que d'une énumération lapidaire ; ils seront examinés ici et là dans le corps de l'ouvrage. Souvent, les dispositions sont formalistes et impératives, comme il en va par exemple dans les contrats de bail (art. 256 al. 2 et 273*c*), de travail (art. 361 s.) ou d'assurance (art. 97 s. LCA), ainsi que dans les « contrats européens » qui connaissent parfois un droit de révocation[375]. Certaines normes imposent un devoir d'information précontractuel qualifié dans les offres relevant du commerce électronique par exemple (art. 3 al. 1 let. *s* LCD) ou encore dans les pourparlers du contrat d'assurance (art. 3 et 3*a* LCA). D'autres règles donnent dans le pointillisme, telle celle inscrite à l'art. 271*a*, qui détaille les congés annulables signifiés par le bailleur. Pour en rester à ce contrat, le bailleur est d'ailleurs tenu de déclarer la résiliation par une formule officielle qui rappelle au locataire ses droits et la manière de les exercer (art. 266*l* al. 2)[376]. On relèvera aussi que l'évolution législative des art. 253 ss s'est révélée spécieuse : de 1911 à 1989, des dispositions exceptionnelles ont le plus souvent supplanté le droit ordinaire des loyers et des congés, pour éviter de mettre les locataires « sur la paille »[377]. 201

371 Cf. *supra* N. 12, 137 ss et 156 s.
372 Cf. *supra* N. 141, 145 et 158 ss.
373 Cf. *supra* N. 166, 184 et 190.
374 Cf. *supra* N. 20, 171 et 175.
375 Cf. *supra* N. 135, 154 et 190, *infra* N. 214 et 619.
376 Cf. *supra* N. 157.
377 JEANPRÊTRE RAYMOND, Séminaire sur le bail à loyer, Exposé introductif, Neuchâtel 1980, p. 2 ss.

202 Une telle évolution législative n'a pas manqué d'ébranler le **modèle classique du contrat**[378] et d'alimenter le débat permanent sur la question dichotomique de la place qui appartient à la liberté d'une part, et de celle qui doit revenir à l'équité d'autre part[379]. La pratique judiciaire s'est naturellement invitée dans ce débat, en n'hésitant guère, en certaines occasions, à prôner une « **conception matérielle de la justice contractuelle** »[380]. Celle-ci se traduit d'abord dans l'application des normes générales qui ont vocation de réaliser un tel objectif[381]. Elle s'exprime également par des principes jurisprudentiels qui seront examinés au fur et à mesure de l'exposé. Pour ne citer que quelques exemples, on mentionnera les exigences accrues mises au devoir d'information précontractuel[382], le pouvoir correcteur du juge dans le contenu et la durée du contrat, la consécration de la théorie de l'imprévision ou encore l'omniprésence du principe de la confiance, et notamment son application multiple dans les conditions générales d'affaires (intégration des clauses préformulées, règle de l'insolite, interprétation *contra proferentem*)[383].

203 Le concept de droit privé social regarde aussi, dans une moindre mesure, le **droit de la responsabilité civile**[384]. Ainsi, depuis le début du XX^e^ siècle, cette matière s'est enrichie de plusieurs lois spéciales fondant l'obligation de réparer sur un critère d'imputation objectif, déconnectée du reproche attaché à la faute et souvent garantie par une assurance obligatoire[385]. Ces régimes sont à l'évidence propres à favoriser la situation juridique de la victime et, comme déjà mentionné[386], la jurisprudence a apporté sa contribution à cette tendance constante[387]. À relever encore que si elle

---

378 Cf. *supra* N. 140 et 153.

379 HONSELL, Rapport, p. 27 ; ENGEL, Rapport, p. 37 s. et 52 ; MARCHAND, Consommation, p. 58.

380 ATF 123 III 298, trad. JT 1988 I p. 586. Cf. le commentaire de l'arrêt par PICHONNAZ, Rapport, p. 86 s.

381 Cf. *supra* N. 196.

382 Cf. *supra* N. 171. Cf. aussi CARRON BLAISE, La protection du consommateur lors de la formation du contrat, in Droit de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis, Carron Blaise/Müller Christoph (édit.), Bâle 2013, N. 33 ss.

383 Cf. *supra* N. 171, 175 et 200. Cf. aussi PICHONNAZ, Rapport, p. 189 s. ; MARCHAND, Consommation, p. 144 ss.

384 Cf. *supra* N. 196 et la référence à l'art. 44 al. 2. Cf. aussi SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 1.06.

385 Cf. *supra* N. 104 et 163. Cf. aussi WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 3 ss et 134 ss ; FELLMANN/KOTTMANN, I, N. 21 ss.

386 Cf. *supra* N. 172.

387 Cf. *supra* N. 169 et 172.

se révèle plutôt exceptionnelle, l'influence européenne se manifeste aussi dans ce domaine. L'emblématique directive sur la responsabilité du fait des produits a déjà été citée, tout comme les « directives automobiles », qui ont notamment conduit à l'extension de la garantie de l'assurance couvrant le détenteur (art. 63 al. 3 let. *a* LCR) et à la création d'organismes d'indemnisation collectifs (art. 74, 76 ss et 79*a* ss LCR)[388].

II. L'émergence récente d'un droit de la consommation

Le concept – certes disparate et éclaté – de droit de la consommation s'est développé dans l'élan du **mouvement consumériste** qu'ont connu les États-Unis d'Amérique, peu après la Deuxième Guerre mondiale[389]. Il émerge depuis les années soixante, y compris en Suisse. L'impulsion vient notamment de la Communauté européenne, pour laquelle la protection du consommateur prend valeur d'axiome dans sa **politique économique et sociale**[390]. En bref, il s'agit de faire du consommateur un acteur avisé et responsable du commerce de détail, voire un arbitre et simultanément de gommer les disparités ayant une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur[391]. 204

À côté de sa fonction régulatrice du marché, le droit de la consommation s'inscrit dans un courant plus général tendant à la reconnaissance d'un droit privé social, qui s'est développé en Suisse tout au long du XX^e^ siècle[392]. Son contenu constitue une **« matière-conglomérat »,** dont 205

---

388 Cf. *supra* N. 185. Cf. aussi WESSNER PIERRE, L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation routière. Aspects procéduraux de l'indemnisation et rôle de l'assurance, Recueil des travaux du GRERCA, L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation routière en Europe, Bruxelles 2015, p. 225 ss.

389 HONSELL, Rapport, p. 36 ss ; Rapport de la commission du CN du 10 janvier 1979 concernant l'Initiative parlementaire sur la protection des consommateurs, FF 1979 II 57 ch. 32 (p. 62).

390 MARCHAND, Consommation, p. 7 ss ; MORIN, op. cit. (n. 339), p. 39.

391 Cf. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen du 13 mars 2007 – Stratégie communautaire en matière de politique des consommateurs pour la période 2007-2013, COM(2007)99final ; art. 1 Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, citée *supra* n. 341 et *infra* N. 1181.

392 Cf. *supra* N. 195 ss et les réf. cit. Cf. aussi STOFFEL-MUNCK PHILIPPE, La codification du droit de la consommation, in Mélanges Jean-Louis Baudouin, Benoît Moore (édit.), Commansville 2012, p. 1273, 1282 et 1291.

les limites ne sont pas clairement définies. Par ailleurs, à lire les multiples dispositions légales qui y font référence, expressément ou implicitement, la notion de consommateur n'est pas uniforme[393]. On peut y voir la personne – le plus souvent un individu – qui se fait offrir une prestation (un bien ou un service), destinée à un usage personnel ou familial, par un fournisseur exerçant une activité à titre professionnel ou commercial[394].

206 Depuis 1981, la protection des consommateurs a pris valeur de **postulat** en trouvant un ancrage dans la Constitution fédérale, soit à l'art. 97 du texte révisé en 1999[395]. Le premier alinéa donne au législateur un mandat général en la matière, avant tout celui d'édicter des prescriptions administratives tendant à une information efficace sur les biens et les services offerts, de même que sur les prix exigés (ainsi les art. 16 ss LCD et 1 ss LIC). On y voit également une base pour légiférer contre les abus de certaines opérations commerciales à risques pour les consommateurs, tels l'octroi de crédits à la consommation (LCC) ou l'organisation de voyages à forfait (LVF)[396]. Le deuxième alinéa entend ouvrir des voies de droit aux organisations de consommateurs, dont une concrétisation se trouve à l'art. 10 al. 2 let. *b* LCD. Quant au troisième alinéa, il vise à ce que les litiges entre fournisseurs et consommateurs puissent se liquider dans le cadre d'une procédure simple et rapide, soit « la procédure simplifiée » prévue aux art. 243 ss CPC.

207 Comme déjà énoncé, le droit de la consommation constitue une « matière-conglomérat ». Il fait appel à divers mécanismes appartenant à

---

393 BRUNNER, op. cit. (n. 367), p. 14 ss ; MARCHAND, p. 13 ss ; PICHONNAZ PASCAL, Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation, in La pratique contractuelle 4, Pichonnaz Pascal/Werro Franz (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 41 ss ; HUG DARIO, La formation du contrat de consommation, thèse Neuchâtel, Bâle 2020, N. 728 ss ; du même auteur : La notion de consommateur : un ectoplasme juridique ?, in Jusletter du 29 mars 2021, p. 4 s. ; FORNAGE ANNE-CHRISTINE, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant, thèse Fribourg 2011, N. 2697 et les réf. cit.

394 Cf. ainsi art. 40*a*, 120 al. 1 LDIP, 32 al. 2 CPC, 2 et 3 LCC, 2 al. 3 LVF (le consommateur peut être une personne physique ou morale) ; également ATF 132 III 268 cons. 2.2.3 et 139 III 201 cons. 2, JT 2016 II p. 240 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 147 s. Cf. aussi les définitions de consommateur et de professionnel à l'art. 2 1) et 2) de la Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs ; cf. à ce sujet *supra* N. 204 ss et les réf. cit. Sur ce point, on parle parfois de rapport B2C *(business to consumer).*

395 Sur la genèse et le mandat de l'article constitutionnel, cf. STAUDER BERND, Le consommateur – enfant chéri ou malaimé du législateur, in Le législateur et le droit privé, Colloque en l'honneur de Gilles Petitpierre, Zurich 2006, p. 146 ss ; HUG, op. cit. (n. 393), N. 364 ss.

396 AUBERT, op. cit. (n. 161), N. 6 ss ad art. 197 Cst. féd.

des disciplines différentes. À côté du droit civil, dont il sera question ci-dessous, le **droit administratif** occupe une large place, par des prescriptions visant à assurer la sécurité des produits et l'information des utilisateurs (ainsi : art. 16 ss LCD, LSPro, LDAI, LIC, OIP, LMétr, LPth), ainsi que le **droit économique** – au sens strict – ayant vocation de réguler la concurrence et les marchés (ainsi : LCart, LCD, LSPr, LMI, LETC), sans parler des dispositions pénales et procédurales[397].

208 Le droit de la consommation a également trouvé sa place en **droit civil.** Dans notre domaine, la partie faible est souvent désignée comme le consommateur, mais pas dans les dispositions significatives du Code, ni dans celles spéciales qui, sous l'influence européenne, régissent la responsabilité et l'assurance (LRFP, LCR)[398]. C'est surtout le **droit des contrats** qui est visé. L'influence européenne est considérable par le processus de transposition de directives[399] et par la méthode d'interprétation préconisée par le TF[400]. Les normes sont éparpillées. Elles ont leur siège dans le Code, qu'il s'agisse de la Partie générale pour l'envoi de choses non commandées (art. 6*a*)[401] et pour les affaires conclues en dehors de l'établissement d'un fournisseur de biens et de services et les contrats semblables (art. 40*a ss*)[402] ou alors de la Partie spéciale pour la prescription – prolongée – des délais de garantie de la vente (art. 210)[403] ; de même pour le bail de choses mobilières servant à l'usage privé du locataire (art. 266*k*) et pour le courtage matrimonial et le « partenariat » (art. 406*a* ss), deux réglementations qui n'ont pas d'équivalent en droit européen[404].

209 Les contrats de consommation ont également trouvé place **hors du Code,** dans des lois spéciales d'inspiration européenne. Pour ne citer que les plus en vue, ces lois appréhendent des espèces nouvelles, comme

---

397 MARCHAND, Consommation, p. 13 s., 33 ss, 82 ss et 91 ss ; CARRON, op. cit. (n. 382), N. 18 ; FORNAGE, op. cit. (n. 160), p. 7 et 14 ss. Cf. *supra* N. 108, 160, *infra* N. 301, 1465 ss et 1490 ss.

398 Cf. *supra* N. 185 et 203 ; dans ces textes, on parle logiquement de « victime » ou de « lésé ».

399 Cf. *supra* N. 183 s. et 187 ss. Sur les directives significatives en la matière, cf. HUG, op. cit. (n. 393), N. 406.

400 Cf. *supra* N. 192 ss.

401 Cf. *supra* N. 150, 190 et 198.

402 Cf. *supra* N. 135, 154, 190, 201, 214, *infra* N. 619.

403 Cf. *supra* N. 184, 191 et 199. La protection de l'acheteur-consommateur s'exprime par le caractère impératif de la règle (art. 210 al. 4). L'art. 371 a également été modifié par la LF du 16 mars 2012.

404 Cf. *supra* N. 199. Cf. aussi MARCHAND, Consommation, p. 50 s.

celles qui régissent le crédit à la consommation (LCC) ou les voyages à forfait (LVF)[405] ou d'autres qui réglementent certaines pratiques liées à la conclusion du contrat, telles les transactions conclues au moyen du commerce électronique (art. 3 al. 1 let. *s* LCD)[406] ou par l'utilisation de conditions générales d'affaires (art. 8 LCD)[407]. C'est d'ailleurs notamment dans les matières couvertes par les dispositions réprimant la concurrence déloyale, et en dépit de la révision récente de la loi[408], que le droit suisse accuse un déficit par rapport au droit européen[409]. S'agissant des conditions générales d'affaires, l'art. 8 LCD, alors même que ses conditions d'application ont été assouplies, reste en dessous des principes et cautèles posés par la Directive sur les clauses abusives[410]. Il en va de même des opérations liées au commerce électronique[411]. Tout au plus signalera-t-on que, suite à une initiative parlementaire[412], les chambres fédérales ont étendu le droit de révocation dans la Partie générale (art. 40*a* ss) à des affaires conclues notamment par téléphone (art. 40*b* let. *d*)[413]. Le modèle est tiré du droit européen, et singulièrement de la nouvelle Directive relative aux droits des consommateurs[414].

210 Encore quelques mots des **caractéristiques** attachées aux contrats de consommation. L'une est « essentielle ». Elle porte sur l'existence d'un **« déséquilibre structurel »** entre les parties, en raison de la position économique et des connaissances professionnelles du fournisseur du bien ou du service, au stade des pourparlers du contrat comme à celui de la conclusion ou de l'exécution[415]. Le client, désigné « consommateur », requiert une attention particulière, au nom d'un postulat de justice contractuelle[416].

---

405 Cf. *supra* N. 184, 190 et 200.
406 Cf. *supra* N. 175 et 200 s.
407 Cf. *supra* N. 171, 175, 190 et 200.
408 Cf. *supra* N. 20.
409 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 1.11 ; Co-Ro I-THÉVENOZ/WERRO, Introd. gén. N. 9 ; MORIN, op. cit. (n. 339), p. 39.
410 Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Cf. aussi MARCHAND, Consommation, p. 143 s. ; PICHONNAZ, Rapport, p. 193 s.
411 MARCHAND, Consommation, P. 43 s., 76 s., 164 s. et 180 ss.
412 Initiative 06.441 de Pierre Bonhôte au CE du 21 juin 2006.
413 LF du 19 juin 2015, avec effet au 1er janvier 2016 (RO 2015 4107). Cf. aussi FF 2014 893 et 2883 (N.06.441) ; également JT 2013 II p. 179 et 2016 II p. 163.
414 Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011. Cf. *supra* N. 209, *infra* N. 619.
415 MORIN, op. cit. (n. 339), p. 18 ; HUG, op. cit. (n. 393), N. 2141.
416 BRUNNER, op. cit. (n. 367), p. 9 ; CARRON, op. cit. (n. 382), N. 17. Cf. aussi *supra* N. 197 ss, 202 et 204 s.

L'autre caractéristique des contrats en question regarde le **dispositif de la protection du consommateur.** Celle-ci est déjà couverte par des dispositions générales du droit commun[417] et plus particulièrement par des règles – souvent impératives – et des principes jurisprudentiels au service de la partie faible[418]. Elle est également appréhendée par des **instruments spécifiques** éparpillés dans certains chapitres du Code ou dans des lois spéciales. Parmi ces instruments, trois nous paraissent significatifs : 1° le devoir d'information précontractuel du fournisseur de biens ou de services ; 2° les conditions formelles et matérielles du contrat ; 3° le droit de révocation du consommateur. 211

S'agissant du **devoir d'information** imposé au débiteur de la prestation caractéristique, il fait l'objet de règles administratives et économiques, déjà mentionnées[419]. Ce devoir – et son renforcement – s'inscrit dans un courant qui imprègne l'ensemble du droit contractuel, en particulier certains contrats de consommation. Ainsi, dans les voyages à forfait, l'organisateur ou le détaillant doit communiquer par écrit au consommateur toutes les clauses du contrat avant sa conclusion (art. 4 LVF). Dans les crédits à la consommation, le donneur est tenu de se renseigner sur la capacité de contracter du preneur, ce qui suppose notamment de s'enquérir avec lui de sa situation financière et économique lors des pourparlers (art. 28 ss LCC)[420]. Dans d'autres transactions qui n'appartiennent pas directement à la catégorie des contrats de consommation, mais qui s'adressent souvent à une partie faible, un devoir d'information précontractuel s'impose également aux professionnels de la branche, comme il en va dans les domaines de l'assurance (art. 3 et 3*a* LCA)[421] ou du commerce électronique (art. 3 al. 1 let. *s* ch. 1 et 2 LCD)[422]. 212

En ce qui concerne le **contenu des contrats de consommation,** il comprend souvent un socle nécessaire, marqué d'un **formalisme impératif**[423]. On citera par exemple le contrat de voyage à forfait, avec les règles qui régissent les mentions obligatoires (art. 6 et 19 LVF) et les modifica- 213

417 Cf. *supra* N. 196. Ég. CARRON, op. cit. (n. 382), N. 17.

418 Cf. *supra* N. 201 s. Sur la conceptualisation des contrats de consommation, cf. HUG, op. cit. (n. 393), N. 483 ss.

419 Cf. *supra* N. 206 s.

420 Ces dispositions, et d'autres encore de la LCC, ont notamment fait l'objet de modifications en 2018 ; cf. ch. II 2 de l'annexe à la LF du 15 juin 2018 sur les établissements financiers, entrée en vigueur le 1er avril 2019 (RO 2018 5247).

421 Cf. *supra* N. 201.

422 Cf. *supra* N. 201 et 209. Cf. aussi HUG, op. cit. (n. 393), N. 877 ss.

423 Cf. *infra* N. 1306, 1317, 1515, 1534 s.

tions portant sur des éléments essentiels (art. 7 à 10 LVF) ; de même les contrats de crédit à la consommation (art. 9 ss, 15 et 37 LCC).

214 Quant au **droit de révocation** (ou de rétractation selon la terminologie européenne)[424], c'est à première vue l'instrument le plus efficace de la protection du consommateur, qui lui permet de revenir sur son engagement de façon discrétionnaire ; inutile de préciser que, le cas échéant, le principe fondamental de la fidélité contractuelle est relativisé dans sa conception traditionnelle[425]. L'empreinte historique de cette prérogative n'est pas du tout récente, puisqu'elle était ancrée dans les ventes à tempérament (art. 226*a* à 228, aujourd'hui abrogés). Puis elle a trouvé un siège législatif dans des contrats inspirés du droit européen : aux art. 40*a* ss, qui appréhendent des transactions passées en dehors de l'établissement du fournisseur professionnel de biens ou de services[426] ; à l'art. 16 LCC pour les opérations de crédit à la consommation et aux art. 2*a* ss. LCA. À l'instar des dispositions précitées, le courtage matrimonial et « partenarial » offre au client un droit de révocation (art. 406*e* al. 2 et 3), qui poursuit le même objectif que ce qu'on appelle parfois « le droit de repentir »[427].

§ 7 Le rôle de la *soft law*

I. La notion

215 De longue date, des associations professionnelles et économiques, et même parfois des organismes parapublics comme la SUVA, ont élaboré des normes matérielles qui codifient des pratiques sectorielles. Ces textes s'intitulent « normes techniques »[428], et aussi directives, recommandations, us et coutumes, conditions générales ou encore – de façon trompeuse – règlements. Ils sont qualifiés de « droit souple », ou plus fréquemment de *soft law,* dans la mesure où, a priori, ils sont **dénués de force contraignante.** Dans notre domaine, ils ont le plus souvent vocation à codifier des comportements attachés à telle profession ou à telle branche commerciale,

---

424 Sur la question, cf. MARCHAND, Consommation, p. 157 ss ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 393), p. 59 ss ; HUG, op. cit. (n. 393), N. 1049 ss.

425 Cf. *supra* N. 135, 154, 209, 212, *infra* N. 619.

426 Cf. *supra* N. 135, 154, *infra* N. 619.

427 Cf. *infra* N. 1306. Cf. aussi MARCHAND, Consommation, p. 158.

428 Cf. la définition de l'art. 3 let. *c* de la LF du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (RS 946.51).

comme le Code de déontologie de la Fédération des médecins suisse[429]. Ils régulent également le contenu de contrats innommés ou complètent celui d'espèces appréhendées par la loi. Une illustration est fournie par les normes de la Société des ingénieurs et architectes (SIA)[430]. Celle-ci a publié des normes techniques, qui posent des exigences relatives aux règles de l'art et à la sécurité des installations et des bâtiments, par exemple la Norme 162/5 sur la construction des structures en béton. Elle a également établi des normes juridiques, telle la fameuse Norme 118 sur les conditions générales pour les travaux de construction[431]. Les normes en question, toutes distinctions confondues, comportent sans doute un effet de **transparence** et de **standardisation** du marché.

Telles que décrites ci-dessus, les normes n'ont pas de valeur con- 216
traignante pour les parties. L'affirmation mérite un double tempérament. D'abord, le juge pourra s'en inspirer pour **interpréter** ou **compléter le contrat litigieux,** éventuellement les considérer comme un usage[432]. Ensuite, à l'instar des conditions générales d'affaires, ces normes acquièrent **force obligatoire** si les parties les ont intégrées à leur contrat ou si la loi s'y réfère. Ainsi la nouvelle loi sur la sécurité des produits (LSPro) définit en la matière les exigences essentielles relatives à la santé et à la sécurité (art. 3 al. 2), telles que fixées par le CF (art. 4 al. 1), avec prise en compte des standards du droit international pertinent (art. 4 al. 2) et des normes internationales harmonisées (art. 6 al. 2). Sur ce dernier point, on signalera les réputées normes ISO établies par l'Organisation internationale de standardisation, qui regroupe la plupart des pays [433] ; de même, les normes édictées par le Comité de normalisation de l'Union européenne[434]. L'Association suisse de normalisation a mission de représenter les intérêts de l'économie helvétique auprès des instances de normalisation et d'intégrer dans la collection nationale les normes européennes et internationales[435].

---

429 Cf. www.fmh.ch.

430 Cf. www.sia.ch. Cf. aussi PICHONNAZ PASCAL/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Les normes de la construction, Journées du droit de la construction 2005 1 ss ; STÖCKLI HUBERT, Private Baunormung – Ein Streifzug, Baurechtstagung 2005 1 ss.

431 PICHONNAZ, Rapport, p. 142.

432 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 3477 ss, not. 3488. Sur la notion d'usage commercial et ses effets, cf. *supra* N. 86 ss. Selon le TF, les normes SIA ne sont pas l'expression d'un usage (ATF 118 II 295 cons. 2b, JT 1993 I p. 400 ; arrêt du TF 4A_393/2007 du 3 décembre 2007 cons. 2.2).

433 Cf. www.iso.org.

434 Cf. www.cen.eu. À noter qu'il existe d'autres organismes de ce genre dans l'UE.

435 Cf. www.snv.ch.

217 Au-delà des normes techniques, la *soft law* a connu, depuis quelques décennies, un **essor considérable** au niveau international, en particulier dans le domaine contractuel. Cette évolution s'est d'abord manifestée dans le monde des affaires, par la rédaction de modèles de **contrats commerciaux** non régis par la loi ; sur ce point, l'influence anglo-américaine ne saurait être négligée[436]. Par ailleurs, des pratiques commerciales usuelles ont trouvé une définition dans des sortes de dictionnaires. On citera ici les « Termes commerciaux internationaux » – connus sous leur abréviation anglophone d'INCOTERMS – qui sont publiés par la Chambre de commerce internationale[437]. Ils décrivent les droits et devoirs des parties liées à une vente, par exemple sur des questions de transport et d'assurance déterminant la répartition des coûts et des risques de l'opération. Les *Swiss Rules* 2021 (Règlement suisse d'arbitrage international), éditées par le *Swiss Arbitration Centre,* se profilent dans cette approche.

218 L'évolution de la *soft law* s'est aussi manifestée – de façon plus remarquable – par des **projets d'harmonisation internationale** ciblant essentiellement le droit des obligations, et singulièrement le droit des contrats ; dans le domaine commercial, la doctrine a d'ailleurs démontré « la compatibilité fondamentale du droit suisse avec les standards internationaux »[438].

219 Ces projets ont été élaborés hors de processus législatifs. « Ils s'imposent par la seule force de la persuasion »[439]. Comme nous le verrons plus bas, leur portée s'étend à l'Europe, voire au monde, globalisation du commerce oblige ! Leur création doit le plus souvent à des **initiatives privées,** celles de groupes « auto-proclamés » composés principalement de représentants de milieux académiques, sans réelle légitimité politique, quelquefois d'institutions non étatiques[440]. Cette caractéristique, ajoutée à leur envergure, a permis de parler de « codes privés de fabrication doctri-

436 PICHONNAZ, Rapport, p. 142 ss et les ex. cités ; MARCHAND SYLVAIN/CHAPPUIS CHRISTINE/HIRSCH LAURENT (édit.), Recueil de contrats commerciaux, Bâle 2013 ; MÜNCH PETER/KASPER LEHNE SABINA/PROBST FRANZ (édit), Schweizer Vertragshandbuch – Musterverträge für die Praxis, 3e éd., Bâle 2018.

437 *International Commercial Terms,* dont la version entrée en vigueur le 1er janvier 2011 a fait l'objet d'une révision en 2020. Cf. KRAMER, op. cit. (n. 304), p. 106 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 89 et 1164.

438 CHAPPUIS, op. cit. (n. 311), p. 334. Cf. aussi TERCIER, op. cit. (n. 232), p. 220.

439 WIDMER, op. cit. (n. 312), p. 237.

440 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 22q ; ZIMMERMANN, op. cit. (n. 312), p. 456.

nale »[441] et de « principes uniformes ». D'une certaine manière, il est permis d'affirmer qu'ils sont l'expression d'une science juridique commune.

Les projets d'harmonisation en question sont peu à peu devenus des **textes de référence**[442]. Les parties peuvent les incorporer à leur contrat, ne serait-ce que par un renvoi à la *lex mercatoria*[443]. Les juges s'en inspirent, notamment dans les procédures arbitrales, de même que les législateurs nationaux, dans des réformes entreprises récemment. On pense à la France avec la réforme du droit des contrats et du régime général des obligations[444]. On pense auparavant aux pays qui ont procédé à des modifications plus ou moins en profondeur de leur réglementation civile. Dans ces cas, la démarche s'est révélée le plus souvent dénuée de toute transformation radicale. C'est plutôt la mise à jour de concepts connus dont il a été question, sans méconnaître les acquis de l'Union européenne et certaines propositions de projet d'harmonisation. On citera notamment le Code civil des Pays-Bas *(Niew Burgerlijk Wetboek)* dans les années septante (en 1992 pour les livres 3 et 6 consacrés aux généralités du droit patrimonial et du droit des obligations), le Code civil du Québec adopté en 1991, le *BGB* allemand (modification partielle par la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* de 2001 touchant en particulier les domaines de l'inexécution des obligations et de la prescription), ainsi que le Code des obligations turc approuvé en 2011. 220

Au-delà des débats académiques nourris, force est de reconnaître que les projets d'harmonisation issus de milieux académiques n'ont exercé en réalité qu'une influence relativement modeste dans les réformes mises en œuvre[445]. Il est vrai qu'on ne peut gommer aisément des siècles de nationalismes juridiques et qu'il s'avère complexe de synthétiser la méthode pragmatique de la *common law* et les concepts codifiés de la *civil law.* En bref, l'adoption d'un Code civil européen n'est pas pour demain. On ne saurait pourtant nier que la *soft law* génère dans une certaine mesure des 221

441 RÉMY PHILIPPE, Regards sur le Code, in Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire, Paris 2004, p. 119.

442 TERCIER/PICHONNAZ, N. 74 ss.

443 Cf. ainsi art. 1.101 1 PECL. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 22g ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 87 s. ; cf. sur ce point les réserves de KRAMER, op. cit. (n. 304), p. 107 s.

444 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, entrée en vigueur le 1er octobre 2016 et ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, en vigueur depuis le 1er octobre 2018.

445 Cf. *supra* N. 176.

effets de **standardisation**[446] et de **dénationalisation**[447] du droit. Elle accroît aussi malheureusement le risque de superposition des normes juridiques, ainsi que celui d'une fragmentation du système, dans la mesure où les principes harmonisés peuvent apparaître comme des corps étrangers[448].

II. Quelques projets d'harmonisation marquants

222 Sous la forme d'une sorte d'**inventaire incomplet** et ponctué de commentaires lapidaires, nous mentionnerons quelques projets d'harmonisation du droit des obligations particulièrement en vue. Ils ont en commun d'être en eux-mêmes dénués de force obligatoire et de caractère officiel, même s'ils ont été parfois élaborés sous le parrainage d'institutions supranationales. Leur portée est prioritairement européenne[449]. Ces textes sont le plus souvent consultables en ligne[450].

223 Les **Principes du droit européen du contrat,** ou *Principles of European Contract Law* (PECL) dans leur version originale, ont été publiés par étapes successives (en 1995, 2000 et 2003) par la Commission de droit européen des contrats de l'UE, dite aussi Commission Lando du nom de son président. Ils empruntent à la *civil law* comme à la *common law.* Leur but consistait à jeter les bases d'un code européen des contrats ; il est vrai que la troisième partie traite d'autres domaines du droit des obligations[451]. On y a parfois vu le reflet d'un *restatement* à l'américaine[452].

224 Les **Principes du droit européen de la responsabilité civile,** ou *Principles of European Tort Law* (PETL) dans leur version originale (2005), ont été rédigés par le groupe éponyme, appelé d'abord Groupe de Tilburg, puis Groupe de Vienne. Ces groupes, contrairement à la Commission Lando, étaient composés d'experts qui n'appartenaient pas tous aux pays membres de l'UE[453]. Les PETL offrent une vision future d'un droit de la réparation des dommages, sans une rupture radicale avec les systèmes

446 Cf. *supra* N. 151.
447 Cf. *supra* N. 178.
448 KRAMER, op. cit. (n. 304), p. 108. Cf. aussi *supra* N. 183.
449 BK-MÜLLER, Introd. N. 59 ; CARRON/RISKE, op. cit. (n. 196), p. 204 ss.
450 Cf. TERCIER/PICHONNAZ, N. 74 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 22e ss.
451 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 22i ss.
452 ZIMMERMANN, op. cit. (n. 312), p. 469 s. ; HONSELL : Rapport, p. 103. Sur la comparaison entre les PECL et le droit contractuel suisse, cf. l'imposant ouvrage de ROUILLER cité dans la bibliographie générale.
453 ZIMMERMANN, op. cit. (n. 312), p. 471 ss.

nationaux de l'Europe. Ils ont fait quelques emprunts à l'Avant-projet de révision et d'unification du droit suisse de la responsabilité civile qui, depuis quelques années, ne figure plus à l'agenda du législateur helvétique[454].

Le **Projet de cadre commun de référence,** ou *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) dans sa version originale, est l'œuvre conjuguée de deux groupes de travail *(Study Group* et *Acquis Group).* Le texte final a été rendu public en 2009, doté d'un commentaire en six volumes qui représente une étude de droit comparé impressionnante. Il s'agit sans doute du projet le plus élaboré : au-delà du domaine contractuel – d'ailleurs inspiré des PECL – qui englobe également des modèles de contrats innommés[455], le DCFR touche les principes généraux du droit des obligations et du droit des biens. Dans ces matières, il prend l'allure d'un véritable essai de codification, qui s'est avéré trop ambitieux[456]. La Commission européenne entendait réduire la portée du projet au droit des contrats[457]. Conjointement avec le parlement, elle a avancé une proposition de règlement limité au droit européen de la vente, aujourd'hui abandonnée[458]. 225

Les **Principes d'UNIDROIT** (PU), relatifs aux contrats du commerce international, ou *Principles of International Commercial Contracts* (PICC), ont vocation de servir de référence à l'échelle mondiale, en ne visant toutefois que les contrats commerciaux. On les doit à l'Institut international pour l'unification du doit privé, à Rome. La première édition date de 1994, la quatrième et dernière de 2016, qui n'a pas apporté des changements majeurs. L'objectif consistait avant tout à mieux tenir compte des besoins spécifiques aux contrats à long terme. La source d'inspiration des Principes réside dans le droit comparé, et notamment dans les codes civils révisés du Québec et des Pays-Bas, ainsi que dans la CVIM[459]. Ils affichent 226

454 Décision du CF du 21 janvier 2009 ; www.ofj.admin.ch → projets législatifs → économie → projets terminés. Cf. not. sur ce point les contributions comprises dans le forum de discussion, in REAS 3/2005, p. 245 ss.

455 Livre IV ; cf. PICHONNAZ, Rapport, p. 143.

456 CoRo-CO I-THÉVENOZ/WERRO, Introd. gén. N. 7 ; FAUVARQUE-COSSON, Pour un Cadre commun de référence limité au droit des contrats, RDC 2008, p. 918 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 22p ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 82 s.

457 Livre vert du 1er juillet 2010 relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM (2010) 348 final.

458 Communication du 11 octobre 2011, COM (2011) 635 final ; cf. *supra* N. 186 et les réf. cit.

459 WIDMER, op. cit. (n. 312), p. 240 ss et 255 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 22f ss.

des convergences remarquables avec les PECL[460]. Leur importance pratique se vérifie, certes dans le commerce et l'arbitrage international, et également dans des processus législatifs nationaux comme ceux entrepris en Russie et en Chine[461].

227 **L'Avant-projet de Code européen des contrats,** dont le Livre premier est consacré à la théorie générale du contrat, date de 2004[462]. Il a été édité sous l'égide de l'Académie des privatistes européens fondée à Pavie et sous la direction du professeur Gandolfi. Ce texte entend, lui aussi, poser les fondements d'une codification européenne des contrats. À l'origine, les travaux se sont référés au Code civil italien, en raison de sa modernité et du fait qu'il intègre des acquis du Code civil français et du *BGB* allemand ; de même au *Contract Code* du professeur McGregor du *New College* d'Oxford[463].

460 ZIMMERMANN, op. cit. (n. 312), p. 474.

461 WIDMER, op. cit. (n. 312), p. 256.

462 Le titre premier du Livre deuxième traite de la vente ; il est paru en 2007.

463 CARBONNIER JEAN, Réflexions marginales, in Code européen des contrats. Avant-projet : Livre premier (Gandolfi Giuseppe coordinateur), Milan 2004, p. XVIII ; dans le même ouvrage (p. XXIX), DE MATOS ANTUNES VARELA JOAO, Quelques considérations introductives à l'Avant-projet.

Deuxième partie : L'obligation

Chapitre I : L'obligation proprement dite

Bibliographie spéciale :

BERGER, N. 80 SS, 198 ss, 215 ss ; **BERTI,** STEPHEN W., Vom Beruf unserer Zeit für zivilprocessuale Gesetzgebung, Zeitschriften und dogmatische Entspannung – ein Plädoyer für den Rechtsschutzanspruch, RSPC 2005, p. 67 ss ; CoRo-CPC-**BOHNET,** Intro. art. 84-90, N. 1 ss ; **BOHNET,** FRANÇOIS/**DROESE,** LORENZ, Le droit d'action selon le CPC suisse, RSPC 5/2021, p. 463 ss ; **BUCHER,** OR, p. 3 ss, 27 ss, 38 s., 55 ss , 292 ss ; **CHAPUIS**, OLIVIER, Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat, thèse Neuchâtel, Bâle 2005 ; **ENGEL,** Obligations, p. 3 ss, 619 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 1 N. 64 ss, 111 ss, Chap. 2 N. 1 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 23 ss ; **GUGGENHEIM,** I, p. 12 s. , 19 s. ; **HUGUENIN,** N. 21 ss, 82 ss ; **KOLLER,** N. 2.01 ss ; **KRAMER/PROBST**, N. 62 ss ; BK-**KRAMER/SCHMIDLIN**, Introd. gén. N. 31 ss, 101 ss ; **KUMMER,** MAX, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Berne 1954 ; **LIVER**, PETER, Die Realobligation, RNRF 1962, p. 257 ss ; **MERZ,** TDP VI/1, p. 47 ss, 118 ss ; **MERZ/GIOVANNONI,** TDP VI/1, p. 29 ss, 99 ss ; CoRo-CO I-**MORIN,** N. 50 ss ad art. 1 ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 176 ss ; **PIOTET,** PAUL, Les effets typiques des annotations au registre foncier, RNRF 1969, p. 34 ss ; ZK-**SCHÖNENBERGER/JÄGGI,** Rem. prél. art. 1 N. 6 à 186 ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 4.01 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 1 ss, 108 ss, 350 ss, 1060 ss ; **VON BÜREN,** I, p. 1 ss ; **VON TUHR/PETER,** p. 9 ss, 45 ss ; **VON TUHR/DE TORRENTÉ/THILO,** p. 6 ss, 39 ss ; **WEBER,** ROLF H., Dritte Spuren zwischen absoluten und relativen Rechten, in Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter (édit.), Zurich 2003, p. 583 ss ; **YUNG**, WALTER, Devoirs généraux et obligations, in Mélanges Wilhelm Schönenberger, Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter (édit.), Fribourg 1968, p. 163 ss ; BaK-OR I-**ZELLWEGER-GUTKNECHT,** Introd. art. 1 ss N. 38 ss.

§ 1 La notion

I. Une définition et des caractéristiques

A. Une définition classique

Au sens propre, l'obligation *(Obligation)* est un **rapport juridique** en vertu duquel une personne est tenue envers une autre à une pres- 228

tation. Il s'agit d'une part du créancier, qui a le droit d'exiger la prestation, d'autre part du débiteur, qui a le devoir d'exécuter la prestation.

229 Le rapport en question est **juridique,** parce qu'il est institué et au besoin sanctionné par le droit.

230 Le terme « obligation » vient du latin, soit *obligatio* dérivé du verbe *obligare*[464]. Il trouve assise dans le droit romain, puis – sous un sens évolutif – dans le droit commun et les codes modernes, et même dans le récent DCRF[465]. Il s'agit donc d'un **acquis de la tradition romano-germaniste**[466].

231 L'obligation a un **sens technique,** et non le sens général de devoir (moral ou légal) qu'on lui prête le plus souvent. Elle comporte notamment une créance et une dette, deux composantes corrélatives.

232 L'obligation constitue un **concept fondamental** du droit privé. La Partie générale du Code est centrée sur ce concept, qu'elle ne définit pas, contrairement au BGB allemand[467]. Dans le sens étroit d'un rapport isolé, l'obligation représente un instrument qui régit les comportements – conformes ou non conformes au droit – des acteurs de la vie juridique. Mais cet instrument s'imbrique souvent – notamment dans l'hypothèse d'un contrat – dans un ensemble plus large, qui englobe une ou plusieurs obligations, ainsi que d'autres prérogatives et devoirs. On parle de rapport d'obligations. Nous y reviendrons[468].

233 A priori, la Partie générale a vocation de s'appliquer à toutes les obligations[469]. Cette affirmation appelle deux précisions. D'abord, les art. 1 à 183 visent principalement les obligations qui résultent d'un **contrat** ou des mécanismes attachés au contrat[470]. Ensuite – et le constat s'inscrit dans la philosophie de nos codificateurs[471] –, ces dispositions ne contiennent pas de théorie générale des obligations. Celle-ci s'est façonnée au fil des siècles, par les efforts conjugués de la doctrine et de la jurisprudence,

---

464 *Ligare* signifie « lier » et *ob* constitue un préfixe qualifiant le lien « de façon étroite » ; cf. GHESTIN JACQUES/BILLIAU MARC/LOISEAU GRÉGOIRE, Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes, Paris 2005, p. 2.

465 DCRF III. – I : 102.

466 Cf. *supra* N. 17. Cf. aussi ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 6 ; ENGEL, Obligations, p. 3 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 4.

467 Cf. *supra* N. 1 s. Cf. aussi BK-MÜLLER, Introd. N. 177.

468 Cf. *infra* N. 240 ss.

469 Cf. *supra* N. 6 s. et 16.

470 Cf. *supra* N. 21.

471 Cf. *supra* N. 144.

ainsi que par les apports découlant de l'internationalisation et de l'harmonisation de la matière[472].

B. Des caractéristiques

L'obligation proprement dite suppose l'**existence d'éléments constitutifs** que sont les parties, la créance et la dette, la prestation, ainsi que la cause. Ces éléments seront brièvement décrits ici, avant d'être analysés plus bas. 234

S'agissant des **parties,** elles sont des sujets de droit, soit des personnes physiques ou morales dotées de la capacité civile, passive et active. Cette dernière est considérée comme l'aptitude d'accomplir des actes conformes au droit (ex. : conclure un contrat) ou d'assumer les conséquences d'actes non conformes au droit (ex. : répondre du dommage causé par un comportement illicite). Rien n'empêche l'existence d'une pluralité de titulaires de part et d'autre, soit des créanciers qui par exemple sont copropriétaires de titres confiés à une banque (art. 472 et 150), soit de débiteurs tels les coauteurs d'un fait dommageable illicite causé à un tiers (art. 50 et 143). Cette matière ressortit à l'étude de la personnalité juridique[473]. 235

Le créancier est titulaire d'une **créance,** qui lui permet d'exiger la prestation. Il se peut que le bénéficiaire en soit un tiers, par exemple en cas de stipulation pour autrui (art. 112)[474]. Quant au débiteur, il est tenu d'une **dette,** qui l'oblige à exécuter la prestation[475]. La titularité attachée à l'obligation n'est pas intangible : de part et d'autre, elle peut faire l'objet d'un **transfert,** soit par l'acte volontaire d'une partie (ex. : cession de créance, art. 164 ss ; reprise de dette, art. 175 ss), soit par l'effet de la loi (ex. : acquisition de la chose louée, art. 261 ; transfert des rapports de travail, art. 333). 236

Les notions de créance et de dette sont **corrélatives :** elles sont rattachées au même état de fait, elles découlent de la même cause ou source juridique, l'une est le pendant de l'autre, et réciproquement. Il n'empêche que le facteur significatif de l'obligation est le **droit subjectif** conféré au 237

472 Cf. *supra* N. 142 ss.
473 TERCIER/PICHONNAZ, N. 350 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 179.
474 HUGUENIN, N. 25. Sur la notion de créance, cf. *infra* N. 250 ss.
475 Sur la notion de dette, cf. *infra* N. 278 ss.

créancier d'exiger l'exécution, éventuellement par le biais d'une action judiciaire[476]. Dès lors nous adhérons à l'opinion selon laquelle la créance représente l'élément principal du rapport envisagé, la dette n'en constituant au fond qu'un effet réflexe[477].

238 La **prestation** constitue l'objet et plus largement le contenu de l'obligation, soit un certain comportement du débiteur, que le créancier est en droit d'exiger[478]. Ainsi livrer une chose pour en transférer la propriété ou l'usage, accomplir un travail, rendre un service, s'abstenir d'une activité, tolérer une situation de fait.

239 Quant à la **cause** de l'obligation, le terme est entendu en Suisse comme le fondement qui justifie la qualification juridique du rapport en question et la protection légale, voire étatique qui la caractérise[479]. Ce concept sera traité dans le chapitre consacré au fondement de l'obligation (y compris au titre de créance) et dans le chapitre traitant des sources des obligations, dans la mesure où, à cet égard, les notions de cause et de source s'appliquent de façon congruente[480].

C. Le rapport d'obligations

240 De l'obligation proprement dite (*Schuldverhältnis* au sens étroit), on distingue le rapport d'obligations (*Schuldverhältnis* au sens large). Celui-ci comporte au moins **une et souvent plusieurs obligations,** comme il en va de la plupart des contrats[481]. Le rapport discuté ne donne naissance qu'à une obligation isolée par exemple dans la promesse contractuelle de donner (art. 239 al. 1 et 243) ou dans le devoir délictuel de réparer le préjudice causé fautivement à un tiers (art. 41 al. 1). En revanche, il génère plusieurs obligations dans les contrats bilatéraux, qu'il s'agisse d'**obligations principales** qui en sont caractéristiques (dans la vente : transférer la propriété de la chose et payer le prix, art. 184 al. 1) ou d'**obligations accessoires,** explicites ou non, qui complètent l'exécution de l'obligation

476 FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 1 N. 66 ; BERGER, N. 198.
477 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 10 et 11 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 38.
478 Sur la notion de prestation, cf. *infra* N. 313 ss.
479 Cf. *supra* N. 229 et 237.
480 Cf. *infra* N. 371 ss, 379, 401 ss, 532 ss.
481 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 26 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Introd. art. 1 ss N. 42 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 261 ss.

principale (telle la délivrance de la chose vendue, art. 188) ou qui en renforcent l'efficience (tels les devoirs d'information et de sécurité sur la dangerosité du produit vendu)[482].

Les notions débattues ici affichent une **certaine parenté.** 241
D'abord, il n'y a pas de rapport d'obligation(s) sans obligation(s), et réciproquement[483]. Par ailleurs, ces notions se côtoient et s'imbriquent dans le Code. Certes, la Partie générale ignore l'expression « rapport d'obligations », alors qu'elle fait expressément référence à « l'obligation » dans les intitulés des Titres I, II et III (et leurs Chapitres) et du Titre IV (aux Chapitres I et II). En réalité, c'est bien souvent de rapports d'obligations qu'il est question. Par exemple, le Chapitre I du Titre I traite de la formation des rapports d'obligations contractuels, et le Chapitre II du Titre IV régit les contrats soumis à une condition. En revanche, dans les contrats impliquant le transfert d'obligations, c'est tantôt le contrat qui est visé (ex. : art. 165), tantôt l'obligation (art. 169), soit la créance cédée[484].

S'agissant du contenu, le rapport d'obligations ne se limite pas à 242
une ou plusieurs obligations. Il constitue un **ensemble complexe** groupant d'autres prérogatives et devoirs que des créances et des dettes[485]. On pense aux droits formateurs[486], comme la faculté de résilier un bail à loyer (art. 266*a* ss) ; ou aux exceptions que peut soulever le débiteur sollicité[487], par exemple l'exception d'inexécution du cocontractant (art. 82) ; ou encore aux incombances d'un certain comportement propres à sauvegarder des droits[488], telle celle qui commande l'avis des défauts de la chose vendue (art. 201).

La **temporalité** peut constituer un critère distinctif entre les deux 243
notions, en ce sens que la création et l'extinction du rapport d'obligations d'une part, celles de l'obligation d'autre part, ne sont pas forcément simultanées. Pour s'en tenir au contrat, les créances ou dettes en résultant peuvent prendre naissance à la conclusion ou ultérieurement. En cas de vente

---

482 KOLLER, N. 2.76 ; MERZ, TDP VI/1, p. 48 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 48 ss et 55 ss ad art. 1 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 44 s. Cf. *infra* N. 334 ss.

483 WALTER HANS PETER, Auf den Weg zum Schuldverhältnis – wo weiter ?, recht 2005, p. 72.

484 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 4 ; WALTER, op. cit. (n. 483), p. 72.

485 BERGER, N. 219 ; KRAMER/PROBST, N. 62 s. ; BK-MÜLLER, Introd. N. 257.

486 Sur la notion de droit formateur, cf. *infra* N. 425 s. et 427 ss.

487 Sur la notion d'exception, cf. *infra* N. 425 s. et 466 ss.

488 Sur la notion d'incombance, cf. *infra* N. 308 ss.

mobilière au comptant, par exemple, le prix est dû en principe immédiatement, mais éventuellement plus tard, lorsque l'acheteur se fait livrer la chose (art. 184 al. 1 et 2, 213 al. 1). En cas de bail, le loyer se règle ordinairement à chaque période mensuelle (art. 257*c*) et la chose se restitue normalement à l'extinction (art. 267 al. 1) ; toutefois, si des défauts cachés sont découverts plus tard, le locataire pourra alors être tenu de s'acquitter des conséquences financières à ce moment-là (art. 267 al. 3).

244 Dans le même sens, une créance peut faire l'objet d'un **transfert**[489], indépendamment du contrat qui en est la source, comme celle de prix d'un vendeur qui la cède à la banque pour amortir un prêt (art. 164 al. 1), le vendeur restant par ailleurs tenu de ses autres engagements à l'égard de l'acheteur[490].

245 Pour clore, il faut constater qu'en raison de son caractère technique et de sa portée étroite, l'obligation comporte en elle-même une **part d'abstraction**[491]. En réalité, c'est le rapport d'obligations, par la pluralité des droits subjectifs qu'il comprend, qui remplit la fonction socio-économique de réguler l'échange des biens et des services entre les personnes[492].

II. Quelques remarques terminologiques

A. L'obligation proprement dite et les autres obligations

246 L'obligation proprement dite ne saurait être confondue avec :

- la **dette,** qui en est la composante passive, soit le devoir (ou l'obligation) pour le débiteur d'exécuter la prestation[493] ;
- l'**incombance,** soit le devoir du créancier nécessaire à l'acquisition ou à la conservation d'un droit[494] ;

489 Cf. *supra* N. 236. Cf. aussi BK-MÜLLER, Introd. N. 259.
490 BERGER, N. 215 s.
491 Cf. *supra* N. 231 s. ; également TERCIER/PICHONNAZ, N. 4.
492 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 33 ss ; BERGER, N. 219 ; MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 32.
493 Sur la notion de dette, cf. *infra* N. 278 ss.
494 Cf. *supra* N. 242. Sur la notion d'incombance, cf. *infra* N. 308 ss.

– l'**obligation,** dans le sens cambiaire de **titre** portant reconnaissance de dette, émis en plusieurs exemplaires – souvent une multitude – à des conditions analogues (art. 1156 ss, art. 875 CC).

L'obligation proprement dite, dotée de ses prérogatives, et notamment de celles attachées à la créance[495], se distingue de **l'obligation imparfaite**[496] et du **devoir moral**[497]. 247

B. Des incohérences terminologiques

Comme cela a déjà été mentionné, le Code n'est pas exempt d'imprécisions rédactionnelles[498]. S'agissant de l'**obligation,** la Partie générale comporte ici et là des incohérences terminologiques, sans parler de celles qui concernent la traduction des textes français et italien. Toutefois, non sans regretter une meilleure uniformité rédactionnelle, la doctrine ne manque pas de souligner que la compréhension des passages incriminés ne s'en trouve pas réellement affectée[499]. 248

À titre d'illustration, nous nous bornerons à quelques pointages lapidaires, à partir de la version française de la loi[500], en revenant notamment plus bas sur la portée de la distinction qu'il convient d'opérer entre créance, prétention et action[501]. Ainsi : 249

– le terme **« obligation »** est utilisé à l'art. 72 (en allemand : *Schuldpflicht*) et aux art. 75 et 97 al. 1 (en allemand : *Verbindlichkeit*) ;

– le mot **« droit »** (au singulier comme au pluriel) signifie, selon les cas, créance ou prétention, par exemple aux art. 35 al. 3 et 49 al. 1 (en allemand : *Anspruch*) et à l'art. 164 al. 1 (en allemand : *Forderung*) ;

– le terme **« action »** (au singulier comme au pluriel) figure dans la disposition générale sur la prescription (art. 127 ; en allemand :

---

495 Cf. *supra* N. 237, *infra* N. 253 ss.

496 Sur la notion d'obligation imparfaite, cf. *infra* N. 486 ss.

497 Sur la notion de devoir moral, cf. *infra* N. 304 ss.

498 Cf. *supra* N. 62.

499 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 7 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.01 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 41.

500 Cf. aussi VON TUHR/DE TORRENTÉ/THILO, I, p. 12 n. 33, II, p. 602 n. 2 ; VON TUHR/ESCHER, p. 211 n. 2 ; KOLLER, N. 2.04 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 181.

501 Cf. *infra* N. 259 ss.

Forderung), ainsi que dans la règle spéciale en matière de responsabilité civile (art. 60 al. 1 ; en allemand : *Anspruch*) ;

– les diverses **« créances »,** dont la compensation est soumise à condition, énumérées à l'art. 125, sont des *Verpflichtungen* dans la version allemande du texte légal.

§ 2 La créance

I. La définition et les caractéristiques

A. La définition

250 La créance *(Forderung)* est un type de **droit subjectif privé,** dont la notion a évolué au fil du temps et dont le contenu reste discuté[502]. Plus précisément, il s'agit d'un **droit de jouissance** (ou droit subjectif primaire, ou droit subjectif au sens étroit) qui, à l'instar des droits de maîtrise tels les droits réels[503], « vise directement à procurer un avantage à son titulaire »[504]. La doctrine distingue les droits de jouissance des droits de compétence (ou droits subjectifs secondaires ou droits subjectifs au sens large) qui accordent au sujet le pouvoir d'organiser ses relations juridiques (ex. : exercer un droit formateur, soulever une exception, se faire représenter)[505].

B. Les caractéristiques générales

251 En clair, la créance permet au titulaire d'exiger du débiteur la prestation[506]. Elle lui confère un droit, non un devoir[507]. Ce droit est **personnel et relatif,** en ce sens qu'il s'exerce à l'encontre d'une ou de plusieurs per-

502 BUCHER, OR, p. 27 s. ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 80 ss ; MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 36 s. ; ENGEL, Obligations, p. 11 ss.
503 Cf. *infra* N. 265 ss.
504 STEINAUER I, N. 10 ; cf. aussi ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 79.
505 Cf. *infra* N. 258 s., 271 et 376 ss.
506 Cf. *supra* N. 237.
507 ENGEL, Obligations, p. 6, qui cite l'exception légale prévue dans le droit du cautionnement (art. 505).

sonnes déterminées ; ainsi se distingue-t-il des droits absolus qui s'imposent à quiconque, tels les droits réels[508].

La créance est l'obligation du point de vue du créancier ; elle est le pendant de la dette. Elle représente un **élément du patrimoine** de son titulaire, dont elle constitue un poste actif[509]. À cet égard, le créancier est le sujet actif du rapport juridique. D'ailleurs, il peut y avoir plusieurs créanciers, comme il en va en cas de solidarité active (art. 150), par exemple dans l'hypothèse d'un dommage causé aux associés d'une société simple (art. 538 al. 2)[510]. 252

II. Les prérogatives de la créance

A. La notion

Selon la doctrine, la créance accorde à son titulaire une prérogative de nature privée **principale,** soit le droit d'exiger l'exécution de la prestation[511]. Au besoin, elle peut ouvrir la voie à des prérogatives de nature publique, soit le droit d'intenter une action en justice et le droit de requérir l'exécution forcée. L'énoncé de ces prérogatives ne prête en lui-même pas le flanc à la critique. Ce qui s'avère en revanche discutable, c'est de considérer l'action comme une émanation exclusive de la créance[512]. 253

B. Les prérogatives de nature privée

La créance confère à son titulaire une **prérogative essentielle :** le droit de réclamer l'exécution de la prestation directement au débiteur, sans passer par un organe étatique. Encore faut-il qu'elle soit exigible (art. 75 ss)[513]. Le cas échéant, nous sommes enclins à parler de prétention ; 254

508 Cf. *infra* N. 268 ss.
509 KRAMER/PROBST, N. 58.
510 Cf. *supra* N. 235. Cf. aussi TERCIER/PICHONNAZ, N. 123.
511 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 15 ; ENGEL, Obligations, p. 6 ss ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.29 ss. Sur les autres facultés de nature privée, cf. *infra* N. 255.
512 Cf. *infra* N. 256 ss.
513 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 44.

mais la question est débattue[514]. À notre avis, une créance peut exister sans être exigible[515], par exemple dans le cas d'une vente à terme comportant un délai de livraison de la chose ou de contrats à prestations périodiques (salaires, loyers).

255 La créance est dotée d'**autres facultés** de nature privée[516], soit :

- Le droit de demander des **dommages-intérêts** (not. art. 97 al. 1), en particulier lorsque l'exécution en nature s'avère impossible ou pratiquement irréaliste parce qu'elle nécessiterait une contrainte sur la personne du débiteur ; encore faut-il que ce dernier ait commis une faute. On parle parfois d'exécution par équivalent sous forme d'argent[517]. D'un point de vue procédural, la réparation pécuniaire jouit d'une certaine faveur chez les plaideurs[518].
- La faculté d'en **disposer,** notamment de la céder (art. 164 ss), de l'annuler ou d'en réduire le montant (art. 115), de la mettre en gage (art. 889 ss CC) ; de telles prérogatives n'appartiennent en principe qu'au créancier[519], exceptionnellement à un tiers (ex. : art. 112).
- La possibilité d'exercer des **droits formateurs**[520], comme la compensation avec une dette (art. 120 ss) ou la dénonciation de la restitution d'une chose prêtée (art. 310).
- Le droit de soulever des **exceptions**[521], tel celui de refuser d'exécuter sa propre prestation lorsque la prétention est mise en péril par l'insolvabilité du partenaire contractuel (art. 83).
- La faculté d'exercer des **droits accessoires,** qui sont attachés à la créance et en servent ou renforcent l'exécution, comme il en va des intérêts d'une somme d'argent (art. 73 al. 1, 89 al. 2, 104 s.),

514 VON TUHR/PETER, p. 15 ; ENGEL, Obligations, p. 6 ss ; HUGUENIN, N. 30. Cf. aussi *infra* N. 259 ss.
515 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 19.
516 Sur ce point, cf. VON TUHR/PETER, p. 16 s. ; ENGEL, Obligations, p. 6 s.
517 CoRo-CO I-MORIN, N. 54 ad art. 1.
518 TERCIER/PICHONNAZ, N. 135.
519 ATF 86 II 18 cons. 2.
520 Sur la notion, cf. *infra* N. 425 s. et 427 ss.
521 Sur la notion, cf. *infra* N. 425 s. et 466 ss.

d'une clause pénale (art. 160) ou de sûretés fournies à titre de garantie (ex. : le nantissement d'une chose mobilière, art. 884 CC, ou l'engagement d'une caution, art. 492).

C. Les prérogatives de nature publique

256 En règle générale, la créance peut ouvrir la voie à des prérogatives de nature publique pour le titulaire (ou, mieux dit, pour celui qui se prétend tel), en se prévalant d'un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) : d'une part, le droit d'intenter une **action en justice,** d'autre part le droit d'obtenir l'**exécution forcée de la prestation,** notamment par l'ouverture d'une poursuite pour dettes. Ces instruments, sur lesquels nous reviendrons dans la partie consacrée à l'inexécution des obligations, renforcent la seule prétention de créancier à débiteur. Ils permettent de solliciter les autorités étatiques – judiciaires et administratives – dans le but de faire reconnaître et de sanctionner le non-respect de la créance[522]. Pour reprendre l'expression d'ENGEL, « le rapport du créancier au débiteur devient affaire d'État »[523].

257 Le **droit d'action** *(Klagerecht)* est le droit de faire valoir la prétention en justice. En règle générale, le but du demandeur est d'obtenir un jugement condamnatoire à l'encontre du débiteur, éventuellement un jugement constatatoire portant sur la seule existence du droit en cause[524]. Par une clause compromissoire, les parties peuvent s'en remettre à la sentence d'un tribunal arbitral, qui vaut jugement[525]. Dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, le créancier est légitimé à faire un acte de justice propre (art. 52 al. 3)[526].

258 Quant au **droit d'exécution forcée** *(Zwangsvollstreckungsrecht),* il est l'expression d'un recours à la puissance publique : il permet à la personne qui se prévaut d'un titre *ad hoc* de requérir de l'autorité compétente

522 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 49 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 138. Cf. aussi *supra* N. 229.

523 ENGEL, Obligations, p. 8.

524 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 50 s. Cf. art. 88 CPC et ATF 129 III 295 cons. 2, SJ 2003 II p. 364.

525 TERCIER/PICHONNAZ, N. 140 s. Cf. art. 353 ss CPC pour l'arbitrage interne suisse et art. 176 ss LDIP pour l'arbitrage international.

526 ENGEL, Obligations, p. 6, 491 ss et 698.

qu'elle contraigne le débiteur à s'exécuter ou qu'elle prenne elle-même des mesures d'exécution. La réglementation est éparpillée dans la législation fédérale : dans le **CO** (art. 97 al. 2), dans le **CPC** (art. 335 ss) et, pour les créances portant sur le versement de sommes d'argent ou la fourniture de sûretés, dans la **LP** (art. 38 al. 1 LP, art. 335 al. 2 CPC)[527]. Le plus souvent, la contrainte s'exerce, non sur la personne du débiteur, mais sur ses biens ; le cas échéant, ce dernier répond sur son patrimoine des dettes ayant une valeur pécuniaire[528].

D. La créance, la prétention et l'action : le sens des mots

259 Comme déjà souligné, la loi énonce l'obligation et sa composante active sous **diverses appellations** qui, au fond, ne prêtent pas à des confusions pratiques[529]. La doctrine et la jurisprudence discutent pourtant la **portée de la distinction** entre les termes « créance » *(Forderung)*, « prétention » (souvent *Anspruch*) et « action » *(Klage)*.

260 Pour s'en tenir au droit des obligations, on observe que le mot *Anspruch* est entendu dans **plusieurs sens**[530] : d'abord, dans le sens de « créance », compris comme la prérogative principale qui lui est attachée ; ensuite dans le sens de « créance exigible » ; enfin dans le sens de « créance déductible en justice » *(klagbar)*. Ce sens paraît recueillir la faveur des auteurs « privatistes »[531]. Tout au plus faut-il préciser que VON TUHR, sous l'influence du droit allemand, était d'avis que le mot *Anspruch* visait aussi bien le droit matériel (prétention) que son exercice en justice *(prozessualer Anspruch)*[532]. Pendant longtemps, le TF a jugé que, selon la conception suisse, le droit d'action était une émanation de la créance : il « dérive du droit quant au fond »[533]. On en a déduit que les

527 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.31 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 52 s.

528 VON TUHR/PETER, p. 17 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 233. Cf. aussi *infra* N. 278 ss.

529 Cf. *supra* N. 248 s.

530 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 10, 15, 19, 37 ss, 87 s. ; KOLLER, N. 2.71 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 80.

531 Ainsi : ZK- SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 73 ; HUGUENIN, N. 29 s.

532 VON TUHR/PETER, p. 15 n. 31 et 33 ; VON TUHR/DE TORRENTÉ/THILO, I, p. 12. Cf. aussi BOHNET FRANÇOIS/DROESE LORENZ, Le droit d'action selon le CPC suisse, RSPC 5/2021, p. 480.

533 ATF 86 II 41 (45), trad. JT 1960 I p. 453. Cf. aussi ATF 67 II 70 cons. 2, JT 1941 I p. 439 ; 78 II 265 cons. 3 ; 118 II 479 cons. 2f (non trad. au JT 1994 I p. 120).

termes *Forderung* et *Anspruch* sont « utilisés indifféremment dans la loi et dans le langage doctrinal »[534]. Il serait vain d'y chercher une distinction fondamentale[535].

En ce sens, la doctrine « obligationniste » très majoritaire voit 261
dans la notion de créance un **paradigme** qui se décline en plusieurs prérogatives principales[536] : l'une de nature privée considérée comme la faculté de réclamer la prestation, parfois dénommée « prétention » *(Anspruch)* lorsque la créance est exigible[537] ; les autres de nature publique, soit les droits d'action et d'exécution forcée.

Sans entrer dans le détail d'une problématique dogmatique, dont 262
les conséquences paraissent davantage didactiques que pratiques, on soulignera que la conception « obligationniste » de la créance décrite ci-dessus ignore superbement la **théorie « processualiste » de l'action.** Celle-ci a été façonnée en Suisse à partir de la seconde moitié du XX^e^ siècle. Elle avait déjà été conçue en Allemagne à la fin du XIX^e^ siècle et en France quelques décennies plus tard[538].

Selon les partisans de cette théorie, il est erroné d'affirmer que 263
la créance est dotée d'une action en justice, autrement dit que l'action constitue un attribut de la créance et trouve son fondement dans le droit matériel. En réalité, l'action doit être considérée comme un **droit prétendu digne de protection,** détaché du droit substantiel, d'une part parce que le demandeur, déjà au stade de l'examen de la recevabilité, doit justifier d'un intérêt procédural à agir (art. 59 al. 2 let. *a* CPC), d'autre part parce qu'il n'est pas certain que le droit en question se verra reconnu par le juge.

---

534 MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 34 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 41.

535 MERZ, TDP VI/1, p. 47 et 50 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 181 ; ATF 87 II 155 cons. 3b, JT 1962 I p. 292.

536 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 15 et 37 ss ; MERZ, TDP VI/1, p. 34 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 136 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 42 ss.

537 Ainsi : VON TUHR/PETER, p. 16 ; ENGEL, Obligations, p. 6 ss.

538 KUMMER MAX, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Berne 1954, p. 15 ss ; ROGNON JEAN-JACQUES, Les conclusions, Étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 1974, p. 15 ss ; BOHNET/DROESE, op. cit. (n. 532), p. 463 ss.

264 Pour notre part, nous nous rallions à l'idée que la créance et l'action constituent des concepts autonomes qui ne se confondent pas[539]. En ce sens, l'action n'est pas une émanation de la créance : elle trouve un fondement procédural, soit le droit d'obtenir un jugement au fond. De nos jours, la jurisprudence a entamé une approche processualiste du droit d'action, à tout le moins en le distinguant de la prétention matérielle[540]. Quelques années auparavant, le TF expliquait pourtant encore que c'est le droit matériel qui détermine si un créancier dispose d'une prérogative bénéficiant de la protection judiciaire, conformément aux règles régissant la procédure[541]. En résumé, force est d'admettre qu'il existe entre la créance et l'action un **lien fonctionnel évident,** « un lien instinctif »[542].

III. Le caractère personnel et relatif de la créance

A. La notion

265 Comme déjà relevé, la créance est un **droit subjectif privé,** plus précisément un **droit de jouissance** qui tend à procurer un avantage à son titulaire ; elle confère à ce dernier toutes sortes de prérogatives[543].

266 De l'avis unanime, le droit en question est **personnel et relatif.** Ces qualificatifs se recoupent ; on les dit synonymes[544].

267 Le droit est **personnel** en ce sens qu'il ne peut être exercé qu'à l'encontre d'une ou de plusieurs personnes déterminées ou déterminables, qu'il s'agisse du débiteur originaire ou de sujets qui, par l'effet de la loi (ex. : en cas de décès, art. 560 CC) ou d'une convention (ex. : en cas de

539 Dans ce sens : KUMMER, op. cit. (n. 538), p. 15 ss ; BERTI STEPHEN V., Vom Beruf unserer Zeit für zivilprozessuale Gesetzgebung, Zeitschriften und dogmatische Entspannung – ein Plädoyer für den Rechtsschutzanspruch, RSPC 2005, p. 71 ss ; CoRo-CPC-BOHNET, Intro. art. 84-90, N. 1 ss ; BOHNET/DROESE, op. cit. (n. 532), p. 482 s.

540 ATF 139 III 126 cons. 3.2.1 ; l'arrêt précise que l'objet du litige est déterminé par les faits invoqués à l'appui de la demande prétendue en justice.

541 ATF 127 III 46 cons. 3a/aa, JT 2000 II p. 103 ; HOHL FABIENNE, Procédure civile, I, 2e éd., Berne 2016, N. 173.

542 MOTULSKY HENRI, Écrits – Études et notes de procédure civile, Paris 1973, p. 85.

543 Cf. *supra* N. 250 et 253 ss.

544 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 63 ; BUCHER, OR, p. 33 ; ENGEL, Obligations, p. 18.

reprise de dette, art. 176), ont pris sa place dans le rapport de droit[545]. Ce rapport ne constitue pas une relation de personne à chose, caractéristique des droits réels, mais il représente une « relation de personne à personne »[546], qui porte sur un certain comportement de celle qui en est débitrice.

Le droit est également qualifié de **relatif,** par opposition aux **droits absolus** qui s'imposent au respect de quiconque *(erga omnes)* et qui commandent avant tout un devoir d'abstention de la part des tiers (ne pas y porter atteinte, ne pas en troubler l'exercice)[547]. Ces droits font traditionnellement l'objet d'une classification tripartite : les droits réels au sens des art. 641 ss CC, les droits de la personnalité au sens des art. 27 ss CC, et les droits de la propriété immatérielle au sens de lois spéciales appréhendant le droit d'auteur (LDA), ainsi que les droits portant sur un brevet (LBI), une marque (LPM) ou un design (LDes)[548]. C'est l'opposabilité aux tiers des droits subjectifs en cause qui constitue le critère déterminant de la distinction entre les deux catégories de droits. On peut y voir une hiérarchie dans les différents intérêts juridiques dignes de protection, qui trouve en particulier une application spécifique dans le droit de la responsabilité civile[549]. 268

B. Des précisions

Selon la doctrine et la jurisprudence, les droits subjectifs privés sont **soit absolus, soit relatifs,** d'après le cercle des personnes qui en sont tenues au respect ; il n'existe pas de catégorie intermédiaire[550]. Certains auteurs suggèrent une relativisation de cette distinction binaire, notamment dans des cas d'intervention de tiers dans le rapport obligationnel[551]. Ainsi 269

545 Cf. *supra* N. 236. Cf. aussi BK-MÜLLER, Introd. N. 184 ss.

546 ENGEL, Obligations, p. 10. Cf. aussi ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 81 ; ATF 114 II 91 cons. 4, JT 1988 I p. 310.

547 BUCHER, OR, p. 5 et 31 ss ; ENGEL, Obligations, p. 10 et 16 ; STEINAUER I, N. 19 ; ATF 114 II 91 cons. 4, JT 1988 I p. 310.

548 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 81 s. ; ENGEL, Obligations, p. 17 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 60 ss.

549 Cf. *infra* N. 269. Cf. aussi ENGEL, Obligations, p. 14 s. ; HUGUENIN, N. 19.

550 Cf. les réf. cit. en n. 546 et 547.

551 WEBER ROLF H., Dritte Spuren zwischen absoluten und relativen Rechten, in Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter (édit.), Zurich 2003, not. p. 585 ss.

en serait-il, outre les transferts de dettes et de créances[552], de la représentation d'une partie (art. 32 ss) et de la stipulation pour autrui (art. 112) ; également de la prérogative prévue à l'art. 98 al. 3, qui permet au créancier d'obtenir d'un tiers le rétablissement d'un état conforme au contrat, suite à une violation d'un devoir d'abstention par le débiteur[553] ; de même, du contrat avec effet protecteur de tiers[554] ; sans parler des hypothèses légales qui donnent une sorte d'effet réel à une obligation[555].

270 La distinction des droits en discussion comporte aussi un effet **en cas d'atteinte provoquée par autrui.** A priori, toute violation d'un droit absolu constitue un acte illicite au sens de l'art. 41 al. 1[556]. Tel n'est en principe pas le cas de l'inexécution d'une créance, en particulier de celle découlant d'un contrat imputable à un tiers ; le créancier ne saurait réclamer à ce dernier la réparation du dommage subi, sauf si le fait incriminé représente un acte intentionnel contraire aux mœurs (art. 41 al. 2) ou un acte de concurrence déloyale (art. 4 let. *a* LCD)[557].

271 La créance comme droit relatif et le droit réel comme droit absolu sont les **prototypes** de leur catégorie. Ils participent souvent à la même opération. Ainsi l'acheteur est titulaire d'une créance en livraison et en transfert de propriété de la chose vendue (art. 184 al. 1). Le transfert en question obéit aux règles qui régissent les droits réels (art. 656 al. 1 et 714 al. 1 CC). Plus largement, l'acte de disposition constitue en général l'exécution d'une créance fondée sur un acte générateur d'obligations[558]. L'acheteur n'est en droit de faire valoir sa prétention que contre le vendeur. Si ce dernier a aliéné la chose en rendant impossible l'exécution du contrat, l'acheteur ne peut en principe rien contre le tiers[559], sauf dans l'hypothèse évoquée ci-dessus (art. 41 al. 2)[560]. Il en sera le plus souvent réduit à demander des dommages-intérêts au vendeur défaillant[561].

---

552 Cf. *supra* N. 236, 255 et 267.
553 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 64 s.
554 Cf. *infra* N. 450.
555 Cf. *infra* N. 274 ss.
556 ENGEL, Obligations, p. 17 ; KOLLER, N. 2.25 ; HUGUENIN, N. 86.
557 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.08 ; KRAMER/PROBST, N. 74 ; ATF 114 II 91 cons. 4, JT 1988 I p. 310 ; 131 III 217 cons. 4.1 ; 137 III 293 cons. 2.1, JT 2011 II p. 490.
558 Cf. *infra* N. 677 s., 685 ss et 702 ss.
559 ENGEL, Obligations, p. 10, 18, 26 ss ; KOLLER, N. 2.53.
560 Cf. *supra* N. 270 *in fine.*
561 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.07 ; STEINAUER I, N. 25 ; ATF 104 II 198, JT 1979 I p. 180.

S'agissant du **droit réel,** son caractère absolu (maîtrise sur une chose) et son effet général *(erga omnes)* permettent à son titulaire de se prévaloir de deux attributs particuliers : 272

- d'une part, d'un **droit de suite** à l'encontre de quiconque détient la chose sur laquelle porte le droit ;
- d'autre part, d'un **droit de préférence** sur la créance portant sur la chose y afférente[562]. Ce droit s'avère notamment efficace en cas d'exécution forcée ; ainsi, dans l'hypothèse de la faillite du débiteur, le propriétaire d'une chose dispose d'un droit de revendication (art. 225 s. LP), alors que le titulaire d'une créance en rapport avec cette chose ne peut prétendre qu'à un dividende proportionnel à la valeur de celle-ci (art. 211 al. 1 LP).

Il est possible que le **titulaire d'un droit personnel** portant sur une chose soit apte à se prévaloir d'un droit réel ayant pour objet la même chose. Ainsi en est-il par exemple du locataire d'une habitation : il est créancier de l'usage cédé envers le bailleur (art. 253 et 256 al. 1) et possesseur dérivé habilité à repousser tout acte d'usurpation ou de trouble provenant de tiers, y compris du propriétaire et/ou bailleur des locaux (art. 926 ss CC)[563] ; par ailleurs, en cas d'immissions excessives provenant d'un fonds voisin, il peut mettre en œuvre les moyens réels défensifs et réparatoires à l'encontre de l'auteur (art. 679 et 684 CC)[564], sans être privé du droit personnel de s'en prendre au bailleur en vertu des règles régissant les défauts de la chose louée[565]. 273

IV. Les créances à effet renforcé

A. L'obligation réelle

L'obligation réelle *(obligatio propter rem, Realobligation)* n'est pas définie dans la loi. Elle est une obligation dont le créancier ou le débiteur (voire l'un et l'autre) est désigné par le droit réel qu'il a sur une chose 274

562 STEINAUER I, N. 26 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 128.
563 KOLLER, N. 2.53 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.10.
564 ATF 104 II 15 cons. 1, JT 1978 I p. 599 ; 109 II 304 cons. 2.
565 WESSNER PIERRE, Le bail à loyer et les nuisances causées par des tiers en droit privé, in Séminaire sur le droit du bail, Wessner Pierre (édit.), Neuchâtel 2002, N. 35, 53, 79, 82 ss.

ou par la possession de celle-ci. Elle concrétise des hypothèses de **détermination indirecte du créancier ou du débiteur,** et parfois de parties à un contrat. L'obligation en question ne devient pas un droit réel (et absolu) pour autant. Elle conserve son caractère relatif, mais elle est dotée d'un droit « à effet renforcé »[566]. Certains y donnent un effet quasi réel[567].

275 La réglementation des droits réels prévoit des obligations réelles faisant l'objet d'une **inscription au RF,** comme il en va par exemple de l'obligation portant sur un passage nécessaire (art. 694 CC) ou de l'obligation de souffrir la constitution d'une hypothèque légale au profit d'un entrepreneur (art. 837 al. 1 ch. 3 CC)[568].

276 Sont également renforcés les **droits personnels de préemption, d'emption et de réméré** (art. 216 ss) ainsi que les **baux à loyer** (art. 261*b*) **et à ferme** (art. 290) **annotés au RF** (art. 959 al. 1 CC). Par l'effet de l'annotation, le droit est opposable à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble (art. 959 al. 2 CC)[569]. Ainsi, le locataire peut faire valoir son droit à l'usage de la chose et à d'autres prérogatives conférées par le bail à l'encontre de l'acquéreur de l'immeuble (mais non à l'encontre de quiconque). D'aucuns sont d'avis qu'on ne saurait dans ce cas parler d'une véritable *obligatio propter rem,* « notamment parce que le bailleur originaire reste tenu par le contrat » (art. 261 al. 3)[570].

B. D'autres créances renforcées

277 La loi mentionne d'autres créances comportant un **effet renforcé,** comme il en va des hypothèques énoncées aux art. 960 CC (restrictions du droit d'aliéner) et 961 CC (inscription provisoire). Ainsi, par l'effet d'une annotation au RF, l'acheteur d'un immeuble se protège du risque de la double vente, tant et aussi longtemps que son droit de propriété n'est pas

566 MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 39 et 42. Cf. aussi MERZ, TDP VI/1, p. 60 : *obligatorische Rechte mit verstärkter Wirkung ;* ENGEL, Obligations, p. 25 s. ; STEINAUER I, N. 53 ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 62 s.

567 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.09 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 129.

568 Pour d'autres cas de restrictions indirectes à la propriété, cf. ENGEL, Obligations, p. 26.

569 STEINAUER I, N. 56 s. ; ENGEL, Obligations, p. 25 ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 62 et 63, qui soulignent que les droits personnels en question s'exercent par un acte formateur ; le cas échéant, ils ouvrent la voie à une créance ; en ce sens, KOLLER, N. 2.11.

570 STEINAUER I, N. 55 et les réf. cit.

inscrit (art. 960 al. 1 ch. 1 CC). La doctrine souligne avec raison qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une obligation réelle, compte tenu que l'annotation, certes opposable aux tiers, n'oblige ces derniers à aucune prestation[571]. Certains contestent qu'il soit ici question d'un droit accessoire de nature réelle permettant en particulier au créancier de l'invoquer dans la faillite du débiteur, comme le TF le préconise[572].

§ 3 La dette

I. La définition et les caractéristiques

A. La définition

La dette *(Schuld)*[573] est l'obligation du point de vue du débiteur. Pour lui, elle constitue le **devoir d'exécuter** la prestation, au besoin sous la contrainte de l'exécution forcée. 278

La dette représente la **composante passive** de l'obligation. Elle est un poste inscrit au passif du bilan du patrimoine du débiteur[574]. Du devoir de ce dernier d'accomplir la prestation – non forcément en personne – découle, en cas d'inexécution, le devoir de répondre, le plus souvent de façon illimitée, sur son patrimoine[575]. 279

En tant qu'éléments interdépendants de l'obligation, la créance et la dette sont des **notions corrélatives**[576]. En conséquence, ce qui a été énoncé pour l'obligation en général, et pour la créance en particulier, vaut également pour la dette, directement ou par analogie, voire *a contrario.* Ainsi en est-il notamment des remarques touchant le caractère personnel 280

---

571 MERZ, TDP VI/1, p. 61, qui parle de *dingliche Anwartschaft,* traduit par « expectative d'un droit réel » (MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 43 et les réf. cit.). Cf. aussi PIOTET PAUL, Les effets typiques des annotations au registre foncier, RNRF 1969, p. 36 ss.

572 ATF 104 II 170 cons. 5, JT 1979 I p. 68. Cf. KOLLER, N. 2.10 et n. 8 ; ENGEL, Obligations, p. 25.

573 En allemand, on parle aussi de *Schuldverbindlichkeit* ou de *Schuldpflicht ;* ex. : en cas d'obligation alternative (art. 72). Cf. KRAMER/PROBST, N. 59 ; BERGER, N. 209.

574 VON TUHR/PETER, p. 20.

575 Cf. *infra* N. 285 ss.

576 Cf. *supra* N. 231 et 237. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 88.

du rapport juridique, la prestation qui en forme l'objet ou encore la cause qui en assure le fondement[577].

281 La dette entre dans le concept général de **devoir juridique** *(Rechtspflicht),* soit un « impératif » institué et sanctionné par le pouvoir étatique et la loi, ce qui le distingue du devoir moral[578]. La caractéristique essentielle de la dette réside dans le fait que le devoir imposé au débiteur est personnel et relatif, et non général et absolu[579].

B. Les caractéristiques générales

282 Sous réserve du devoir mentionné ci-dessus, la dette présente quelques caractéristiques résumées plus bas. La plus significative est la **responsabilité** qu'assume le débiteur en cas d'inexécution ; elle sera examinée spécialement[580]. Par ailleurs, d'autres questions liées aux types de dettes et aux modalités de leur exécution seront traitées dans la rubrique consacrée à la prestation[581] et dans la partie couvrant l'exécution des obligations.

283 Comme il en va pour la créance, le rapport juridique peut comprendre une **pluralité** de titulaires passifs, les codébiteurs ou coobligés[582]. La dette est propre également à faire l'objet d'un **transfert** consenti ou légal, quand un tiers prend la place du débiteur originaire dans le rapport de base[583]. Au surplus, le débiteur peut être désigné par le droit réel qu'il a sur une chose ou par la possession de celle-ci[584].

284 À l'instar du créancier[585], le débiteur est habile à exercer des **droits formateurs,** tels la compensation de sa dette avec une créance contre l'autre partie (art. 120) ou le droit d'option dans l'obligation alternative (art. 72) ; habile également à soulever des **exceptions,** comme celle de résister à une

577 Cf. *supra* N. 228 ss, 251 et 265 ss et les renvois.
578 Cf. *infra* N. 304 ss.
579 VON TUHR/PETER, p. 12 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 53 ad art. 1 ; YUNG WALTER, Devoirs généraux et obligations, in Mélanges Wilhelm Schönenberger, Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter (édit.), Fribourg 1968, p. 163. Cf. aussi *supra* N. 228, 251 et 265 ss.
580 Cf. *infra* N. 285 ss.
581 Cf. *infra* N. 313 ss.
582 Cf. *supra* N. 235.
583 Cf. *supra* N. 236 et 267.
584 Cf. *supra* N. 274.
585 Cf. *supra* N. 255.

demande en exécution fondée sur un contrat bilatéral (art. 82) ou celle de soulever le moyen tiré de la prescription (not. art. 127 ss et 142).

II. La responsabilité du débiteur

A. Le principe et son étendue

285 Du devoir incombant au débiteur d'accomplir la prestation découle, en cas d'inexécution, le **devoir de répondre** en personne, le plus souvent sur son patrimoine[586]. La matière ressortit à l'exécution forcée. Elle a pour siège principal la réglementation sur la procédure (art. 335 ss CPC) et sur la poursuite pour dettes (LP), comme le rappelle l'art. 97 al. 2.

286 Les **mesures d'exécution** sont exercées par les autorités compétentes, si nécessaire par la force publique. Les décisions pourront être assorties de menaces de sanctions pénales en cas d'insoumission (art. 292 CP). Les modalités diffèrent selon la nature de la prestation en souffrance[587].

287 En dépit de la suppression de la contrainte par corps, à la fin du XIX^e^ siècle[588], il arrive que des mesures de contrainte soient encore exercées directement **sur la personne du débiteur.** Ainsi en est-il de l'expulsion du locataire récalcitrant, régie selon les modalités prévues par le CPC, lorsqu'il ne dispose plus de titre lui permettant d'occuper les locaux loués[589].

288 Le plus souvent, notamment lorsque la dette porte sur une **somme d'argent,** y compris sur le paiement de dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou d'une peine conventionnelle, ou encore sur la prestation d'une sûreté pécuniaire, l'exécution forcée est soumise exclusivement aux régimes prévus par la LP (art. 38 al. 1 LP, 335 al. 2 CPC), par voie de saisie (art. 89 ss LP) ou par voie de faillite (art. 159 ss LP)[590].

---

586 ENGEL, Obligations, p. 5 s. et 35 ; VON TUHR/PETER, p. 17 ; FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 1 N. 78.

587 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 51 et 72 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 141 s. Cf. aussi *supra* N. 258.

588 Cf. art. 59 al. 3*a* Cst. féd. Cf. aussi ENGEL, Obligations, p. 35.

589 Cf. art. 343 al. 1 let. d CPC ; CoRo-CO I-LACHAT/BOHNET, N. 2 ad art. 267.

590 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 49.

289 À cet égard, le créancier a un droit de mainmise sur le patrimoine du débiteur. On parle de **responsabilité** *(Haftung),* et parfois de **responsabilité réelle** *(Realhaftung)*[591], pour affirmer que le débiteur répond sur ses biens et en principe sur tous ses biens – ce qu'exprime la loi ici et là (art. 202 CC) – et que son patrimoine joue le rôle de « gage général »[592].

290 En ce sens faut-il en principe voir une **corrélation** entre la dette et la responsabilité. Toutefois on notera qu'il peut exister une dette sans responsabilité, comme en cas d'obligation imparfaite[593]. De même peut-il exister une responsabilité sans dette, lorsqu'un tiers affecte son patrimoine pour s'acquitter de la dette d'autrui[594].

291 Le terme « responsabilité » couvre d'autres sens que celui exprimé ici. Ainsi en va-t-il de la garantie du défaut de la chose qu'assume le vendeur (art. 197) ou de l'obligation imposée à l'auteur d'un fait dommageable illicite de réparer le préjudice causé à autrui (art. 41 al. 1)[595].

292 Le principe vient d'être énoncé que le débiteur répond sur la totalité de son patrimoine[596], soit sur un ensemble de biens en constante évolution[597]. Le principe en question est celui d'une responsabilité illimitée, qui fait l'objet de tempéraments et d'exceptions[598]. Mais à ce stade déjà une double précision est de mise.

293 **Première précision :** le débiteur répond à vrai dire sur les **actifs de son patrimoine,** soit sur des choses mobilières et immobilières, sur des créances et des valeurs immatérielles, comme peuvent l'être un brevet, une marque ou une indemnité de clientèle[599]. Il en découle que des biens non pécuniaires, par essence (ex. : les droits de la personnalité, art. 28 CC), ou

---

591 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 51 et 53 ; ENGEL, Obligations, p. 40 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.39.

592 TERCIER/PICHONNAZ, N. 143 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 234 ss.

593 Cf. *infra* N. 486 ss.

594 Cf. *infra* N. 295. Cf. Aussi BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 102 ; ENGEL, Obligations, p. 36.

595 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 103 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.38.

596 Cf. *supra* N. 285 et 289.

597 Cf. ENGEL, Obligations, p. 36, ainsi que p. 38 sur la notion de « patrimoine séparé » en droit matrimonial et successoral.

598 Cf. *infra* N. 293 s. et 295 ss.

599 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 106 ss ; ENGEL, Obligations, p. 37 s. Ainsi ATF 93 II 453 cons. 4 : clientèle d'un restaurant ; 119 II 222 cons. 2, JT 1994 I p. 598 : patientèle d'un cabinet médical.

en raison de leur valeur purement affective (ex. : un album de photographies de famille) n'engagent pas la responsabilité du débiteur.

Seconde précision : la mainmise des créanciers – qui en règle générale sont placés sur un pied d'égalité – s'étend en réalité à la **valeur de réalisation** des biens exposés, tels que définis par la réglementation de l'exécution forcée ; ainsi les biens insaisissables (art. 92, 93 et 224 LP) en sont exclus[600]. Par ailleurs, en cas de faillite du débiteur, les créanciers qui sont au bénéfice d'un gage (créanciers-gagistes) disposent d'un privilège qui leur permet d'être désintéressés avant les autres créanciers (créanciers chirographaires), au sens de l'art. 219 al. 1 et 3 LP[601]. Les créances de ces derniers sont colloquées par classes (art. 219 al. 4 et 220 LP). 294

B. Des exceptions

En principe, il existe une **corrélation** entre la dette et la responsabilité[602]. Mais il arrive qu'une personne réponde d'une dette sans en être débitrice. Tel est le cas d'un tiers qui accepte qu'une hypothèque soit constituée sur son immeuble en garantie d'un crédit octroyé au débiteur bénéficiaire (art. 824 al. 2 CC) ; en telle occurrence, la responsabilité du tiers est limitée à l'objet du gage ; elle ne porte pas sur son patrimoine[603]. Tel est le cas également des associés d'une société en nom collectif, qui sont tenus des engagements de la société solidairement et sur tous leurs biens (art. 568 al. 1). En revanche, la caution ou le codébiteur solidaire appelés à intervenir paient leur propre dette, non celle d'autrui[604]. 295

En principe, la responsabilité du débiteur s'étend à la totalité de son patrimoine, sauf les tempéraments qu'apporte le droit de l'exécution forcée[605]. Exceptionnellement, certaines dettes sont de par la loi **à garantie limitée,** en ce sens que la responsabilité du débiteur n'est couverte que par une partie de son patrimoine. Ainsi en est-il de la charge foncière (art. 782 CC), 296

600 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 51 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 110 ss.

601 Cf. aussi art. 41 LP et 817 et 893 CC. Cf. également ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 57.

602 Cf. *supra* N. 290.

603 Cf. aussi art. 827 et 832 al. 2 CC. Cf. également ZK- SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 52 ; ENGEL, Obligations, p. 42.

604 KRAMER/PROBST, N. 93.

605 Cf. *supra* N. 294.

qui constitue une obligation du propriétaire (actuel) d'un fonds, dont il ne répond que sur son immeuble[606]. De telles hypothèses ne sauraient être confondues avec celles où la dette est limitée à un certain montant, comme il en va dans le droit du cautionnement (art. 493) et de la société en commandite (art. 608) ; jusqu'au montant en question, le débiteur répond sur tout son patrimoine ; on peut parler d'une dette limitée à garantie illimitée[607].

297 Une partie de la doctrine admet que le créancier et le débiteur puissent convenir que ce dernier limite son engagement patrimonial à **certains biens,** par exemple à ses meubles[608].

C. La particularité de la dette subsidiaire

298 La dette est subsidiaire – par opposition à la dette primaire – lorsque le débiteur, par une exception dilatoire, peut renvoyer le créancier à s'en prendre au préalable à une autre personne (il exerce un **bénéfice de discussion personnelle**) ou à un bien déterminé (il exerce un **bénéfice de discussion réelle**). Ainsi en est-il de la caution liée à un cautionnement simple (art. 495 al. 1 et 2)[609] ; de même des associés d'une société en nom collectif (art. 568)[610].

III. La dette et d'autres devoirs

A. La dette comme devoir juridique

299 Comme déjà exprimé, la dette entre dans le concept de **devoir juridique** *(Rechtspflicht)*[611], soit un « impératif » imposé par l'ordre juri-

606 KOLLER, N. 2.103 ; ENGEL, Obligations, p. 42. Pour une autre hypothèse légale, cf. art. 910 al. 2 CC.

607 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.39 ; ENGEL, Obligations, p. 38 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 147.

608 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 105 ; VON TUHR/PETER, p. 18 s. ; ENGEL, Obligations, p. 39 s.

609 En cas de cautionnement solidaire, le bénéfice de discussion personnelle est restreint et le bénéfice de discussion réelle limité aux sûretés mobilières (art. 496).

610 TERCIER/PICHONNAZ, N. 1736.

611 Cf. *supra* N. 281.

dique, au besoin par des mesures étatiques[612]. Une telle caractéristique le distingue du devoir moral[613].

Le droit est constitué de **règles de conduite** contraignantes, qu'il s'agisse d'injonctions ou d'interdictions. On parle de devoirs juridiques. Le concept dépasse la notion de dette, propre au droit des obligations. Pour s'en tenir au droit civil, certains devoirs sont certes **personnels** mais, contrairement à l'obligation proprement dite, ils sont dénués de créances dont pourraient se prévaloir les bénéficiaires. Ainsi en est-il du devoir de fidélité entre époux (art. 159 al. 3 CC) ou du devoir des père et mère de surveiller l'enfant mineur, étant entendu qu'un manquement peut être sanctionné d'une demande en dommages-intérêts (art. 331 ss CC)[614]. D'autres devoirs juridiques sont **généraux,** en ce sens qu'ils s'adressent à chacun, à tout le moins à un nombre indéterminé de personnes. On citera ici le devoir de s'abstenir de porter atteinte à la propriété d'autrui qui, en cas de violation, ouvre la voie à l'action réelle en revendication (art. 641 al. 2 CC) ; ou le devoir de ne pas léser sans motifs justificatifs la personnalité d'un tiers (art. 28 ss CC)[615]. 300

Au-delà du droit civil, l'ordre juridique institue de multiples devoirs qui, le plus souvent, sont généraux, **de nature administrative ou pénale.** De tels devoirs ne génèrent pas de créance en exécution, au sens des prérogatives qu'offre l'obligation proprement dite. Tout au plus leur violation pourra entraîner éventuellement une demande en réparation du dommage subi par la personne qui en est victime[616]. On parle parfois d'obligations de droit public[617]. Pour le reste, nous avons déjà souligné l'influence croissante que joue le droit administratif dans l'élaboration et l'application des normes régissant les obligations, notamment de celles qui encadrent et régulent toutes sortes d'activités[618]. Sans oublier le rôle grandissant de la *soft law*[619]. 301

612 VON TUHR/PETER, p. 12 ; Merz, TDP VI/1, p. 260. Sur les mesures de contraintes, cf. *supra* N. 256 ss et 285 ss.
613 Cf. *infra* N. 304 ss.
614 VON TUHR/PETER, p. 14 ; MERZ, TDP VI/1, p. 52 ; YUNG, op. cit. (n. 579), p. 165.
615 VON TUHR/PETER, p. 12 ss ; ENGEL, Obligations, p. 12 s. ; CoRo-CO I-MORIN, N. 53 ad art. 1 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109 N. 9 ss.
616 MERZ, TDP VI/1, p. 52.
617 ENGEL, Obligations, p. 61 ss.
618 Cf. *supra* N. 110 ss, 160 et 207.
619 Cf. *supra* N. 215 ss.

302 L'obligation proprement dite impose aussi au débiteur des règles de conduite, légales ou consenties, qui en cas de manquement, ouvrent la voie à des mesures de contrainte[620]. La caractéristique est que les devoirs en question pèsent sur le seul débiteur et profitent au seul créancier. Le rapport en cause est effectivement **personnel et relatif**[621].

303 Il arrive qu'une personne soit tenue par une règle de conduite s'inscrivant à la fois dans un devoir général prescrit par la loi et dans un devoir particulier voulu par des cocontractants. Ainsi en est-il de l'obligation faite au médecin de ne pas porter atteinte à l'intégrité corporelle du patient, sans avoir obtenu de ce dernier un consentement délivré dans l'exécution d'un mandat de soins. En cas de défaillance du praticien, le créancier lésé est habilité à se prévaloir, à son choix, des dispositions sur la responsabilité délictuelle (art. 28 ss CC et 41 al. 1) et/ou de celles sur la responsabilité contractuelle (art. 398 al. 1 et 2, combiné avec art. 97 al. 1). On parle de **concours d'actions**[622].

B. Le devoir moral

304 Le devoir moral *(sittliche Pflicht)* est une **règle de conduite commandée par la morale.** Mais une telle règle, contrairement au devoir juridique, n'est pas imposée ni sanctionnée par le droit. En elle-même, elle ne génère ni action en exécution du tiers qui se prétend bénéficiaire ni action en dommages-intérêt pour cause d'inexécution[623].

305 Le droit et la morale se réfèrent à des **valeurs souvent communes.** Les principes dégagés par l'un et l'autre ont « la prétention d'être justes »[624] ; ils coexistent et interfèrent. Ainsi, l'assistance d'une personne dans le besoin est un devoir juridique limité à un cercle de bénéficiaires défini par la loi (art. 328 CC) ; au-delà, elle peut s'inscrire dans un devoir

620 Cf. *supra* N. 256 ss, 285 ss et 299 et les réf. cit.

621 Cf. *supra* N. 228, 251, 268 et 280 s. et les réf. cit.

622 FELLMANN/KOTTMANN, I, N. 10 ; YUNG, op. cit. (n. 579), p. 170 s. ; ATF 133 III 121 cons. 3 et 4.

623 Cf. *supra* N. 247 et 299. Cf. aussi ENGEL, Obligations, p. 54 s. et 59 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 158. Il y a pourtant lieu de réserver l'application de l'art. 41 al. 2 lorsque, dans les circonstances exceptionnelles qu'implique cette disposition, une personne n'informe pas autrui d'un danger qui le menace ou ne se porte pas à son secours.

624 MERZ, TDP VI/1, p. 260 ; VON TUHR/PETER, p. 12 ; ENGEL, Obligations, p. 54 ss, qui dresse une liste exemplative de devoirs moraux.

moral non contraignant[625]. Ainsi, la visite d'un proche hospitalisé ne constitue pas un devoir juridique, propre à justifier le remboursement de frais encourus[626] ; elle pourra elle aussi être considérée comme une exigence morale. En revanche, il n'y a pas de devoir moral à exécuter la promesse de prendre à sa charge l'amende fiscale infligée à un tiers[627].

306 Dans une société démocratique qui pose en principe fondamental la liberté d'opinion (art. 16 Cst. féd.), le droit n'a pas vocation à réaliser « à tout prix » la morale (quelle morale, on se le demande ?), au risque sinon de devenir despotique, voire « intégriste ». Dans certains domaines d'ailleurs, les règles juridiques sont **amorales,** comme celle qui prescrit de circuler à droite (art. 34 LCR). Mais le droit s'inspire souvent de préceptes moraux, déjà dans l'institution de principes généraux, tels ceux de la bonne foi (art. 2 CC) et de l'équité (art. 4 CC), ou dans la référence aux mœurs (sous-entendu : aux bonnes mœurs) pour encadrer la liberté des parties de façonner le contenu de leur contrat (art. 19 al. 2 et 20 al. 1)[628].

307 Au surplus, si le Code ne définit pas le devoir moral, il le mentionne à deux reprises pour lui attribuer une **signification juridique,** en clair pour en faire une obligation imparfaite (ou naturelle)[629]. En ce sens, l'art. 63 al. 2 dispose que l'exécution volontaire d'un devoir moral ne génère pas une créance en répétition ; tel est le cas d'une prestation d'entretien fournie à un tiers sans y être tenu par la règle posée à l'art. 328 CC[630]. De même, l'art. 239 al. 3 énonce que l'accomplissement d'un devoir moral ne représente pas une donation ; on en déduit que la promesse d'exécuter un devoir moral est valable sans être soumise à l'exigence de la forme écrite imposée à la promesse de donner (art. 243 al. 1)[631].

---

625 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 111.

626 Sous réserve d'une gestion d'affaires (art. 422 al. 1), selon la jurisprudence du TF (ATF 97 II 259 cons. 2). Cf. sur ce point MERZ, TDP VI/1, p. 260.

627 ATF 79 II 151 s., JT 1954 I p. 112.

628 MERZ, TDP VI/1, p. 261.

629 Sur la notion, cf. *infra* N. 486 ss.

630 VON TUHR/PETER, p. 34 et 482 ; ENGEL, Obligations, p. 53, 59, 591 et 595 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 158 et 1968 ; ATF 126 III 49 cons. 3bb, JT 2001 I p. 48. Cf. *infra* N. 1151 ss.

631 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 111 ; ENGEL, Obligations, p. 60.

C. L'incombance

308 L'incombance, parfois dénommée charge *(Obliegenheit, Last),* est une **condition nécessaire** que doit accomplir le titulaire d'un droit pour en assurer l'acquisition ou la conservation. En d'autres termes, la personne visée est tenue à un certain comportement dans son propre intérêt, au risque sinon d'être privée d'une prérogative juridique[632]. Elle devra se laisser imputer le manquement d'un auxiliaire, peu importe qu'il s'agisse d'un rapport contractuel ou délictuel[633].

309 L'incombance comporte des points communs avec la dette. L'une et l'autre impliquent de suivre des règles de comportement, dont la violation est propre à entraîner un désavantage. Mais celui à qui incombe ne saurait se faire **imposer le comportement** concerné par un tiers ; et, en cas de défaillance, il ne peut en principe être redevable de dommages-intérêts[634]. En ce sens, l'expression « devoir juridique » utilisée ici et là ne s'avère pas rigoureusement exacte[635]. Il est vrai qu'une partie de la doctrine entend nuancer l'expression en question, en faisant allusion à un « devoir de degré inférieur » *(Pflicht minderen Grades ; Pflicht geringer Intensität)*[636]. KOLLER met en doute une telle qualification, en rappelant que l'incombance est dénuée de contrainte et que son non-respect est parfois propre à entraîner des conséquences plus graves que les dommages-intérêts[637].

310 Les incombances reposent sur des rapports d'obligations, en particulier sur des **contrats**[638]. À titre d'exemples, on mentionnera que l'acheteur est tenu de vérifier la chose vendue et d'aviser le vendeur d'éventuels

---

632 VON TUHR/PETER, p. 12 ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 78 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 53 ad art. 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 326.

633 BK-MÜLLER, Introd. N. 228 et les réf. cit.

634 Sur l'éventualité de dommages-intérêts en cas de non-respect de l'incombance du créancier d'accepter la prestation régulièrement offerte par le débiteur (art. 91 et 95), cf. KOLLER, N. 2.97 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 329.

635 Cf. *supra* N. 246 et 278 ss.

636 TERCIER/PICHONNAZ, N. 327 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 102 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.27.

637 KOLLER, N. 2.92 ss.

638 Pour une énumération des hypothèses prévues dans le Code, cf. BK-MÜLLER, Introd. N. 226 s. ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.28 ; ces auteurs citent les art. 44 al. 1, 91, 201, 367 al. 1 et 370, 452, 505 al. 2 et 3. Sur les cas prévus par la LCA, cf. HEISS HELMUT, Versicherungsrechtliche Obliegenheiten *de lege lata* und *de lege ferenda,* in Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Guillod Olivier/Müller Christoph (édit.), Bâle 2011, p. 599 ss.

défauts (art. 201), sous peine de se voir déchoir de ses droits à la garantie (art. 205 ss)[639] ; que le lésé doit faire en sorte de minimiser son préjudice, au risque sinon d'en garder à sa charge tout ou partie (art. 44 al. 1). On signalera également que le TF a jugé que l'obligation faite à la société émettrice de bloquer une carte de crédit employée abusivement constitue une incombance ; en cas de manquement, elle perd toute prérogative à l'égard des entreprises affiliées, qui ont exécuté des opérations à crédit[640].

311 La question de savoir si tel devoir représente une dette ou une incombance mérite parfois **interprétation.** On penchera pour l'incombance si l'accomplissement du devoir en question sert un intérêt propre (indépendant) de la personne appelée à agir, comme celui de l'acheteur d'aviser le vendeur d'un éventuel défaut (art. 201)[641].

312 Cette question est d'ailleurs liée à celle de savoir si le non-respect d'une incombance est subordonnée à l'exigence d'une **faute.** La doctrine explique qu'il n'y a pas de réponse générale. Ainsi, la défaillance par l'acheteur de l'avis des défauts n'a pas à être fautive pour affecter ses droits à la garantie (art. 201)[642], alors que le défaut d'annonce du sinistre à l'assureur par l'assuré, non reprochable, ne saurait porter préjudice à ce dernier (art. 38 al. 1 et 2, 45 al. 1 let. a LCA)[643].

§ 4 La prestation

I. La définition et les caractéristiques

A. La définition

313 La prestation *(Leistung)* est l'objet de l'obligation. A priori, il faut y voir un certain comportement du débiteur que le créancier est en droit d'exiger : **faire** *(tun),* par exemple livrer la chose vendue (art. 184 al. 1), **ne pas faire** *(unterlassen),* par exemple ne pas concurrencer l'employeur

639 La réglementation du contrat d'entreprise connaît une norme correspondante (art. 367 al. 1 et 370).

640 ATF 113 II 174 cons. 1c, JT 1987 I p. 481.

641 MERZ, TDP VI/1, p. 70 ; KOLLER, N. 2.95 s. ; ATF 113 II 174 cons. 1c, JT 1987 I p. 481 : incombance – et non obligation contractuelle accessoire – de la société émettrice de cartes de crédit de bloquer une carte utilisée abusivement (cf. *supra* N. 310 i.f.).

642 BK-GIGER, N. 41 ad art. 201.

643 VON TUHR/PETER, p. 13 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. art. 1 N. 115.

(art. 340) ou **tolérer** *(dulden),* par exemple souffrir l'établissement d'une conduite sur son fonds (art. 691 CC)[644].

B. Les caractéristiques générales

314 Le comportement exigé du débiteur tend à procurer un **avantage au créancier.** Cet avantage sera le plus souvent économique, mais il peut aussi être idéal ou culturel, comme dans le cas d'un récital de piano[645].

315 Le comportement en question consiste dans les **forces physiques et intellectuelles** que le débiteur dépense en vue du résultat attendu ou escompté, ainsi que dans les moyens mis à disposition à cet effet. L'exécution pourra être le fait d'un tiers lorsqu'elle ne requiert pas un accomplissement personnel (art. 68).

316 La prestation peut être **de fait,** lorsque par exemple elle porte sur un travail de construction, ou alors **de droit** si le débiteur est tenu d'accomplir un acte juridique, comme l'est la réquisition d'inscription au RF par l'aliénateur d'un bien-fonds (art. 641 et 665 al. 1 CC)[646]. Souvent, il s'agira d'un acte d'attribution patrimonial en faveur du créancier[647].

317 S'agissant du **contenu de la prestation,** il est déterminé par la loi ou par la volonté des parties, dans les limites de compatibilité posées par les art. 27 CC et 19 et 20 CO. Il peut aussi être objectivement déterminable, par référence à un indice (ex. : l'IPC, art. 269*b*), à un pourcentage du chiffre d'affaires de l'activité concernée, ou à dire d'expert[648].

644 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 26 et 33, qui relèvent que le terme de prestation est peu utilisé dans la loi ; ainsi en français, art. 109 al. 1 ; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 90.

645 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 28 et 31 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 130.

646 ENGEL, Obligations, p. 84 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 39.

647 ENGEL, Obligations, p. 77 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 132 et 1066. Sur la notion d'acte d'attribution, cf. *infra* N. 673.

648 ENGEL, Obligations, p. 78 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 192 ss ; ATF 135 III 1 cons. 2.5, JT 2011 II p. 516.

II. L'effet libératoire de l'exécution

A. Le principe

L'exécution de la prestation **libère** en principe le débiteur. Encore faut-il que la prestation soit celle prévue par la loi ou convenue par les parties. Tel n'est pas le cas de la livraison d'une autre chose que celle vendue[649]. 318

Le principe s'applique rigoureusement pour les obligations dites **simples.** Il mérite des tempéraments en matière contractuelle, lorsque les partenaires conviennent à la conclusion de donner un **caractère alternatif** à l'obligation (déterminabilité subjective). Autres sont les hypothèses où, postérieurement à la conclusion du contrat, le débiteur est autorisé à accomplir une autre prestation que celle stipulée[650]. 319

B. Les obligations à caractère alternatif

L'obligation est **alternative** *(Wahlobligation)* lorsque le débiteur promet deux (ou plusieurs) prestations, peu importe leur valeur, l'une seule d'entre elles devant être exécutée (ex. : promesse de rendre un service ou de payer une somme d'argent). Dans la règle, l'option exercée par un droit formateur appartient au débiteur (art. 72). L'accomplissement d'une prestation éteint l'obligation, donc la prétention du créancier à l'autre prestation[651]. 320

Selon la doctrine dominante et la jurisprudence, l'obligation alternative est caractéristique du **contrat estimatoire** (contrat *sui generis,* dit aussi de soumission ou de consignation), pratiqué notamment dans le commerce des voitures, de la presse écrite, de la librairie et des objets d'art[652] ; ainsi en est-il de l'artiste peintre qui remet à l'exploitant d'une galerie des 321

649 ATF 121 III 453 cons. 4, JT 1997 I p. 199 : vente d'une machine avec boîte à vitesses automatique, livrée avec une boîte à commande manuelle. Cf. *infra* N. 364.

650 Il s'agit de cas de dations en paiement et en vue du paiement.

651 ENGEL, Obligations, p. 80 et les ex. cit. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 92 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 9.03 ; ATF 123 III 86 cons. 2b.

652 ENGEL, Obligations, p. 80 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 7212, 7223 s. et 7225 ; ATF 89 II 214 cons. 3, JT 1964 I p. 54 ; PIOTET PAUL, Le contrat estimatoire, spécialement le passage de la propriété et des risques, in Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Forstmoser Peter/Tercier Pierre/Zäch Roger (édit.), Zurich 1988, p. 119 s. et 128 s., y voit une vente conclue sous condition suspensive.

tableaux à charge de payer le prix des « vendus » et de restituer les « invendus ».

322 Une délimitation doit être opérée avec l'obligation **avec faculté alternative** *(Alternativermächtigung),* lorsque le débiteur promet une seule prestation (principale), tout en pouvant se libérer par l'accomplissement d'une autre prestation (de remplacement). La faculté ne touche que cette dernière prestation, pour laquelle le créancier ne dispose pas de prétention en exécution ni de prétention en dommages-intérêts pour cause d'inexécution[653]. À noter que le Code prévoit deux facultés de ce genre : l'une qui est offerte au débiteur d'une somme en monnaie étrangère de s'acquitter en monnaie du pays (art. 84 al. 2)[654], l'autre qui accorde à une partie le droit de renoncer à l'exécution et de résoudre le contrat, moyennant paiement d'un dédit (art. 158 al. 3)[655].

III. Les prestations positives et négatives

A. L'énoncé

323 Inscrite dans le Code (art. 98) et déjà relevée[656], une *summa divisio* distingue les prestations positives (B.) et les prestations négatives (C.), selon que le **comportement** exigé du débiteur consiste dans une obligation de faire ou de ne pas faire. Elle n'empêche pas l'existence de prestations mixtes (D.). L'enjeu des distinctions touche avant tout la possibilité de requérir l'exécution de la prestation.

B. Les prestations positives

324 Les prestations positives résident dans un **acte ou une action du débiteur.** Elles peuvent être matérielles ou personnelles, voire l'une et l'autre.

325 La **prestation matérielle** *(Sachleistung)* consiste à livrer ou à remettre une chose, par exemple pour en transférer la propriété comme dans la vente (art. 184) ou en céder l'usage comme dans le bail à loyer

653 ENGEL, Obligations, p. 81 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 93.
654 ATF 134 III 151 cons. 2.2, JT 2010 I p. 124.
655 ATF 84 II 151 cons. 2, JT 1959 I p. 23.
656 Cf. *supra* N. 313.

(art. 253) – ou pour la restituer en fin de location (art. 267) ; également à céder une créance et plus généralement à payer une somme d'argent dans les contrats onéreux[657]. Le débiteur fournit la prestation au moyen de sa fortune et des biens qu'il possède. Souvent, l'exécution personnelle n'est pas requise.

La **prestation personnelle** *(Dienstleistung)* consiste à accomplir un travail ou plus largement les tâches propres aux contrats de service (art. 319 ss, 363 ss, 394 ss), comme dans le mandat : conduire une affaire, informer, rendre compte, faire un acte juridique, etc.[658]. Le débiteur exécute sa prestation, en partie en tout cas, au moyen de ses forces physiques et intellectuelles, en général personnellement (art. 68). L'inexécution échappe à la contrainte individuelle de l'exécution forcée[659] et la prestation peut se transformer en une dette de dommages-intérêts, soit en une prestation matérielle[660]. Il est vrai que la loi ouvre la voie à l'exécution par substitution, moyennant autorisation du juge (art. 98 al. 1)[661]. Parmi les prestations personnelles, on peut effectuer la **distinction bipartite** suivante, fondée sur les qualités de la personne qui exécute la prestation : 326

- La prestation est dite **strictement personnelle** (ou qualifiée ; *intuitu personae*) si seul le débiteur peut prester, parce qu'il a été choisi pour ses qualités qui ne sont pas remplaçables (cf. art. 68 : « Le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même »). S'il ne s'exécute pas ou devient incapable de le faire, la prestation devient impossible. Par exemple, si un portait fait l'objet d'une commande à un artiste précis, seul celui-ci peut l'exécuter.
- La prestation personnelle est dite **ordinaire** si le débiteur n'est pas le seul à pouvoir l'exécuter et qu'il peut donc charger un tiers de fournir la prestation à sa place. S'il ne s'exécute pas ou devient incapable de le faire, le créancier peut exiger une exécution par

657 VON TUHR/PETER, p. 45 s.

658 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.14 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1-40*f* N. 32. Cf. aussi *supra* N. 316.

659 Cf. *supra* N. 258 et 285 ss.

660 ATF 119 II 456 cons. 2a : médecin qui n'informe pas correctement sa patiente de la couverture d'assurance d'un traitement. Cf. aussi ENGEL, Obligations, p. 85.

661 Dans le contrat d'entreprise, le maître est admis à certaines conditions à confier à un tiers la réfection de défauts ou la poursuite de travaux sans l'accord du juge ; cf. ainsi TERCIER/BIERI/CARRON, N. 3894 ss et not. la réf. à l'ATF 126 III 230 cons. 7a. Pour le mandat, cf. art. 398 al. 3.

substitution (art. 98 al. 1). Par exemple si un maçon doit réaliser un mur standard selon des plans, il n'a pas l'obligation de s'exécuter personnellement et peut confier le travail à un de ses auxiliaires, voire à un tiers indépendant, tout en demeurant responsable de la bonne exécution vis-à-vis du maître d'ouvrage.

327 Outre l'exigence d'exécution personnelle dans les contrats conclus *intuitu personae,* ce sont les **limites de capacité inhérentes à la nature humaine** qui caractérisent les prestations personnelles, étant entendu que la remarque vaut principalement dans les cas où le débiteur est une personne physique. Ainsi, l'exécution forcée ou la transmissibilité de la dette aux héritiers ne sont guère envisageables. Il en va différemment des prestations matérielles, qui peuvent toujours être exécutées, notamment des dettes d'argent, sauf l'hypothèse d'impossibilité objective prévue par le législateur (art. 119). Mis à part quelques tempéraments légaux (ex. : art. 44 al. 2 et 83), l'insolvabilité du débiteur ne modifie pas le contenu ou le sort de la prestation. C'est au stade de l'exécution forcée que ce fait est pris en considération[662].

328 Certaines prestations sont tout à la fois **matérielles et personnelles.** Ainsi en est-il de celles que fournit l'entrepreneur, qui combinent des travaux intellectuels (projet, devis), la mise à disposition d'instruments et la fourniture de matière, ainsi que la confection de l'ouvrage proprement dit[663].

C. Les prestations négatives

329 Les prestations négatives imposent un **devoir de ne pas faire un acte ou une action,** que le débiteur serait normalement en droit d'accomplir. On distingue les devoirs d'abstention et de tolérance, dont la contravention est propre à générer une demande en dommages-intérêts (art. 98 al. 2) ; une clause pénale sanctionne souvent la violation d'un devoir d'abstention[664].

330 Le Code prévoit certains **devoirs d'abstention,** tel celui prescrit au dépositaire de ne pas se servir de la chose (art. 474 al. 1) ou à l'agent de ne pas utiliser des secrets d'affaires même après la fin du contrat (art. 418*d*

662 VON TUHR/PETER, p. 46 ; ENGEL, Obligations, p. 85 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.14.

663 VON TUHR/PETER, p. 46 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 3672 ss.

664 Sur les actions juridiques, cf. *infra* N. 716 ss.

al. 1). Le débiteur renonce à adopter un comportement qu'il serait sinon en droit d'avoir.

331 D'autres devoirs de ce genre peuvent être stipulés, comme la clause de ne pas faire concurrence à l'extinction des rapports de travail (art. 340 ss) ou celle de ne pas transférer une chose ou un droit (ex. : la licence d'un brevet). De tels **engagements** restreignent la liberté contractuelle ; ils doivent dès lors être conformes aux normes protectrices en la matière (not. art. 27 CC et 19 et 20)[665]. On ajoutera que, de manière générale, le principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) commande au débiteur de s'interdire tout acte qui compromettrait l'exécution du contrat[666].

332 Quant au **devoir de tolérance,** il engage l'obligé à souffrir certains comportements du créancier, par exemple la publication d'une photographie, les nuisances d'un chantier voisin (art. 684 CC) ou encore l'établissement d'une conduite sur son fonds (art. 691 CC)[667].

D. Les prestations mixtes

333 Les prestations mixtes mêlent des **prestations positives et négatives.** La doctrine cite l'exemple du bailleur qui est tenu de céder l'usage de la chose, tout en s'obligeant à tolérer l'usage en question par le locataire et à renoncer à l'entraver sans motif valable[668].

IV. La distinction entre obligations principales et accessoires

A. Quelques remarques générales

334 Comme déjà énoncé[669], le rapport d'obligations comprend le plus souvent plusieurs obligations, donc plusieurs prestations, tel qu'il en va dans les contrats qui retiendront au premier chef notre attention. À cet égard, on distingue les **obligations principales** *(Hauptpflichten)* de celles

665 ENGEL, Obligations, p. 86.
666 VON TUHR/PETER, p. 48 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.17.
667 VON TUHR/PETER, p. 49 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 205.
668 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 33 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 38 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 132.
669 Cf. *supra* N. 240.

accessoires *(Nebenpflichten).* Les premières sont caractéristiques du contrat en cause ; elles en constituent des éléments essentiels ; ainsi en est-il de la dette du vendeur de livrer et de transférer la propriété de la chose vendue (art. 184 al. 1). Les secondes sont accessoires, de prime abord non principales[670] ; elles ont vocation à compléter l'exécution d'une obligation principale (ex. : la délivrance de la chose vendue, art. 188) ou à en renforcer l'efficience (ex. : l'information spécifique sur le caractère dangereux d'une machine vendue)[671]. Leur fondement est divers[672], leur contenu presque indéfini et le lien de dépendance avec telle ou telle obligation principale plus ou moins prononcé[673].

335 La **distinction** entre obligations principales et accessoires s'opère également dans la phase qui précède la conclusion du contrat (lors des pourparlers)[674] et dans celle qui est postérieure à l'extinction (ex. : en cas de clause de non-concurrence signée par le travailleur, art. 340 ss).

336 L'enjeu de la distinction vise principalement la **qualification de l'obligation,** dans la mesure où bon nombre d'obligations accessoires n'entrent qu'implicitement dans les prévisions des parties ou même sont déduites des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Au surplus, leur violation n'ouvre pas forcément la voie à l'exécution.

337 De manière générale, on observe que la délimitation entre obligations principales et accessoires est **complexe ;** la ligne est loin d'être franche. Elle dépend de l'importance accordée par les parties à telle prestation et aux circonstances de la relation d'espèce. Ainsi l'emballage de marchandises peut constituer un élément subjectivement essentiel d'une vente, si la chose est destinée à être distribuée telle quelle sur le marché[675]. À notre opinion, il en va de même du devoir du médecin d'informer de la couverture d'assurance du traitement envisagé, tant il paraît évident que cet élément est inhérent au paradigme du droit à l'autodétermination du patient[676].

---

670 HUGUENIN, N. 99 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 56 ad art. 1.

671 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 93 ; MERZ, TDP VI/1, p. 62 ss ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.21 ; CHAPUIS OLIVIER, Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat, thèse Neuchâtel, Bâle 2005, p. 62 ss.

672 Cf. *infra* N. 342 ss.

673 Cf. *infra* N. 346 ss.

674 Cf. *infra* N. 1525 ss.

675 CHAPUIS, op. cit. (n. 671), p. 64 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 209 ; ATF 96 II 115 cons. 2b, JT 1971 I p. 258.

676 CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 24 s. ad art. 97 ; ATF 119 II 456 cons. 2 ; 133 III 121 cons. 4.

La diversité considérable des obligations accessoires oblige à une **classification.** Sur ce point – et l'influence allemande y joue un rôle évident –, les propositions doctrinales affichent une abondance et une diversité qui va en s'accroissant ; le juriste peine à en mesurer les effets pratiques[677]. Quelques auteurs sont bien inspirés de conseiller la retenue en la matière et de souligner la relativité de l'affirmation de certaines particularités[678]. Nous opérerons une **classification quadripartite** des obligations accessoires, selon leur objectif, leur source, leur contenu et leur dépendance par rapport aux obligations principales. 338

B. Les différentes obligations accessoires

1. La distinction selon l'objectif

Les cas entre les différentes catégories d'obligations accessoires se recoupent. Toutefois, pour chacune d'elles, la question récurrente est celle de l'**objectif** de l'obligation. 339

Précisément, la question est de savoir si l'obligation vise à procurer au créancier un avantage spécifique complétant celui de la prestation principale[679] ; le cas échéant, on parle de **devoir de prestation** *(Leistungspflicht)* ou, si elle tend à protéger l'intégrité de la personnalité et du patrimoine du créancier, de **devoir de protection** *(Schutzpflicht).* La distinction entre l'intérêt à l'exécution et l'intérêt à l'intégrité est parfois discutable ; d'ailleurs, l'un et l'autre peuvent se compléter, comme dans la fourniture d'une machine dangereuse impliquant des instructions d'utilisation propres à éviter un dommage[680]. 340

Le **devoir de prestation** contribue directement à l'accomplissement de la prestation principale ; ainsi incombe-t-il au cédant d'une créance de remettre au cessionnaire le titre et les moyens de preuve de la prétention (art. 170 al. 2). Quant au **devoir de protection,** il ne sert pas directement la prestation principale, mais il tend avant tout à assurer le respect des exigences liées à la sécurité, à l'information et à la diligence que 341

677 Cf. ainsi BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 88 ss ; MERZ, TDP VI/1, p. 64 ss ; CHAPUIS, op. cit. (n. 671), p. 61 et 68 ss.

678 HUGUENIN, N. 101 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 51 ad art. 1 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109 N. 5 s., N. 23 ad art. 97.

679 Cf. *supra* N. 313 ss.

680 CoRo-CO I-MORIN, N. 51 ad art. 1 ; CHAPUIS, op. cit. (n. 671), p. 89 ss.

le créancier est en droit d'attendre du débiteur en telles circonstances[681]. Ainsi en est-il de l'usager d'une piste de ski à l'égard de l'exploitant[682]. En cas d'inexécution, l'action en exécution est évincée (le mal est fait !) et le lésé en est réduit à demander réparation[683]. En doctrine, on parle parfois de **devoirs de comportement** *(Verhaltenspflichten)*[684] et, en cas d'inexécution, de **violations positives du contrat.** Compte tenu de l'atteinte en cause – souvent celle à un droit absolu –, la victime sera admise à se prévaloir – par concours – des moyens compensatoires contractuels (art. 97 al. 1 et 101 al. 1) et délictuels (art. 41 al. 1 et 55 al. 1)[685].

2. La distinction selon la source

342 L'obligation accessoire peut trouver sa **source** dans la loi ou le contrat ou être déduite de règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC)[686].

343 Les obligations accessoires fondées **sur la loi :** elles sont comprises dans la réglementation de contrats nommés[687]. Ainsi l'art. 188 dispose que le vendeur supporte en principe les frais de délivrance de la chose. L'art. 259 impose au locataire d'assumer les menus travaux de réparation de la chose. L'art. 330*a* commande à l'employeur d'établir un certificat au travailleur qui le demande. Et l'art. 400 al. 1 prescrit au mandataire de rendre compte de son activité.

344 Les obligations accessoires fondées **sur le contrat :** elles sont nombreuses et diverses, dans les limites que pose la loi (art. 27 CC, 19 al. 2 et 20, y compris art. 8 LCD en matière de conditions générales d'affaires). Il s'agit souvent de prestations qui complètent telle ou telle prestation principale. À titre d'exemple, on citera la clause qui oblige le vendeur d'un immeuble à y

---

681 MERZ, TDP VI/1, p. 45 ; KOLLER, N. 2.83 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 217 et 221. Sur les devoirs de protection, cf. aussi *infra* N. 345 et 350.

682 ATF 126 III 113 cons. 2.

683 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 91 et 95 ss ; CoRo-CO I-MORIN, N. 54 ad art. 1. Certes, la violation de certains devoirs de protection, comme ceux prévus en faveur du travailleur à l'art. 328, ouvre la voie aux moyens énoncés en matière de protection de la personnalité (art. 28*a* CC).

684 STEINAUER, TDP II/1, N. 564 ss ; CHAPUIS, op. cit. (n. 671), p. 84 ss ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 50.

685 Sur le concours d'actions, cf. *supra* N. 303.

686 STEINAUER, TDP II/1, N. 564 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 213 ss.

687 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 94 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.22 ; CHAPUIS, op. cit. (n. 671), p. 79 s. et les dispositions citées.

effectuer des travaux supplémentaires[688] ; ou celle qui engage le fournisseur d'une machine industrielle à en assurer le montage et la formation des utilisateurs[689]. La convention d'interdiction de concurrence à l'extinction des rapports de travail (art. 340 ss) entre dans cette catégorie.

Les obligations accessoires **déduites des règles de la bonne foi :** si elles ne sont pas implicites de la volonté des parties, elles résultent du comblement d'une lacune du contrat, en application du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC), éventuellement de la loi (art. 1 al. 2 CC)[690]. Elles imposent souvent au débiteur des devoirs de protection[691], propres à assurer une exécution régulière du contrat, en fonction du but visé. Nous évoquerons plus bas des exemples spécifiques liés aux exigences de sécurité, d'information et de diligence qu'on est en droit d'attendre du débiteur dans certaines circonstances[692]. 345

3. La distinction selon le contenu

Mises à part les obligations accessoires de toutes sortes prévues par la loi ou stipulées par les parties, la doctrine a établi des **typologies** selon le contenu de la prestation, auxquelles nous renvoyons[693]. Nous nous bornerons à souligner que les obligations en question sont fréquemment déduites des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et consistent souvent dans des devoirs de protection[694]. De manière générale, le **devoir d'information** mis à la charge de fournisseurs professionnels de biens et de services s'est considérablement renforcé, même en dehors des mandats classiques[695] ; par exemple à l'égard d'une société de courtage portant sur des 346

688 ATF 119 II 29 cons. 2, JT 1994 I p. 37.

689 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.22.

690 MERZ, TDP VI/1, p. 63 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 23 ad art. 97 ; CHAPUIS, op. cit. (n. 671), p. 81 s. et l'exemple souvent cité sur l'obligation accessoire de transférer des titres en cas de vente d'actions nominatives d'une société anonyme (ATF 114 II 57 cons. 6, JT 1988 I p. 363).

691 Cf. *supra* N. 340 s.

692 Cf. *infra* N. 346 s.

693 Cf. ainsi MERZ, TDP VI/1, p. 64 ss ; CHAPUIS, op. cit. (n. 671), p. 68 ss ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2642 ss ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 23 ad art. 97.

694 Cf. *supra* N. 340 s. et 345.

695 Cf. ainsi l'ouvrage collectif édité par CHRISTINE CHAPPUIS et BÉNÉDICT WINIGER : la responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Zurich 2009 et les réf. cit. ; cf. aussi WESSNER, op. cit. (n. 288), p. 513 ss.

opérations boursières[696] ; mais non envers le concessionnaire téléphonique pour le coût du service du « téléphone rose »[697]. Il en va de même du **devoir de sécurité,** notamment celui qui pèse sur les personnes qui exploitent des lieux ouverts au public[698]. Également des **devoirs de diligence et de fidélité,** qui impliquent des exigences propres à assurer le résultat escompté par les parties, notamment celles de loyauté et de discrétion, de collaboration par la fourniture de documents (titre de créance, rapport d'expertise, mode d'emploi, certificats de garantie, etc.), de coopération pour l'obtention de l'accord d'un tiers ou d'une autorisation officielle.

347 Dans certaines hypothèses, l'importance de l'obligation paraît si **significative** qu'il est discutable d'y voir un caractère accessoire. Ainsi en est-il du devoir du médecin de renseigner sur la couverture d'assurance d'un traitement[699] ; ou de celui du vendeur de remettre le titre de marchandise (connaissement, lettre de voiture) à l'ayant droit[700].

4. La distinction selon le caractère dépendant ou non de l'obligation

348 La doctrine opère une autre distinction selon que l'obligation accessoire est indépendante ou dépendante. Cette distinction se double de la question de savoir si, en cas d'inaccomplissement de la prestation, le créancier dispose de la faculté d'agir en exécution[701].

349 L'obligation accessoire **indépendante,** même si elle contribue tout ou en partie à l'économie du contrat, poursuit un but autonome. On y voit parfois un devoir de prestation[702]. Ainsi en est-il du devoir de l'employeur de remettre au travailleur un certificat (art. 330*a*) ; ou du devoir du vendeur d'expédier la chose dans un lieu déterminé (art. 189) ; ou encore

696 ATF 124 III 155 cons. 3, JT 1999 I p. 125.
697 ATF 129 III 604 cons. 4.
698 ATF 71 II 107 cons. 4 : restaurateur ; 126 III 113 cons. 2 et 130 III 193 cons. 2.3, JT 2004 I p. 214 : exploitant de pistes de ski.
699 ATF 119 II 456 cons. 2.
700 ATF 122 III 106 cons. 4, JT 1997 I p. 100. Dans ce sens, cf. CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 24 ad art. 97 ; CHAPUIS, op. cit. (n. 671), p. 64 s. et 71.
701 CHAPUIS, op. cit. (n. 671), p. 91 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 218 ss.
702 Cf. *supra* N. 340. Cf. aussi BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 91 ; CHAPUIS, op. cit. (n. 671), p. 91.

de l'engagement pris par le vendeur d'un fonds d'y entreprendre des travaux supplémentaires[703]. En règle générale, il y a lieu d'admettre qu'une telle obligation ouvre la voie à l'action en exécution, qu'elle porte sur une action ou une abstention[704].

L'obligation accessoire **dépendante** complète une obligation principale, comme l'est le devoir de l'employeur de fournir au travailleur les instruments et matériaux (art. 327 al. 1) ou celui du locataire de ne pas détériorer la chose louée (art. 257*f* al. 1). Entrent également dans cette sous-catégorie les **devoirs de protection,** tels que définis plus haut[705]. En cas d'inaccomplissement de l'obligation, le créancier est – pratiquement – dépourvu du droit d'agir en exécution et réduit à exiger du débiteur des dommages-intérêts[706]. Mais la question reste ouverte pour certains devoirs de renseignement, de procuration et de coopération[707]. La réponse devrait logiquement être fournie par l'interprétation de la volonté des parties et de la spécificité de l'affaire[708]. Elle donne l'occasion de rappeler qu'au fond la même problématique se pose pour les obligations principales et qu'a priori il n'existe pas de raison d'évincer telle ou telle solution comprise dans les diverses hypothèses légales relatives à l'inexécution des obligations (art. 97 al. 1, 101 al. 1, 102 ss et 119)[709]. 350

V. D'autres distinctions entre les obligations selon le type de prestation

A. Les obligations momentanées et durables

Le critère de distinction réside dans le **temps convenu ou nécessaire** à l'exécution de la prestation. 351

L'obligation est **momentanée** (ou instantanée, *einfache Schuld*) lorsque la prestation s'exécute en une fois, à un moment déterminé. Une 352

703 ATF 119 II 29 cons. 2, JT 1994 I p. 37.

704 TERCIER/PICHONNAZ, N. 295 et l'exemple cité de l'interdiction de concurrence à l'extinction des rapports de travail.

705 Cf. *supra* N. 340 s. Cf. aussi KOLLER, N. 2.87 et STEINAUER, TDP II/1, N. 564 ss, qui parlent ici de devoirs de comportement.

706 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 91, 96 et 99 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2638 s. ; CHAPUIS, op. cit. (n. 671), p. 93 s.

707 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 96 ; MERZ, TDP VI/1, p. 70.

708 CHAPUIS, op. cit. (n. 671), p. 93 s.

709 CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 25 ad art. 97.

telle caractéristique découle de la nature même de la prestation (ex. : livrer une chose individualisée, donner un concert de piano) ou de la volonté des parties (ex. : payer une somme d'argent, remettre une encyclopédie en dix volumes)[710].

353 L'obligation est **durable** *(Dauerschuld)* lorsque la prestation s'exécute sur un certain laps de temps, celui-ci pouvant être continu ou périodique. L'échéance peut être stipulée, même tacitement (ex. : dans un mandat de soins) ou être provoquée par la volonté d'une partie (ex. : résiliation du contrat), voire par les deux conjointement (contrat résolutoire).

354 L'obligation est **continue** lorsque la prestation s'exécute de façon ininterrompue, comme il en va de la prestation caractéristique dans les contrats de bail, de prêt et de travail ; c'est par définition le cas pour les obligations qui commandent un devoir d'abstention[711].

355 L'obligation est **périodique** lorsque la prestation s'exécute par tranches ou par phases successives ; ainsi en est-il de certaines opérations impliquant des livraisons échelonnées dans le temps (ex. : distribution de denrées alimentaires à un restaurateur, ou de courant électrique, abonnement à une revue)[712]. En réalité, ce sont souvent les dettes d'argent qui sont visées, tels les loyers, les remboursements de prêts, les salaires, les rentes et les arrérages. Le cas échéant, il s'agit de créances successives portant sur la même prestation et reposant sur le même rapport d'obligations ; elles naissent à chaque période ; on ne saurait donc y voir une seule créance créée à la conclusion du contrat et qui s'acquitterait par acomptes[713].

356 Comme nous le verrons, les **contrats de longue durée** posent des questions spécifiques quant à leur admissibilité (art. 27 CC, 19 al. 2 et 20), leur extinction pour de justes motifs, leur dénonciation en cas de demeure (art. 109 : résolution ou résiliation), ainsi que la modification notable d'une prestation en cours d'exécution (théorie de l'imprévision ou *clausula rebus sic stantibus*).

---

710 VON TUHR/PETER, p. 49 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 41 ; KRAMER/PROBST, N. 67.
711 Cf. *supra* N. 329 ss. Cf. aussi VON TUHR/PETER, p. 49 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 136.
712 KOLLER, N. 2.122 s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 40.
713 ENGEL, Obligations, p. 79 ; ATF 115 II 65 cons. 3b, JT 1991 II p. 130.

B. Les obligations divisibles et indivisibles

Le critère de distinction réside dans la **nature de la prestation.** 357

L'obligation est **divisible** *(teilbare Schuld)* lorsque, sans perdre de valeur, elle est exécutable en plusieurs prestations partielles ayant toutes le même effet. Ainsi en est-il notamment des dettes portant sur des choses de genre et des dettes d'argent[714]. 358

L'obligation est **indivisible** *(unteilbare Schuld)* lorsqu'elle ne remplit pas les caractéristiques d'une dette divisible et qu'elle ne peut s'exécuter qu'en une fois, comme il en va de la livraison d'une chose individualisée ou d'une présentation artistique (ex. : un spectacle de danse). 359

La distinction joue un rôle dans les cas d'offres de paiements partiels (art. 69) ou de nullité partielle (art. 20 al. 2), ou encore dans les hypothèses où il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs (art. 70)[715]. 360

C. Les obligations portant sur une chose de genre ou sur un corps certain

Le critère de distinction a trait à l'**objet de la prestation,** en l'occurrence une prestation matérielle[716]. Il tient à la nature de la chose et à la volonté des parties. 361

La **dette de genre** *(Gattungsschuld)* porte sur une chose déterminée par son genre, c'est-à-dire désignée de manière générique, avec une indication de poids, de mesure, de nombre, de pièces, de modèle, etc. La jurisprudence s'en tient ici à une conception subjective et relative : en principe, la nature de la chose ne suffit pas à la qualification ; la volonté des parties y contribue également, par la manière dont elles déterminent concrètement la prestation[717]. Ainsi une voiture automobile désignée par la marque, le modèle et l'année de fabrication est une chose de genre, tout en faisant partie d'un stock limité, censé être connu de l'acheteur[718]. On parle 362

714 VON TUHR/ESCHER, p. 325.
715 ENGEL, Obligations, p. 80.
716 Cf. *supra* N. 325.
717 ATF 94 II 26 cons. 2, JT 1969 I p. 322 ; 121 III 453 cons. 4a, JT 1987 I p. 199 ; VON TUHR/PETER, p. 54 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 1074 s.
718 ATF 94 II 26, précité.

de **dette de genre limitée** *(begrenzte Gattungsschuld)*[719]. La dette de genre peut également être déterminée qualitativement (ex. : un morceau de filet de bœuf de premier choix, un produit d'appellation d'origine contrôlée).

363 Parmi les dettes de genre, il y a les dettes qui portent sur une **chose fongible** *(vertretbare Sache),* que l'on décrit usuellement par le nombre, par la mesure ou par le poids ; l'exécution est en principe toujours possible[720]. Quant à la chose non fongible *(nicht vertretbare Sache),* elle est objectivement individualisée. Par exemple, les matières premières sont des choses fongibles, alors qu'une œuvre d'art n'en est ordinairement pas une.

364 S'agissant de l'exécution, le débiteur est en principe admis à offrir toute chose qui correspond aux caractéristiques du genre convenu (art. 71 al. 1), en qualité moyenne à tout le moins (art. 71 al. 2), que le créancier est tenu d'accepter. Le débiteur dispose d'un **droit de spécification,** qui s'exerce par un acte formateur consistant à extraire du genre la quantité voulue ainsi que la qualité convenue ou due[721]. En cas de vente, il n'est pas libéré par la perte fortuite de la chose jusqu'à l'individualisation (art. 185 al. 2) ; c'est dire que l'art. 119 ne trouve application que si le genre disparaît dans son entier[722]. Et si la chose livrée ne correspond pas au genre convenu, en ce sens qu'elle est une autre chose (un *aliud*), il s'agit d'une inexécution, qui ouvre la voie aux règles sur la demeure du débiteur (art. 102 ss). Ainsi en est-il d'une voiture ou d'un engin livré avec une commande manuelle, et non avec une commande automatique comme convenu[723].

365 La dette porte sur un **corps certain** *(Speziesschuld, Stückschuld)* lorsque la chose est individualisée, déterminée par des signes distinctifs. Il peut s'agir d'une chose unique (ex. : un immeuble, un tableau de maître, une voiture d'occasion, un animal) ou une chose de genre spécifiée (ex. : un lot de tissus empaquetés pour être expédié à l'acquéreur)[724]. En cas d'impossibilité non fautive d'exécution (art. 119), le débiteur est libéré.

---

719 ENGEL, Obligations, p. 82 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 99.
720 ENGEL, Obligations, p. 83 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 1079.
721 TERCIER/PICHONNAZ, N. 308 et 1076. Cf. aussi *infra* N. 436.
722 VON TUHR/PETER, p. 56 ; ENGEL, Obligations, p. 82 s.
723 ATF 94 II 26 cons. 2, JT 1969 I p. 322 ; 121 III 453 cons. 4, JT 1997 I p. 199. Autre est la situation si la chose vendue est livrée avec des défauts (cf. art. 197 ss).
724 VON TUHR/PETER, p. 53 et 56 ; ENGEL, Obligations, p. 81 et 83 ; ATF 121 III 453 cons. 3a, JT 1997 I p. 199.

L'enjeu principal de la distinction touche essentiellement la question de l'impossibilité de s'exécuter et, dans le droit de la vente, l'application des art. 185 sur le transfert des risques et 206 sur l'action en remplacement en cas de défaut de la chose vendue[725]. 366

D. Les obligations de résultat et de moyens

La distinction vise essentiellement les prestations positives[726]. Le critère touche le **but de la prestation.** La discussion concerne principalement les contrats de service. 367

L'obligation est **de résultat** lorsque le débiteur promet un résultat qu'il est en principe en mesure de garantir, comme il en va du vendeur qui s'engage à livrer une chose (art. 184 al. 1) ou de l'entrepreneur qui assure l'exécution d'un ouvrage (art. 363). La sanction fait l'objet d'une réglementation particulière, qui met en place un régime de garantie pour les défauts déconnecté de la faute (art. 197 ss, 367 ss pour les contrats mentionnés ci-dessus). 368

L'obligation est **de moyens** dans les cas où le débiteur promet sa diligence pour atteindre un certain résultat, qu'il ne saurait garantir dans la mesure où son obtention ne dépend pas exclusivement de sa compétence. Ainsi en est-il du mandataire, à tout le moins dans les mandats classiques qu'assument les médecins et les avocats (art. 394 al. 1), également du travailleur (art. 319 al. 1). En cas d'inexécution, la sanction s'inscrit dans le régime général de la responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1, combiné avec les art. 398 al. 1 et 321*e* pour les contrats mentionnés ci-dessus), subordonnée à la violation fautive du devoir spécifique de diligence. 369

La **distinction** entre obligations de résultat et de moyens est particulièrement significative de l'engagement que prend le débiteur, quant à l'objectif de l'exécution de la prestation qu'il doit. Elle se concrétise avant tout dans la sanction qui lui est infligée en cas d'inexécution[727]. On ne saurait évidemment méconnaître que la notion de résultat est fluctuante selon les circonstances, et que bon nombre de contrats mêlent des prestations de 370

725 TERCIER/PICHONNAZ, N. 1078.
726 Cf. *supra* N. 324 ss. Cf. aussi BK-MÜLLER, Introd. N. 203.
727 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 90 s. ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 419 ss.

l'une et de l'autre catégorie. On ne saurait oublier non plus le phénomène de tertiarisation de l'économie et la multiplication des services en tout genre, souvent dématérialisés. La distinction entre contrat d'entreprise et mandat devient non rarement incertaine[728].

728 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 3527 s., 4317 et 4334 ; WERRO FRANZ, La responsabilité contractuelle professionnelle : Entre mandat et entreprise, in La pratique contractuelle 5, Pichonnaz Pascal/Werro Franz (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 1 ss.

Chapitre II : Le fondement, les titres de créance et les droits de compétence

Bibliographie spéciale
(sans les références aux droits formateurs et aux exceptions) :

BERGER, N. 262 SS, 276 SS ; **BOHNET,** FRANÇOIS, La théorie générale des papiers-valeurs : passé, présent, futur, thèse Neuchâtel, Bâle/Genève/Munich 2000 ; CoRo-CO II-**BOHNET,** Intro. art. 965-973c N. 1 ss et art. 965 ; **BUCHER,** OR, p. 47 ss ; **CREUTZIG,** JÜRGEN, Das selbstständige Schuldversprechen, thèse Bâle 1969 ; **ENGEL,** Obligations, p. 87 ss, 148 ss, 380, 583 ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 1 N. 111 s., 130 ss, Chap. 3 N. 70 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID**, N. 272, 280, 1175a ss ; **GEISSBÜHLER**, N. 309 ss ; **GHESTIN,** JACQUES, Cause de l'engagement et validité du contrat, Paris 2006 ; **HUGUENIN,** N. 128 ss ; **JÄGGI,** PETER, Théorie générale des papiers-valeurs, trad. par Antoinette Fasel de l'ouvrage Allgemeines Wertpapierrecht (Bâle/Stuttgart 1977), TDP VIII, II.2, Fribourg 1982 ; ZK-**JÄGGI,** Die Wertpapiere, in Das Obligationenrecht V.7a, Zurich 1959, ad art. 965 ; **KOLLER,** N. 2.48 ss et 55 ss ; BK-**KRAMER/SCHMIDLIN,** N. 1 ss ad art. 17 ; **KRAUSKOPF,** FLORENCE, La mainlevée provisoire : quelques jurisprudences récentes, JT 2008 II p. 23 ss ; **KRAUSKOPF,** FRÉDÉRIC, Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, thèse Fribourg 2003 ; **MERZ,** Vertrag, N. 62 ss ; **MERZ,** TDP VI/I, p. 47 ss ; **MERZ/GIOVANNONI,** TDP VI/I, p. 32 s. ; BK-**MÜLLER**, Introd. N. 95 ss, 166 ss et 246 ss ; **MUSTER,** ERICH, La reconnaissance de dette abstraite, thèse Lausanne 2004 ; **PETITPIERRE-SAUVAIN,** ANNE, Les papiers-valeurs, TDP VIII/7, Bâle 2006 ; ZK-**SCHÖNENBERGER/JÄGGI,** Rem. prél. art. 1 N. 174 ss, N. 85 ss ad art. 1, N. 1 ss ad art. 17 ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 3.40 ss ; BaK-OR I-**SCHWENZER,** N. 1 ss ad art. 17 ; **SIMONIUS**, AUGUST, Quelques remarques sur la cause des obligations en droit suisse, in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, réédition, Paris/Vaduz 1977, p. 733 ss ; **STEINAUER,** PAUL-HENRI, Les droits réels face à la dématérialisation des papiers-valeurs, in Le Centenaire du Code civil suisse, Association franco-suisse de Paris II, Colloque du 5 avril 2007, Paris 2008, p. 145 ss ; **TANDOGAN,** p. 100 ss ; CoRo-CO I-**TEVINI,** N. 1 ss ad art. 17 ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 148 ss, 162 ss, 330 ss, 1568, 1871 ss ; **VON TUHR/PETER,** p. 266 ss ; **YUNG,** WALTER, La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse, thèse Genève 1930.

§ 1 Des observations liminaires

I. La cause de l'obligation

Toute obligation proprement dite repose sur un fondement juri- 371
dique *(Rechtsgrund),* considéré comme la raison d'être du rapport qui lie les parties et la justification des effets qui en résultent. En doctrine, on parle

souvent de **source** – dont la classification sera exposée plus bas[729] – ou de **cause**[730]. Ainsi, le TF énonce que le contrat représente la cause juridique de la créance en découlant ; si elle est valable, cette cause exclut logiquement une prétention fondée sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss)[731].

372 Dans notre contexte, le terme « cause » peut être entendu comme le **comportement d'une personne** – qu'il s'agisse d'un acte conforme au droit, tel un acte juridique, ou d'un acte non conforme au droit, tel un acte illicite –, auquel la loi attribue un **effet obligatoire,** au besoin par la protection qu'offrent les autorités étatiques[732]. Dans des circonstances exceptionnelles, le droit donne des conséquences juridiques à des comportements dénués a priori de cause, telle l'exécution d'un devoir moral[733].

373 Le Code ne définit pas la cause. Mais il la **mentionne** ici et là (art. 17, 51 al. 1 et 62 al. 2) dans le sens d'une source d'obligations[734]. À cet égard, l'art. 17 ne postule aucunement qu'une obligation puisse être dépourvue de cause ; autrement dit, l'objet de la reconnaissance de dette est une obligation causale[735].

374 En résumé, toute obligation est en principe dotée d'une cause, et même d'une cause valable, qui se range dans les catégories des sources[736]. L'affirmation vaut autant pour la composante active de l'obligation (la créance) que pour la composante passive (la dette) ; l'une et l'autre ont logiquement la même cause[737]. Cette affirmation représente une expression du **caractère causaliste** qui prédomine en droit privé suisse, en particulier pour deux concepts fondamentaux que sont l'obligation et l'acte juridique[738].

---

729 Cf. *infra* N. 532 ss.

730 ENGEL, Obligations, p. 87 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 148 et 162 ; BERGER, N. 264. Cf. *supra* N. 234 ss, 239 ; *infra* N. 401 ss, 532 ss (not. 535).

731 ATF 127 III 421 cons. 3, JT 2002 I p. 318 ; 133 III 356 cons. 3.2.1, JT 2008 I p. 91. Cf. aussi ENGEL, Obligations, p. 583 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1507.

732 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 176 ; ENGEL, Obligations, p. 149 ; CoRo-CO I-TEVINI, N. 1 et 2 ad art. 17.

733 TERCIER/PICHONNAZ, N. 150. Cf. *infra* N. 490 ss.

734 CoRo-CO I-WERRO, N. 3 ad art. 51 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 17 ss et 29 ad art. 62.

735 ATF 119 II 452 cons. 1d ; ENGEL, Obligations, p. 157 ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 9 ad art. 17. Sur la reconnaissance de dette, cf. *infra* N. 395 ss.

736 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 10 ad art. 17 ; BUCHER, OR, p. 55 ; CoRo-CO I-TEVINI, N. 2 ad art. 17 ; arrêt du TF 4A_152/2013 du 20 septembre 2013 cons. 2.3, JT 2014 II p. 132.

737 Cf. *supra* N. 237.

738 Cf. *infra* N. 554 ss, not. 691 ss.

Ce qui vient d'être énoncé vaut en principe également pour les **obligations de droit public,** c'est-à-dire celles où l'État est partie en sa qualité propre, et non dans le rôle d'un particulier. Ainsi en est-il des créances et des dettes découlant d'une imposition fiscale ou d'une expropriation, d'un contrat de droit administratif ou de la fourniture de prestations d'assurances sociales[739]. Comme déjà dit, les dispositions générales du Code s'appliquent à toutes les obligations, quelle qu'en soit la source, et même, subsidiairement ou par analogie, à celles qui sont fondées sur un rapport de droit public[740]. 375

II. Les droits de compétence

La créance est un droit subjectif privé. Elle constitue l'élément actif de l'obligation et même l'élément caractéristique[741]. Elle appartient à la catégorie des **droits de jouissance** (ou droits subjectifs primaires) qui, à l'instar des droits de maîtrise ou absolus, tels les droits réels, visent à procurer un **avantage** à la personne qui en est titulaire[742]. S'agissant de la créance, l'avantage en question est essentiellement patrimonial et s'opère principalement par la prétention à l'exécution de la prestation, éventuellement par voie d'action et d'exécution forcée[743]. 376

La doctrine distingue les droits de jouissance des **droits de compétence** (ou droits subjectifs secondaires), qui accordent au sujet le pouvoir d'organiser ses relations juridiques. Plus précisément, de tels droits permettent, par une simple manifestation de volonté, de créer, modifier, transférer ou éteindre un rapport juridique. Ils produisent des effets soit en faveur de celui qui exerce le droit (ainsi en est-il des droits formateurs et des exceptions), soit en faveur d'un tiers (ainsi en est-il de la représentation, qui est un droit de gestion dont il sera question dans une autre partie de l'ouvrage)[744]. 377

S'agissant en particulier des **droits formateurs** et des **exceptions**, nous avons déjà souligné qu'ils trouvaient leur fondement dans la créance 378

739 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 136 ss ; ENGEL, Obligations, p. 61 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 167.

740 Cf. *supra* N. 16, 110 ss et 301 et les réf. cit.

741 Cf. *supra* N. 237 et 251 s.

742 Cf. *supra* N. 250 et 265.

743 Cf. *supra* N. 253 ss et 265 ss.

744 Pour les droits formateurs et les exceptions, cf. *supra* N. 250, *infra* N. 425 ss. Pour la représentation, cf. *infra* N. 727 ss.

ou la dette, ou encore dans le rapport d'obligations[745]. En ce sens, ce sont des instruments qui servent tout autant le fonctionnement de l'obligation que celui du rapport d'obligations[746].

§ 2 Les titres de créance et la reconnaissance de dette

I. Les titres de créance

A. Notion

379 Comme déjà dit, l'élément significatif de l'obligation est le droit subjectif conféré au créancier d'exiger l'exécution de la prestation, éventuellement par voie judiciaire et par voie forcée[747]. Le bien-fondé du droit prétendu en justice peut être établi par tout moyen de preuve adéquat (art. 55, 152 al. 1 et 168 CPC), en particulier par un **titre** (art. 168 al. 1 let. b et 177 CPC). Il faut y voir un document, notamment un écrit ou tout autre support physique ayant une portée juridique[748] ; il est donc une chose mobilière[749]. C'est au sens formel que le terme « titre » *(Urkunde)* est entendu ici ; au sens matériel, il se confond avec la « cause » *(Rechtsgrund)*[750].

380 JÄGGI a élaboré une véritable théorie des titres à l'aube de la seconde moitié du XX^e^ siècle[751]. Il limite son analyse aux **titres de créance**, la catégorie la plus importante, selon BOHNET « sans autre raison que l'appartenance des papiers-valeurs à cette famille de titres »[752]. Pour s'en tenir aux dispositions générales du Code, de nombreuses mentions sont faites aux

745 Cf. *supra* N. 242, 255 et 284.
746 TERCIER/PICHONNAZ, N. 299 ; KOLLER, N. 2.47.
747 Cf. *supra* N. 237.
748 TERCIER/PICHONNAZ, N. 332.
749 JÄGGI PETER, Théorie générale des papiers-valeurs, TDP VIII/2, 2, Fribourg 1982, p. 42 ; cet ouvrage est une traduction française par Antoinette Fasel du traité de JÄGGI, *Allgemeines Wertpapierrecht,* Bâle/Stuttgart 1977. Cf. aussi PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, Les papiers-valeurs, TDP VIII/7, Bâle/Genève/Munich 2006, N. 75 ss.
750 Cf. *supra* N. 234, 239, 371 ss, *infra* N. 401 ss et 532 ss (not. 535). Cf. aussi MERZ, TDP VI/1, p. 48 s. ; MERZ/GIOVANNONI, TDP VI/1, p. 33 ; ENGEL, Obligations, p. 583.
751 ZK-JÄGGI, Die Wertpapiere, in Das Obligationenrecht V.7a, Zurich 1959, not. N. 27 ss et 42 ss ad art. 965 et les ouvrages cités *supra* en n. 749.
752 BOHNET FRANÇOIS, La théorie générale des papiers valeurs – Passé, présent, futur, thèse Neuchâtel, Bâle 2000, N. 170.

« titres », sous ce vocable (art. 88 al. 1 et 2, 89 al. 3, 90 al. 1 et 137 al. 2) ou sous l'expression plus précise de « titre de créance » (art. 116 al. 2 et 170 al. 2)[753]. Les normes qui évoquent la reconnaissance de dette en constituent le plus souvent des allusions implicites (art. 17, 18 al. 2 et 164 al. 2)[754].

Le titre de créance est généralement un **écrit** qui constate l'existence du droit en question. Sans parler des titres de marchandises ou de sociétariat, le document peut servir des opérations de la vie courante, tels le bon de commande d'un appareil ménager, la formule d'un bail d'habitation et même, quand ils ne sont pas de simples quittances, des billets de transport ou de spectacle ou des contremarques de vestiaire[755]. De tels titres de créance, dits « ordinaires », se distinguent de ceux « qualifiés », dotés d'une clause documentaire qui est propre à en faciliter la légitimation et la négociabilité[756]. Il s'agit pour la plupart de papiers-valeurs[757]. 381

B. La portée du titre de créance

La fonction première du titre de créance est **probatoire,** soit pour la personne qui s'en prévaut, faciliter la preuve de l'existence et du contenu du droit constaté et sa qualité de titulaire légitime[758]. 382

L'**efficacité du titre** se révèle accrue lorsqu'il renferme une reconnaissance de dette[759] ; c'est pratiquement toujours le cas puisque, d'une manière ou d'une autre, le débiteur y déclare qu'une dette déterminée existe[760]. Efficacité du titre également accrue lorsqu'il constitue un titre qualifié, en particulier un papier-valeur. 383

---

753 La terminologie allemande n'est pas uniforme non plus : parfois *Urkunde,* souvent *Schuldurkunde,* et même *Schuldverschreibung* à l'art. 514 al. 1.

754 Cf. *infra* N. 395 ss.

755 JÄGGI, TDP VIII/2, 2, op. cit. (n. 749), p. 29 ; BOHNET, op. cit. (n. 752), N. 170 et 415 ; PETITPIERRE-SAUVAIN, TDP VIII/7, op. cit. (n. 749), N. 71 ss.

756 ZK-JÄGGI, op. cit. (n. 751), N. 213 ss ad art. 965 ; JÄGGI, TDP VIII/2, 2, op. cit. (n. 749), p. 46 ss.

757 Cf. *infra* N. 384 ss.

758 ZK-JÄGGI, op. cit. (n. 751), N. 86 et 88 ad art. 965 ; JÄGGI, TDP VIII/2, 2, op. cit. (n. 749), p. 31 ss.

759 ENGEL, Obligations, p. 57.

760 ZK-JÄGGI, op. cit. (n. 751), N. 44 ss ad art. 965 ; PETITPIERRE-SAUVAIN, TDP VIII/7, op. cit. (n. 749), N. 64 ; nuancé : BOHNET, op. cit. (n. 752), N. 187 et 235. Sur la reconnaissance de dette, cf. *infra* N. 395 ss.

C. *Quelques mots sur les papiers-valeurs*

384 À lire l'art. 965, « un papier-valeur est un titre auquel un droit est incorporé d'une manière telle qu'il soit impossible de le faire valoir ou de le transférer indépendamment du titre ». Dans sa forme classique, le droit en question est rattaché à un **support physique.** La dématérialisation croissante des titres relativise évidemment l'affirmation[761].

385 Le papier-valeur peut être **émis** individuellement (ex. : un chèque, art. 1100 ss) ou en grand nombre (ex. : des obligations d'un emprunt lancé par une entreprise ou une collectivité publique, art. 1156 ss).

386 La **réglementation générale** des papiers-valeurs est contenue dans la Cinquième partie du Code (art. 965 à 1186). Des mentions particulières figurent ailleurs, ainsi dans le droit des sociétés (ex. : l'action, art. 622 ss), dans le Code civil (ex. : la cédule hypothécaire, art. 842 ss) ou même dans des lois spéciales (ex. : le connaissement, titre représentatif de marchandises dans le domaine maritime, art. 112 LNM et 925 CC). C'est dire que le droit incorporé dans un papier-valeur sera, selon les types, une créance, un droit réel ou un droit de sociétariat. Il pourra servir de moyen de paiement ou de crédit, d'engagement de biens mobiliers ou immobiliers, de mode de participation, voire de capitalisation d'entreprises[762].

387 D'un point de vue juridique, les papiers-valeurs visent à faciliter l'exercice du droit qu'ils incorporent et à assurer la sécurité des opérations qu'ils permettent, notamment leur cession. En ce sens, la protection des tiers de bonne foi est renforcée et la faculté du débiteur de soulever des exceptions limitée[763]. Ces caractéristiques diffèrent selon la typicité du titre, plus précisément, suivant une distinction tripartite brute, selon qu'il s'agit de titres nominatifs, au porteur ou à ordre[764]. C'est en fin de compte la **clause documentaire** (ou de titre) qui va déterminer la fonction particulière du titre, notamment à quelles conditions le titulaire peut faire valoir le droit incorporé. On en distingue trois espèces : les clauses de présentation,

761 Cf. *infra* N. 388 ss.

762 PETITPIERRE-SAUVAIN, TDP VIII/7, op. cit. (n. 749), N. 26 ; CoRo-CO II-BOHNET, Intro. art. 965-973c, Introduction à la cinquième partie, N. 3.

763 ZK-JÄGGI, op. cit. (n. 751), N. 213 ss ad art. 965 ; JÄGGI, TDP VIII/2, 2, op. cit. (n. 749), p. 46 ss ; PETITPIERRE-SAUVAIN, TDP VIII/7, op. cit. (n. 749), N. 124 ss ; ATF 96 II 372 cons. 2.

764 JÄGGI, TDP VIII/2, 2, op. cit. (n. 749), p. 64 ss ; PETITPIERRE-SAUVAIN, TDP VIII/7, op. cit. (n. 749), N. 112 ss ; BOHNET, op. cit. (n. 752), N. 299 ss, 311 ss et 333 ss.

de légitimation et de papier-valeur. Pour le reste, nous renvoyons à la littérature spécialisée[765].

D. Le phénomène de dématérialisation des titres

388 Depuis quelques décennies, un phénomène de dématérialisation des valeurs mobilières, singulièrement des titres, s'est manifesté, qui ne cesse de s'accroître. Il touche autant le monde des affaires que les opérations de la vie courante. Il a conduit à la perte d'importance des papiers-valeurs classiques, tels les effets de change et les chèques. Il a généré de **nouveaux instruments** de paiement, de crédit et d'enregistrement propres à faciliter des transactions en tout genre. Qu'il suffise de penser aux titres intermédiés, notamment aux droits-valeurs, et aux cartes dotées d'une puce électronique[766] !

389 Les **raisons** d'une telle évolution tiennent tout à la fois à l'essor de pratiques commerciales, financières et boursières et au développement de l'informatique. La qualité première du papier-valeur – l'incorporation d'un droit dans un support physique, soit dans une chose mobilière – « aujourd'hui en précipite aussi le déclin »[767]. La gestion s'avère coûteuse et compliquée, au stade de la constitution et de la conservation comme au stade de la négociation, puisque la cession du droit nécessite le transfert de possession du document.

390 Peu à peu s'est instaurée la règle d'opérer la détention intermédiée de valeurs auprès d'une banque ou d'autres intermédiaires financiers[768]. On distingue trois types de **valeurs intermédiées,** soit : 1° les papiers-valeurs en dépôt collectif confié à un dépositaire et souvent à un organisme cen-

---

765 JÄGGI, TDP VIII/2, 2, op. cit. (n. 749), p. 46 ss ; CoRo-CO II-BOHNET, Intro. art. 965-973*c*, N. 29 ss et les réf. cit.

766 BOHNET, op. cit. (n. 752), N. 145, 508 s. et 149 s. ; PETITPIERRE-SAUVAIN, TDP VIII/7, N. 1288.

767 STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels face à la dématérialisation des papiers-valeurs, in Le Centenaire du Code civil suisse, Association franco-suisse de Paris II, Colloque du 5 avril 2007, Paris 2008, p. 146.

768 Mess. du CF du 15 novembre 2006 relatif à la LF sur les titres intermédiés, FF 2000 8818 (condensé) ; sur les notions de « détention intermédiée » et de « dématérialisation » des papiers-valeurs, cf. FF 2006 8823 ss ch. 1.1 ; STEINAUER, op. cit. (n. 767), p. 146.

tral[769] ; 2° les certificats globaux, qui remplacent les papiers-valeurs individuels (en général des actions au porteur et des obligations) ; 3° les droits-valeurs, qui ne sont plus liés à un support matériel et dont l'émission est enregistrée auprès d'un dépositaire (en général des actions nominatives de sociétés offertes au public et des parts de fonds de placement).

391 Dans une loi adoptée il y a quelques années[770], le législateur a consacré le concept de **titre intermédié,** envisagé comme « un nouveau bien juridique patrimonial »[771], qui présente les caractéristiques d'un papier-valeur sans être une chose. Cette loi réglemente la conservation des papiers et droits-valeurs par leur dépositaire et leur transfert, en garantissant la protection des droits de propriété des investisseurs (art. 1). Elle s'applique aux titres intermédiés, qu'un dépositaire a inscrits au crédit d'un compte de titres ; les droits visés sont des créances (ex. : parts de fonds de placement) ou des droits sociaux (ex. : actions d'une société anonyme), au sens des art. 2 al. 1 et 3 al. 1 LTI. Les trois types de valeurs intermédiées mentionnées ci-dessus[772] trouvent assise dans la législation, par la référence que fait l'art. 5 LTI aux nouveaux art. 973*a* à 973*c* du Code.

392 La notion de **droit-valeur** est la plus novatrice en ce sens qu'elle fait totalement abstraction de l'élément d'incorporation[773]. Les droits en question sont inscrits dans un registre (non public), qui mentionne leur nombre, leur valeur nominale et leurs créanciers (art. 973*c* al. 2). Ils sont créés et n'existent que par cette inscription (art. 973*c* al. 3). Leur transfert est soumis aux règles sur la cession de créance (art. 164 ss)[774] et leur mise en gage à celles qui régissent le nantissement des créances (art. 899 s. CC), comme le précise l'art. 973*c* al. 4.

393 La nouvelle **cédule hypothécaire de registre,** introduite par la révision du Code civil du 11 décembre 2009, constitue un droit-valeur. Il s'agit d'une cédule sans titre, qui est constituée et transférée par une inscription au RF (art. 857 et 858 CC). Elle coexiste avec l'historique cédule

769 Segal Inter Settle SA (SIS).

770 LF du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (LTI), entrée en vigueur le 1er janvier 2010.

771 Mess., op. cit. (n. 768), FF 2006 8818 (condensé) ; cf. aussi STEINAUER, op. cit. (n. 767), p. 152 s.

772 Cf. *supra* N. 390.

773 Mess., op. cit. (n. 768), FF 2006 8830 ch. 1.2.4 ; PETITPIERRE-SAUVAIN, TDP VIII/7, op. cit. (n. 749), N. 1290 ss.

774 Cf. ATF 138 III 137 cons. 5.2.1.

sur papier (art. 843 CC). Sa dématérialisation n'enlève rien au fait qu'elle reste une créance personnelle garantie par un gage immobilier, en principe abstraite, « distincte de la créance causale qui devait être garantie par la constitution du gage » (art. 842 al. 2 et 846 al. 1 CC)[775].

Faut-il enfin mentionner l'omniprésence des **cartes** en tout genre (dites de paiement, de débit ou de crédit, multifonctionnelles aussi), munies de puces électroniques[776]. Dans les limites d'un contrat passé entre l'émetteur et le client, ce dernier est autorisé à obtenir des retraits en espèces d'un appareil de distribution ou auprès d'un guichet, et surtout d'effectuer des paiements sans numéraire auprès de créanciers entre présents ou entre absents (en ligne !). En ce sens, la carte constitue un titre de créance. Elle remplit une fonction de légitimation, de plus en plus sans signature manuelle, souvent par le biais d'un numéro d'identification personnel (voire sans un tel numéro pour les montants inférieurs à une certaine somme). Son utilisation comme moyen de paiement s'inscrit dans le mécanisme de l'assignation (art. 466)[777]. 394

II. La reconnaissance de dette

A. La notion

La reconnaissance de dette *(Schuldbekenntnis, Schuldanerkennung)* est « une **déclaration** par laquelle un débiteur manifeste au créancier qu'une dette déterminée existe »[778]. Comme telle, elle n'est pas définie par la loi, même si le Code en fait mention ici et là, évoquée le plus souvent comme un titre de créance (pour s'en tenir à la Partie générale, cf. art. 17, 18 al. 2, 135 ch. 1, 137 al. 2, 164 al. 2). D'ailleurs, la plupart des titres de 395

775 PIOTET DENIS, Questions pratiques liées à la révision des gages immobiliers, Plaidoyer 6/11, p. 42.

776 Sur la notion et le fonctionnement des cartes en question, cf. BOHNET, op. cit. (n. 752), N. 447 ss ; PETITPIERRE-SAUVAIN, TDP VIII/7, op. cit. (n. 749), N. 1326 ss.

777 PETITPIERRE-SAUVAIN, TDP VIII/7, op. cit. (n. 749), N. 1326 et 1340.

778 ATF 131 III 268 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_152/2013 du 20 septembre 2013 cons. 2.3. Cf. aussi SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 5 ad art. 17 ; KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, thèse Fribourg 2003, p. 4 s. ; MUSTER ERIC, La reconnaissance de dette abstraite, thèse Lausanne 2004, p. 76 ; BK-MÜLLER, N. 15 ad art. 17.

créances renferment une reconnaissance de dette ; les papiers – et droits – valeurs en sont un exemple évident[779].

396 Dans la majeure partie des cas, la reconnaissance de dette atteste l'**existence d'une somme d'argent,** chiffrée, datée et signée du débiteur. Avec raison, certains auteurs vont jusqu'à affirmer qu'elle n'a pratiquement de signification que si elle est écrite, au regard de la portée du titre et des effets que lui attribue le droit des poursuites[780]. L'affirmation développe toute sa pertinence si le titre énonce la **cause** de la dette reconnue (ex. : « à titre de prêt », « à titre de réparation de préjudice ») ; sinon, se demande-t-on, « comment peut-on envisager de prouver une abstraction orale ? »[781]. Néanmoins, la loi ne pose en la matière aucune contrainte formelle[782].

397 La reconnaissance de dette peut résulter d'**actes concluants.** Ainsi en est-il du récépissé remis contre rémunération attestant du dépôt d'un manteau au vestiaire d'un restaurant[783] ; la contremarque constate une dette de restitution portant sur un corps certain[784]. Ainsi en est-il également de la reconnaissance de responsabilité après un accident, compte tenu qu'elle peut valablement constater un état de fait et porter sur l'existence d'une dette non chiffrée. Encore faut-il que la victime soit en mesure d'en déduire un engagement de l'auteur à assumer les conséquences dommageables du fait en question[785]. Un courant doctrinal réfute la portée d'une telle déclaration, qui n'aurait au mieux qu'une valeur probatoire[786].

---

779 Cf. *supra* N. 383 et 391 ss.

780 Cf. *infra* N. 417. Cf. aussi ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 3 ad art. 17 ; MERZ, Vertrag, N. 69 ; BK-MÜLLER, N. 13 et 33 ad art. 17, où il est précisé que le document n'a pas à être signé.

781 MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 94.

782 CoRo-CO I-TEVINI, N. 5 ad art. 17 ; KRAUSKOPF, op. cit. (n. 778), p. 14 s. ; arrêt du TF du 28 novembre 1961, SJ 1963, p. 133 : reconnaissance de dette écrite, mais non signée.

783 ATF 109 II 234 cons. 2, JT 1984 I p. 157, qui ne se prononce pas sur la reconnaissance de dette.

784 BOHNET, op. cit. (n. 752), N. 186 (n. 729), 206 (n. 784) et 410.

785 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 11 ad art. 17 ; CoRo-CO I-TEVINI, N. 6 ad art. 17. Cf. aussi ATF 96 II 25 cons. 1, JT 1971 I p. 428, qui ne répond pas franchement à la question ; OGer Bâle-Campagne, 23 janvier 1973, BJM 1974, p. 181.

786 BaK-OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4 ad art. 17 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 40 ss ad art. 17 ; MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 77.

Selon la doctrine majoritaire et la jurisprudence, la reconnaissance de dette est une déclaration qui crée une obligation. Plus précisément, elle confirme une dette préexistante, ou née de façon concomitante (reconnaissance constitutive), tout en représentant une **promesse d'exécution de la prestation**[787]. Une double précision s'impose : d'une part, les deux dettes ont en principe le même contenu ; d'autre part, l'obligation née de la reconnaissance n'est pas novatoire, en ce sens que la dette qu'elle atteste ne remplace pas la dette originaire[788]. 398

Suivant un courant d'opinion doctrinal et le TF, nous considérons que la reconnaissance de dette constitue un **acte juridique unilatéral**[789]. Il s'agit d'une promesse d'exécution de la dette reconnue, qui n'est pas soumise à l'acceptation – même tacite – du destinataire. On ne saurait donc y voir un contrat, fût-il unilatéral[790]. En revanche, il ne faut pas exclure que la reconnaissance soit partie inhérente à un contrat portant notamment sur la constatation de fait, comme il en va de la reconnaissance de responsabilité suite à un accident intégrée à une transaction passée entre les parties[791]. 399

À côté d'autres effets, singulièrement en matière de prescription et de poursuite[792], la reconnaissance de dette génère un **avantage manifeste** pour le créancier : il peut agir en exécution de la prestation, en étant dispensé d'établir la cause de l'obligation. Il lui suffit de se prévaloir de la déclaration du débiteur, le plus souvent en invoquant le titre de créance. C'est bien d'une **présomption** qu'il bénéficie, qui conduit à un renversement du fardeau de la preuve en sa faveur. Acculé dans un premier temps, le débiteur sera certes admis à faire valoir toutes sortes d'exceptions 400

787 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 6, 13 et 17 ad art. 17 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1177 et 1181 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 334 ; BK-MÜLLER, N. 25 et 55 ss ad art. 17 ; arrêts du TF 4A_459/2013 du 22 janvier 2014 cons. 3.3 ; 4A_201/2018 du 12 février 2019 cons. 3.1, SJ 2019 I p. 277. D'un avis contraire : CoRo-CO I-TEVINI, N. 7 s. ad art. 17.

788 ZK-JÄGGI, N. 68 et 85 ad art. 965 ; MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 81 et 105 s ; BK-MÜLLER, N. 54 et 107 ss ad art. 17 ; ATF 127 III 559 cons. 4.

789 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1778 ; CoRo-CO I-TEVINI, N. 4 ad art. 17 ; BK-MÜLLER, N. 20 ad art. 17 ; arrêt du TF 4C.326/2004 du 19 avril 2005 cons. 3.2.1. Certains y voient un acte analogue à un acte juridique ; ainsi : VON TUHR/ESCHER, p. 225, n. 5 ; BOHNET, op. cit. (n. 752), N. 237 et 248.

790 Opinion contraire : BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 35 ad art. 17.

791 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 8 ad art. 17 ; ATF 96 II 25 cons. 1, JT 1971 I p. 428. Cf. aussi *supra* N. 397, *infra* N. 404 et 423.

792 Cf. *infra* N. 412 ss et 416 ss.

propres à remettre en cause tant sa déclaration de reconnaissance que la dette sur laquelle elle porte[793]. Nous y reviendrons[794].

B. Le caractère causal ou abstrait de la reconnaissance

401 La reconnaissance de dette est causale ou abstraite selon qu'elle énonce ou non la cause de l'obligation[795]. Le critère de distinction est **formel.** Sur le fond, la déclaration du débiteur doit reposer sur une cause, mais celle-ci n'a pas à être obligatoirement exprimée. C'est en substance ce que signifie l'art. 17. Autrement dit, suivant l'opinion de la doctrine dominante et de la jurisprudence, la reconnaissance de dette est matériellement causale, mais peut être formellement abstraite[796] ; un courant minoritaire n'exclut pas que la reconnaissance soit matériellement abstraite[797].

402 La règle posée à l'art. 17 reprend celle du Code de 1881 (art. 15). À l'époque, le législateur fédéral s'est inspiré de l'historique art. 1132 CCfr. et des principes appliqués dans certaines législations cantonales. On peut y voir l'ancrage en droit suisse de la **conception causale de l'obligation**, qui tranche avec la solution instituée en droit allemand (§ 781 BGB)[798].

403 La reconnaissance de dette est **matériellement causale,** en ce sens que sa validité est subordonnée à celle de la dette primitive, créée antérieurement ou simultanément. En d'autres termes, la cause doit exister et être valable. Ainsi, l'utilisation illicite d'une invention brevetée est nulle

---

793 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 14 ad art. 17 ; ENGEL, Obligations, p. 157 ; MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 123 ss ; BK-MÜLLER, N. 64 ss et 97 s. ad art. 17 ; ATF 65 II 66 cons. 10, JT 1939 I p. 390 ; 105 II 183 cons. 4a ; 131 III 268 cons. 3.2.

794 Cf. *infra* N. 406 ss.

795 Sur la notion de cause de l'obligation, cf. *supra* N. 234, 239, 371 ss, 379, *infra* N. 532 ss (not. 533).

796 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 14 ad art. 17 ; TANDOGAN, p. 101 s. ; ATF 105 II 183 cons. 4a ; arrêt du TF 4A_152/2013 du 20 septembre 2013 cons. 2.3, JT 2014 II p. 132.

797 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 28 ss ad art. 17 ; CREUTZIG JÜRGEN, Das selbstständige Schuldversprechen, thèse Bâle 1969, p. 73 ss et 135 ss.

798 YUNG WALTER, La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse, thèse Genève 1930, p. 93 ss ; CREUTZIG, op. cit. (n. 797), p. 22 ss ; MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 131 s. ; arrêt du TF 4A_482/2019 du 10 novembre 2020 cons. 3, Commentaire de BLAISE CARRON in Newsletter Bail janvier 2021.

(art. 66 let. a LBI et 20) ; la reconnaissance qui porterait sur le prix de contrefaçons ne produira en principe aucun effet.

La reconnaissance de dette peut être **formellement causale,** si elle indique la cause, par exemple l'engagement de payer une somme d'argent en remboursement d'un prêt[799]. Il est possible que la cause soit implicitement énoncée, comme il en va d'un ticket de consigne d'un vestiaire[800] ou d'un renvoi dans le titre à un document contractuel[801]. Également possible que la cause soit exprimée dans son principe, mais non dans son objet ; tel peut être le cas d'une simple reconnaissance de responsabilité à la suite d'un accident[802]. 404

La reconnaissance de dette peut aussi être **formellement abstraite,** c'est-à-dire dépourvue de toute référence à sa cause. C'est le cas – non exceptionnel – d'un titre daté et signé du débiteur, qui déclare devoir au créancier une somme d'argent chiffrée[803]. Les raisons d'une telle pratique regardent la discrétion que les parties attachent à leur affaire, ainsi que la volonté de faciliter le droit d'exécution du créancier et sa cession à un tiers. 405

C. Les exceptions du débiteur

Comme déjà souligné[804], la reconnaissance de dette entraîne un **renversement du fardeau de la preuve** en faveur du créancier. C'est dire qu'il incombe éventuellement au débiteur recherché d'établir le caractère non obligatoire de sa déclaration. À cet effet, il sera en droit d'opposer toutes les **exceptions** (y compris les objections) remettant en cause la reconnaissance en tant que telle, ainsi que l'obligation sur laquelle elle porte et le rapport d'obligations qui fonde celle-ci. Donc, remettre en question la cause de la créance prétendue[805] ! 406

---

799 ATF 131 III 268 cons. 3.2. Cf. aussi BK-MÜLLER, N. 42, 44 et 58 ad art. 17.

800 Cf. *supra* N. 397.

801 MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 123.

802 Cf. *supra* N. 397 et 399.

803 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 9 s. ad art. 17 ; CoRo-CO I-TEVINI, N. 1 et 3 ad art. 17 ; BK-MÜLLER, N. 46 ad art. 17 ; ATF 105 II 183 cons. 4a ; 119 II 452 cons. 1d.

804 Cf. *supra* N. 400.

805 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 17 ss ad art. 17 ; BK-MÜLLER, N. 64 ss ad art. 17 ; MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 113 ss et 125 ss ; ATF 65 II 66 cons. 10, JT 1939 I p. 390 ; 131 III 268 cons. 3.2.

407 À titre d'illustration[806], on dira que le débiteur peut :

- invoquer que le titre de reconnaissance est entaché d'un vice qui affecte sa validité, par exemple qu'il est falsifié[807] ;
- remettre en question l'obligation reconnue, même cédée (art. 169 al. 1), en arguant que la dette n'est pas exigible (art. 75 ss) ou est éteinte, par exemple par exécution (art. 114 al. 1), par remise (art. 115) ou par compensation (art. 120 ss) ;
- opposer l'exception d'inexécution (art. 82) ou celle de prescription (art. 127 ss) ;
- faire valoir l'inexistence du rapport d'obligations fondant la dette reconnue (ainsi la nullité du contrat pour cause d'illicéité ou d'immoralité, art. 19 al. 2 et 20)[808], ou son invalidité en raison d'un vice du consentement (ex. : une erreur essentielle, art. 23 ss)[809].

408 En règle générale, les parties sont libres de convenir que le débiteur **renoncera à invoquer** en totalité ou en partie les moyens de défense mentionnés ci-dessus. Une telle déclaration sert à mettre un voile sur des incertitudes qui affectent le rapport de base. Elle figure souvent dans des transactions liquidant un litige[810].

409 La **renonciation** en question doit être **expresse et claire,** eu égard aux effets qu'elle entraîne, qui péjorent la situation du débiteur[811]. Elle ne se présume pas. Elle ne saurait être déduite de la seule absence de mention de la cause sur le titre[812], ou d'une simple « clause à ordre »[813]. En re-

806 Pour des réf. jurisprudentielles, cf. not. MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 113 ss et 125 ss ; CoRo-CO I-TEVINI, N. 7 ad art. 17.

807 JÄGGI, TDP VIII/2, 2, op. cit. (n. 749), p. 32.

808 Cf. l'exemple cité *supra* N. 403.

809 Cf. *supra* N. 397 et 399 et l'arrêt cité : ATF 96 II 25 cons. 1, JT 1971 I p. 428. Cf. aussi BK-MÜLLER, N. 68 ad art. 17.

810 MERZ, Vertrag, N. 71 s. ; MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 129. En principe, la signature d'un nouveau titre de créance ne suffit pas à valoir novation, au sens de l'art. 116 ; cf. BUCHER, OR, p. 61 ; Co-Ro-CO I-TEVINI, N. 9 ad art. 17 ; ATF 127 III 559 cons. 4a, JT 2002 I p. 201.

811 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 26 ad art. 17 ; MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 129 ; ATF 65 II 66 cons. 8b, JT 1939 I p. 390 ; arrêt du TF 4A_459/2013 du 22 janvier 2014 cons. 3.3.

812 CoRo-CO I-TEVINI, N. 9 ad art. 17.

813 ATF 65 II 66 cons. 8b, JT 1939 I p. 390 ; BK-MÜLLER, N. 70 ad art. 17.

vanche, une renonciation écrite à ne pas soulever l'exception de prescription est soumise à la forme écrite simple, selon le nouvel art. 141 al. 1*bis*[814]. Quant à la reconnaissance exprimée « sans réserve », sa portée sera interprétée de cas en cas, selon le principe de la confiance (art. 2 al. 1 CC), pour vérifier si elle est liée de façon significative à des circonstances concrètes ou si elle est émise en blanc[815].

D. La protection des tiers acquéreurs du titre

Le principe qui permet au débiteur d'opposer des moyens de défense connaît **deux exceptions** en faveur de tiers qui, de bonne foi, sont devenus créanciers, au vu d'une reconnaissance écrite de la dette : 410

- La première exception est visée à l'art. 18 al. 2 ; elle touche le cas où la **dette est simulée,** reconnue fictivement, soit l'hypothèse où les parties ont dolosivement créé l'apparence d'un acte juridique.
- La seconde exception est inscrite à l'art. 164 al. 2 ; elle regarde le cas où les parties ont convenu d'une **clause d'incessibilité de la créance ;** le débiteur ne saurait l'opposer à la personne devenue créancière sur la foi d'une reconnaissance documentée ne mentionnant pas l'incessibilité.

La *ratio legis* de ces exceptions saute aux yeux : l'objectif du législateur tend à protéger les **droits acquis** par des tiers de bonne foi, dans l'hypothèse où la reconnaissance est matérialisée dans un titre qui circule[816]. Un tel objectif est également inscrit dans la réglementation des papiers-valeurs[817]. 411

814 Arrêt du TF 4A_275/2009 du 12 août 2009 cons. 3, rendu sous l'ancien droit. Nous regrettons que cette faculté ne soit dorénavant possible que dès l'exigibilité de la dette ; cf. MÜLLER CHRISTOPH, La renonciation à soulever l'exception de prescription, in Le nouveau droit de la prescription, Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (édit.), Bâle 2019, N. 6 ss, 19 ss. Cf. aussi *supra* N. 135.

815 Arrêt du TF 4A_459/2013 du 22 janvier 2014 cons. 5.1.

816 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 16 ad art. 17 ; KRAUSKOPF, op. cit. (n. 778), p. 190 ; BOHNET, op. cit. (n. 752) N. 227 s. et 242, qui disserte sur l'application des art. 18 al. 2 et 164 al. 2 à l'ensemble des titres de créance.

817 ZK-JÄGGI, N. 159 ss ad art. 965 ; CoRo-CO I-TEVINI, N. 10 ad art. 17.

E. L'effet de la reconnaissance sur la prescription de la dette

412 La reconnaissance produit des effets sur le cours de la prescription de la dette, pourvu que celle-ci soit exigible. L'effet général est **interruptif ;** il fait courir un nouveau délai (art. 137 al. 1), le cas échéant à concurrence du montant reconnu[818].

413 L'art. 135 ch. 1 dispose que la dette peut être reconnue expressément ou tacitement[819] : **expressément,** lorsque le débiteur admet explicitement que la dette existe, en remettant le titre au créancier ; **tacitement,** dans le cas où il paie un acompte, demande un sursis ou une remise, invoque la compensation ou fournit des sûretés.

414 L'art. 137 al. 2 ajoute que si la reconnaissance est contenue dans un **titre** ou dans un **jugement,** le nouveau délai de prescription est toujours de **dix ans** (même si le délai de la dette originaire est inférieur). La jurisprudence précise que la dette doit être reconnue dans son principe, et aussi dans son montant ; tel n'est pas le cas de l'assureur de responsabilité civile qui ne fait qu'admettre la couverture du dommage[820].

415 La **justification** des art. 135 ch. 2 et 137 al. 2 tient à la nature juridique de la reconnaissance de dette, soit à sa qualité de promesse d'exécution émise par le débiteur[821]. Elle met également en valeur la force probante d'une reconnaissance constatée dans un titre.

F. L'effet de la reconnaissance dans la poursuite du débiteur

416 Comme cela vient d'être relevé, la force probante du titre de reconnaissance de dette améliore la situation du créancier dans la mise en œuvre de son droit. Cette affirmation se vérifie notamment lorsque la créance porte sur le paiement d'une somme d'argent, qui fait l'objet d'une poursuite contre le débiteur. Dans l'hypothèse où ce dernier fait opposition au commandement de payer qui lui a été notifié, une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé permet au créancier

818 ATF 119 III 339 cons. 1c.
819 Cf. aussi *supra* N. 395 ss.
820 ATF 113 II 264 cons. 2d, JT 1988 I p. 13 ; BK-MÜLLER, N. 49 ad art. 17 (nuancé).
821 Cf. *supra* N. 398 ss ; CoRo-CO I-TEVINI, N. 12 ad art. 17.

d'obtenir la **mainlevée provisoire** de l'opposition (art. 82 al. 1 LP). Il est vrai qu'à ce stade de la procédure préalable, le débiteur est admis à rendre vraisemblable sa **libération** (art. 82 al. 2 LP) ; il invoquera par exemple le paiement de la dette ou un moyen dilatoire (exception d'inexécution, art. 82) ou extinctif (la remise, art. 115)[822]. Et, dans les 20 jours dès la décision de mainlevée, il aura la faculté d'intenter au fond une action en libération de dette (art. 83 al. 2 LP)[823]. Une annulation de la poursuite, en procédure sommaire accélérée, reste également possible, aux conditions des art. 85 et 85*a* LP[824].

La notion de reconnaissance de dette a une **connotation spécifique** en droit des poursuites, ne serait-ce que parce que l'art. 82 LP y pose des règles de forme[825]. L'acte doit exprimer, par une signature manuscrite, la volonté du débiteur poursuivi de verser au créancier poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, à tout le moins déterminable[826]. Il peut s'agir de documents en tout genre, par exemple des commandes de fournitures, des chèques et effets de change, des actes de défaut de biens ou des transactions comprenant une quittance pour solde de tout compte, sans mentionner des actes contractuels passés en la forme écrite qui mentionnent un montant à payer, tels un prix de vente ou un loyer de bail. 417

III. La reconnaissance négative de dette

A. La notion

La reconnaissance de dette, telle que décrite ci-dessus, s'oppose à la reconnaissance négative de dette *(negative Schuldbekenntnis, negative Schuldanerkennung).* Celle-ci est une **déclaration** du créancier, qui atteste qu'une **dette n'existe pas** (parce qu'elle n'a jamais pris naissance ou est déclarée radicalement nulle) ou **n'existe plus** (parce qu'elle a été éteinte 418

822 KRAUSKOPF FLORENCE, La mainlevée provisoire : quelques jurisprudences récentes, JT 2008 II p. 43 ss.

823 On y voit une « action en reconnaissance négative de dette » (TERCIER/PICHONNAZ, N. 1250). Sur les effets en droit des poursuites de la reconnaissance de dette, cf. MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 137 ss et 217 ss.

824 MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 242 ss.

825 Cf. *supra* N. 396. Cf. aussi MUSTER, op. cit. (n. 778), p. 172 ss et 247.

826 CoRo-CO I-TEVINI, N. 5 et 11 ad art. 17 ; ATF 131 III 268 cons. 3.2 ; 122 III 125 cons. 2.

ou annulée d'une manière ou d'une autre, par exemple par une remise de dette, art. 115)[827].

419 En elle-même, la reconnaissance négative de dette constitue un **acte juridique unilatéral** du créancier. Ainsi en est-il, dans un contexte collectif, de la décision de décharge en droit des sociétés, à l'exemple de celle donnée aux administrateurs de la société anonyme (art. 698 al. 2 ch. 5)[828].

420 Il arrive que la reconnaissance en question soit **incluse à un contrat,** comme il en va de la non-contestation d'un avis d'extourne d'un crédit dans un compte courant[829] ou de la quittance pour solde de tout compte dans une transaction[830].

421 Le fait que la reconnaissance négative de dette prenne parfois une forme contractuelle est propre à créer une **confusion avec la remise de dette** (art. 115). Dans la première hypothèse, les parties discutent une prétendue dette, souvent contestée par le débiteur ; toutefois, la déclaration du créancier n'est en principe pas censée développer un effet extinctif. Dans l'hypothèse de la remise, les parties éteignent – tout ou en partie – une dette existante[831]. Par ailleurs faut-il distinguer la reconnaissance négative de dette de la convention par laquelle le créancier s'oblige envers le débiteur à ne pas prétendre son droit en justice *(pactum de non petendo) ;* le cas échéant, la créance peut subsister comme obligation imparfaite[832].

B. La quittance pour solde de tout compte

422 Bon nombre de situations contentieuses se règlent à l'amiable, lors de pourparlers aux termes desquels le créancier signe une quittance pour solde de tout compte. Ainsi en est-il en particulier en cas de sinistre mettant en cause un responsable et/ou un assureur couvrant l'auteur du dommage ou

827 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1178 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 1568 ; CoRo-CO I-TEVINI, N. 4a ad art. 17.

828 CoRo-CO I-PIOTET, N. 6 ad art. 115. Cf. aussi art. 804 al. 2 ch. 7 et 879 al. 2 ch. 4. Cf. aussi ATF 95 II 320 cons. IV.1 sur la question de la validité de la déclaration.

829 ATF 127 III 147 cons. 2.

830 Cf. *infra* N. 423.

831 VON TUHR/ESCHER, p. 179 ; CoRo-CO I-PIOTET, N. 6 ad art. 115.

832 VON TUHR/PETER, p. 38. Cf. *infra* N. 472 et 523 ss.

la victime. Au-delà d'un simple moyen de preuve, une telle quittance peut valoir **reconnaissance négative de dette,** en ce sens que le créancier (lésé, assuré) déclare qu'il n'a pas ou plus de prétention à réclamer au débiteur (responsable, assureur) découlant de l'obligation ou du rapport d'obligations en cause[833].

La quittance pour solde de tout compte peut être incluse à un contrat, en particulier à une **transaction extrajudiciaire** qui met fin à un litige[834]. Elle n'immunise pas le contrat pour autant. Ainsi, celui-ci est sujet à invalidation pour cause d'erreur essentielle (art. 24 al. 1 ch. 4), par exemple lorsque les parties, se fondant sur une expertise, ont tenu compte d'un faux état de fait, mais non si l'erreur porte sur un point qui était contesté[835]. 423

De manière générale, le TF ne manque pas de recommander une **certaine prudence** sur la portée d'une quittance pour solde de tout compte[836]. En particulier a-t-il jugé, dans l'interprétation d'une convention liquidant les conséquences d'un accident, qu'une « quittance pour solde de comptes ne libère l'assureur de nouvelles prétentions de l'assuré que dans la mesure où, en signant la quittance, celui-ci n'a renoncé qu'aux droits dont il se savait titulaire ou dont il envisageait l'acquisition au moins comme une possibilité »[837]. C'est dire que, à côté des moyens tirés des vices du consentement (art. 23 ss), le recours aux règles générales d'interprétation des contrats reste de mise, en cas de controverse sur la transaction passée[838]. 424

---

833 ATF 127 III 444 cons. 1 ; BK-WEBER, N. 20 ss ad art. 88 ; ENGEL, Obligations, p. 650 s. ; SCHMIDT TANJA, Les clauses pour solde de tout compte ou la renonciation définitive à se prévaloir de prétentions ultérieures, thèse Genève, Zurich 2019, N. 71 s.

834 ATF 105 II 273 cons. 3a.

835 ATF 130 III 49 cons. 1. Cf. aussi KUONEN NICOLAS, Transaction et quittance pour solde de tout compte : quelques aspects choisis, in La pratique contractuelle 4, Pichonnaz Pascal/Werro Franz (édit.), Zurich 2015, p. 243 ss.

836 ATF 127 III 444 cons. 1 ; BK-MÜLLER, N. 41 ad art. 17 ; SCHMIDT, op. cit. (n. 833), N. 472 ss.

837 ATF 100 II 42, 45 : convention portant sur les conséquences d'une invalidité partielle ; décès postérieur de l'assuré, non envisagé comme une conséquence possible de l'accident.

838 ATF 127 III 444 cons. 1 ; ENGEL, Obligations, p. 651 ; BK-WEBER, N. 27 ad art. 88.

§ 3 Les droits de compétence : les droits formateurs et les exceptions

Bibliographie spéciale :

BERGER, N. 96 ss ; **BOHNET,** FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II p. 185 ss ; **BUCHER,** OR, p. 35 ss ; **ENGEL,** Obligations, p. 28 ss ; **ENRIQUEZ,** MIGUEL, Zur Lehre vom Gestaltungsrecht, RDS 2009 I p. 355 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 1 N. 111 s., Chap. 18 N. 25 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 65 ss, 151 ss ; **GEISSBÜHLER,** N. 100 ss, 138 ss ; **HUGUENIN,** N. 32 ss ; **KOLLER,** N. 2.56 ss ; BK-**KRAMER/SCHMIDLIN,** Introd. gén. N. 39 ss ; **KRAMER/PROBST,** N. 64 et 98 ss ; **L'HUILLIER,** LAURENT, La notion de droits formateurs en droit suisse, thèse Genève 1947 ; **MERZ**, TDP VI/1, p. 71 ss ; **MERZ/GIOVANNONI,** TDP VI/1, p. 51 ss ; CoRo-CO I-**MORIN,** N. 25 ss ad art. 1 ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 95 ss et 246 ss ; **NUSSBAUMER,** ARNAUD, L'incessibilité des droits formateurs : Le « principe », ses fondements et son influence pour la pratique contractuelle, RDS 2016 I p. 27 ss ; **SCHALLER,** JEAN-MARC, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, thèse d'habilitation Zurich 2010 ; ZK-**SCHÖNENBERGER/JÄGGI,** Rem. prél. art. 1, N. 97 ss ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 3.05 ss, 4.34 ss ; **STEINER,** ROLF, Das Gestaltungsrecht, thèse Zurich 1984 ; **TANDOGAN,** p. 37 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 300 ss ; **VON TUHR/PETER,** p. 22 ss ; **VIONNET,** GUILLAUME, L'exercice des droits formateurs, thèse Lausanne, Genève/Bâle/Zurich 2008.

I. Quelques remarques préalables

425 Les droits formateurs et les exceptions sont des **droits de compétence,** tels que définis plus haut[839]. Leur importance est considérable, et leur variété très large. Leur exercice dépend souvent des circonstances concrètes[840]. On peut les considérer comme des instruments qui servent en particulier le fonctionnement de l'obligation et celui du rapport d'obligations. En ce sens parle-t-on aussi de **droits subjectifs secondaires.**

426 Les droits en question s'exercent le plus souvent par une **manifestation de volonté** à autrui. Leur examen doit beaucoup à la théorie de l'acte juridique ; nous y reviendrons plus bas[841]. Un exposé s'impose ici, compte

839 Cf. *supra* N. 376 ss.

840 L'HUILLIER LAURENT, La notion de droits formateurs en droit suisse, thèse Genève 1947, p. 189 ss ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 101 ; ATF 93 III 96 cons. 7a, JT 1968 II p. 10.

841 Cf. Troisième partie : L'acte juridique, N. 554 ss.

tenu de leur rapport fonctionnel avec l'obligation et de leur omniprésence dans le droit des obligations.

II. Les droits formateurs

A. La notion

Le droit formateur *(Gestaltungsrecht)* est la faculté qui permet à une personne, par sa seule volonté, de **modifier une situation juridique,** qu'il s'agisse d'un droit ou d'un rapport de droit déterminé. Il s'exerce par un **acte formateur,** qui représente la catégorie la plus importante des actes juridiques unilatéraux. Il s'adresse en général à une personne déterminée, voire à une pluralité de personnes[842]. 427

Pour s'en tenir à notre domaine, l'acte formateur modifie en principe directement le rapport juridique, qu'il s'agisse d'une **obligation** (ex. : l'obligation alternative, qui rend l'une des prestations promises exigible, art. 72 ; la déclaration de compensation, qui éteint tout ou en partie la créance, art. 120 et 124 al. 1) ou d'un **rapport d'obligations** (ex. : le droit de préemption, qui conduit à l'achat de l'immeuble, art. 681 ss CC, 216 ss ; la résiliation, qui provoque l'extinction du mandat, art. 404 al. 1)[843]. En général, l'effet se produit dans l'intérêt du titulaire, sans le consentement et, ordinairement, sans la participation du destinataire. C'est un critère le distinguant de la créance[844], qui fait du droit formateur une figure originale[845]. 428

L'exercice du droit formateur s'opère par une **manifestation de volonté** apte à entraîner l'effet recherché. En ce sens, ne sont pas des droits 429

---

842 ENGEL, Obligations, p. 29 et 142 ; MERZ, TDP VI/1, p. 73 ; VIONNET GUILLAUME, L'exercice des droits formateurs, thèse Lausanne, Genève/Bâle/Zurich 2008, p. 5 et 34 s. ; ENRIQUEZ MIGUEL, Zur Lehre vom Gestaltungsrecht, RDS 2009 I p. 355 s. ; ATF 133 III 360 cons. 8.1 ; 137 I 58 cons. 4.3.2.

843 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 102.

844 VON TUHR/PETER, p. 23 ; STEINER ROLF, Das Gestaltungsrecht, thèse Zurich 1984, p. 56 s. ; ATF 128 III 70 cons. 2, JT 2003 I p. 4.

845 Le concept moderne est assez récent ; on le doit à la doctrine allemande du début du XX^e^ siècle, notamment à Emil Seckel. Cf. sur ce point : ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 78a ss et 97 s. ; BUCHER OR, p. 36 ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 3 s.

formateurs l'interpellation du créancier, selon l'art. 102 al. 1, qui peut intervenir en l'absence d'une volonté de résultat[846], ou l'attribution d'une procuration à un tiers (art. 33 al. 2), qui touche mais ne modifie pas sa situation juridique[847].

430 L'exercice d'un droit formateur peut résulter – rarement – d'**actes concluants** (ex. : la restitution des prestations exécutées, interprétée comme l'invalidation du contrat affecté d'un vice de consentement, art. 31) ou être soumis à une **forme légale,** simple ou qualifiée (ex. : la résiliation de baux immobiliers, art. 266*l*), voire authentique (ex. : la révocation d'un testament public, art. 499 et 509 CC). Parfois le concours d'une autorité est requis, et un enregistrement nécessaire, comme en cas de répudiation d'une succession (art. 566 al. 1 et 570 CC) ou de constitution d'une hypothèque légale (art. 837 CC) ; le cas échéant, l'acte formateur ne devient pas pour autant un acte administratif[848]. L'exercice du droit par une action formatrice sera évoqué plus bas[849].

431 Compte tenu de l'effet intrusif dans la sphère juridique d'autrui, le droit formateur ne saurait être déduit de la seule autonomie de la volonté individuelle. Un fondement accentué s'impose, qui résulte soit d'une **disposition légale**[850], soit d'une **convention des parties**[851]. Dans cette seconde hypothèse, pensons à la faculté conférée au fournisseur d'énergie d'adapter le prix fixé dans un contrat international conclu pour une longue période, ou au droit d'option permettant au locataire de locaux commerciaux de se prévaloir unilatéralement d'un renouvellement du bail[852]. Sans parler de l'aménagement conventionnel de droits prenant source dans la loi, comme il en va des prérogatives fondées sur les règles régissant la garantie des défauts dans les droits de la vente (art. 197 ss) ou du contrat d'entreprise (art. 367 ss)[853].

---

846 L'HUILLIER, op. cit. (n. 840), p. 109 s. ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 17 ad art. 102.
847 MERZ, TDP VI/1, p. 73 n. 3 ; KOLLER, N. 2.62.
848 VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 16 s. ; ATF 137 I 58 cons. 4.3.3.
849 Cf. *infra* N. 463 ss.
850 Cf. les cas cités *supra* N. 428 et 430, *infra* N. 432 ss.
851 VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 39 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 96.
852 ATF 113 II 31 cons. 2, JT 1988 I p. 20. Sur le droit d'option au renouvellement du bail, cf. CPra Bail, Bohnet François/Carron Blaise/Montini Marino (édit.), 2e éd., Bâle 2017, BOHNET FRANÇOIS/DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, N. 21 ss ad art. 255.
853 VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 37 s.

B. La classification des droits formateurs

1. Le critère de la portée du droit

Les droits formateurs font l'objet de nombreuses distinctions[854]. Suivant VON TUHR[855], la doctrine opère usuellement une **classification tripartite** en fonction de la portée du droit, plus précisément en fonction de l'effet que son exercice produit sur le rapport juridique en cause. En ce sens, on distingue les droits générateurs (2.), modificateurs (3.) et résolutoires ou extinctifs (4.)[856]. Nous nous bornerons à une typologie exemplative. 432

Au-delà des effets directs dont il est question ici, l'exercice d'un droit formateur est propre à entraîner des **conséquences indirectes**. Ainsi l'invalidation d'un contrat pour cause de dol (art. 28 et 31) entraîne l'extinction de l'acte, et par conséquence celle des créances encore existantes, comme la créance en exécution ; elle conduit aussi à la naissance de prétentions en restitution des prestations exécutées (art. 62 ss, 641 al. 1 CC)[857]. 433

2. Les droits générateurs

Les droits formateurs générateurs *(begründende Gestaltungsrechte)* sont ceux dont l'exercice **donne naissance** à un droit ou à un rapport de droit. On citera l'acceptation d'une offre (art. 3)[858], la ratification d'un contrat conclu par un représentant sans pouvoirs (art. 38), les droits de préemption, d'emption et de réméré (art. 681 ss CC, 216 al. 2 et 3 et 216*a* ss), la réquisition d'une hypothèque légale (art. 837 CC) ou encore le droit d'option conféré au locataire par le bail[859]. 434

---

854 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 99 ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 62 ss.

855 VON TUHR/PETER, p. 23 ss. Cf. aussi KOLLER, N. 2.58 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 97 ss.

856 Cf. not. L'HUILLIER, op. cit. (n. 840), p. 165 ss ; ENGEL, Obligations, p. 29 s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 68 ss ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 56 ss.

857 VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 72 s.

858 Selon l'avis majoritaire, not. VON TUHR/PETER, p. 23 ; ENGEL, Obligations, p. 29 et 194 ; MERZ, TDP VI/1, p. 72 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 98. D'un autre avis : ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 63 ad art. 3 ; KOLLER, N. 2.62.

859 Cf. *supra* N. 431.

3. Les droits modificateurs

435 Les droits formateurs modificateurs *(ändernde Gestaltungsrechte)* sont ceux dont l'exercice **modifie** un droit ou un rapport de droit. On mentionnera la réduction du prix de vente ou du loyer en cas de défaut de la chose vendue (art. 205) ou louée (art. 259*d*), la majoration du loyer (art. 269*d* al. 1 et 2), la déclaration du tiers bénéficiaire d'une stipulation (art. 112 al. 3), la conversion de l'exécution en nature par des dommages-intérêts pour cause d'inexécution (art. 107 al. 2) ou encore la dénonciation du remboursement d'une somme prêtée (art. 318).

436 Dans cette catégorie, on parle de **droits spécificateurs** *(ausfüllende Gestaltungsrechte)* lorsque le titulaire précise le contenu d'un droit, par exemple celui d'individualiser la prestation d'une dette de genre (art. 71 al. 1) ou d'opter pour une prestation de l'obligation alternative (art. 72)[860].

4. Les droits résolutoires

437 Les droits formateurs résolutoires ou extinctifs *(aufhebende Gestaltungsrechte)* sont ceux dont l'exercice **éteint** un droit ou un rapport de droit. On retiendra la révocation de la procuration (art. 34), la révocation d'une déclaration du consommateur dans des contrats conclus hors de l'établissement d'un fournisseur de biens et de services (art. 40*a* ss, not. 40*e*), l'invalidation d'un contrat en raison d'un vice du consentement (art. 23 ss, 31 al. 1 et 2), la résolution du contrat (art. 83 al. 2, 95, 107 al. 2 et 109), les résolutions et résiliations de contrats spéciaux (ainsi : art. 205, 260*a* ss, 335 ss, 337 ss, 368 al. 1, 404 al. 1). Il en va de même de la compensation d'une dette avec une créance (art. 120 ss), une hypothèse qui révèle que l'effet extinctif peut n'être que partiel.

C. L'exercice du droit

438 Le droit formateur s'exerce par un **acte formateur** *(Gestaltungsgeschäft).* Il s'agit d'une manifestation unilatérale de volonté adressée à

860 MERZ, TDP VI/1, p. 72 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 308 et 1076 ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 91 s., qui parle de « droits de précision ». D'un autre avis pour l'hypothèse de l'art. 71 al. 1 : CoRo-CO I-HOHL, N. 5 ad art. 71.

une ou plusieurs personnes, qui déploie ses effets dès qu'elle est parvenue dans leur sphère juridique[861].

439 De manière générale, l'acte formateur obéit aux principes et conditions qui régissent l'acte juridique de droit privé. Nous y reviendrons plus bas, notamment pour définir la notion fondamentale de manifestation de volonté – et, avec elle, celle de réception[862]. Nous nous bornons à souligner ici quelques **particularités** liées à l'exercice de l'acte formateur, spécialement les caractères inconditionnel et irrévocable, quelque peu relativisés par la jurisprudence[863].

440 L'acte formateur **s'exerce** par son titulaire, parfois dans une forme voulue ou prescrite, éventuellement avec le concours d'une autorité[864]. Il se peut que le consentement d'un tiers soit requis, comme celui du conjoint du locataire qui dénonce le bail portant sur le logement de la famille (art. 266*m*) ; et si c'est le bailleur qui résilie, il adressera également le congé au conjoint de son partenaire contractuel (art. 266*n*). Dans l'hypothèse où ces conditions ne sont pas respectées, l'acte résolutoire est radicalement nul (art. 266*o*). Mais rien n'empêche l'auteur de le répéter en conformité des exigences légales. Il va sans dire que les conditions matérielles du droit formateur doivent également être réunies. Ainsi la déclaration d'invalidation d'un contrat pour erreur essentielle ou dol n'est efficace que si le vice invoqué existe réellement[865].

441 On lit souvent que le droit formateur **s'épuise** par son exercice[866]. Autrement dit, l'acte formateur met fin au droit formateur. On parle de « consomption »[867], ou « d'autodestruction »[868]. En ce sens, si une partie dispose de deux facultés pour mettre un terme à un contrat (ex. : le congé ordinaire ou congé extraordinaire), l'option de l'une d'entre elles entraîne l'anéantissement de l'autre[869].

---

861 Cf. *supra* N. 426 ss.
862 Cf. Troisième partie : L'acte juridique, *infra* N. 554 ss.
863 Cf. *infra* N. 451 ss.
864 Cf. ATF 135 III 441 cons. 3.3 et *supra* N. 430. Cf. aussi ATF 128 III 129 cons. 2, JT 2003 I p. 10 : validité par ratification d'un congé donné à un travailleur par un organe d'une société anonyme, n'ayant pas la signature individuelle.
865 ATF 128 III 70 cons. 1, JT 2003 I p. 40.
866 Ainsi ENGEL, Obligations, p. 30.
867 VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 84.
868 L'HUILLIER, op. cit. (n. 840), p. 191.
869 ATF 123 III 86 cons. 2b ; 137 I 58 cons. 4.3.2.

442 On lit également que le droit formateur est **imprescriptible.** L'affirmation signifie sans aucun doute que l'exception de prescription, apte à paralyser par la volonté du débiteur la créance (elle seule !), ne saurait logiquement contrecarrer un acte formateur[870]. Mais deux précisions s'imposent. D'une part, la créance qui découle de l'exercice d'un droit formateur est prescriptible[871]. Ainsi en est-il de la prétention en restitution du prix à la suite d'une vente affectée d'une erreur essentielle[872]. D'autre part, sécurité juridique oblige, les droits formateurs ne sauraient être exercés indéfiniment. Des **limites temporelles** sont souvent prévues dans la loi. S'y ajoutent les bornes qu'on déduit du principe de la bonne foi (art. 2 CC)[873], avec des applications spéciales qu'on trouve ici et là, comme il en va par exemple de la réglementation des congés abusifs concernant les baux d'habitations et de locaux commerciaux (art. 271 et 271*a*).

443 D'abord, il va de soi que la durée d'exercice d'un droit formateur est naturellement dépendante de la **durée du rapport juridique** auquel il est lié[874]. En ce sens, le droit d'opposer une créance (compensante) en compensation devient caduc si la créance exigible (compensée) s'est éteinte pour une autre raison.

444 Ensuite, il n'est pas rare que la loi assortisse l'exercice d'un droit formateur au respect d'un **délai péremptoire.** On citera par exemple les hypothèses prévues aux art. 21 al. 1, 31 al. 1, 216*e* et 251[875]. Dans d'autres hypothèses, un délai est certes fixé, mais sans être précisé d'un facteur temporel ; c'est le cas du délai accordé au créancier pour opter en cas de demeure du débiteur (art. 107 al. 2 : « déclaration immédiate ») ou celui octroyé à l'acheteur pour aviser des défauts (art. 201 al. 1 : « sans délai »). L'interprétation ne saurait s'opérer au pied de la lettre. Une application raisonnable s'impose, commandée par les **règles de la bonne foi** (art. 2 al. 1 CC). Il en va de même des cas de résiliation extraordinaire pour de justes motifs, tels ceux prévus dans le droit du bail à loyer (art. 266*g,* éga-

---

870 MERZ, TDP VI/1, p. 78 ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 271.

871 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 42 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 312.

872 ATF 114 II 131 cons. 3, JT 1988 I p. 508. Cf. aussi p. ex. les art. 21 al. 1 et 40*f* al. 1.

873 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 101 ; HUGUENIN, N. 76 ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 279 ss.

874 Cf. *supra* N. 428 et 432. Cf. aussi MERZ, TDP VI/1, p. 79 s. ; ENGEL, Obligations, p. 31.

875 Il faut lire « péremption » aux notes marginales des art. 216*e* et 251. Cf. BK-MÜLLER, Introd. N. 106.

lement art. 257*d* et 257*f*) ou du contrat de travail (art. 337 al. 1). L'auteur peut se prévaloir d'un temps de réflexion, tout en étant tenu d'agir « sans tarder »[876]. Ainsi, un congé signifié par le bailleur longtemps après l'expiration du délai comminatoire fixé au locataire en vertu de l'art. 257*d* est abusif, car l'inaction du créancier a pu être comprise comme une renonciation au droit de résilier[877].

Enfin, de nombreux contrats spéciaux de durée peuvent être dénoncés sans justes motifs **en tout temps,** avec effet immédiat, comme il en va du mandat (art. 404 al. 1), ou moyennant un délai d'échéance, tels le bail à loyer (art. 266*a* ss), le contrat de travail (art. 335 ss) ou le prêt de consommation (art. 318)[878]. 445

La question – importante en pratique – de la **cessibilité des droits formateurs** est âprement discutée. De manière générale, la doctrine majoritaire[879] et la jurisprudence[880] sont d'avis qu'en raison de leur rattachement fonctionnel à un rapport juridique, les droits formateurs sont comme tels, isolément, **incessibles.** Ainsi la faculté de résoudre le contrat de vente ou d'entreprise ou de réduire le prix de la chose ou de l'ouvrage (art. 205 et 368 al. 2) ne saurait en tant que telle être l'objet d'un transfert à un tiers ; ni les droits de préemption, d'emption ou de réméré (art. 216 al. 2 et 3, 216*a* ss). 446

Deux précisions, qui vont presque de soi. D'**une part,** les créances qui naissent de l'exercice d'un droit formateur, comme celles en dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la prestation (art. 107 al. 2) ou en restitution de la prestation exécutée (art. 21 al. 1) sont cessibles. D'**autre part,** si un rapport juridique est cédé, tels une créance (art. 164 ss) ou un contrat 447

876 ATF 123 III 86 cons. 2a : contrat de travail. Cf. aussi MERZ, TDP VI/1, p. 79 ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 281 ss.

877 Arrêt du TF 4C.430/2004 du 8 février 2005 cons. 3.1, SJ 2005 I p. 310.

878 MERZ, TDP VI/1, p. 79 ; ENGEL, Obligations, p. 31.

879 BUCHER, OR, p. 539 s. ; ENGEL, Obligations, p. 879 ; VON TUHR/ESCHER, p. 356 s. ; CoRo-CO I-PROBST, N. 22 ad art. 164 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 3424 ; ATF 118 II 142 cons. 1, JT 1993 I p. 300.

880 ATF 114 II 239 cons. 4c, JT 1989 I p. 162, qui précise que l'action du maître en réparation de l'ouvrage est cessible ; il faut y voir une modalité de la créance en exécution ; 94 II 274 cons. 3, JT 1970 I p. 50, qui précise que le titulaire d'un droit de préemption ou d'emption peut, une fois le droit exercé, céder sa créance en transfert de propriété de la chose vendue.

(art. 263), les actes formateurs qui lui sont liés participent en tant qu'accessoires à l'opération de transfert (comme le précise l'art. 170 al. 1)[881].

448 Des opinions divergentes combattent la conception traditionnelle. On invoque des **arguments dogmatiques** liés au fondement du principe et à la portée des art. 164 ss régissant la cession de créance[882] ou la place revenant à l'autonomie privée, sauf exception découlant de la loi (dont l'art. 2 al. 2 CC) ou de la nature de l'affaire ; ainsi le caractère strictement personnel de la donation interdit la cession du droit à la révocation (art. 251)[883].

449 Nous suivons la réponse nuancée que fournit HUGUENIN, selon laquelle le **transfert de droits formateurs** serait admissible si ceux-ci servent directement les prétentions des parties, et donc leurs intérêts, notamment lorsque le cédant n'est guère motivé à s'investir dans l'opération et que le cessionnaire y trouve son compte[884].

450 C'est surtout le domaine de la **garantie des défauts** dans les droits de la vente et du contrat d'entreprise qui attise les discussions. La rigueur sévère, voire draconienne, de l'incessibilité est notamment critiquée pour les droits dont devrait pouvoir se prévaloir l'acheteur d'un immeuble contre les entrepreneurs liés au vendeur qui ont participé à la construction, ou le maître de l'ouvrage contre les sous-traitants de l'entreprise générale. Certes, il existe des instruments intéressants, telles la procuration (art. 32 ss) fournie par l'ayant droit au tiers (acheteur, maître) ou la stipulation pour autrui (art. 112 al. 2) en faveur de ce dernier[885]. Mais les résultats ne correspondent pas aux attentes de la pratique. La prise en compte de l'**intérêt des parties**, y compris de la personne exposée à l'exercice du droit formateur, devrait s'inscrire dans une solution prétorienne pragmatique, notamment par l'application analogique de

881 HUGUENIN, N. 1153 ; CoRo-CO I-PROBST, N. 10 ad art. 170. Cf. aussi les réf. cit. en n. 880.

882 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 90.21 s. ; BaK-OR I-GIRSBERGER/HERMANN, N. 5a ad art. 164 ; NUSSBAUMER ARNAUD, L'incessibilité des droits formateurs : Le « principe », ses fondements et son influence pour la pratique, RDS 2016 I, p. 33 ss, qui admet, sauf exception et notamment clause d'incessibilité, une présomption en faveur de la cession.

883 VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 106 ss, not. 115 pour l'exemple. Cet auteur prône de cas en cas une prise en compte des intérêts en présence (p. 130 ss).

884 HUGUENIN, N. 1356 ; NUSSBAUMER, op. cit. (n. 882), p. 37 ss.

885 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 835 et 3951 ss.

l'art. 399[886] ou par celle du concept de contrat avec effet protecteur de tiers[887].

D. Le caractère inconditionnel et irrévocable de l'acte

Suivant une approche dogmatique, la doctrine et la jurisprudence clament le caractère univoque et surtout inconditionnel et irrévocable de l'acte formateur[888]. On invoque généralement la nécessité d'assurer ici la **sécurité du droit,** et spécialement le besoin de protéger le destinataire de la déclaration formatrice contre le risque d'une situation incertaine. En bref, ce dernier doit savoir à quoi s'en tenir à la réception d'un acte intrusif exercé de façon unilatérale par le titulaire, souvent son cocontractant[889]. Au passage, sans analyser la problématique liée à la conversion d'un acte juridique nul en un acte valable[890], on notera que le TF a jugé qu'il refusait en principe la conversion, en droit du bail, d'une résiliation extraordinaire inefficace en une résiliation ordinaire pour le plus prochain terme. Il mentionne certes de nombreux avis doctrinaux qui entendent tempérer le principe posé. Mais notre cour suprême insiste justement sur l'impératif de sécurité qu'implique l'acte formateur et sur les caractères d'inconditionnalité *(Bedingungsfeindlichkeit)* et d'irrévocabilité *(Unwiderruflichkeit)* qui en marquent l'exercice[891]. 451

En règle générale, le titulaire d'un droit formateur ne saurait en faire dépendre l'effet d'un **événement futur et incertain,** éventuellement d'une réserve[892]. Ainsi, l'acceptation conditionnelle d'une offre par le client (p. ex. liée à l'obtention d'un crédit bancaire non discuté dans les 452

886 CHAIX FRANÇOIS/MARCHAND SYLVAIN, Le droit direct du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, DC 1997, p. 71 ss, not. 80 s. Dans ce sens, cf. aussi NUSSBAUMER, op. cit. (n. 882), p. 42 ss.

887 PICHONNAZ PASCAL, La relation entre maître de l'ouvrage et sous-traitant – Le problème de la réparation directe du dommage subi par le maître, DC 2011, p. 74 et note à l'arrêt du TF 4A_226/2010 du 28 juillet 2010. Sur le concept de contrat avec effet protecteur de tiers, cf. ATF 130 III 345 cons. 2, JT 2004 I p. 107.

888 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 101 ; L'HUILLIER, op. cit. (n. 840), p. 241 s. ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.09 ; ATF 128 III 129 cons. 2, JT 2003 I p. 10 ; 135 III 441 cons. 3.1 ; 137 I 58 cons. 4.3.2.

889 MERZ, TDP VI/1, p. 80 s. ; BK-MÜLLER, Introd. N. 104.

890 Cf. la théorie de la conversion dans le Vol. II : forme et objet du contrat.

891 ATF 135 III 441 cons. 3.2 et 3.3. Cf. aussi ATF 137 I 58 cons. 4.3.2.

892 ENGEL, Obligations, p. 32 et 854 ; L'HUILLIER, op. cit. (n. 840), p. 235 ss ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 317 ss. Cf. aussi les arrêts cités en n. 888.

pourparlers) ne vaut pas acceptation[893]. De même le congé conditionnel d'un bail par le locataire (p. ex. attaché à un nouvel emploi convoité dans une autre ville) ne vaut pas congé. Dans l'un et l'autre cas, la déclaration formatrice est nulle, dénuée d'effets[894]. Mais, épurée de la condition, elle pourra être répétée.

453 Le principe s'applique dans toute sa **rigueur** lorsqu'il est inscrit dans la loi, comme c'est le cas de la répudiation d'une succession (art. 570 al. 2 CC), ou que l'exercice de l'acte nécessite le concours d'une autorité[895].

454 Une **exception** au principe trouve une approbation générale[896]. Elle réclame selon nous une interprétation restrictive et circonstanciée. En clair, l'exercice d'un droit formateur peut être subordonné à une condition si l'avènement de celle-ci dépend exclusivement de la volonté du destinataire de l'acte, à tel point que sa situation ne s'avère pas incertaine ni péjorée. À titre d'illustration, on citera l'exemple du locataire qui résilie le contrat, à condition que son frère, intéressé à occuper les lieux, soit admis à conclure une location dans les mêmes termes à l'échéance. Si le bailleur accepte cette condition potestative, c'est-à-dire laissée à sa seule décision, le congé pourra être considéré comme valable.

455 Le caractère **irrévocable** de l'acte formateur est également affirmé, pour des raisons déjà mentionnées[897], peut-être de manière davantage accentuée que pour l'inconditionnalité[898]. Le principe commande que la situation nouvelle créée par l'exercice du droit lie les deux parties : elle n'est pas modifiable par la seule volonté de l'une d'elles. Ainsi en est-il du congé ordinaire d'un contrat de travail, dont les effets ne sauraient être reportés par l'auteur au-delà du terme fixé ; de même du droit de préemption :

---

893 Cf. *supra* N. 434. Cf. aussi ENGEL, Obligations, p. 32 et 854 ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 317 ss et 327 s. ; ATF 128 III 129 cons. 2, JT 2003 I p. 10 ; 135 III 441 cons. 3.

894 VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 343.

895 Cf. *supra* N. 430 et 440. Cf. aussi L'HUILLIER, op. cit. (n. 840), p. 246.

896 ENGEL, Obligations, p. 32 et 854 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 155 ; L'HUILLIER, op. cit. (n. 840), p. 243 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 103 ; ATF 128 III 129 cons. 2a, JT 2003 I p. 10 ; 123 III 246 cons. 3, JT 1998 I p. 366 (cas particulier du « congé-modification » dans le contrat de travail, jugé en principe non abusif).

897 Cf. *supra* N. 451 et les réf. cit. Cf. aussi ENGEL, Obligations, p. 32 s. ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 354 ss ; ATF 128 III 70 cons. 2, JT 2003 I p. 4.

898 MERZ, TDP VI/1, p. 81 ; ENRIQUEZ, op. cit. (n. 842), p. 368 ss. Le TF parle de « paradoxe juridique » (*paradosso juridico,* ATF 110 II 253, JT 1985 I p. 261).

le titulaire, qui use de la faculté de faire naître une vente, ne peut revenir de lui-même sur sa déclaration.

Le principe de l'irrévocabilité de l'acte formateur connaît des **exceptions,** propres à entraîner le rétablissement de la situation juridique antérieure à l'exercice. C'est de **révocabilité unilatérale** d'un acte privé qu'il est question ici. D'abord, on mentionnera les facultés offertes par des **dispositions légales,** par exemple l'art. 77 al. 2 LCA (droit du preneur d'assurance de révoquer la désignation d'un tiers bénéficiaire) ou les art. 40*a* ss (droit de l'acquéreur de révoquer son acceptation à un contrat conclu hors de l'établissement commercial du fournisseur de la prestation). 456

D'autres exceptions découlent de la nécessité pratique et de l'existence ou non d'un éventuel besoin de protection du destinataire de l'acte formateur, au terme d'une **interprétation téléologique de la loi**[899]. En ce sens, on admet que la partie qui invalide un contrat entaché d'un vice du consentement (art. 31 al. 1) soit légitimée à revenir sur sa déclaration lorsque l'autre partie conteste l'existence du droit résolutoire ou la validité de son exercice. Le cas échéant, celle-ci exprime sa volonté de maintenir le contrat ; elle contreviendrait aux règles de la bonne foi (art. 2 CC), en soutenant simultanément que l'invalidation l'aurait libérée de ses obligations ; dès lors on ne voit plus qu'elle mérite encore une protection particulière[900]. 457

Le principe examiné connaît également des exceptions de nature contractuelle. De manière discutable, on parle parfois de **révocation conventionnelle.** C'est une manière d'affirmer que, par un commun accord, les parties au rapport juridique sont admises à annuler consensuellement les effets d'un acte formateur. Encore faut-il que la solution ne heurte pas un principe fondamental ou les prérogatives de tiers[901]. 458

Cette problématique a fait couler beaucoup d'encre, avec la référence omniprésente – ce n'est pas fortuit – à un droit formateur résolutoire, soit la résiliation du bail à loyer. Nous nous bornerons à dessiner quelques **lignes directrices.** Celles-ci nous paraissent simplement raisonnables et propres à préserver la « construction sécurisée » de l'acte formateur. 459

---

899 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 157.

900 Outre les réf. cit. en n. 899, cf. BUCHER, OR, p. 212 ; KOLLER, N. 2.69 ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 356 s. ; ENRIQUEZ, op. cit. (n. 842), p. 370 s. qui voit l'application de l'adage *venire contra factum proprium.* Cf. aussi ATF 128 III 70 cons. 2, JT 2003 I p. 4.

901 ENGEL, Obligations, p. 33 ; ENRIQUEZ, op. cit. (n. 842), p. 355 s.

460 L'idée prédomine à juste titre qu'on ne saurait admettre une révocation conventionnelle lorsque l'acte formateur a développé **tous ses effets,** par exemple lorsque le bail est éteint *ipso iure* au terme contractuel ou légal. Dans l'hypothèse où les parties entendent poursuivre leur relation au-delà de cette échéance, libre à elles de conclure, expressément ou implicitement, un nouveau contrat[902]. ENGEL paraît bien isolé quand il affirme, dans des termes qui laissent place au doute, que les parties peuvent en tout temps suspendre les effets de l'acte et poursuivre l'exécution du même contrat[903].

461 En revanche, l'opinion référencée ci-dessus[904] approuve la validité d'une **annulation conventionnelle** d'une déclaration formatrice, lorsque les effets définitifs de l'acte formateur ne se sont pas produits. Rapporté à la résiliation ordinaire du bail, l'acte a certes modifié le contrat à durée indéterminée en un contrat à durée déterminée, tout en fixant son échéance (qui elle-même peut être différée en cas de contestation du congé ou de prolongation du bail portant sur une habitation ou un local commercial)[905]. Avant l'avènement de cette échéance, les parties sont en droit d'éteindre d'un commun accord les effets du congé, de façon rétroactive. Il en résulte un rétablissement de la situation antérieure à l'exercice du droit résolutoire, donc le maintien du bail originaire.

462 À première vue, la controverse en question (maintien du contrat primitif ou conclusion d'un nouveau contrat) ne paraît pas développer une grande importance pratique. Mais celle-ci ne saurait être sous-estimée dans la mesure où, dans de nombreux contrats, la **durée effective** de la relation peut jouer un rôle. Tel est le cas dans le contrat de travail pour la fixation du salaire en cas d'empêchement de travailler (art. 324*a* al. 2) ou pour la détermination des délais de congé (art. 335*c*). Il en va de même dans le bail à loyer pour la désignation des termes (trimestre ou semestre de bail, art. 266*b* ss), pour le calcul des loyers (initial et ultérieurs, art. 269*a* ss) et

902 VON TUHR/PETER, p. 147 ; MERZ, TDP VI/1, p. 81 ; L'HUILLIER, op. cit. (n. 840), p. 226 ss ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 389 ss ; ENRIQUEZ, op. cit. (n. 842), p. 360 ss ; ATF 63 II 368 cons. 1 ; 68 II 248 cons. 1, JT 1943 I p. 52 ; Cour de justice Genève, 20 octobre 1959, SJ 1960, p. 597.

903 ENGEL, Obligations, p. 33. Arrêt du TF 4A_499/2013 du 4 février 2014 cons. 3.2, qui note l'opinion de Engel sans trancher la question.

904 Cf. *supra* les réf. cit. en n. 902.

905 Arrêt du TF 4A_499/2013 du 4 février 2014 cons. 3.3.3 ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 392 s.

pour la décision judiciaire de prolongation du bail (art. 272 al. 2 let. b). Sans parler de l'influence que joue l'extinction d'un contrat sur les **droits de tiers,** telles les personnes qui, d'une manière ou d'une autre, se portent garantes (banque, caution)[906].

E. L'action formatrice

463 Dans certains cas exceptionnels, la loi impose l'exercice d'un droit formateur par une demande en justice. L'action formatrice *(Gestaltungsklage)* conduit à un **jugement formateur** *(Gestaltungsurteil),* par lequel le demandeur obtient la création, la modification ou la dissolution d'un droit ou d'un rapport de droit déterminé (art. 87 CPC)[907].

464 La validation d'un droit formateur par le juge se justifie par l'**importance de l'objet,** au regard des intérêts en présence[908]. Dans le CC, on citera le divorce (art. 111 ss), le désaveu de paternité (art. 256) ou l'annulation d'une disposition à cause de mort (art. 519 s.). Dans le CO, on mentionnera l'annulation de la vente aux enchères (art. 230 al. 1) ou la dissolution de la société simple pour cause de justes motifs (art. 545 al. 1 ch. 7). Les cas les plus fréquents en pratique se situent dans le droit du bail à loyer, par les demandes d'annulation d'un congé abusif (art. 271 et 271*a*) et de prolongation du contrat (art. 272), qui impliquent la saisine de l'autorité de conciliation (art. 273).

465 Il arrive que le créancier soit contraint d'intenter une action formatrice, lorsque le **débiteur refuse d'accomplir une déclaration nécessaire** à la modification d'une situation juridique. Tel est le cas de l'attribution judiciaire du droit de propriété d'un immeuble à l'acquéreur qui est au bénéfice d'un titre valable, dans l'hypothèse où l'aliénateur s'abstient de faire opérer l'inscription au RF (art. 665 al. 1 CC)[909].

---

906 VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 392.

907 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 75 ; L'HUILLIER, op. cit. (n. 840), p. 105 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 102.

908 MERZ, TDP VI/1, p. 75 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.08 ; L'HUILLIER, op. cit. (n. 840), p. 124 s.

909 MERZ, TDP VI/1, p. 75 ; KOLLER, N. 2.64.

III. Les exceptions

A. Un concept général

466 Au sens large, l'exception peut être définie comme un droit opposé par une partie à une prétention ou à une action judiciaire, voire à un recours sur décision judiciaire. C'est un **moyen de défense au fond,** par opposition aux défenses procédurales[910]. Il fait partie de la catégorie des droits de compétence (ou droits subjectifs secondaires)[911].

467 Se référant à une terminologie ancienne, le Code utilise le terme « exception » *(Einrede)* pour désigner indistinctement les **exceptions au sens strict** (le droit de refuser d'exécuter la prestation due) et les **objections** (l'allégation d'un fait dont il résulte que le droit de l'autre partie n'existe pas ou n'existe plus). À titre d'illustration, on citera des règles régissant la prescription (art. 135 ch. 2 et 138)[912] et le transfert des obligations (art. 169 al. 1 et 179 al. 1)[913].

468 La **distinction bipartite** a été posée par la doctrine germanique du XIX[e] siècle et, avec VON TUHR, elle a fait sa place en droit suisse[914]. Bien que le critère paraisse clair, en ce sens que l'exception *stricto sensu* relève du droit, alors que l'objection relève du fait, sa mise en œuvre ne va pas sans soulever des difficultés. Comme nous le verrons, la doctrine affiche des divergences de qualification en la matière et la jurisprudence ne montre pas toujours la cohérence souhaitable. Bref, tout cela peut conduire à désécuriser les plaideurs[915].

469 Au sens très large, l'exception appréhende également le moyen de défense que constitue la **contestation** *(Bestreitung).* Il s'agit de la déclaration d'une partie niant l'existence d'un fait allégué par l'autre partie (ex. : la livraison de la chose vendue). Cette question est intimement liée à la

910 CoRo-CO I-MORIN, N. 29 s. ad art. 1 ; BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II p. 309 ss.

911 Cf. *supra* N. 376 ss.

912 CoRo-CO I-PICHONNAZ, N. 22 ad art. 135, N. 4 ad art. 138.

913 VON TUHR/PETER, p. 28 ; CoRo-CO I-PROBST, N. 5 ad art. 169, N. 4 ad art. 179.

914 VON TUHR/PETER, p. 22 ss ; SCHALLER JEAN-MARC, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, thèse d'habilitation Zurich 2010, N. 3 ; ATF 63 II 133 cons. 2, JT 1937 I p. 56.

915 Cf. *infra* N. 482 ss. Cf. aussi SCHALLER, op. cit. (n. 914), N. 24 ss.

problématique du fardeau des preuves (art. 8 CC)[916]. En effet, le demandeur est en principe tenu de prouver le fait dont il se prévaut et qui a été contesté en cours d'instance par le défendeur (art. 150 al. 1, 221 al. 1 let. d et 222 al. 2 CPC).

B. L'exception au sens strict

1. La notion

L'exception *stricto sensu (Einrede)* constitue un moyen de défense qui confère à son titulaire – le plus souvent le débiteur – le **droit de refuser d'exécuter la prestation,** pour un motif particulier. En d'autres termes, il s'agit d'une faculté qui contrecarre l'action du créancier. On parle parfois de « droit contraire » ou de « défense du droit »[917]. 470

L'exception paralyse l'action du créancier, soit **provisoirement** (ainsi en est-il de l'exception d'inexécution qui accorde au débiteur la prérogative de ne pas s'exécuter tant que le cocontractant n'a pas accompli sa prestation, ou offert de le faire, art. 82)[918], soit **définitivement** (ainsi en est-il de l'exception de prescription, art. 127, 142)[919]. 471

En ce sens, selon le critère de la durée de l'effet déployé, on distingue les exceptions dilatoires et péremptoires[920]. Les exceptions sont **dilatoires** lorsqu'elles autorisent le débiteur à s'opposer temporairement à l'exécution de la prestation. Il s'agit par exemple des exceptions d'inexécution (art. 82), d'insolvabilité (art. 83) et de celles découlant d'un sursis[921], d'un droit de rétention (art. 895 CC) ou d'un bénéfice de discussion de la caution (art. 495)[922]. Jugée prématurée, la demande est déclarée provisoirement mal fondée ; elle pourra être reformulée après la disparition du motif qui fonde le moyen soulevé. Quant aux exceptions **péremptoires,** 472

916 VON TUHR/PETER, p. 47 ; TANDOGAN, p. 43 s.
917 ENGEL, Obligations, p. 33. Cf. aussi BERGER, N. 96 ; SCHALLER, op. cit. (n. 914), N. 112 ; BOHNET, op. cit. (n. 910), p. 309 et 315.
918 Ex. : ATF 123 III 16 cons. 2b, JT 1999 I p. 99.
919 Ex. : ATF 133 III 6 cons. 5.3.4.
920 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 76 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.36 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 251 ss.
921 ENGEL, Obligations, p. 625.
922 Cf. *supra* N. 298.

elles permettent au débiteur de rejeter définitivement – en totalité ou en partie – l'action du créancier. On citera notamment l'exception de prescription (art. 127), éventuellement l'exception de renoncer à se prévaloir de la créance *(pactum de non petendo)*[923].

2. L'exercice du moyen et ses effets

473 Au sens entendu ici, l'exception s'exerce par une **déclaration de volonté** adressée à l'autre partie. Cette prérogative appartient à celui qui en est titulaire, le plus souvent le débiteur. Exceptionnellement, d'autres personnes pourront s'en prévaloir, comme il en va du reprenant d'une dette (art. 179) et de la caution (art. 502 al. 1 et 2).

474 S'agissant de l'exception de prescription, le débiteur peut **renoncer par écrit** à la soulever, aux conditions que pose le nouvel art. 141 al. 1 et 1*bis*. Le juge ne tient pas compte d'office du moyen (art. 142). Le principe est conforme à la nature d'un tel droit subjectif, dont il ne dépend que de la volonté du débiteur de s'en prévaloir[924].

475 L'exercice de l'exception paralyse le droit d'action du créancier, mais n'éteint pas la créance[925]. Celle-ci devient une **obligation imparfaite,** en tout cas lorsqu'une exception péremptoire lui est opposée[926].

C. L'objection

1. La notion

476 L'objection *(Einwendung)* est l'allégation d'un fait déterminé, dont il résulte que le **droit de l'autre partie n'existe pas ou n'existe plus.** Le titulaire ne se borne pas à contester un fait[927]. Il allègue un fait nouveau,

923 BERGER, N. 99. Cette exception est parfois discutable ; cf. *infra* N. 523 ss.
924 VON TUHR/PETER, p. 29 et 32 ; ENGEL, Obligations, p. 35 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.34. Cf. aussi *supra* N. 135, 409 et 455 ss.
925 VON TUHR/PETER, p. 31 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 314 s. ; ATF 133 III 6 cons. 5.3.4.
926 Sur les obligations imparfaites, cf. *infra* N. 486 ss.
927 Cf. *supra* N. 469. Cf. aussi BOHNET, op. cit. (n. 910), p. 313.

en étant tenu d'en fournir la preuve (art. 8 CC)[928]. Au regard de l'exception au sens strict[929], on parle de « fait contraire » ou de « défense de fait »[930].

L'allégation peut porter sur un fait qui a empêché la naissance de la créance (un fait **dirimant,** *rechtshindernde Einwendung*). Ainsi en est-il d'un défaut de capacité de s'obliger (art. 12 ss CC) ou de la nullité d'un contrat en raison d'une simulation (art. 18 al. 2) ou d'un vice de forme (art. 11) ou de contenu (art. 20)[931]. 477

L'allégation peut porter aussi sur un fait qui a entraîné l'extinction de la créance (un fait **extinctif,** *rechtsvernichtende Einwendung*). Les exemples se rapportent principalement aux causes d'extinction des obligations, tels l'exécution de la prestation (art. 114 al. 1), la remise de dette (art. 115), la novation (art. 116), l'impossibilité d'exécution (art. 119), la consignation de la prestation (art. 92 al. 1, 168 al. 1, 259*g*), la défaillance de la condition suspensive ou l'avènement de la condition résolutoire (art. 151 al. 1, 153 al. 2, 154 al. 1). On citera aussi la perte de l'enrichissement (art. 64), la mort ou la faillite d'une partie (ex. : art. 405 al. 1) et la péremption (ex. : art. 251, 10 LRFP). 478

2. L'exercice du moyen et ses effets

L'objection s'exerce par l'**allégation d'un fait déterminé.** Elle peut être soulevée et démontrée par tout intéressé. Elle est en principe irrévocable. 479

Si, en cours de procédure, un fait justifiant une objection parvient à la connaissance du juge, ce dernier en **tiendra compte d'office**[932]. 480

L'objection repousse au fond le droit invoqué, en général la créance de l'autre partie. Mieux dit : elle **anéantit l'existence** même du droit en cause[933]. 481

---

928 VON TUHR/PETER, p. 27 ; ATF 79 II 97 (98).
929 Cf. *supra* N. 470.
930 ENGEL, Obligations, p. 33. Cf. aussi HUGUENIN, N. 33 et 33a ; SCHALLER, op. cit. (n. 914), N. 100 et 122 ss.
931 VON TUHR/PETER, p. 27 ; ENGEL, Obligations, p. 33 s. ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.35.
932 BK-MÜLLER, Introd. N. 250 ; ATF 97 II 201 cons. 5.
933 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 78.

D. Quelques problèmes de distinction

482 Nous avons relevé que la terminologie relative aux exceptions n'était pas toujours cohérente[934]. Ainsi la prétendue exception de simulation de l'art. 18 al. 2 constitue en réalité une objection[935]. De manière générale, on observe également que les exceptions et les droits formateurs, qui appartiennent à la catégorie des droits de compétence[936], présentent des similitudes, tout en soulevant ici et là des **problèmes de qualification.**

483 Pour une partie de la doctrine, les exceptions au sens strict représenteraient une **sorte particulière de droits formateurs**[937]. On argumente que les prérogatives en question s'exercent par des manifestations de volonté qui ont pour effet de remettre en cause, d'une manière ou d'une autre, le droit de l'autre partie. Par ailleurs, il arrive que la même faculté s'exerce par un acte formateur ou par une exception ; ainsi en est-il des moyens qu'offre à l'acheteur le régime de la garantie des défauts de la chose (art. 205 et 210 al. 5)[938].

484 Une autre partie de la doctrine, dans laquelle nous nous rangeons, défend l'**existence de critères distinctifs**[939]. D'une part, l'exercice d'un droit formateur est en principe irrévocable, ce qui n'est pas le cas de l'exception[940]. Par ailleurs, le droit formateur génère un **effet plus marqué.** En ce sens, on rappellera que le droit formateur résolutoire anéantit le droit du créancier, alors que l'exception péremptoire ne fait que paralyser l'action intentée par ce dernier, en laissant le droit intact[941].

485 À cet égard, et sans vouloir allonger le propos, la qualification de la **compensation** (art. 120 ss) est révélatrice des **divergences** en la matière. Certains auteurs y voient une exception au sens strict[942] ; l'opinion paraît erronée, compte tenu que la compensation a pour effet d'éteindre la dette. D'autres la considèrent comme une objection[943]. D'autres encore, comme

---

934 Cf. *supra* N. 467 s. Cf. aussi KOLLER, N. 2.70 ; SCHALLER, op. cit. (n. 914), N. 24 ss.
935 Cf. *supra* N. 62. Cf. aussi BK-MÜLLER, Introd. N. 255.
936 Cf. *supra* N. 376 ss et 425.
937 BUCHER, OR, p. 38 ; KOLLER, N. 2.68 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 29 ad art. 1.
938 Cf. *supra* N. 435, 437 et 472.
939 MERZ, TDP VI/1, p. 77 ; TANDOGAN, p.47 s. ; VIONNET, op. cit. (n. 842), p. 9 ss.
940 Cf. *supra* N. 441, 455 ss et 474.
941 Cf. *supra* N. 437, 472 et 475. Cf. aussi VON TUHR/PETER, p. 31 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 77 ; L'HUILLIER, op. cit. (n. 840), p. 88 ss.
942 BUCHER, OR, p. 38.
943 KOLLER, N. 2.67, 66.06 ; HUGUENIN, N. 33a ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 1612 (cf. pourtant N. 1614).

nous[944], la qualifient de prime abord de **droit formateur résolutoire**[945]. La raison réside dans les conditions d'exercice de l'institution, qui commandent au débiteur – et à lui seul – de manifester au créancier son intention de compenser (art. 124 al. 1)[946]. L'affirmation paraît en tout cas correcte si la compensation est invoquée hors procédure. En revanche, dans un contexte procédural, le moyen constitue d'abord une défense de fait du débiteur s'opposant à la demande du créancier, donc une objection qui lui permet d'éteindre sa dette. En ce sens, les qualifications de droit formateur et d'objection n'entrent pas fondamentalement en contradiction[947].

944 Cf. *supra* N. 255, 284 et 437.

945 ENGEL, Obligations, p. 670 ; KRAMER/PROBST, N. 513f.

946 Arrêt du TF 4C.295/2001 du 24 janvier 2002 cons. 2c, SJ 2002 I p. 244.

947 PICHONNAZ PASCAL, La compensation, thèse Fribourg 2001, N. 2030 ss ; CoRo-CO I-JEANDIN/HULLIGER, Intro art. 120-126 N. 1, qui mentionnent les deux notions à l'appui de leur définition.

Chapitre III : Les obligations imparfaites

Bibliographie spéciale :

BERGER, N. 83 ; **BUCHER,** OR, p. 67 ss, 683 ; **ENGEL,** Obligations, p. 43 ss, 54 ss, 591 ; **FROSSARD,** CLAUDE, Les obligations naturelles et la garantie de leur exécution en droit suisse, thèse Lausanne 1960 ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 1 N. 99 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 81 ss ; **HUGUENIN,** N. 34 ss ; **KOLLER,** N. 2.41 ss ; **KRAMER/PROBST**, N. 96 ; BK-**KRAMER/SCHMIDLIN**, Introd. gén. N. 106 ss ; **MERZ,** TDP VI/1, p. 259 ss ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 238 ss ; ZK-**SCHÖNENBERGER/JÄGGI,** Rem. prél. art. 1 N. 71 ss ; **SCHWEIZER,** PHILIPPE/**BOHNET,** FRANÇOIS, La renonciation à agir et à recourir, RSPC 1/2007, p. 54 ss ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 4.40 ss ; **TANDOGAN,** p. 55 ss ; **YUNG,** WALTER, La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse, in Études et articles, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, Genève 1971, p. 128 ss.

§ 1 La notion

I. La définition et les caractéristiques

A. La définition

À l'obligation proprement dite ou parfaite[948], on oppose l'obligation imparfaite *(unvollkommene Obligation),* dénommée aussi obligation naturelle *(Naturalobligation),* selon la terminologie du droit romain[949]. Il s'agit d'obligations pour lesquelles le législateur (voire le juge) n'accorde qu'une **protection affaiblie,** en ce sens qu'elles sont soit à l'origine, soit postérieurement, dépourvues (parfois en partie) de certaines prérogatives attachables à la créance et non des moindres : les droits d'action et d'exécution forcée[950]. 486

Dans la **première catégorie** (obligations imparfaites dès l'origine), on citera la dette de jeu (art. 513 al. 1, dans les limites de l'art. 515*a*), pour laquelle le créancier – le gagnant – est privé de toute action en justice ; 487

948 Cf. *supra* N. 228 ss.

949 VON TUHR/PETER, p. 32 s. ; ENGEL, Obligations, p. 44 ; FROSSARD CLAUDE, Les obligations naturelles et la garantie de leur exécution en droit suisse, thèse Lausanne 1960, p. 13 ss.

950 MERZ, TDP VI/1, p. 260 ; TANDOGAN, p. 56 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 82 ; KOLLER, N. 2.41. Cf. ég. *supra* N. 243 ss.

il s'agit d'un moyen que le juge constate d'office. Dans la **seconde catégorie** (obligations devenues imparfaites), on mentionnera la créance prescrite, qui se trouve paralysée par l'exception soulevée par le débiteur (art. 127 ss, not. 142)[951] ; à noter que l'exception ne provoque pas l'extinction de la créance, mais la déchéance de la faire valoir en justice contre la volonté du débiteur[952].

488 À vrai dire, tant la définition que la distinction brièvement esquissées ci-dessus ne rendent compte de toutes les **hypothèses** instituées par le législateur ou créées par la jurisprudence ; nous nous focaliserons sur les principales. C'est dire que le **concept** d'obligations imparfaites, comme tel non régi de façon systématique dans le Code, **est loin d'être unitaire.** Il se décline au pluriel, même si la doctrine a posé des caractéristiques communes. Du reste, rien n'empêche a priori les parties de convenir du caractère imparfait d'une obligation.

489 Les obligations imparfaites représentent des exceptions par rapport aux obligations proprement dites[953]. Ce sont des **critères de politique économique et sociale,** teintés parfois de considérations morales, qui fondent la *ratio legis*[954]. Tel est notamment le cas des dettes d'auberge réservées par la législation cantonale (art. 186) et des dettes de jeu et de pari (art. 513). L'absence d'instruments de contrainte étatique tend à contenir des comportements incitatifs à l'alcoolisme ou à des opérations hasardeuses ou spéculatives propres à provoquer l'endettement[955]. La **protection du débiteur** n'est donc pas absente de la raison d'être des dispositions en question ; ainsi en est-il aussi de l'exception attachée à la prescription de la créance[956].

B. La distinction avec le devoir moral

490 On ne saurait **confondre** l'obligation imparfaite et le devoir moral *(sittliche Pflicht),* tel que défini plus haut[957]. Ainsi, sauf convention, il n'y

951 Cf. *infra* N. 500 ss. Sur la révision du droit de la prescription, cf. *supra* N. 135.
952 BOHNET FRANÇOIS, La prescription en procédure civile, in Le nouveau droit de la prescription, François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (édit.), Bâle 2019, N. 14.
953 Cf. BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 106.
954 MERZ, TDP VI/1, p. 260 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 82.
955 CoRo-CO I-JEANDIN/TEDJANI, Intro. art. 513-515*a* N. 3 et 5 ; ATF 120 II 41 cons. 3a, JT 1995 I p. 3.
956 ENGEL, Obligations, p. 48. Cf. aussi *infra* N. 499 et 514.
957 Cf. *supra* N. 304 ss et les réf. et ex. cit.

a pas d'obligation juridique de pourvoir à l'entretien d'une personne autre que celles qui appartiennent aux cercles prévus par les art. 163 ss, 276 ss et 328 CC. Autrement dit, une telle « obligation » constitue une règle de conduite éventuellement commandée par la morale, mais en tout cas non sanctionnée par l'ordre juridique.

Néanmoins, le législateur a voulu attribuer une **reconnaissance juridique** à la valeur de devoirs moraux volontairement exécutés, même si le *solvens* pensait à tort devoir s'acquitter d'une obligation civile. Deux dispositions sont significatives. D'une part l'art. 63 al. 2, qui formule que l'exécution volontaire d'un devoir moral ne génère pas une créance en répétition ; tel est le cas justement d'une prestation d'entretien fournie à un tiers sans y être tenu par la règle posée à l'art. 328 CC[958]. D'autre part, l'art. 239 al. 3 énonce que l'accomplissement d'un devoir moral ne représente pas une donation ; on en déduit que la promesse d'exécuter un devoir moral est valable sans être soumise à l'exigence de la forme écrite imposée à la promesse de donner (art. 243 al. 1)[959]. 491

Il en découle que le droit accorde des conséquences juridiques à des comportements qui, a priori, sont dénués de cause[960]. En d'autres termes, il considère le **devoir moral exécuté** « comme une cause légitime d'attribution »[961]. Encore faut-il que le devoir en question existe[962]. 492

Il paraît discutable d'assimiler sans autre l'**accomplissement d'un devoir moral** à une obligation imparfaite, comme on le fait souvent. En effet, de prime abord, le devoir en discussion ne constitue pas une obligation dotée d'une créance ; il n'entre pas dans la définition et les catégories exposées ci-dessus[963]. Il est préférable d'affirmer que le devoir moral, une fois exécuté, est en principe **traité comme une obligation imparfaite**[964]. 493

La raison d'être d'un tel principe tient dans la volonté du législateur de **responsabiliser** l'auteur d'un comportement commandé par sa 494

---

958 VON TUHR/PETER, p. 34 et 482 ; MERZ, TDP VI/1, p. 266 ; ENGEL, Obligations, p. 53, 59, 591 et 595 ; ATF 126 III 49 cons. 3bb, JT 2001 I p. 48. Au sujet de l'art. 63 al. 2, cf. *infra* N. 1151 ss, 1154.

959 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 111 ; ENGEL, Obligations, p. 60 ; ATF 53 II 198 cons. 3 et 4, JT 1928 I p. 12.

960 Cf. *supra* N. 372.

961 ENGEL, Obligations, p. 591. Cf. aussi CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 14 ad art. 63.

962 ATF 87 II 533 cons. 2 : devoir d'un oncle entretenant son neveu vivant à Paris, nié et considéré comme onéreux. Cf. aussi MERZ, TDP VI/1, p. 266.

963 Cf. *supra* N. 486 ss, *infra* N. 500 ss.

964 MERZ, TDP VI/1, p. 261 ; ENGEL, Obligations, p. 60 ; KOLLER, N. 2.45.

conscience morale, qui se comporte en quelque sorte comme un débiteur[965]. En ce sens, les art. 63 al. 2 et 239 al. 3 sont révélateurs des interférences entre le droit et la morale[966]. D'une certaine manière et dans une certaine mesure, on dira que ces dispositions satisfont aux exigences de la morale.

C. Quelques caractéristiques générales

495 Sous réserve de l'accomplissement d'un devoir moral, dont nous avons souligné la particularité ci-dessus, les obligations imparfaites comportent **plusieurs caractéristiques.**

496 D'abord, de telles obligations sont des obligations qui, sur plus d'un point, sont **assimilées aux obligations proprement dites :** elles reposent sur un fondement (source, cause), elles comportent les éléments constitutifs significatifs (créancier, débiteur, prestation), elles peuvent en principe être cédées et s'éteindre, par exemple du fait d'une remise (art. 115) ou par le mode ordinaire de l'exécution (art. 114 al. 1). Ainsi, quoi que laissent entendre les teneurs allemande et française de l'art. 513 al. 1, le gagnant d'un jeu dispose d'une prétention au paiement du gain à l'encontre du perdant[967].

497 L'**exécution volontaire d'une obligation imparfaite est valable,** d'ailleurs souvent recommandée par les exigences de l'éthique et de la morale. Le cas échéant, le débiteur se libère, peu importe qu'il ait payé par erreur en croyant y être civilement obligé. Ce faisant, il n'a pas exécuté une *« Nichtschuld »* ou un indu, de sorte qu'il est privé d'un droit à répétition (art. 63 al. 2, dont il faut admettre une portée générale)[968].

---

965 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 14 ad art. 63.

966 Cf. *supra* N. 305.

967 Prétention dans le sens d'une prérogative de nature privée ; cf. *supra* N. 254 s. Cf. aussi BUCHER, OR, p. 67 s. et 683 ; ENGEL, Obligations, p. 44 et 461 ; KOLLER, N. 2.42 ; HUGUENIN, N. 35. Certains auteurs contestent l'existence d'une créance dans de tels cas, compte tenu que la prérogative principale, soit l'action en justice, fait défaut ; cf. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 75.

968 MERZ, TDP VI/1, p. 260 ; TANDOGAN, p. 55 s. ; ENGEL, Obligations, p. 46 et 48 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 15 ad art. 63. Cf. *infra* N. 1135.

Par ailleurs, le **débiteur qui s'exécute ne fait pas une donation,** même s'il sait que le créancier ne peut l'y contraindre, selon la règle de l'art. 239 al. 3 (dont l'application est plus large que l'énoncé l'exprime)[969]. C'est dire que les dispositions sur la révocation de la donation (art. 249 s.) et sur l'action révocatoire (art. 286 LP) ne trouvent pas ici application. 498

S'agissant des **obligations imparfaites à l'origine,** comme les dettes de jeu et d'auberge, le créancier est d'emblée privé des droits d'action et d'exécution forcée[970] ; autrement dit, il s'agit de dettes « sans engagement patrimonial »[971]. Quant aux **obligations devenues imparfaites,** telle la créance atteinte par la prescription, elles sont dotées d'une action en justice, qui pourra être paralysée et déclarée mal fondée, si l'exception péremptoire est soulevée avec succès par le débiteur ; le cas échéant, la créance subsiste comme obligation imparfaite[972]. 499

§ 2 Les principales obligations imparfaites

I. Une distinction et des catégories

Les principales obligations imparfaites légales sont éparpillées dans le Code[973]. **Plusieurs distinctions** sont opérées par la doctrine. Nous différencierons les obligations qui sont imparfaites dès l'origine de celles qui le deviennent postérieurement[974]. Quelques lignes seront consacrées à la créance née d'un enrichissement en vue d'atteindre un but illicite ou immoral (art. 66). 500

969 MERZ, TDP VI/1, p. 260 ; ENGEL, Obligations, p. 45.

970 Prérogatives de nature publique ; cf. *supra* N. 256 ss et 457 s.

971 ENGEL, Obligations, p. 44. *« Schuld ohne Haftung »,* selon BK-MÜLLER, Introd. N. 238 et SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.40.

972 Cf. *supra* N. 472 et 475. Cf. aussi BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 107 ; CoRo-CO I-PICHONNAZ, N. 10 ad art. 142. Cf. *infra* N. 514 ss.

973 Pour des cas particuliers, cf. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 72 ss (certaines hypothèses appartenant au droit de la famille sont aujourd'hui dépassées) ; VON TUHR/PETER, p. 35 s.

974 Dans ce sens : TANDOGAN, p. 56 ss.

II. Les obligations imparfaites dès l'origine

A. Les hypothèses légales

501 Les **dettes de jeu et de pari** (art. 513) et les **dettes d'auberge** réservées par le droit cantonal (art. 186) appartiennent à cette catégorie. Elles comportent les **caractéristiques** décrites plus haut[975]. Dès leur naissance, elles sont privées des droits d'action et d'exécution forcée, ainsi que d'autres prérogatives accessoires, telles une clause pénale ou une garantie sous forme de cautionnement[976]. C'est dire que l'exécution ne saurait être juridiquement imposée, fût-ce par compensation[977].

502 Le moyen tiré du caractère imparfait de l'obligation **s'examine d'office** par le juge ; le cas échéant, celui-ci déclare la demande irrecevable (art. 59 et 60 CPC).

503 On rappellera que, jusqu'au 1er janvier 2000, la créance de **courtage matrimonial** appartenait à cette catégorie d'obligations en vertu de l'art. 416. Cette disposition a été abrogée et remplacée aux art. 406*a* à 406*h*, qui régissent le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat[978].

B. Les dettes de jeu et de pari

504 On peut définir le jeu et le pari *(Spiel und Wette)* comme un contrat dénué de cause économique, dont l'exécution dépend d'un **caractère aléatoire** prépondérant. L'issue en est par définition incertaine. Elle permet à une partie d'obtenir un gain, en général sous la forme d'une somme d'argent[979]. Selon l'opinion dominante, l'art. 513 al. 1 accorde une **créance** au gagnant[980], contrairement à ce que laisse entendre la teneur des textes allemand et français[981] ; mais celui-ci ne saurait ouvrir action en justice avec

975 Cf. *supra* N. 486, 497 à 499 et 501 s.
976 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.42 ; CoRo-CO I-JEANDIN/TEDJANI, N. 9 ad art. 513.
977 CoRo-CO I-JEANDIN/TEDJANI, N. 7 et 8 ad art. 513 ; CoRo-CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N. 3 ad art. 186.
978 LF du 26 juin 1998, RO 1999 1118.
979 MERZ, TDP VI/1, p. 262 ; CoRo-CO I-JEANDIN/TEDJANI, N. 1 ad art. 513 ; ATF 133 III 68 cons. 8.2.
980 Cf. *supra* N. 496 et les réf. cit. Cf. aussi ATF 138 III 168 cons. 3.3.
981 En revanche, les notes marginales sont correctes.

succès, même s'il est pourvu d'un titre (art. 514 al. 1). Le législateur voit d'un mauvais œil l'argent gagné par le seul fait du hasard[982]. S'agissant de jeux et paris soustraits à autorisation étatique, il délègue à la sanction sociale ce qu'il est parfois convenu d'appeler « des dettes d'honneur »[983].

505 Le perdant d'un jeu ou d'un pari de ce genre ne saurait exciper du caractère naturel de l'obligation pour exiger la **restitution du paiement**[984]. La répétition est réservée dans les hypothèses envisagées par l'art. 514 al. 2, en particulier lorsque l'opération ne s'est pas déroulée ou qu'elle a été faussée par une manœuvre déloyale[985].

506 L'art. 513 al. 2 *in initio* assimile aux dettes de jeu et de pari les **avances ou prêts** effectués à cet effet, ce qu'on désigne quelquefois par l'expression « contrats liés »[986].

507 L'art. 513 al. 2 *in fine* étend le champ d'application de la règle aux **marchés différentiels ou à terme** sur des marchandises et valeurs en bourse qui offrent le caractère de jeu ou de pari. Ce sont des opérations aléatoires qui sont visées, menées à des fins spéculatives. Pour des raisons liées avant tout à la sécurité des transactions boursières, cette disposition fait l'objet d'une interprétation stricte[987].

508 Dans ce contexte, on notera que certaines créances relevant du jeu ou du pari ne sont pas considérées comme des obligations imparfaites. Il s'agit d'une part des créances qui découlent de **loteries autorisées** (art. 515 al. 1), d'autre part des créances qui résultent de **jeux de hasard s'étant déroulés dans une maison de jeu autorisée** (art. 515*a*). De tels jeux tombent sous le coup de dispositions de droit public autrefois rangées dans plusieurs lois spéciales[988]. Ces textes ont été abrogés par la nouvelle loi sur

---

982 VON TUHR/PETER, p. 33 ; ENGEL, Obligations, p. 46. Cf. aussi *supra* N. 489.

983 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 6658.

984 Cf. *supra* N. 497 et les réf. cit.

985 CoRo-CO I-JEANDIN/TEDJANI, N. 7 ad art. 514 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 240 ; ATF 126 IV 165 cons. 3c.

986 CoRo-CO I- JEANDIN/TEDJANI, N. 10 ss ad art. 513.

987 MERZ, TDP VI/1, p. 263 s. ; CoRo-CO I-JEANDIN/TEDJANI, Intro. art. 513-515*a* N. 7, N. 21 ad art. 513 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 15 ad art. 63 ; ATF 78 II 61 cons. 1 ; 120 II 42 cons. 3, JT 1995 I p. 3.

988 LF du 8 juin 1923 sur les loteries et les paris professionnels ; LF du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu ; ATF 133 III 68 cons. 3.2, 4 et 7 sur la systématique légale et les notions de loterie et de jeux de hasard.

les jeux d'argent, adoptée le 29 septembre 2017, qui a maintenu en l'état les art. 515 et 515*a*[989].

C. Les dettes d'auberge

509 L'art. 186 accorde aux **cantons** la compétence de restreindre ou de supprimer l'action en justice fondée sur des créances résultant de la vente au détail de boissons spiritueuses, y compris les dépenses d'auberge. Le cas échéant, ce sont essentiellement les créances des cafetiers, restaurateurs et hôteliers professionnels à l'encontre de clients consommateurs qui sont visées[990]. La reconnaissance d'une obligation naturelle, qui présente les caractéristiques décrites plus haut[991], devrait empêcher une poursuite pénale pour filouterie d'auberge (art. 149 CP)[992].

510 La **réserve habilitante** (art. 5 al. 1 CC)[993] octroyée aux cantons leur laisse a priori une marge de manœuvre assez large. En réalité, il apparaît qu'elle a été utilisée avant tout pour contrecarrer la **vente à crédit de boissons spiritueuses**[994]. La législation bernoise cible les cas à des personnes en état d'ébriété[995] ; il en va de même de la *Gastgewerbegesetz* zurichoise, qui étend la protection à des personnes malades mentales ou dépendantes[996].

511 Nous doutons fortement de l'efficacité de la règle réservée à l'art. 186. Celle-ci n'a pas donné lieu à une jurisprudence visible. Elle pa-

989 LF entrée en vigueur le 1er janvier 2019 (RS 935.51). Cf. ZÜND ANDREAS/HUGI YAR THOMAS, Rien ne va plus : Das schweizerische Glückspielrecht im Umbruch, Jusletter 17 novembre 2014 ; BENOÎT ANNE/BESSON MICHEL, Nouvelle loi sur les jeux d'argent : où en sommes-nous ?, Jusletter 20 avril 2015.

990 CoRo-CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N. 2 ad art. 186.

991 Cf. *supra* N. 486, 498 à 499 et 501 s.

992 JEANPRÊTRE RAYMOND, La dette d'auberge en droit civil et en droit pénal, JT 1965 IV p. 3 ss ; ENGEL, Obligations, p. 48.

993 Cf. *supra* N. 76 ss et 124.

994 ZK-SCHÖNLE, N. 10 ad art. 186.

995 Art. 30 de la loi du 11 novembre 1993 sur l'hôtellerie et la restauration (RS Berne 935.11).

996 § 26 *Gastgewerbegesetz* du 1er décembre 1996 (RS Zurich 935.11).

raît **désuète.** Lors de révisions législatives, certains cantons ont d'ailleurs renoncé à faire usage de la réserve en question[997].

III. Les obligations devenues imparfaites

A. Les hypothèses légales

Les obligations qui entrent dans cette catégorie sont à l'origine des obligations proprement dites. Pour un motif particulier, elles perdent cette qualité ultérieurement, en ce sens qu'à un certain moment elles **perdent certaines prérogatives de la créance** et présentent les caractéristiques des obligations imparfaites ; elles sont notamment valablement exécutables et peuvent être garanties et cédées[998]. 512

La **créance prescrite** constitue l'illustration évidente de cette catégorie d'obligations. Celle résultant du solde d'une dette éteinte par concordat judiciaire est discutée. 513

B. La créance prescrite

Le titulaire d'une dette prescrite peut se faire opposer une **exception péremptoire**[999]. Celle-ci doit être soulevée par le débiteur. Le juge n'y supplée pas d'office (art. 142) ; l'ordre public n'est pas en jeu[1000]. En telle occurrence, la créance est paralysée et l'action déclarée mal fondée. Elle ne s'éteint pas, mais elle subsiste comme obligation imparfaite[1001]. 514

997 Comparer l'art. 37 de l'ancienne loi vaudoise du 11 décembre 1984 sur les auberges et les débits de boissons, qui prévoyait une obligation imparfaite, assortie de conditions, pour les dettes découlant du service de boissons alcooliques avec la nouvelle loi du 26 février 2002, sur ce point muette (RS Vaud 935.31). De même l'art. 75 de l'ancienne loi neuchâteloise du 1er février 1993 sur les établissements publics avec la nouvelle loi du 18 février 2014 (RS Neuchâtel 933.10).

998 Cf. *supra* N. 486 et 495 ss. Cf. aussi BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 107 ; ENGEL, Obligations, p. 52, qui utilise l'expression « obligations civiles affaiblies » (p. 48 s.). Sur les prérogatives de la créance, cf. *supra* N. 253 ss.

999 Cf. *supra* N. 472 et 475.

1000 ENGEL, Obligations, p. 51 ; KOLLER, N. 2.43. Cf. aussi *supra* N. 487.

1001 Cf. *supra* N. 499.

515 Une double précision s'impose :

- Premièrement : l'**obligation redevient civile** si le débiteur reconnaît la dette prescrite.
- Deuxièmement : dans l'hypothèse où le débiteur, en connaissance de cause ou par erreur, a payé la dette prescrite, **il ne saurait répéter le montant** (art. 63 al. 2). En effet, l'exécution n'est pas dépourvue de cause[1002]. L'éventuelle erreur du débiteur porte sur l'ignorance de l'exception, et non pas sur le devoir d'accomplir la prestation due[1003].

516 Les dispositions régissant la **compensation** contiennent une particularité. En principe, la créance compensante doit être civile, c'est-à-dire déductible en justice, sans quoi son titulaire serait avantagé. Il en résulte que la partie recherchée ne saurait en principe opposer en compensation une obligation imparfaite. L'art. 120 al. 3 réserve une **exception pour la créance prescrite :** celle-ci peut être invoquée si elle n'était pas atteinte (et non pas « éteinte », comme l'exprime faussement le texte légal) par la prescription au moment où elle pouvait être compensée[1004].

C. Le solde de la dette après homologation d'un concordat

517 L'art. 311 LP règle l'effet général de l'homologation du concordat *(Nachlassvertrag)* au terme d'une procédure judiciaire (art. 293 ss LP). La décision **éteint les poursuites intentées à l'encontre du débiteur** avant le sursis, à l'exception des poursuites en réalisation de gage.

518 Dans le domaine examiné, une question demeure : libéré du solde excédant le dividende attribué aux créanciers, le débiteur reste-t-il tenu à leur égard d'une **obligation naturelle ?** Sur ce point, la loi est muette, et la problématique complexe, donc motif à controverse. Aucune réponse gé-

1002 Cf. *supra* N. 497 et *infra* N. 1002. Cf. aussi von TUHR/PETER, p. 35 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1543 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 239.
1003 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 13 ad art. 63.
1004 BUCHER, OR, p. 67 et 70 ; ATF 91 II 213 cons. 3c, JT 1966 I p. 176.

nérale ne s'impose, sauf à ignorer le règlement du concordat[1005]. Nous renonçons ici à une analyse en profondeur.

519 Un courant d'opinion avance que l'homologation du concordat laisse subsister une obligation naturelle, en arguant du maintien des garanties (art. 303 LP, 114 al. 3)[1006]. Un autre courant de pensée est d'avis que la ratification du concordat vaut remise – collective et proportionnelle – de dette, avec effet extinctif[1007] ; or une obligation naturelle ne saurait en principe survivre à une **dette réputée inexistante**[1008]. Quant à la proposition de considérer le paiement à l'un ou l'autre créancier du solde de la dette comme l'**exécution d'un devoir moral**[1009], avec l'effet que lui attribue l'art. 63 al. 2[1010], elle nous indispose : est-ce bien conforme aux exigences de l'éthique que le droit protège un comportement qui peut conduire à privilégier l'un des créanciers, alors que ceux-ci se voient garantir une égalité de traitement lors de l'établissement du concordat ? En l'absence de devoir moral, l'attribution serait faite sans cause, donc sujette à répétition (art. 62 ss).

IV. La créance née d'un enrichissement en vue d'atteindre un but illicite ou immoral

520 Selon l'art. 66, l'action en restitution de l'enrichissement illégitime est exclue lorsque l'appauvri a agi en vue d'atteindre un **but illicite ou contraire aux mœurs.** Le TF a récemment limité l'application de cette disposition. Il a jugé que la restitution de l'enrichissement n'était paralysée « que si les prestations ont été faites dans le but d'inciter à un comportement illicite ou contraire aux mœurs, ou de le récompenser »[1011], ce qu'on appelle parfois le *Gaunerlohn* (la rétribution du filou, *pretium stupri*)[1012].

1005 GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Poursuite pour dettes et concordat, 5e éd., Bâle 2012, N. 3267 s. ; PETER HANSJÖRG, Édition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Berne 2010, p. 1330 s. (art. 311 LP).

1006 MERZ, TDP VI/1, p. 268, n. 23 ; ENGEL, Obligations, p. 49 ; KOLLER, N. 2.43.

1007 CoRo-Poursuite et faillite-MARCHAND, N. 2 ad art. 311 LP ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 3138.

1008 Cf. *supra* N. 496.

1009 VON TUHR/PETER, p. 37.

1010 Cf. *supra* N. 491.

1011 Trad. JT 2008 I p. 547, ATF 134 III 438 cons. 3.2, et la note de PICHONNAZ in RSJ 2009, p. 189.

1012 KOLLER, N. 31.44 ss ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 2 s. ad art. 66.

Ainsi en est-il d'un pot-de-vin versé à une personne pour corrompre un fonctionnaire (art. 322*ter* CP).

521 On admet de façon générale que le juge examine d'office l'application de l'art. 66 et que la créance en répétition subsiste comme **obligation imparfaite**[1013], avec les effets qui en découlent[1014].

522 Si l'enrichi rembourse ou s'oblige à rembourser la somme reçue, par exemple en signant une reconnaissance de dette, il ne saurait plus se prévaloir de l'avantage que lui procure l'art. 66[1015].

§ 3 Les obligations imparfaites en vertu d'une convention des parties

I. Notion

523 En règle générale, la créance ouvre la voie à une action judiciaire et à l'exécution forcée. Ces prérogatives sont de nature publique[1016]. Elles sont érigées en garanties constitutionnelles formant ce que la doctrine appelle « un droit à la justice »[1017]. En dépit de ces caractéristiques, et outre l'hypothèse d'une clause compromissoire[1018], on admet que le créancier puisse en principe **renoncer aux droits** en question. Un tel engagement, nous le verrons, connaît des limites.

524 La renonciation du créancier intervient dans le cadre d'un ***pactum de non petendo.*** Les parties y conviennent que la créance ne sera pas déductible en justice, tout en subsistant comme obligation imparfaite, avec les caractéristiques qui en découlent[1019]. Un courant d'opinion affiche son

---

1013 ENGEL, Obligations, p. 595 ; BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 7 ad art. 66 ; BK-RÜEDI, N. 15 et 469 ad art. 66 ; HUGUENIN, N. 37 ; ATF 75 II 293 cons. 3a, JT 1950 I p. 301.

1014 Cf. *supra* N. 495 ss. Cf. aussi *infra* N. 1172.

1015 ATF 75 II 293 cons. 3a, JT 1950 I p. 301.

1016 Cf. *supra* N. 256 ss.

1017 MAHON, op. cit. (n. 161), Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Rem. prél. aux art. 29 à 32 N. 1. Cf. aussi l'art. 6 CEDH, qui garantit le droit à un procès équitable, dont le principe est repris à l'art. 29*a* Cst. féd. sur la garantie de l'accès au juge.

1018 Cf. art. 353 ss CPC. Cf. aussi MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 259 s.

1019 Cf. *supra* N. 495 ss. Dans ce sens, VON TUHR/PETER, p. 38 ; MERZ, TDP VI/1, p. 268 ; BUCHER, OR, p. 69 et 71 ; ENGEL, Obligations, p. 49 s. ; TC Neuchâtel, 4 avril 1927, RSJ 1926/1927, p. 362 N. 284.

scepticisme en la matière. Ainsi GULDENER fait valoir qu'une telle convention conduit à vider la créance visée de son essence même. En clair, un droit subjectif dénué de protection juridique ne serait plus un droit[1020].

Selon l'opinion majoritaire, l'engagement du créancier peut être durable ou temporaire. Il est **durable** lorsque les parties entendent transiger définitivement sur un litige, en toute confidentialité[1021]. Il est **temporaire** si la promesse du créancier est assortie d'un terme, par exemple la connaissance d'une expertise[1022]. 525

La motivation des parties à créer une obligation naturelle s'explique aussi par des **rapports de proximité.** Tel est le cas d'un oncle qui prête une somme d'argent à sa nièce, en déclarant, en dépit d'une clause de dénonciation, accepter le remboursement au gré de celle-ci et en précisant qu'il renoncera à toute action judiciaire ou mesure d'exécution forcée[1023]. Le cas échéant, la dette existe (elle n'a pas été l'objet d'une remise ou d'une reconnaissance négative[1024]), mais elle est dénuée d'engagement patrimonial de la débitrice ; et celle-ci peut opposer une exception péremptoire à toute prétention du prêteur[1025]. 526

II. Des limites à la liberté contractuelle

L'art. 27 CC institue une **réglementation fondamentale protégeant la personnalité** des acteurs de la vie juridique[1026]. Il pose des limites générales à la liberté contractuelle, en combinaison avec les art. 19 al. 2 et 20. L'art. 27 al. 1 CC prévoit des règles rendant illicite la renonciation à la jouissance et à l'exercice des droits civils ; la sanction est radicale : la nullité absolue de l'acte. Quant à l'art. 27 al. 2 CC, dont l'importance pratique est considérable, il dispose que nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage, dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs. En clair, un engagement contractuel ne saurait être **excessif.** Le cas échéant, l'auteur 527

[1020] GULDENER MAX, Über dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischen Betreibungsrecht, RDS 1946 I p. 218 n. 95.
[1021] ENGEL, Obligations, p. 50.
[1022] KOLLER, N. 39.12.
[1023] MERZ, TDP VI/1, p. 268 ; VON TUHR/PETER, p. 38.
[1024] Cf. *supra* N. 421.
[1025] TERCIER/PICHONNAZ, N. 1569. Cf. aussi *supra* N. 472.
[1026] Sur les sanctions frappant des engagements contraires aux droits de la personnalité (selon les cas « nullité absolue » ou « relative »), cf. Vol. II, L'objet du contrat.

sera légitimé à en **refuser l'exécution.** Le TF y voit donc une nullité relative[1027]. De nombreuses dispositions spéciales posent des limites correspondant à l'objectif visé à l'art. 27 al. 2 CC[1028].

528 De prime abord, il n'est guère besoin de souligner que la renonciation à faire trancher par le juge un litige portant sur un droit subjectif – réputé digne de protection[1029] – s'avère discutable. En toute hypothèse, compte tenu du caractère fondamental du droit en question[1030], il faut reconnaître qu'un **abandon pur et simple** de la faculté de saisir les tribunaux, exprimé par avance en termes généraux, est **incompatible avec l'art. 27 al. 1 CC**[1031].

529 En revanche, une renonciation à agir se rapportant à une **créance déterminée** (ex. : la réduction du prix de vente, art. 205) pourra être jugée admissible, pourvu que l'auteur sache qu'il est titulaire du droit ou qu'il en envisage l'acquisition comme une possibilité[1032]. C'est dire que les circonstances relatives à la conclusion de la convention importent, comme il en va de la qualité des parties ou du mode de passation de l'acte (clause discutée ou préformulée, etc.)[1033]. La durée de l'engagement joue aussi un rôle.

530 Au surplus, la renonciation à exercer un droit ne saurait porter sur une créance qui est **soustraite à la libre disposition des parties**[1034]. À cet égard, la loi pose de nombreuses limites particulières, telles celles qui figurent aux art. 100 al. 1 et 2 ou 199, ou encore aux art. 8 LCD, 87 al. 1 LCR et 8 LRFP.

1027 ATF 129 III 209 cons. 2, JT 2003 I p. 623. Cf. aussi CoRo-CC I-MARCHAND, N. 18 ad art. 27 CC ; BaK-ZGB I-HUGUENIN/REITZE, N. 19 ad art. 27 CC.

1028 CoRo-CC I-MARCHAND, N. 24 ss ad art. 27 CC. Cf. *infra* N. 530.

1029 Cf. *supra* N. 263.

1030 Cf. *supra* N. 523.

1031 JÄGGI PETER, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, RDS 1960 II p. 150a ss ; CoRo-CC I-MARCHAND, N. 69 ad art. 27 CC. Sur la question plus particulière de la renonciation anticipée à recourir au TF, cf. ATF 141 III 495 cons. 1.4.

1032 CoRo-CC I-MARCHAND, N. 69 ad art. 27 CC ; ATF 100 II 42 cons. 1. Cf. aussi *supra* N. 423 s. sur la validité d'une quittance pour solde de compte insérée dans une transaction.

1033 SCHWEIZER PHILIPPE/BOHNET FRANÇOIS, La renonciation à agir et à recourir, RSPC 1/2007, p. 56.

1034 YUNG WALTER, La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse, in Études et articles, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, Genève 1971, p. 130 ss ; SCHWEIZER/BOHNET, op. cit. (n. 1033), p. 54 s.

Enfin, comme déjà mise en évidence[1035], la **règle générale** inscrite à l'art. 27 al. 2 CC permet de rendre inefficaces toutes sortes d'engagements propres à porter atteinte au noyau de la liberté personnelle. Ainsi, la promesse d'un individu d'exécuter des prestations impliquant un rapport de dépendance particulièrement contraignant ou une mise en danger de son avenir économique[1036] ; ou encore sa renonciation à demander la réparation de son dommage en cas de lésions corporelles[1037]. 531

[1035] Cf. *supra* N. 527.

[1036] Cf. la casuistique de l'art. 27 al. 2 CC : CoRo-CC I-MARCHAND, N. 30 ss ad art. 27 CC ; BaK-ZGB I-HUGUENIN/REITZE, N. 11 ss ad art. 27 CC.

[1037] WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 44 (N. 1.2.2.2.6.1.) et p. 259 s. (N. 2.10.2.) et les réf. cit. ; BaK-ZGB I-HUGUENIN/REITZE, N. 12 ad art. 27 CC ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 31 ad art. 100. Cf. aussi art. 16 al. 1 LVF. À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas prononcée fermement sur ce point.

Chapitre IV : Les sources des obligations

Bibliographie spéciale :

BERGER, N. 95, 200 ; **BUCHER,** OR, p. 11, 55 ss ; **ENGEL,** Obligations, p. 61, 87 ss ; **ENGEL,** PIERRE, À propos des obligations légales, in Mélanges Tandogan, Ankara 1990, p. 139 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 1 N. 140 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 271 ss ; **HUGUENIN,** N. 128 ss ; **KOLLER,** N. 2.105 ss ; **KRAMER/PROBST,** N. 100 s. ; BK-**KRAMER/SCHMIDLIN,** Introd. gén. N. 116 ss ; **MERZ,** TDP VI/1, p. 50 s. ; **MOORE,** BENOÎT, La théorie des sources des obligations : éclatement d'une classification, in Revue Thémis, vol 36 n° 3, Montréal 2002, p. 689 s. ; CoRo-CO I-**MORIN,** N. 59 s. ad art. 1 ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 281 ss ; ZK-**SCHÖNENBERGER/JÄGGI,** Rem. prél. art. 1 N. 121 s., 174 ss ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, N. 5.01 ss. ; **TANDOGAN**, p. 62 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ**, N. 6, 160 ss ; **VON TUHR/PETER,** p. 43 ss ; BaK-OR I-**ZELLWEGER-GUTKNECHT,** Introd. art. 1 ss N. 60 ss.

§ 1 Quelques généralités

I. La notion

A. La définition

Les sources des obligations *(Entstehungsgründe der Obligationen)* sont des faits (ou états de faits, *Tatbestände*) qui donnent naissance à une obligation déterminée. Plus précisément, il s'agit de **faits juridiquement pertinents** c'est-à-dire reconnus par le droit et propres à valider l'existence d'une obligation[1038]. 532

Toute obligation repose sur une source[1039], le plus souvent, suivant une *summa divisio* opérée en doctrine[1040], sur un acte juridique et/ou une disposition légale. Ainsi l'engagement du bailleur de céder l'usage d'un logement à un locataire est fondé sur le bail à loyer, encadré par des règles du Code, d'ailleurs fréquemment impératives (art. 253, 256). 533

[1038] ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 174 ; ENGEL, Obligations, p. 140 ; HUGUENIN, N. 128.

[1039] Cf. *supra* N. 3, 237, 239, 371 ss. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 272 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 4, 148, 161.

[1040] Cf. *infra* N. 545 ss.

534 Dépourvue de source valable, une prétendue obligation ne développe **aucun effet**. Et dans l'hypothèse où elle a été exécutée, par exemple par le paiement d'une somme d'argent, celui-ci pourra être répété en application des dispositions régissant l'enrichissement illégitime (art. 62 ss). Sauf à y voir l'accomplissement d'un devoir moral[1041] !

B. Des précisions terminologiques

535 À propos de la problématique évoquée ici, la doctrine et la jurisprudence parlent également de **cause** *(Rechtsgrund).* Le législateur n'est pas en reste, par exemple à l'art. 51[1042]. Dans notre contexte, les termes « source » et « cause » sont congruents : ils participent à la même exigence juridique, celle d'un **fondement** propre à entraîner des effets obligatoires pour les parties. La source en apparaît comme le fait générateur, et la cause comme le fait justificatif, la raison d'être en quelque sorte.

536 On ne saurait **confondre** « sources des obligations » et « sources (formelles) du droit des obligations »[1043]. L'affirmation semble a priori juste, sauf à constater que la doctrine désigne la **loi** comme une source de l'obligation et aussi comme une source du droit des obligations. Nous y reviendrons[1044].

II. La systématique du Code

A. Présentation générale

537 Comme ailleurs, le législateur suisse institue une classification des sources des obligations qui trouve son origine dans le **droit romain** et dans l'évolution historique façonnée par la **tradition romano-germanique**[1045].

1041 Cf. *supra* N. 490 ss.

1042 Sur la cause de l'obligation, cf. *supra* N. 234, 239, 371 ss, 379 et 401 ss. Cf. aussi ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 176 ; ENGEL, Obligations, p. 87 ; BERGER, N. 264 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 4, 148 et 162.

1043 Cf. *supra* N. 114 ss.

1044 Cf. *infra* N. 550 ss.

1045 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 116 ; TANDOGAN, p. 62 ss ; BUCHER, OR, p. 55 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 164 s.

Le Titre premier du Code opère une **distinction,** selon que les obligations résultent d'un contrat (Chap. 1, art. 1-40*f*), d'un acte illicite (Chap. 2, art. 41-61) ou d'un acte d'enrichissement illégitime (Chap. 3, art. 62-67). 538

Cette classification différencie **trois sources principales d'obligations.** En ce sens, elle appréhende des intérêts typiques liés à des faits sociaux, jugés dignes de protection, tel le respect de la parole donnée en cas de contrat ou le devoir de réparation en cas d'acte illicite dommageable[1046]. Elle ignore les sous-catégories de quasi-contrats et de quasi-délits. On peut y voir un souci de pragmatisme, qui caractérise la méthode législative à l'époque de la codification du droit privé[1047]. 539

B. Une appréciation succincte

Force est de constater que la classification susmentionnée s'avère **imprécise** et **incomplète**[1048]. 540

S'agissant d'abord des **obligations résultant d'un contrat ou d'un acte illicite,** on rappellera que de nombreuses hypothèses législatives – souvent des régimes spéciaux – trouvent ancrage ailleurs, à l'évidence dans la deuxième partie du Code consacrée à certaines espèces contractuelles (art. 184 ss), dans le Code civil, ainsi que dans des lois particulières[1049]. 541

Il existe également des obligations qui découlent d'un **acte juridique unilatéral.** Celles-ci sont prévues ici et là, par exemple dans les dispositions générales du Code (ex. : la promesse publique, art. 8) et dans le droit des successions (ex. : les testaments, art. 498 ss CC ; le legs, art. 562 CC), sans parler des engagements exprimés dans les papiers-valeurs[1050]. 542

Quant aux **obligations légales,** on les définit au premier abord comme des obligations qui n'émanent pas d'un acte juridique reflétant la volonté d'une ou de plusieurs personne(s), mais qui naissent directement 543

1046 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 182 ; MERZ, TDP VI/1, p. 51.
1047 Cf. *supra* N. 60 s. Cf. aussi TANDOGAN, p. 65 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 284.
1048 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 5.01 ; FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 1 N. 140.
1049 Cf. *supra* N. 102 ss, 122, 137 ss, 156 ss.
1050 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 186 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 123 et 129 ; ENGEL, Obligations, p. 88.

d'une prévision législative. Elles ne sont pas mentionnées comme telle dans la Partie générale du Code, sinon par référence aux deux grandes catégories de créances de telle nature, soit celles qui résultent d'une part d'actes illicites (art. 41 ss), d'autre part de cas d'enrichissement illégitime (art. 62 ss).

544 D'autres obligations légales sont **éparpillées dans la législation.** Sans énoncer celles figurant dans des lois spéciales, notamment dans le domaine de la responsabilité civile[1051], on citera les obligations prévues dans la deuxième partie du Code (gestion d'affaires, art. 419 ss) ou dans la troisième partie (ex. : les régimes de responsabilité dans la société anonyme, art. 752 ss). D'autres encore, d'importance pratique considérable, trouvent assise dans le Code civil, en particulier dans le droit de la personnalité (art. 28*a*, 28*g* ss), dans le droit de la famille, notamment à titre de contribution d'entretien en raison du mariage (art. 163) et de la filiation (art. 276 ss) ou de dette alimentaire (art. 328), enfin dans les droits réels, que ceux-ci régissent la propriété (art. 641 al. 2 et 712*h*) ou les rapports de voisinage (art. 679 s. et 684)[1052]. Ces exemples montrent que les obligations légales se rapportent à des devoirs plus ou moins généraux, et quelquefois particuliers[1053].

§ 2 Les classifications doctrinales des sources

I. Une *summa divisio* omniprésente

545 Comme déjà énoncé[1054], la doctrine retient le plus souvent une **classification bipartite générale** en la matière, selon que l'obligation trouve son fondement dans un acte juridique (unilatéral, bilatéral, voire multilatéral) ou dans la loi. Autrement dit, les obligations seraient soit **volontaires** (expression de la volonté d'une ou des parties), soit **légales** (expression de la volonté du législateur sans, voire contre la volonté du débiteur)[1055].

1051 Cf. *supra* N. 102 ss (not. 105) et les renvois cités.

1052 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 183 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 248 ; FURRER/ MÜLLER-CHEN, Chap. 1 N. 143 ss.

1053 Cf. *supra* N. 300. Cf. aussi YUNG, op. cit. (n. 579), p. 167 ss ; PICHONNAZ, Rapport, p. 162 s.

1054 Cf. *supra* N. 533.

1055 MERZ, TDP VI/1, p. 51 ; KOLLER, N. 2.105 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 59 s. ad art. 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 6 et 168 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 285 ss.

À bien réfléchir, une telle classification est simpliste. À vrai dire, **toute obligation trouve assise dans une disposition légale.** Certes, le contrat a d'abord son origine dans l'autonomie de la volonté des parties, mais le rapport d'obligations né de sa conclusion doit être reconnu – au besoin peut être sanctionné – par la loi (art. 1 ss, 97 ss). En d'autres termes, la loi, et plus largement l'ordre juridique, développent ici, directement ou non, une force habilitante[1056]. 546

II. Une multitude de modèles

Au-delà de la classification bipartite générale présentée ci-dessus, la doctrine étale une **imagination débordante** à catégoriser les sources des obligations[1057]. Nous nous bornerons à quelques remarques lapidaires, non sans constater que la jurisprudence s'est peu invitée dans ce débat, sinon pour créer des figures qui ne se rangent pas clairement dans les catégories classiques[1058]. 547

D'abord, on observe que le modèle élaboré par JÄGGI a laissé une empreinte remarquable. Cet auteur distingue les sources selon la nature des relations entre les personnes impliquées. Sans énumérer ici les sous-catégories, il différencie d'une part les obligations nées d'un **contact normal** *(Normalkontakt),* notamment celles découlant d'actes juridiques et d'appartenance à un groupement (familial, sociétal, ex. : art. 71 CC et 871), d'autre part les obligations émanant d'un **contact vicié** *(Fehlkontakt),* dont les actes illicites et d'enrichissement illégitime[1059]. 548

Ensuite, on remarque que les hypothèses de **gestion d'affaires** (art. 419 ss) sont difficilement classables. On y voit des obligations lé- 549

1056 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 119 ; TANDOGAN, p. 64 ; HUGUENIN, N. 131.

1057 Entre autres : BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 123 ss ; ENGEL, Obligations, p. 87 ss ; FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 1 N. 140 ss ; YUNG, op. cit. (n. 579), p. 166 ss ; HUGUENIN, N. 128 ss. Cf. aussi les réf. cit. en n. 1059.

1058 Cf. *infra* N. 553.

1059 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 121 s. et 174 ss, not. 186. Cf. aussi à ce sujet TANDOGAN, p. 66 ss, qui propose opportunément de distinguer les relations approuvées et réprouvées par l'ordre juridique ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 274 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 166 et 176.

gales[1060], ou des obligations quasi contractuelles[1061], ou encore des obligations dérivant d'un acte analogue à un acte juridique[1062].

III. Nos propositions

550 Nous avons souligné plus haut que la **distinction générale** opérée en Suisse entre les obligations volontaires et légales était **simpliste,** voire erronée. Au fond, toute obligation repose, directement ou non, sur la loi, mieux sur l'ordre juridique[1063].

551 Une telle affirmation mérite une précision. Avec BENOÎT MOORE[1064], il faut constater que la loi, comme source formelle du droit des obligations[1065], ne suffit pas à fonder une obligation. Un facteur causal est nécessaire, soit un **fait générateur** qui provoque l'application de la disposition légale pertinente. Ce fait générateur peut être l'accord des volontés des parties concluant un contrat (art. 1), ou l'acte dommageable illicite imputé à l'auteur (art. 41 al. 1) ou encore l'union conjugale créant le devoir d'entretien entre époux (art. 163 CC). En ce sens, la loi apparaît comme la source médiate de l'obligation, et le fait générateur comme la source immédiate. Moore observe que c'est l'approche systématique qu'opère le nouveau Code civil néerlandais, en énonçant que « les obligations ne peuvent naître que si cela résulte de la loi » et en présentant ensuite les sources classiques, tels le contrat et l'acte illicite[1066].

552 S'agissant de la **classification des sources d'obligations,** envisagées comme des faits juridiquement pertinents[1067], nous nous inspirons de suggestions doctrinales évoquées ci-dessus, avec renvois aux passages signifiants. Cette classification n'est dès lors guère originale. Elle distingue les obligations qui résultent :

1060 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 128 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 5.01.

1061 ENGEL, Rapport, p. 79 ; HUGUENIN, N. 138, qui ajoute l'hypothèse prévue à l'art. 320 al. 3.

1062 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 186 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 177 ss.

1063 Cf. *supra* N. 533 et 545 s.

1064 MOORE BENOÎT, La théorie des sources des obligations : éclatement d'une classification, revue Thémis, vol. 36, No 3, Montréal 2002, p. 689 ss, not. 702 ss, 719 ss.

1065 Cf. *supra* N. 114 ss et 536.

1066 MOORE, op. cit. (n. 1064), p. 699. Cf. HAANAPEL PETER P.C./MACKAAY EJAN, Boston 1990 : traduction française, Livre 6, art. 1 (6.1.1.1.).

1067 Cf. *supra* N. 532 et 551.

- D'un acte juridique, unilatéral[1068], bilatéral (contrat)[1069], voire multilatéral, y compris l'appartenance à un groupement[1070].
- D'un acte illicite dommageable[1071].
- D'un acte d'enrichissement illégitime, y compris d'une gestion d'affaires imparfaite impliquant la remise du gain (art. 423)[1072].
- D'un acte de gestion d'affaires parfaite[1073].
- D'un autre fait appréhendé par une disposition légale[1074].

553 Comme déjà souligné, les sources des obligations découlent de l'ordre juridique, considéré dans son ensemble[1075]. Elles englobent également des **créations prétoriennes,** nées du pouvoir normatif du juge, notamment en cas de lacune de la loi (art. 1 al. 2 CC). Le contrat de fait et la *culpa in contrahendo,* qui a servi de modèle au concept plus large de responsabilité fondée sur la confiance, en sont des illustrations fameuses[1076]. Des développements leur seront consacrés[1077]. Il en va également de l'acte de complaisance, soit un service rendu gratuitement sans volonté de s'engager, dont le TF sanctionne le manquement à la diligence par l'acte illicite[1078] ; en l'état, on ne saurait y voir une source particulière d'obligation.

1068 Cf. *supra* N. 533, 542 et 548.
1069 Cf. *supra* N. 533, 538, 541 et 548.
1070 Cf. *supra* N. 533 et 548.
1071 Cf. *supra* N. 538, 541, 543 et 548.
1072 Cf. *supra* N. 538, 543 et 548. Sur la proposition d'intégrer « la remise du gain illégitime » à la Partie générale, cf. art. 69 à 72 du Projet CO 2020, abandonné. Cf. *supra* N. 149.
1073 Cf. *supra* N. 544 et 549.
1074 Cf. *supra* N. 533 et 543 s.
1075 Cf. *supra* N. 546 et 550.
1076 ENGEL, Obligations, p. 88 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 5.02 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 292 ss. Certains auteurs voient dans la responsabilité fondée sur la confiance, comme concrétisation du principe posé à l'art. 2 al. 1 CC, une obligation légale ; dans ce sens : FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 1 N. 149.
1077 Cf. *infra* N. 1566 ss et 1641 ss.
1078 Cf. *infra* N. 1273, 1580 et 1673.

Troisième partie : L'acte juridique

Chapitre I : La notion

Bibliographie spéciale :

BERGER, N. 231 SS ; CoRo-CPC-**BOHNET,** ad art. 138 s. ; **BOHNET,** FRANÇOIS, Les termes et délais en droit du bail à loyer, in 13e Séminaire sur le droit du bail, Pierre Wessner (édit.), Neuchâtel 2004, p. 1 ss ; **BOHNET,** FRANÇOIS/**BRÜGGER,** NICOLAS, La notification en procédure civile suisse, RDS 2010 I p. 291 ss ; **BUCHER,** OR, p. 40 ss, 121 ss, 133 ss ; **CARRON,** BLAISE, Départ du délai pour contester un congé et théorie de la réception : une méthodologie (relativement) déroutante pour un résultat (absolument) convaincant, in Newsletter Bail.ch, juillet 2014 ; **CARRON,** BLAISE, note in RSPC 5/2014, p. 434 ss ; **CARRON,** BLAISE, Note in DB 2014 N. 19 ; **CARRON,** BLAISE, Absence ou vacances du locataire et départ du délai pour contester le congé, in Newsletter Bail.ch, janvier 2017 ; **ENGEL,** Obligations, p. 123 ss, 136 ss ; **FAVRE-BULLE,** XAVIER, Le contrat électronique, in Le contrat dans tous ses états, François Bellanger/François Chaix/Christine Chappuis/Anne Héritier-Lachat (édit.), Berne 2004, p. 175 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 1 N. 105 ss, Chap. 2 N. 39 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 118 ss, 162 ss ; **GEISSBÜHLER,** GRÉGOIRE/**REYMOND,** MICHEL JOSÉ, Bots, spam et no reply : une théorie de la réception à l'âge d'internet, RDS 2022 I p. 337 ss ; **HOHL,** FABIENNE, Procédure civile, 2e éd., t. II, Berne 2010, N. 911 ss ; **HUGUENIN,** N. 45 ss, 167 ss ; **JEANPRÊTRE,** RAYMOND, L'expédition et la réception des actes de procédure et des actes juridiques : étude de jurisprudence, RSJ 1973, p. 349 ss ; **KOLLER,** N. 3.01 ss ; **KOLLER,** THOMAS, Wenn mir Mon-Repos die Ruhe raubt, in Jusletter Weblaw, 3 février 2014 ; **KRAMER/PROBST,** N. 102 ss ; BK-**KRAMER/SCHMIDLIN,** N. 4 ss ad art. 1 ; **MERZ,** Vertrag, N. 1 ss ; CoRo-CO I-**MORIN,** N. 5 ss ad art. 1 ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 84 ss, N. 1 ss ad art. 1 ; **PROBST,** THOMAS, Le droit du bail et Internet, in 11e Séminaire sur le droit du bail, Pierre Wessner (édit.), Neuchâtel 2000, p. 1 ss ; ZK-**SCHÖNENBERGER/JÄGGI,** N. 3 ss, 17 ss, 37 ss, 181 ss, 211 ss, 401 ss ad art. 1 ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 3.01 ss, 27.01 ss ; **TANDOGAN,** p. 69 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 193 ss, 400 ss, 1066 ss ; **VON TUHR/PETER,** p. 143 ss, 157 ss ; **WEBER,** ROLF H., E-Commerce und Recht, 2e éd., Zurich/Bâle/Genève 2010 ; BaK-OR I-**ZELLWEGER-GUTKNECHT,** Introd. art. 1 ss N. 81 ss, N. 3 ss ad art. 1.

§ 1 La définition et les caractéristiques de l'acte juridique

I. La définition

554 L'acte juridique *(Rechtsgeschäft)* est une **manifestation de volonté** qui, en elle-même et parfois par le biais de formalités, produit un **effet juridique,** soit la création, la modification, le transfert ou l'extinction d'un droit ou d'un rapport de droit[1079]. Il s'adresse à une personne déterminée, voire à une pluralité de personnes.

555 Précision capitale : l'**effet est voulu** par l'auteur ou par les auteurs de l'acte. Tel est le cas de la révocation des pouvoirs par le représenté (art. 34), ou de la conclusion d'un contrat par des parties (ex. : une vente, art. 1 ss et 184) ou encore de la décision d'un organe d'une personne morale (ex. : la décision de l'assemblée générale des membres d'une association, art. 66 CC).

556 À l'instar de l'obligation, l'acte juridique constitue un **concept fondamental** du droit privé, façonné par la pensée pandectiste[1080]. Contrairement au droit allemand et à d'autres systèmes, tel le nouveau Code civil néerlandais[1081], il n'est pas défini par la loi suisse. Celle-ci y fait pourtant allusion, notamment dans le CC (art. 55 al. 2, 168, 169, 650 al. 1, 712*d*) et dans le CO (art. 33 al. 2, 34 al. 1, 35 al. 1)[1082].

II. L'acte juridique comme fait et action juridiques

557 L'acte juridique est compris dans la notion – entendue au sens large – de **fait juridique** *(rechtlicher Tatbestand),* soit un événement auquel le droit attache une conséquence juridique. Cet événement peut résulter :

1079 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 119 ; ENGEL, Obligations, p. 136 s.

1080 Cf. *supra* N. 144 et 232. Cf. aussi ZK- SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 18 ad art. 1 ; BUCHER, OR, p. 140 ; ENGEL, Obligations, p. 139 s.

1081 § 104 ss BGB ; art. 32 ss Code civil néerlandais, Livre 3 ; cf. *supra* n. 1066 la référence à la traduction française.

1082 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 17 ad art. 1, qui relèvent des incohérences entre les versions linguistiques ; cf. aussi von TUHR/PETER, p. 143 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 91.

- d'un **comportement humain,** dont il sera question ci-dessous ;
- d'un **autre fait juridique** – au sens étroit – comme un fait de la nature, telles des pluies diluviennes qui provoquent une inondation endommageant des marchandises et la couverture d'une assurance à concurrence de la somme assurée (art. 51*a* al. 1 LCA) ; ou l'écoulement du temps, qui permet au débiteur d'exciper de la prescription (art. 127 et 142) ; il peut s'agir aussi d'un fait inhérent à la condition humaine, comme la naissance qui crée la jouissance de droits civils (art. 11 CC).

S'agissant des **comportements humains,** une distinction est opérée selon qu'ils sont conformes ou non conformes au droit[1083]. 558

Les comportements **conformes au droit** sont approuvés par l'ordre juridique. On parle **d'actions juridiques** *(Rechtshandlungen),* dont l'acte juridique est la sous-catégorie la plus importante[1084]. 559

Les comportements **non conformes au droit** sont réprouvés par l'ordre juridique. Les hypothèses légales générales ont été évoquées dans l'examen des sources des obligations[1085]. Elles appréhendent d'une part les actes illicites fondant pour le lésé une créance en réparation du dommage (norme générale de l'art. 41 ou disposition spéciale), d'autre part les actes d'enrichissement illégitime générant pour l'appauvri une créance en restitution du profit (art. 62 ss). 560

III. Quelques caractéristiques fondamentales

En Suisse, la **théorie de l'acte juridique** s'est développée par l'application des dispositions générales régissant le contrat[1086]. 561

À cet égard, les actes juridiques sont autorisés et sanctionnés par la loi. Ils permettent aux personnes de régler leurs conditions d'existence. 562

1083 Cf. *supra* N. 232. Cf. aussi TANDOGAN, p. 69 s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 162 ss.

1084 Pour la distinction entre actes juridiques et autres actions juridiques, cf. *infra* N. 716 ss.

1085 Cf. *supra* N. 538, 541, 543 s., 548 et 552. Sur l'acte illicite et, plus largement, le droit de la responsabilité civile au sens strict, qui ne sera pas examiné dans le présent ouvrage, cf. aussi *supra* N. 105 s., 154, 163, 172, 185 et 203.

1086 ENGEL, Obligations, p. 94 ss et 139 ; BUCHER, OR, p. 41 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.01. Cf. aussi *infra* N. 1247 et 1286 ss.

Ils représentent l'instrument juridique de l'**autonomie privée,** plus prosaïquement de la liberté personnelle et, avec elle, des libertés les plus significatives, celles de **conclure des contrats** et de **disposer de ses biens**, entre vifs ou à cause de mort[1087]. C'est d'une autonomie encadrée qu'il s'agit. Elle est notamment bornée par le respect des droits de la personnalité et des bonnes mœurs, ainsi que par les contraintes qu'imposent les dispositions impératives – souvent pour protéger la partie faible –, sans parler de l'ordre public[1088].

563 Dans le prolongement, on rappellera que l'acte juridique constitue une **source classique, volontaire, de l'obligation.** Et lorsqu'il est contrat, il en forme la source la plus importante[1089].

§ 2 Les éléments constitutifs

I. L'énoncé

564 L'acte juridique **comprend** d'une part la manifestation de volonté exprimée par son auteur (II.), d'autre part l'effet juridique voulu par lui (III.).

565 L'élément essentiel de l'acte est la **volonté personnelle** qui empreint son exercice comme son résultat. C'est pour cela qu'il est sanctionné par le droit. C'est en cela qu'il se distingue d'autres actions juridiques[1090].

II. La manifestation de volonté

566 On lit souvent que la manifestation de volonté est le **noyau** *(Kern)* de l'acte juridique[1091]. Exprimée d'une manière ou d'une autre, parfois soumise à interprétation, elle représente une communication adressée à une personne déterminée ou à une pluralité de personnes. La notion sera examinée plus bas[1092].

1087 Cf. *supra* N. 149 et 151. Cf. aussi VON TUHR/PETER, p. 143 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 85.
1088 Cf. *supra* N. 146, 150, 153, 157, 162, 1955 ss.
1089 Cf. *supra* N. 533, 535, 541 et 545.
1090 Cf. *infra* N. 716 ss. Cf. aussi VON TUHR/PETER, p. 174 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 126.
1091 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 20 ad art. 1 ; ENGEL, Obligations, p. 140.
1092 Cf. *infra* N. 572 ss.

Pour l'heure convient-il de préciser qu'il est des cas où la manifestation de volonté ne suffit pas à elle seule à produire l'effet visé. Une **condition ou** une **formalité supplémentaire** est nécessaire, en règle générale sous peine de nullité de l'acte[1093]. Ainsi : 567

- le **consentement d'un tiers,** en particulier du conjoint (ex. : le congé du bail portant sur le logement de la famille, art. 266*m* al. 1 ; la conclusion d'un cautionnement, art. 494 al. 1)[1094] ;
- le **concours ou** l'**approbation d'une autorité** (ex. : l'autorité de protection de l'adulte pour certains actes du curateur, art. 416 CC ; la répudiation de la succession à l'autorité compétente, art. 570 CC) ;
- le **concours d'un officier public** pour la rédaction d'un acte en la forme authentique (ex. : la vente d'immeuble, art. 216 al. 1 ; la constitution d'une propriété par étages, art. 712*d* al. 3 CC) ;
- le **recours à une forme écrite solennelle,** simple (ex. : la cession de créance, art. 165 al. 1) ou qualifiée (ex. : le testament olographe, art. 505 al. 1 CC), ou à une formule officielle (ex. : le congé d'un bail portant sur une habitation ou des locaux commerciaux, art. 266*l* al. 2) ;
- l'**inscription dans un registre** (ex. : au RF pour l'acquisition de la propriété foncière, art. 656 al. 1 CC ; au RC pour l'acquisition de la personnalité de la société anonyme, art. 643) ;
- un **fait matériel** (ex. : la mise en possession pour le transfert de la propriété mobilière, art. 714 al. 1 CC).

L'exigence d'une formalité, même de nature administrative, ne fait pas perdre à l'acte son **caractère privé.** 568

III. L'effet juridique

L'effet juridique est le **résultat** voulu et produit par l'auteur de l'acte[1095]. Il touche un droit ou un rapport de droit, qu'il s'agisse : 569

1093 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 19 ad art. 1 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 121 ss ; KOLLER, N. 3.07 ss. Cf. aussi *supra* N. 429 s.

1094 Pour une liste de cas de ce genre, cf. FF 2004 4650 ch. 2.1.2.

1095 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 125 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 223 s. ; BK-MÜLLER, N. 12 ad art. 1.

- de sa **création** (ex. : l'acceptation d'une offre provoquant la conclusion d'un contrat, art. 1 ss ; l'acte à cause de mort par lequel le testateur dispose de ses biens, art. 467 CC) ;
- de sa **modification** (ex. : la renonciation à la prestation du débiteur contractuel en demeure et la prétention du créancier à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution, art. 107 al. 2 ; le droit d'option qui confère au bénéficiaire la faculté de prolonger le contrat[1096] ;
- de son **transfert** (ex. : la cession de créance à un tiers, art. 164 al. 1 ; le transfert des rapports de travail en cas de reprise de l'entreprise, art. 333) ;
- de son **extinction** (ex. : l'extinction d'une obligation par remise de dette, art. 115 ; l'invalidation d'un contrat en raison d'une erreur essentielle, art. 23 s. et 31).

570 Il se peut qu'un **laps de temps** se passe entre la manifestation de volonté et la finalité de l'opération juridique. Ainsi en est-il lorsqu'une formalité complémentaire s'avère nécessaire ; tel est le cas d'un immeuble vendu (art. 184 al. 1 et 216 al. 1), le transfert ne devenant effectif que par l'inscription au RF de l'acquisition de la propriété (art. 656 al. 1 CC). Ainsi en est-il également d'un contrat subordonné à une condition suspensive (art. 151), par exemple d'une vente soumise à l'octroi d'un prêt bancaire en faveur de l'acheteur ; jusqu'à la réalisation de la condition, les parties ne peuvent se prévaloir que d'une **expectative** *(Anwartschaft)*[1097].

571 Il se peut aussi que l'effet juridique se produise avec une **force rétroactive.** Ainsi le contrat conclu entre absents développe ses conséquences dès l'expédition de l'acceptation (art. 10 al. 1). Il en va de même de la ratification d'un contrat affecté d'un vice du consentement (art. 31). Le cas échéant, l'effet rétroactif repose sur une fiction[1098].

1096 ATF 113 II 31 cons. 2a, JT 1988 I 20 : un bail en l'espèce. Cf. *infra* N. 615 ss.
1097 VON TUHR/PETER, p. 152 s.
1098 VON TUHR/PETER, p. 153 s.

§ 3 L'analyse de la manifestation de volonté

I. Quelques remarques préalables

La manifestation de volonté *(Willensäusserung)* est la **communication** par une personne (l'auteur) à une autre personne (le destinataire) de sa volonté de créer, modifier, transférer ou éteindre un droit ou un rapport de droit[1099]. Elle s'exprime le plus souvent par une **déclaration de volonté** *(Willenserklärung)*. Elle doit être libre, c'est-à-dire conforme à l'autonomie privée de l'auteur et affranchie de toute contrainte physique[1100]. 572

À première vue, ce qui intéresse le droit n'est pas la volonté interne, un phénomène psychologique qui ne s'avère pas toujours perceptible ; c'est plutôt l'**extériorisation** de la volonté, fût-ce parfois par actes concluants, voire même par le silence[1101]. 573

L'affirmation mérite d'être **relativisée,** en particulier quand l'auteur émet une déclaration qui ne reflète pas sa volonté ou qui est source de confusion pour le destinataire. Normalement, ce dernier doit être en mesure de percevoir la volonté du déclarant ; dans certaines circonstances, l'apparence pourra suffire. Cette question est liée à l'**interprétation de la manifestation** de volonté, en particulier dans le domaine contractuel[1102]. 574

La perfection de la manifestation de volonté suppose que la communication **émane de la personne** à laquelle l'acte est attribué[1103]. Ainsi cette condition n'est pas réalisée en cas d'usurpation par un tiers de l'identité du titulaire d'une carte de crédit utilisée indûment. 575

1099 Cf. *supra* N. 566 et 569 et les exemples cités. Cf. aussi ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 22 ad art. 1 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 168.

1100 Cf. *supra* N. 562. Cf. aussi ENGEL, Obligations, p. 125 s. ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 27.03.

1101 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 27 ad art. 1 ; VON TUHR/PETER, p. 158 ; KOLLER, N. 3.02. Cf. aussi *infra* N. 587 ss.

1102 Cf. *infra* N. 647 ss.

1103 VON TUHR/PETER, p. 157 s. ; ENGEL, Obligations, p. 124 s. ; ATF 132 III 609 cons. 5.2. En règle générale, le déclarant doit avoir la capacité de discernement (art. 18 CC). Sur cette notion et celle plus large de capacité civile, cf. TERCIER/PICHONNAZ, N. 350 ss.

576 Au surplus, la manifestation de volonté répondra à des exigences imposées à l'auteur, qui touchent son **contenu** (soit la volonté de la communication ; II.)[1104] et sa **forme** (soit le processus de la communication ; III.)[1105].

II. Le contenu de la manifestation de volonté

577 C'est presque un pléonasme d'affirmer que la **volonté de l'auteur** caractérise sa manifestation de volonté et l'effet qu'il entend lui donner. Plus précisément, la déclaration implique que le sujet veuille d'une part accomplir l'acte (volonté de l'acte), d'autre part communiquer cette intention au destinataire (volonté de déclarer)[1106]. Cette double volonté est perceptible en cas de communication en la forme écrite simple : d'abord l'auteur rédige et signe un document, puis il l'expédie de telle manière qu'il soit reçu par le destinataire.

578 S'agissant de la **volonté de l'acte** *(Geschäftswille),* c'est l'intention réelle et en principe définitive de lui attribuer l'effet voulu, par exemple de conclure le contrat en acceptant l'offre de l'autre partie (art. 1 ss) ou d'y mettre fin par résolution en cas de demeure du débiteur (art. 107 ss)[1107]. En l'absence d'une telle volonté, la déclaration reste dépourvue d'effet. Tel est le cas d'une plaisanterie ou d'une fanfaronnade[1108]. Tel est le cas aussi d'un acte de complaisance, sauf s'il se révèle illicite[1109].

579 Quant à la **volonté de déclarer** *(Erklärungswille),* elle s'entend de l'intention communiquée au destinataire de donner à la déclaration l'effet voulu. Celle-ci n'est en principe pas affectée par une réserve mentale[1110].

1104 Cf. *infra* N. 577 ss.

1105 Cf. *infra* N. 580 ss.

1106 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 19 ss ad art. 1 ; VON TUHR/PETER, p. 150 et 158 s. ; ENGEL, Obligations, p. 123 s. et 126 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 20 ad art. 1 ; BK-MÜLLER, N. 15 ss ad art. 1.

1107 Cf. *supra* N. 555 et 565, ainsi que les exemples cités. À noter que le TF utilise les termes *« Geschäftswille »* et *« Rechtsfolgewille »* de façon synonyme (ainsi : ATF 116 II 695 cons. 2a, JT 1991 I p. 625).

1108 Ainsi un client de bistrot, hors contexte de jeu, déclare parier un million de francs sur le gain d'un match de football par une équipe. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 171a et 173.

1109 Cf. *supra* N. 553, *infra* N. 1273, 1580, 1672 ss.

1110 BK-MÜLLER, N. 173 ad art. 1 ; CoRo-Co I-MORIN, N. 20 ad art. 1.

III. La forme de la manifestation de volonté

A. Quelques généralités

La manifestation de volonté est une communication à une ou plusieurs personnes. Elle s'opère forcément **d'une manière ou d'une autre :** le plus souvent, par une déclaration expresse de l'auteur (laquelle peut devoir s'accompagner d'une condition ou d'une formalité[1111]) ; quelquefois par un comportement empreint d'indices signifiants ; exceptionnellement par le silence. 580

La communication peut être **adressée** à une ou plusieurs personne(s) déterminée(s) ; c'est de loin le cas le plus fréquent. Elle peut également viser un cercle indéterminé de personnes, telle une promesse publique au sens de l'art. 8 ; ou même ne pas s'adresser directement à autrui, même si à un moment ultérieur des tiers sont concernés ; tel est le cas d'un testament (art. 498 CC)[1112]. L'enjeu de la discussion touche principalement la question du moment de la perfection de la manifestation de volonté[1113]. 581

En règle générale, chacun peut exprimer librement sa volonté en vue d'accomplir un acte juridique. Ce principe est posé dans le droit régissant le contrat, à l'art. 1 al. 2, et, avec des restrictions, à l'art. 11. Il sera débattu lors de l'examen de cette matière[1114]. Tout au plus précisera-t-on ici que la loi exige parfois que **certaines déclarations soient expresses** (ainsi le droit de résoudre la vente accordé au vendeur à l'art. 214 al. 3 ; cf. aussi art. 160 al. 2 et 369) ; ou alors que **certains actes** (ex. : le congé du bail portant sur une habitation ou des locaux commerciaux, art. 266*l*) ou **certains contrats** (ex. : le crédit à la consommation, art. 9 LCC ; la vente immobilière, art. 216 al. 1) soient soumis à une **forme particulière.** 582

Il est d'usage de distinguer d'une part les manifestations de volonté expresses et tacites (selon les termes de l'art. 1 al. 2 ; B.), d'autre part les manifestations de volonté directes et indirectes (C.). 583

1111 Cf. *supra* N. 430, 440 et 566.
1112 ENGEL, Obligations, p. 128 ; HUGUENIN, N. 180 ; BK-MÜLLER, N. 66 ad art. 1
1113 Cf. Vol. II, en particulier « les promesses publiques ».
1114 Cf. Vol. II, La forme du contrat.

B. Les manifestations de volonté expresses et tacites

1. Les manifestations de volonté expresses

584 Les manifestations sont **expresses** *(ausdrückliche Willenserklärungen)* lorsque l'auteur fait connaître de manière explicite sa volonté d'accomplir l'acte, de façon à susciter spécialement l'attention du destinataire[1115]. Il peut s'agir de **déclarations orales ou écrites** ou de **signes usuels ou conventionnels,** tels une poignée de mains, un hochement de tête, une levée de main, un mot de passe ou un code ; également de messages adressés par le biais de moyens électroniques, comme la téléphonie, la télécopie (fax), la télescription (télex, de moins en moins utilisé) et, bien sûr, les courriels (e-mail) ou autres messages électroniques.

2. Les manifestations de volonté tacites

585 Les manifestations sont **tacites** *(stillschweigende Willenserklärungen)* lorsqu'elles ne sont pas expresses, en clair lorsque la volonté de l'auteur n'est pas exprimée de façon explicite par des mots ou des signes caractéristiques. Encore faut-il que le comportement en question soit « univoque » selon le TF, c'est-à-dire qu'il ne laisse planer aucun doute, au regard du principe de la confiance (art. 2 al. 1 CC)[1116].

586 Une telle **interprétation restrictive** de la portée du caractère « tacite » de l'acte est justifiée. Mais elle démontre également que son sens ne saurait a priori se comprendre comme une abstention pure et simple de la personne concernée. Autrement dit, le comportement de celle-ci doit s'accompagner de **circonstances significatives** pour être juridiquement efficace[1117]. C'est avec raison que certains auteurs proposent de remplacer à l'art. 1 al. 2 l'adjectif « tacite » par l'expression « actes concluants » *(schlüssiges Verhalten)*[1118].

1115 ENGEL, Obligations, p. 126 ss ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 7 s. et 27 ad art. 1 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 178 ss ; CoRo-CO I-MORIN, N. 9 s. ad art. 1 ; BK-MÜLLER, N. 33 ss ad art. 1. Cf. aussi les exemples cités *supra* N. 582.

1116 ATF 123 III 53 cons. 5a.

1117 VON TUHR/PETER, p. 164 ; BK-MÜLLER, N. 73 ad art. 1.

1118 Ainsi Projet CO 2020 – PROBST, N. 4 ad art. 1 (projet abandonné, cf. *supra* N. 149).

Il n'en demeure pas moins qu'on s'accorde de longue date à admettre qu'une manifestation de volonté puisse être tacite par **actes concluants,** voire par le **silence.** 587

Une manifestation de volonté s'exprime par **actes concluants** *(konkludente Willenserklärung ; Willensbetätigung)* lorsque l'auteur adopte un comportement qui permet indirectement au destinataire d'en déduire objectivement (en application du principe de la confiance) et au regard des circonstances la volonté d'accomplir un acte juridique[1119]. Tel est le cas d'un acheteur qui dépose des marchandises sur le tapis de la caisse d'un magasin ; ou d'un locataire qui utilise la chose au-delà du terme, sans opposition du bailleur, avec effet de considérer le contrat comme reconduit (art. 266 al. 2) ; ou d'une partie qui restitue la prestation exécutée, laissant entendre qu'elle se prévaut d'un vice du consentement pour invalider le contrat[1120] ; ou encore d'un assureur qui remet la police au preneur, ce dernier étant admis à y voir une acceptation de sa proposition d'assurance[1121]. 588

Dans des circonstances exceptionnelles, une manifestation de volonté peut résulter du **silence d'une partie** lorsque le principe de la confiance permet à un partenaire de comprendre une telle attitude comme l'intention d'accomplir un acte juridique. Encore faut-il qu'elle ait eu connaissance de la situation et ait été en mesure de s'exprimer ; on rappellera sur ce point qu'un comportement purement passif ne saurait en principe être considéré comme une volonté de s'engager[1122]. En dehors de décisions prises « sans autre » dans le cadre d'un organe collégial, la question se pose principalement dans le processus de la formation du contrat, pour déterminer si le silence d'une partie à réception de l'offre de l'autre peut valoir acceptation. Cette question sera examinée plus bas[1123]. 589

1119 VON TUHR/PETER, p. 160 et 163 s. ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 10 s. ad art. 1 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 27.10 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 10 ad art. 1 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 182. On parle aussi d'actes-indices de la volonté (*Willensbetätigung*) ; cf. ENGEL, Obligations, p. 130 ; BK-MÜLLER, N. 47 ss ad art. 1.

1120 Cf. *supra* N. 430.

1121 ATF 122 III 118 cons. 2b, JT 1997 I p. 805 ; dans un arrêt contemporain, le TF voit dans la remise de la police d'assurance une preuve de l'existence et du contenu de l'accord (art. 11 LCA ; ATF 122 II 245 cons. II.1c).

1122 ATF 123 III 53 cons. 5a. Cf. aussi VON TUHR/PETER, p. 164 ; HUGUENIN, N. 175 ; BK-MÜLLER, N. 44 s. ad art. 1.

1123 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 145 ad art. 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 669. Cf. Vol. II, La conclusion du contrat.

590 En dépit de l'interprétation restrictive que fait la jurisprudence du caractère tacite d'une manifestation de volonté[1124], il s'avère parfois difficile de poser une telle conclusion. La loi prévoit ici et là des **présomptions** *(Vermutungen)* qui facilitent le fardeau de la preuve. Plus précisément, elle déduit par fiction du comportement d'une personne la volonté qui l'a déterminé. L'efficacité du procédé n'est guère à démontrer. Dans certaines circonstances pourtant, il est possible que le résultat de la déduction légale ne corresponde pas à la volonté réelle du sujet[1125].

591 À cet égard les présomptions légales font l'objet d'une **distinction**[1126] :

- Elles sont **simples** ou **réfragables** *(praesumptio juris tantum),* lorsque la preuve du contraire *(Beweis des Gegenteils ;* elle démontre que le fait présumé ne s'est pas réalisé) ou la contre-preuve (*Gegenbeweis ;* elle met en cause l'existence du fait probant) peuvent être rapportées. Ainsi en est-il de l'exposition de marchandises avec indication du prix, réputée offre contractuelle (art. 7 al. 3) ; ou de la forme réservée par les parties, considérée en principe comme solennelle (art. 16 al. 1).
- Elles sont **absolues** ou **irréfragables** *(praesumptio juris et de jure),* lorsque, par fiction, elles ne sauraient être combattues par aucune preuve du contraire, la contre-preuve du fait probant demeurant bien entendu toujours possible. Tel est le cas du contrat entaché d'un vice du consentement, tenu pour ratifié si la partie qu'il n'oblige pas ne l'a pas invalidé dans le délai d'un an (art. 31 al. 1) ; ou de l'acheteur qui par négligence ne vérifie pas la chose lors de la livraison et n'avise pas le vendeur des défauts qu'il était à même de découvrir ; le cas échéant, il est réputé avoir accepté la chose en l'état (art. 201 al. 2).

1124 Cf. ATF 123 III 53 cons. 5a.

1125 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 275 ad art. 1, N. 4 s. et 52 ss ad art. 16 ; ENGEL, Obligations, p. 131, ainsi que les présomptions légales citées par ces auteurs.

1126 VON TUHR/PETER, p. 165 s. ; STEINAUER, TDP II/1, N. 645 ss ; BK-MÜLLER, N. 181 ss ad art. 1.

C. Les manifestations de volonté directes et indirectes

1. Les manifestations de volonté directes

Les manifestations sont **directes** *(unmittelbare Willenserklärungen)* lorsque l'auteur et le destinataire sont en communication immédiate, **entre présents** *(unter Anwesenden)* dit le Code (art. 4). Il peut s'agir d'une conversation instantanée réunissant deux personnes dans le même lieu ou d'un moyen de télécommunication à distance, tel un entretien ou une conférence téléphonique (avec ou sans image vidéo)[1127]. Le critère déterminant réside dans le fait qu'une partie soit en mesure de couper la parole à l'autre. 592

2. Les manifestations de volonté indirectes

Les manifestations sont **indirectes** *(mittelbare Willenserklärungen)* lorsque l'auteur et le destinataire sont en communication médiate, **entre absents** *(unter Abwesenden)* selon l'expression légale (art. 5). Il existe un laps de temps – fût-il très bref – entre la déclaration d'une partie et sa réception par l'autre. La lettre écrite et adressée au destinataire ou remise en main propre, par un messager ou un intermédiaire comme une entreprise de livraison du courrier, constitue l'exemple classique d'une communication indirecte. On pense évidemment aussi au recours à un opérateur téléphonique et à un fournisseur d'accès à Internet pour toutes sortes de télécommunications, tels que les courriels ou les applications de messagerie[1128]. 593

IV. Le moment de la perfection de la manifestation de volonté

A. L'introduction

En général, les manifestations de volonté sont adressées à une ou plusieurs personne(s) déterminée(s)[1129]. Plus précisément, la déclaration 594

[1127] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 185 ss ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 27.12 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 205 ss ; CoRo-CO I-MORIN, N. 12 ad art. 1. À noter que l'art. 4 al. 2 mentionne la communication par téléphone et, à notre avis inutilement, le recours à des mandataires.

[1128] Cf. les réf. cit. *supra* n. 1127. Cf. HUGUENIN, N. 178 ; BK-MÜLLER, N. 64 ad art. 1.

[1129] Cf. *supra* N. 554, 572 et 590 ss.

doit parvenir au destinataire, de telle manière que ce dernier soit en mesure d'en prendre connaissance. On dit qu'elle est **soumise à réception** *(empfangsbedürftig)*[1130]. L'expression corrobore la **théorie de la réception** *(Empfangstheorie),* dont le champ d'application vise essentiellement les communications indirectes. À ce propos, certains auteurs germanophones parlent du *« Zugangsprinzip »,* un terme qui reflète peut-être mieux l'idée plus générale que la déclaration doit parvenir au destinataire et qui est consacré dans des textes internationaux[1131]. On ne saurait y déceler une divergence matérielle avec le critère de la réception[1132].

595 Quelle que soit sa dénomination, le principe mentionné ci-dessus vise la **grande majorité** des déclarations de volonté relevant du droit des obligations. Il suffit de penser à celles impliquées dans le processus de la conclusion du contrat, comme l'offre et l'acceptation (art. 3 ss) ou d'autres participant à l'exercice des droits formateurs, telle la résiliation d'un contrat de travail[1133].

596 Le principe trouve sa **justification** dans les exigences liées au contenu de la manifestation de volonté (volonté de l'acte, volonté de déclarer) exposées plus haut[1134]. On ne voit pas qu'une manifestation de volonté, telle qu'entendue ici, ne s'adresse à aucune personne. Et si elle s'adresse à une personne, on ne voit pas qu'elle ne doive pas lui parvenir, puisqu'elle empiète dans sa sphère juridique[1135].

597 Exceptionnellement, il est des **déclarations de volonté qui ne sont pas adressées à autrui,** même si des tiers sont ou peuvent être visés par elles. Ainsi en est-il d'un testament (art. 498 CC), qui reste sans effet tant qu'il n'a pas été porté à la connaissance des personnes concernées. Il s'agit d'une manifestation de volonté non sujette à réception[1136].

1130 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 129 ad art. 1 ; VON TUHR/PETER, p. 66 s. ; BUCHER, OR, p. 138 s. ; CoRo-CO I-MORIN, N. 13 ad art. 1.

1131 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 196 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 27.17 ; HUGUENIN, N. 184 ss ; BK-MÜLLER, N. 93 ss ad art. 1. Cf. aussi art. 15 al. 1 CVIM, art. 1.10 al. 2 PU. Cf. aussi *infra* N. 603 et les réf. au § 130 al. 1 BGB et à certaines dispositions de notre Code.

1132 HUGUENIN, N. 184 ; ATF 113 II 529 cons. 2a, JT 1988 I p. 175.

1133 ATF 113 II 529 cons. 2a, JT 1988 I p. 175. Sur les droits formateurs, cf. *supra* N. 427 ss.

1134 Cf. *supra* N. 577 ss.

1135 VON TUHR/PETER, p. 167 ; ENGEL, Obligations, p. 127.

1136 ENGEL, Obligations, p. 128 et 134 s. ; BK-MÜLLER, N. 66 et 71 s. ad art. 1. Cf. aussi ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 129 ad art. 1 et les nuances exprimées. Sur l'émission de l'acte, cf. *infra* N. 617.

La problématique débattue revient essentiellement à se demander **si et quand** la déclaration de volonté déploie ses **effets.** La réponse dépend de la question de savoir si les parties sont en communication directe ou indirecte et, surtout dans cette dernière hypothèse, quel mode de communication a été utilisé. 598

B. La perfection de la déclaration en cas de communication directe

Lorsque les parties sont en communication directe[1137], la manifestation de volonté de l'une doit logiquement parvenir à l'autre. La transmission de la parole est **instantanée.** Le moment de la perfection de l'acte est l'émission de la déclaration, plus précisément l'instant où le destinataire en **prend connaissance** ou est en mesure de le faire, par exemple quand il l'entend lors d'un entretien oral[1138]. 599

Dans l'hypothèse où la déclaration orale est adressée à un **auxiliaire du destinataire** (messager, *Empfangsbote*), elle est efficace lorsqu'il en prend connaissance, pourvu qu'il fût autorisé à le faire. Une telle exigence résulte de la volonté du destinataire, des usages ou des circonstances. Ainsi en est-il du conjoint ou d'un enfant capable de discernement du destinataire, ou encore d'un employé de son entreprise[1139]. 600

Il convient de partir de l'idée que la perfection de la déclaration suppose que la personne à qui elle est faite soit **apte à en prendre connaissance.** Si l'auteur a des doutes sur la capacité du destinataire de saisir correctement les expressions et mots utilisés, en particulier parce que ce dernier est malentendant ou de langue étrangère, il est tenu de prendre des 601

1137 Cf. *supra* N. 592.

1138 CoRo-CO I-MORIN, N. 14 ad art. 1 ; HUGUENIN, N. 183. Cf. aussi BK-MÜLLER, N. 106 ad art. 1 : message délivré sur un répondeur automatique.

1139 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 19 ad art. 1 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 203 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 19 ad art. 1. Un courant d'opinion veut assurer une meilleure protection au destinataire, en posant l'exigence d'une prise de connaissance par lui de la déclaration adressée au messager, selon le cours ordinaire des choses ; en ce sens BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 21 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 27.24. Selon les cas, l'auxiliaire est un simple messager du destinataire ou un véritable représentant ; en ce sens, BK-MÜLLER, N. 114 ss ad art. 1.

mesures (ex. : recourir à la forme écrite) pour parfaire sa déclaration, au risque sinon que celle-ci soit dépourvue d'effet[1140].

C. La perfection de la déclaration en cas de communication indirecte

1. La problématique

602 Si les parties sont en communication indirecte[1141], dans une relation à distance, la question se pose de savoir à quelle phase du processus une déclaration de volonté est propre à déployer ses effets. **Quatre phases chronologiques** peuvent entrer en ligne de compte, qui correspondent à autant de systèmes[1142]. Ceux-ci seront brièvement décrits et illustrés par l'exemple classique d'une lettre adressée sous pli simple à un tiers ; d'autres modes de communication, qu'il s'agisse de lettres recommandées ou de moyens électroniques, feront l'objet de rubriques particulières plus bas[1143]. Ainsi :

- le **système de l'émission** *(Äusserung, Ausfertigung) :* la déclaration est parfaite lorsqu'elle est rédigée (ex. : la lettre est composée, en principe datée et signée) ;
- le **système de l'expédition** *(Übermittlung, Absendung, Abgabe) :* la déclaration est parfaite dès qu'elle est envoyée au destinataire (ex. : la lettre est confiée à cet effet à la poste) ;
- le **système de la réception** *(Empfang, Zugang) :* la déclaration est parfaite quand elle est parvenue dans la sphère de connaissance du destinataire, à son domicile ou au siège de son entreprise, ou à toute autre adresse désignée par lui ou convenue par les parties (ex. : la lettre est déposée par l'agent postal dans la boîte personnelle ou la case d'un office) ;

1140 VON TUHR/PETER, p. 170 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 91 ad art. 1 ; ATF 95 II 43 cons. 3c, JT 1970 I p. 66.

1141 Cf. *supra* N. 593.

1142 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 137 ad art. 1 ; ENGEL, Obligations, p. 132 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 207 ; BK-MÜLLER, N. 75 ss ad art. 1. On observe que la terminologie en la matière n'est pas uniforme, notamment dans la littérature germanophone.

1143 Cf. *infra* N. 621 ss et 641.

– le **système de l'information** (ou de la **perception,** *Vernehmung, Kenntnisnahme*) : la déclaration est parfaite lorsque le destinataire en prend effectivement connaissance (ex. : ce dernier lit la lettre).

2. Le principe de la réception

Parmi les systèmes décrits ci-dessus, celui de l'information pourrait sembler idéalement le meilleur. Toutefois, il présente le défaut de faire dépendre du seul destinataire la validité de la manifestation de volonté parvenue à lui. Quant aux systèmes de l'émission et de l'expédition, ils avantagent de manière inacceptable l'auteur de la déclaration, dans la mesure où, le cas échéant, celle-ci est parfaite avant même que la personne à laquelle elle est adressée n'ait pu en prendre connaissance. 603

En ce sens, le principe de la réception constitue une **solution de compromis**[1144]. Il prend équitablement en considération les intérêts de chaque partie, en particulier les risques qu'il leur incombe d'assumer : 604

– S'agissant de l'**auteur,** il supporte le risque de la transmission de la déclaration jusqu'au moment où celle-ci parvient dans la sphère d'influence du destinataire, notamment le risque de perte ou de retard. Ce constat prend toute sa mesure quand la communication implique un comportement devant s'accomplir à une échéance déterminée[1145].

– Quant au **destinataire,** il endosse le risque à l'intérieur de sa sphère de puissance, par exemple s'il s'abstient ou est empêché de prendre connaissance de son courrier, en raison d'une absence, d'une maladie ou d'une attitude négligente, ou si une personne autorisée à se le faire remettre omet d'en assurer la transmission pour une raison ou pour une autre[1146].

Comme déjà relevé[1147], le droit matériel suisse institue, sauf exception[1148], le **principe de la réception** pour fixer le moment déterminant 605

1144 ENGEL, Obligations, p. 127 s. et 133 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 196 ; BK-MÜLLER, N. 98 ad art. 1.

1145 VON TUHR/PETER, p. 169 s. et 172 ; ENGEL, Obligations, p. 133. Cf. aussi *infra* N. 607 et les réf. cit.

1146 Cf. *infra* N. 607 et les réf. cit. et N. 611 s. Cf. aussi arrêt du TF du 7 décembre 1984 cons. 2, SJ 1985, p. 246 : communication en banque restante.

1147 Cf. *supra* N. 594.

1148 Cf. *infra* N. 615 ss.

de la validité de la déclaration de volonté entre absents. Ce principe est également consacré en droit allemand[1149]. Il est énoncé dans notre Code par des **expressions diverses ;** celles-ci sont contenues dans bon nombre de dispositions générales régissant la conclusion du contrat, tels les art. 3 al. 2, 5 al. 1, 2 et 3, 9 al. 1[1150].

606 Depuis longtemps, le TF admet de façon générale qu'une déclaration est reçue lorsqu'elle entre dans la **sphère d'influence** (ou sphère de puissance, *Machtbereich*) du destinataire (ou de son représentant) « de telle sorte qu'en organisant normalement ses affaires, celui-ci sera à même d'en prendre connaissance »[1151]. Peu importe toutefois qu'il use de cette faculté. La jurisprudence trouve l'approbation de la doctrine, qui souligne que l'absence de réception rend en principe la déclaration dépourvue d'effet juridique[1152].

607 En ce qui concerne une lettre sous pli simple, une telle exigence est réalisée lorsque le courrier est **déposé** dans la boîte ou la case postale du destinataire, ou lorsqu'il est **remis en main propre** par l'auteur ou un messager (dont l'agent postal, ce qui signifie que l'observation vaut dans ce cas également pour les envois recommandés délivrés). Le courrier peut aussi être confié à une personne autorisée, autre qu'un représentant, telle une entreprise de transport qui, à l'instar du messager, reçoit lors de la livraison de la chose un avis du client mentionnant un défaut (art. 201 al. 1)[1153]. S'agissant de la « personne autorisée », il n'y a pas de raison que la notion diverge de celle décrite

---

1149 § 130 al. 1 BGB. Cf. aussi les références de textes internationaux *supra* n. 1131.

1150 Ces dispositions utilisent les termes « parvenir », « arriver », « recevoir » ; en allemand : *« eintreffen », « Eingang », « ankommen ».* Cf. aussi l'art. 273 al. 1 et 2 let. *a* applicables au bail à loyer : « réception du congé » ; en allemand : *« Empfang der Kündigung ».*

1151 ATF 140 III 244, 247. Cf. aussi ATF 107 II 189 cons. 2 ; 118 II 42 cons. 3b, JT 1993 I p. 140 ; 137 III 308 cons. 3.1.2. À noter que la jurisprudence reconnaît la pratique du courrier « A+ », sans signature de réception, doté d'un numéro qui en permet le traçage *(Track and Trace) ;* cf. ATF 142 III 599 cons. 2.4.1, JT 2019 II p. 169 ; arrêt du TF 4C_1032/2019 du 11 mars 2020 cons. 3.3. Cf. aussi *infra* N. 614.

1152 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 137, 402 et 408 ad art. 1 ; VON TUHR/PETER, p. 167 ss ; ENGEL, Obligations, p. 127 s. et 132 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 196 ; BK-MÜLLER, N. 93 ss ad art. 1. On soulignera également que la réception reste sans effet, lorsque la déclaration fait l'objet d'un retrait, en application de l'art. 9 qui a une valeur générale (KOLLER, N. 3.141 s.). Sur l'empêchement et le refus du destinataire de recevoir la communication, cf. *infra* N. 611 s.

1153 KOLLER, N. 3.133 ; HUGUENIN, N. 186 ; arrêt du TF du 7 décembre 1964 cons. 2, SJ 1985, p. 216 : communication en banque restante.

en cas de communication directe[1154] ; c'est dire qu'elle est désignée par le destinataire, ou alors déterminée par les usages et les circonstances. Dans un arrêt de principe, le TF a jugé qu'un époux, qui occupe un logement de famille avec sa femme, est habilité à se faire remettre le courrier recommandé adressé à celle-ci (en l'espèce, le formulaire de congé signifié par le bailleur, art. 266*n*). Le cas échéant, le pli en question est parvenu dans la sphère de puissance de l'épouse, quand bien même le mari ne le lui a pas transmis[1155].

608 Le **moment de la réception** de la déclaration de volonté se révèle particulièrement important dans certaines circonstances. On citera d'abord les cas où la déclaration doit parvenir au destinataire **dans un certain délai** (c'est-à-dire avant l'expiration de celui-ci). Ainsi en est-il de l'acceptation en réponse à une offre de contracter assortie d'une échéance (art. 3) ; de même du congé ordinaire d'un contrat de travail pour un terme mensuel (art. 335*c* al. 1). On citera également les cas où la **réception d'une déclaration fait courir un certain délai** pendant lequel le destinataire dispose d'une faculté pour agir. Ainsi en est-il, en ce qui concerne les baux d'habitations et de locaux commerciaux, du délai de 30 jours pour contester un congé signifié par l'autre partie (art. 273 al. 1) ou – s'agissant du locataire – pour requérir une prolongation du contrat à durée indéterminée (art. 273 al. 2 let. *a*) ; en chaque hypothèse, le délai court à compter de la réception de la résiliation, soit à partir du lendemain du jour où celle-ci a eu lieu[1156].

609 S'agissant encore de la détermination du **moment de la réception** de la manifestation de volonté, elle soulève des problèmes d'application dans d'autres circonstances, qui entraient d'ailleurs dans les prévisions du législateur. On pense d'abord aux déclarations qui doivent être faites **immédiatement** (ex. : art. 4 al. 1, 107 al. 2, 201 al. 1 et 214 al. 2). Il est unanimement admis qu'en général un bref délai de réflexion doive à tout le moins être concédé à la personne concernée et que les usages en affaires comme les circonstances de l'espèce entrent en ligne de compte[1157].

[1154] Cf. *supra* N. 600. Cf. aussi ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 409 ad art. 1 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 19 ad art. 1 ; opinion quelque peu divergente de VON TUHR/PETER, p. 170. Cf. également art. 138 al. 1 et 2 CPC pour la notification de certains actes judiciaires.

[1155] ATF 118 II 42 cons. 3, JT 1993 I p. 140. Cf. aussi ATF 32 II 281 cons. 3 et 4, commenté par OFTINGER/JEANPRÊTRE, N. 7 : courrier reçu par le fils d'un chef d'entreprise ; réception opposable à ce dernier.

[1156] ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 56 ad art. 9 ; ENGEL, Obligations, p. 133. Sur la notion de réception d'un envoi recommandé, cf. *infra* N. 621 ss.

[1157] VON TUHR/PETER, p. 172 s. ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 17 ad art. 107 ; CoRo-CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N. 15 ss ad art. 201.

610 On pense également à la question du moment déterminant de la réception selon l'**heure de la journée** où elle s'opère. En dehors des messages électroniques[1158], cette question se pose avant tout pour les lettres déposées dans la boîte du destinataire ou celles qui lui sont remises de main à main. Elle est particulièrement significative lorsque le délai pour agir se mesure en heures ou lorsque le jour en cause constitue une échéance. Sauf convention contraire, l'art. 79 apporte une réponse qui vaut aussi pour les actes juridiques[1159]. Il se réfère aux « heures habituellement consacrées aux affaires ». Le TF exprime une opinion semblable en désignant le moment où l'on attend du destinataire qu'il prenne connaissance de son courrier[1160]. En bref, ce moment ne saurait tomber « en temps inopportun »[1161]. Ici aussi, les usages de la branche sont significatifs, tout comme les circonstances de l'affaire[1162]. La jurisprudence s'avère mince en la matière. On retiendra que la Cour d'appel du canton de Berne a jugé que la tentative de remettre à un professionnel un avis de congé de bail le dernier jour utile, à 17 h 20, après la fermeture des bureaux, était tardive[1163]. En revanche, de façon discutable, le Tribunal supérieur du canton de Lucerne a considéré comme valable la remise d'un tel congé à un locataire d'habitation, à 19 h 30[1164].

611 Dans ce contexte se pose encore la question de l'**empêchement ou** du **refus de la réception** de la communication par le destinataire. Comme énoncé plus haut[1165], ce dernier assume les risques dans sa sphère de puissance s'il est empêché de prendre connaissance des messages qui lui parviennent, même sans faute de sa part (ex. : en cas de déplacement professionnel, de maladie ou de vacances). En telle occurrence, il lui appartient d'organiser ses affaires en faisant suivre son courrier ou en chargeant un tiers de le relever. Toutefois des précisions nuancées s'imposent.

1158 Cf. *infra* N. 641 ss.

1159 CoRo-CO I-HOHL, N. 1 ad art. 79.

1160 Cf. *supra* N. 606 et les réf. cit. Cf. aussi BK-MÜLLER, N. 108 ad art. 1.

1161 CoRo-CO I-HOHL, N. 1 ad art. 79.

1162 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 408 ad art. 1 ; CoRo-CO I-HOHL, N. 2 ad art. 79. Cf. aussi ATF 105 II 28 cons. 2a, JT 1979 I p. 314 : en matière de commerce bancaire, le temps consacré aux affaires prend fin à 16 h 30 à Genève.

1163 CApp. Berne, 4 novembre 1937, RJB 1938, p. 477.

1164 Tribunal supérieur, Lucerne, 7 mai 1948, RJB 1948 p. 415. Cf. aussi SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 27.23 et les ex. cités.

1165 Cf. *supra* N. 604 et 606. Cf. *infra* N. 621 ss pour les communications par pli recommandé. Pour les envois déposés en poste restante, cf. BK-MÜLLER, N. 110 ad art. 1.

Dans l'hypothèse où le destinataire **refuse** au mépris des règles de la bonne foi de prendre possession d'une communication ou s'y soustrait (ex. : en quittant son domicile sans informer de son changement d'adresse), la réception est **réputée être accomplie** au moment où le pli lui a été présenté ou aurait pu lui être présenté[1166]. 612

En revanche, dans l'hypothèse où le destinataire ne peut se faire opposer le grief de la mauvaise foi (ex. : l'information erronée de son adresse, accident l'empêchant d'organiser ses affaires), il convient de **tempérer la rigueur** du principe de la réception. Ainsi il paraît équitable de constater que celle-ci n'a pas été accomplie et d'autoriser l'auteur de la déclaration à renouveler l'acte dans les meilleurs délais, étant entendu que le destinataire ne saurait se prévaloir du retard en résultant, compte tenu que la circonstance en cause relève de sa sphère de puissance[1167]. 613

Une dernière observation regarde ici le **fardeau de la preuve** de la réception de la déclaration de volonté. Cette preuve pèse sur l'auteur, mieux dit sur la personne qui s'en prévaut (art. 8 CC)[1168]. Elle peut être rapportée par plusieurs moyens, notamment par un messager ou un témoin en cas de dépôt d'un pli simple dans la boîte à lettres du destinataire ou d'une remise de main à main ; le seul envoi d'un pli simple ne prouve pas la réception[1169]. Hormis le classique courrier recommandé[1170], la Poste suisse a mis en place depuis quelques années un service de suivi des envois, qui permet à l'expéditeur de connaître en ligne le moment de la distribution[1171]. 614

1166 ENGEL, Obligations, p. 134 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 93 ad art. 1 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 27.27, qui précisent que la communication doit avoir été régulière (p. ex. que la lettre soit correctement affranchie) ; ATF 90 III 8, 10, JT 1964 II p. 34, 36. Cf. aussi art. 138 al. 3 let. b CPC ; CoRo-CPC-BOHNET, N. 33 ss ad art. 138. Il faut réserver le cas où l'auteur sait que la notification du pli à l'adresse convenue est problématique (arrêt du TF 4A_74/2011 du 2 mai 2011 cons. 3, DB 2011 N. 11).

1167 VON TUHR/PETER, p. 173 ; BK-MÜLLER, N. 125 ad art. 1.

1168 ENGEL, Obligations, p. 133 ; arrêt du TF 4A_250/2008 du 18 juin 2008 cons. 3.2.1 : le bailleur supporte la preuve de la réception de l'avis comminatoire de l'art. 257*d* al. 1.

1169 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 223 s. ad art. 1 ; ATF 137 III 208 cons. 3.1.2.

1170 Cf. *infra* N. 621 ss.

1171 CoRo-CPC-BOHNET, N. 36 ad art. 138 : prestation *Track and Trace* (cf. www.post.ch/centre clientèle/suivi des envois). Cf. aussi *supra* N. 606, *infra* N. 622.

3. Les exceptions au principe

615 Les règles qui gouvernent le système de la réception des manifestations de volonté sont **dispositives.** Ordinairement, les parties ont la liberté d'y déroger. Liées à une vente par livraisons successives, elles peuvent par exemple convenir qu'une commande de marchandises ne prendra effet que lorsque le fournisseur en aura effectivement pris connaissance ou que le délai de résiliation s'écoulera dès l'expédition de la lettre recommandée signifiant l'extinction du contrat[1172]. En matière bancaire, elles sont admises à stipuler que les communications de l'établissement à son client seront conservées en « banque restante », avec pour effet que ce dernier est censé en avoir pris connaissance immédiatement[1173].

616 Il est des cas où la **loi se réfère à d'autres moments** que la réception, correspondant aux systèmes inventoriés plus haut[1174]. Les raisons sont diverses ; elles tiennent tantôt à la nature des actes visés, tantôt à l'influence du droit européen.

617 Le **système de l'émission** est en principe valable pour les déclarations de volonté qui ne sont pas adressées à une personne déterminée[1175]. Une précision s'impose : si un testament est émis dans les formes requises (art. 498, 499 ss, 505, 506 ss CC), il est parfait ; encore faut-il qu'il ne reste pas inconnu, auquel cas l'acte ne développe aucun effet[1176].

618 Le **système d'expédition** trouve application à l'art. 10 al. 1 pour déterminer la prise d'effet d'un contrat conclu entre absents : celle-ci est effective dès le moment où l'acceptation a été expédiée. Il n'empêche que la perfection de la déclaration en question est subordonnée à sa réception par le destinataire, soit l'auteur de l'offre[1177].

619 Il en va de même du **droit de révocation** introduit à l'art. 40*e* du Code par la loi sur le démarchage portant sur des choses mobilières ou des

---

1172 VON TUHR/PETER, p. 168 n. 23 ; HUGUENIN, N. 188.

1173 Arrêt du TF du 7 décembre 1984 cons. 2c, SJ 1985, p. 246 : la fiction est admise sous réserve du moyen tiré de la prohibition de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC).

1174 Cf. *supra* N. 602 et les réf. cit.

1175 Cf. *supra* N. 581 et les exemples cités.

1176 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 129 ad art. 1 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 28 ad art. 1. Cf. aussi *supra* N. 597.

1177 ENGEL, Obligations, p. 200 et 208 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 666.

services hors de l'établissement commercial du fournisseur[1178]. L'avis doit être remis à la poste au plus tard le quatorzième jour à compter – notamment – de celui où le contrat a été proposé ou accepté. Une telle prérogative est également prévue à l'art. 16 LCC et au nouvel art. 2*a* al. 3 LCA[1179]. Comme déjà souligné, elle s'inscrit dans le concept relativement nouveau de droit de la consommation, dont l'influence européenne en Suisse s'avère évidente[1180]. En l'état, le droit européen accorde au consommateur une faculté de rétractation qui s'applique aux contrats hors établissement commercial comme aux contrats à distance, y compris ceux conclus par Internet, téléphone et fax[1181].

Le **système de l'information** trouve application dans l'hypothèse appréhendée à l'art. 9. L'al. 1 traite du retrait de l'offre contractuelle. Celle-ci est notamment considérée comme caduque, si son retrait est communiqué au destinataire avant que ce dernier n'ait pris connaissance de l'offre (*in fine*). L'al. 2 énonce la même règle pour le retrait de l'acceptation[1182]. 620

D. Le cas des courriers recommandés

1. Une présentation générale

Compte tenu du fardeau de la preuve de la réception des communications indirectes[1183], il n'est pas rare que l'auteur d'un acte de droit matériel recoure à l'**envoi recommandé,** un moyen postal connu de longue date. Il s'agit d'un courrier qui, sauf refus ou absence, est remis par l'agent au destinataire, contre accusé de réception signé. C'est d'ailleurs le mode ordinaire de notification des actes de procédure, tel que prévu à l'art. 138 621

[1178] LF du 5 octobre 1990, RO 1991 846 ; nouvelle teneur selon le ch. 1 de la LF du 19 juin 2015, RO 2015 4107, FF 2014 893 2883. Cf. aussi CoRo-CO I-STAUDER/STAUDER, N. 8 ad 40*e*.

[1179] Mess. du CF du 28 juin 2017 sur la modification de la LCA, FF 2017 4787.

[1180] Cf. *supra* N. 182 ss, not. 184 et 190, N. 204 ss, not. 211 et 214.

[1181] Art. 9 ss, not. 9 par. 1 et 11 par. 2 de la Directive 2011/83/UE du Parlement et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, qui modifie et abroge des directives antérieures (JOUE L 304/64-88 du 22 novembre 2011) ; cf. aussi Préambule (20) et Annexe 1.

[1182] CoRo-CO I-MORIN, N. 5 ad art. 9.

[1183] Cf. *supra* N. 593 et 614.

al. 1 à 3 CPC et rappelé dans d'autres lois, telles la LPGA (art. 38 al. 2*bis*) et la LTF (art. 44 al. 2).

622 S'agissant de **lettres,** leur distribution fait partie du service universel qu'assume la Poste suisse (art. 2 let. c et 13 ss LPO). Depuis son changement de statut en société anonyme de droit public, celle-ci soumet les relations avec ses clients aux **conditions générales** régissant les prestations fournies[1184]. Leur nature ressortit au droit privé[1185].

623 L'envoi recommandé exige en principe une **remise personnelle** au destinataire[1186]. Celle-ci peut également être effectuée en main d'une personne habilitée, qu'il s'agisse d'un **auxiliaire** selon la terminologie du droit privé (un proche vivant dans le ménage, y compris un enfant doté du discernement, ou un employé de l'entreprise, mais ordinairement pas un voisin)[1187] ou d'un **représentant,** comme le gérant d'immeuble, mandataire du bailleur[1188].

624 Le **moment de la réception** d'une lettre recommandée est celui où l'agent postal remet le pli au destinataire. Si un délai de droit matériel court à compter de ce moment, comme il en va du délai de 30 jours pour contester le congé d'un bail d'habitation ou de locaux commerciaux (art. 273 al. 1), il commence à s'écouler le lendemain de la réception effective[1189]. La problématique du calcul des délais est un sujet propre. Elle sera

---

1184 Cf. ainsi Conditions générales « Prestations du service postal » pour les clients privés (édition de janvier 2022) consultables sur le site de la Poste suisse (citées CG Poste ci-après) ; cf. aussi l'édition pour les clients commerciaux et la rubrique « lettres suisses ». Cf. également *supra* N. 614 concernant la prestation « suivi des envois ».

1185 Art. 11 al. 1 LF sur l'organisation de la Poste suisse du 17 décembre 2010, RS 783.1. Cf. aussi BOHNET FRANÇOIS/BRÜGGER NICOLAS, La notification en procédure civile suisse, RDS 2010 I p. 312 s. La question de l'applicabilité des conditions générales de la Poste se discute, notamment pour le destinataire du pli, qui n'est pas partie au contrat avec l'entreprise.

1186 Art. 2.5.1 CG Poste, op. cit. (n. 1184) : « en main propre ».

1187 Cf. *supra* N. 600 s., 604 et 607. Cf. aussi art. 2.5.5 CG Poste, op. cit. (n. 1184). À noter que l'art. 138 al. 2 CPC fixe pour le mineur un âge minimal de 16 ans.

1188 Cf. *supra* N. 607 ; de même art. 2.5.6 CG Poste, op. cit. (n. 1184). Le parlement fédéral est actuellememt saisi d'une proposition qu'un courrier « A+ » arrivé un samedi soit considéré comme reçu le lundi suivant (Dépêche ATS du 27 septembre 2022) ; l'approbation – tacite – du CE de la motion du CN date du 27 septembre 2022.

1189 ENGEL, Obligations, p. 133 ; HOHL FABIENNE, Procédure civile, 2e éd., t. II, Berne 2010, N. 915 et 921. Cf. *infra* N. 637 ss sur la problématique du point de départ des délais prévus à l'art. 273 al. 1 et al. 2 let. a.

spécialement examinée ultérieurement dans la partie de l'ouvrage consacrée à l'exécution des obligations.

Dans le cas où, lors de la distribution du courrier, le destinataire **refuse sans raison valable** d'en prendre livraison ou de signer l'accusé de réception, l'envoi est retourné à l'expéditeur avec la mention « refusé » (art. 2.5.1 et 2.5.8 CG Poste). Néanmoins, la réception est réputée accomplie au moment où la lettre lui a été présentée, comme il en va d'un pli simple[1190]. 625

2. L'hypothèse du destinataire non atteignable

a. La théorie de la réception absolue

Lorsque le destinataire de l'envoi recommandé n'est pas atteignable, un **avis de retrait** est déposé dans sa boîte à lettres ou sa case postale. La date de réception de la déclaration de volonté correspond au moment où la personne concernée est en mesure d'en prendre connaissance au bureau postal désigné. 626

Concrètement, il s'agit du **même jour** que celui du dépôt de l'avis, à condition qu'on soit en droit d'attendre que le retrait s'opère aussitôt, sinon, comme généralement, du **lendemain** ou du jour ouvrable suivant, peu importe si le courrier est retiré ou non durant le délai de garde et, dans l'affirmative, à quel moment il est retiré (voire même s'il n'est jamais retiré et retourné à son expéditeur). La doctrine et la jurisprudence parlent aujourd'hui de **réception absolue,** selon une théorie tenant compte de manière équitable des intérêts antagonistes de chaque partie[1191]. 627

1190 Cf. *supra* N. 612. Cf. aussi JEANPRÊTRE RAYMOND, L'expédition et la réception des actes de procédure et des actes juridiques : étude de jurisprudence, RSJ 1973, p. 351. Cf. également art. 138 al. 3 let. b CPC.

1191 KOLLER, N. 3.146 s. ; HOHL, op. cit. (n. 1189), N. 922 ss ; CoRo-CO I-MORIN, N. 17 ad art. 1 ; BK-MÜLLER, N. 109 ad art. 1 ; ATF 107 II 189 cons. 2 ; 137 III 208 cons. 3.1.2 ; 140 III 244 cons. 5.1 ; 143 III 15 cons. 4.1 et le commentaire de CARRON BLAISE, Absence ou vacances du locataire et départ du délai pour contester le congé, in Newsletter Bail.ch, janvier 2017. Cf. aussi *supra* N. 604. Pour certains, la réception devrait en principe être fixée le lendemain du jour du dépôt de l'avis ; en ce sens : BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 88 ad art. 1 ; OGer Zurich, 6 avril 1995, Plaidoyer 3/1995, p. 57. En pratique, le retrait d'un pli faisant l'objet d'un avis dans une case postale peut s'opérer immédiatement, donc le même jour. Cf. aussi la proposition parlementaire mentionnée plus haut (n. 1188 i.f.), qui devrait aussi concerner l'avis de retrait arrivé un samedi.

628 Il incombe à l'expéditeur du pli recommandé de **prouver le dépôt de l'avis** de retrait dans la boîte personnelle ou la case postale du destinataire. Si la preuve n'est pas rapportée, il pourra normalement répéter la notification[1192]. Quant au destinataire, il supporte le risque qu'il ne prenne pas ou prenne tardivement connaissance de la lettre, par exemple en cas d'absence ou de vacances ; le fait qu'il ne devait pas s'attendre à une communication de l'autre partie n'est en principe pas pertinent[1193]. Les mentions de retour du courrier et la pratique postale s'avèrent significatives[1194]. Ici comme ailleurs, le principe de la bonne foi (art. 2 CC) est de mise. Ainsi, la réception peut se révéler irrégulière si l'auteur de l'envoi sait que, pour des motifs non reprochables, le destinataire n'est pas en mesure d'organiser ses affaires[1195].

b. La théorie de la réception relative en droit du bail

629 Dans le domaine du bail, la jurisprudence a apporté **deux dérogations** à la théorie énoncée plus haut. On parle de **théorie de la réception relative.** Soit dit en passant, celle-ci est appliquée de très longue date à la notification des actes de procédure ; elle est instituée à l'art. 138 al. 3 let. a CPC[1196].

630 La première dérogation touche l'**avis de majoration du loyer** ou d'autres modifications unilatérales du contrat (art. 269*d*)[1197]. La seconde

---

1192 Cf. *supra* N. 614 ; pour un cas d'échec de la preuve, cf. arrêt du TF du 24 octobre 1991, DB 1993 N. 8.

1193 ATF 143 III 15 cons. 4.1, cité *supra* en n. 1191 ; le TF y précise que le destinataire – ici le locataire – ne peut simplement ignorer l'avis déposé dans sa boîte à lettres ou sa case postale ; il doit s'enquérir de l'identité de l'expéditeur et du contenu du pli.

1194 Arrêt du TF 4A_250/2008 du 18 juin 2008 cons. 3, DB 2009 N. 8 : mention : « le destinataire est introuvable à l'adresse indiquée » ; preuve rapportée. Aujourd'hui, les agents postaux scannent l'avis de retrait, avec mention « avisé » ; on peut l'interpréter comme un indice probatoire significatif.

1195 Cf. *supra* N. 611 ss et les réf. cit. Cf. aussi HOHL, op. cit. (n. 1189), N. 926 ; ATF 140 III 244 cons. 5.2 ; 143 III 15 cons. 4.1 et 4.2 et le commentaire de CARRON, op. cit. (n. 1191), qui analyse les différents types d'absence du destinataire du pli recommandé et souligne l'exception au principe que constitue la résiliation du contrat par l'employeur, habilité à fixer les vacances du travailleur (art. 329*c* al. 2).

1196 Cf. *supra* N. 621 et les réf. cit. Cf. aussi BOHNET/BRÜGGER, op. cit. (n. 1185), p. 315 ss ; HOHL, op. cit. (n. 1189), N. 794 ss et 866 ss ; ATF 74 I 84 cons. 1; 100 III 3 cons. 2, JT 1976 II p. 73 ; 127 I 31 cons. 2a, JT 2001 I p. 727 ; 138 III 225 cons. 3.

1197 ATF 107 II 189 cons. 2, rendu sous l'empire de l'AMSL.

dérogation concerne l'**avis comminatoire** adressé au locataire en demeure dans le paiement du loyer et des frais accessoires (art. 257*d*)[1198]. Les arrêts de principe rendus en ce domaine ont été confirmés à maintes reprises, en particulier dans deux jugements très récents[1199].

631 Dans l'un et l'autre cas, « l'acte est reçu au moment où le destinataire le **retire effectivement** au guichet de la poste ou, à supposer qu'il ne soit pas retiré dans le délai de garde, le **septième et dernier jour** de ce délai »[1200]. Par souci d'uniformité, le principe en question s'applique aussi aux titulaires d'une case postale, quand bien même on ne saurait leur opposer une tentative infructueuse dans la distribution du courrier. Une telle précision vaut autant en droit de procédure qu'en droit de fond[1201].

632 S'agissant du **délai de garde,** il doit s'entendre **en jours pleins.** C'est dire qu'en dépit d'un certain flottement observé dans quelques jugements, le jour du dépôt de l'avis dans la boîte à lettres ou la case postale du destinataire n'est pas compté : le délai court dès le lendemain (art. 77 al. 1 ch. 1)[1202] et il s'écoule jusqu'au septième jour, quel que soit le délai fixé par la Poste, et peu importe que le dernier jour tombe sur un samedi ou un jour férié officiel[1203].

633 La **justification** du recours à la théorie de la réception relative en droit du bail repose sur la volonté d'accorder au locataire un délai de réflexion prolongé dans les hypothèses visées. Pour celle de l'art. 269*d*, le TF insiste sur le fait que le locataire se trouve devant le choix de subir la hausse de loyer ou de la contester, ou encore d'y échapper en dénonçant le contrat. Quant à l'hypothèse de l'art. 257*d*, notre cour suprême juge opportun que le locataire puisse disposer de la totalité du délai de 30 jours pour

---

1198 ATF 119 II 147 cons. 2, JT 1994 I p. 205. À noter que si l'avis est donné par le bailleur sous pli séparé aux deux époux occupant un logement de famille (art. 266*n*), le délai imparti commence à courir le lendemain de la réception du second courrier.

1199 ATF 137 III 208 cons. 3.1.3 ; 140 III 244 cons. 5.1. Cf. aussi HOHL, op. cit. (n. 1189), N. 927 ss ; BK-MÜLLER, N. 109 ad art. 1.

1200 ATF 140 III 244, 248. Cf. aussi art. 2.5.7 CG Poste, op. cit. (n. 1184).

1201 ATF 100 III 3 cons. 2, JT 1976 II p. 73 ; 123 III 492 cons. 1, JT 1999 II p. 109 ; JEANPRÊTRE, op. cit. (n. 1191), p. 352 ; CoRo-CPC-BOHNET, N. 21 ad art. 138 ; ZK-HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, N. 37 ad art. 257*d* ; LACHAT DAVID, Le bail à loyer, Lausanne 2008, p. 404 s. et 668.

1202 Cf. *supra* N. 608 et 624. ATF 134 V 49 cons. 4 ; arrêt du TF 5A_2/2010 du 17 mars 2010 cons. 2 ; BOHNET/BRÜGGER, op. cit. (n. 1185), p. 316 ; GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Prozessordnung – Kurzkommentar, 2e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, N. 8 ad art. 138 CPC.

1203 ATF 127 I 31 cons. 2b, JT 2001 I p. 727.

réunir les fonds destinés à s'acquitter de l'arriéré en souffrance, sous peine sinon de risquer la résiliation du contrat. Et la jurisprudence de souligner que l'application de la théorie de la réception absolue pourrait conduire à des conséquences jugées incompatibles avec le but de protection des locataires, tel que poursuivi par la révision du droit du bail en 1989. De manière générale, la doctrine approuve cette jurisprudence[1204]. Il est vrai que l'exception concernant l'application de l'art. 257*d* est discutable, eu égard à la longueur du délai de 30 jours qu'il prévoit[1205].

634 La particularité de la théorie relative réside dans la coexistence de **deux modes** de réception de la déclaration de volonté : d'une part, la **réception effective,** lorsque le courrier est retiré à l'office postal durant le délai de garde ; d'autre part la **réception fictive** à l'échéance du délai en question, pour autant, précise l'art. 138 al. 3 let. a CPC, que le destinataire dût s'attendre à recevoir une notification[1206]. Cette condition trouve une justification en droit de procédure, au regard du devoir de bonne foi qui pèse sur les parties liées par un rapport d'instance et le plus souvent assistées d'un avocat[1207]. Elle n'est en revanche guère mentionnée dans l'application du droit matériel[1208]. Le TF y a fait allusion dans l'application de l'art. 257*d*, où le locataire en demeure de payer le loyer ne saurait être étonné de se faire signifier un avis comminatoire[1209]. La question, il est vrai, ne se pose pas tout à fait en ces termes dans l'hypothèse appréhendée à l'art. 269*d*. Néanmoins, on ne saurait perdre de vue que les parties se trouvent ici dans une relation contractuelle durable. Aussi ne paraît-il pas exagéré d'admettre que chacune d'entre elles peut s'attendre à recevoir un courrier recommandé de la part de l'autre ; le moyen tiré de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) imputable à l'expéditeur reste évidemment réservé.

1204 ZK-HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, N. 37 ad art. 257*d* ; LACHAT, op. cit. (n. 1201), p. 404 n. 156 et p. 667 s. ; HOHL, op. cit. (n. 1189), N. 927 ss ; CARRON BLAISE, Départ du délai pour contester un congé et théorie de la réception : une méthodologie (relativement) déroutante pour un résultat (absolument) convaincant, in Newsletter bail.ch de juillet 2014 ; CARRON BLAISE, Note sur l'ATF 140 III 244, in DB 2014 N. 19 point 12, 16 et 21 et in RSPC 5/2014, p. 437 ss.

1205 CARRON, op. cit. (n. 1204), in DB 2014 N. 19 point 16.

1206 TERCIER/PICHONNAZ, N. 209 ; ATF 134 V 49 cons. 4 ; 138 III 225 cons. 3.1 et les réf. cit.

1207 BOHNET/BRÜGGER, op. cit. (n. 1185), p. 317 s. ; ATF 130 III 396 cons. 1.2.3, JT 2005 II p. 87.

1208 HOHL, op. cit. (n. 1189), N. 932, qui admet sans autre l'application de cette condition ; le TF se rallie à cette opinion (ATF 143 III 15 cons. 4.3). En revanche, CARRON, op. cit. (n. 1191), la juge « discutable ».

1209 Arrêt du TF 4A_250/2008 du 18 juin 2008 cons. 3.2.2, DB 2009 N. 8.

On soulignera que la réception est également réputée accomplie dans le cas où le **destinataire omet** de retirer le pli à l'office postal ; autrement dit, l'omission est assimilée à un refus[1210]. 635

On ajoutera que la fiction de la réception à l'échéance du délai de sept jours vaut également lorsque le **destinataire fait garder son courrier** à l'office postal durant une absence prolongée[1211]. Il en va de même quand la Poste, de sa propre initiative, accorde au client un délai de retrait supérieur à sept jours[1212]. 636

c. Une controverse sur le champ d'application des théories

Une controverse tenace touche l'application de la théorie de la réception relative à d'autres cas que ceux retenus par la jurisprudence se rapportant aux art. 257*d* et 269*d*. Elle s'est focalisée sur la **réception de la résiliation d'un bail** portant sur une habitation ou des locaux commerciaux et la **détermination du point de départ des délais de déchéance** de 30 jours fixés à l'art. 273 al. 1 et al. 2 let. a : la première hypothèse offre la faculté pour chaque partie de contester le congé notifié ; la seconde accorde le droit au locataire de demander une prolongation du contrat[1213]. 637

Dans une jurisprudence qui paraît aujourd'hui consolidée et qui trouve notre approbation[1214], le TF qualifie les délais en question de délais de droit matériel. Ces délais courent dès le jour déterminé par la règle de droit de fond qui les fixe, soit par les principes qui régissent la réception de l'acte juridique. Or l'exigence d'unité de l'ordre juridique justifie de limiter sévèrement les dérogations à la **théorie de la réception absolue.** Celle-ci définit le *dies a quo* du délai de congé et aussi, de façon générale, les autres délais de droit matériel en matière de bail, tels ceux prévus aux art. 273 al. 1 et al. 2 let. a. Elle présente l'avantage de tenir compte de manière équitable des intérêts antagonistes des parties[1215]. Un tel souci ne s'impose pas 638

[1210] Cf. *supra* N. 612 et 625 ; HOHL, op. cit. (n. 1189), N. 932.

[1211] ATF 123 III 492 cons. 1, JT 1999 I p. 109 ; 134 V 4 cons. 4 ; HOHL, op. cit. (n. 1189), N. 932 ; LACHAT, op. cit. (n. 1201), p. 404 n. 156.

[1212] ATF 127 I 31 cons. 2b, JT 2001 I p. 727.

[1213] Cf. *supra* N. 605 (et n. 1150), 608 et 624.

[1214] ATF 137 III 208 cons. 3.1.3 ; 140 III 244 cons. 5.1 et 5.2 ; 143 III 15 cons. 4.1. En ce sens, ZK-HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, N. 45 ss ad art. 273 ; HOHL, op. cit. (n. 1189), N. 911, 913 et 922 ss ; CARRON, op. cit. (n. 1191 et 1204) et les réf. cit.

[1215] Cf. *supra* N. 603 s.

pour les délais procéduraux ; en effet, l'autorité qui notifie un acte judiciaire ne saurait se prévaloir d'un intérêt propre à ce que la communication parvienne le plus tôt au destinataire.

639 Un courant doctrinal est favorable à l'application de la **théorie de la réception relative** aux cas prévus à l'art. 273 al. 1 et al. 2 let. a, si le destinataire est absent lors de la distribution du pli recommandé donnant le congé. Lorsque ce dernier est locataire, on invoque son besoin de protection, à l'instar des solutions valables pour les art. 257*d* et 269*d.* On ajoute que les délais en cause sont liés à l'exercice d'une action formatrice ; il paraîtrait donc logique de leur appliquer la théorie de la réception relative, comme pour les autres délais de procédure[1216].

640 Pour clore, force est de constater que chaque courant d'opinions diverge **de façon inconciliable** sur la question discutée. L'un et l'autre en appellent à la sécurité du droit, en invoquant l'exigence d'unité de l'ordre juridique et le souci de cohérence dans sa mise en œuvre.

E. Le cas des communications électroniques

1. En général

641 Depuis quelques décennies, le développement de l'informatique et des télécommunications a conduit à une **dématérialisation des déclarations de volonté.** Dans notre domaine, le contrat est touché au premier chef. Nous y reviendrons, pour souligner les particularités des contrats à distance. Ce sera l'occasion de mettre en exergue le retard qu'a pris ici le droit suisse par rapport au droit européen, notamment dans la politique de protection des consommateurs[1217].

[1216] BOHNET FRANÇOIS, Les termes et délais en droit du bail à loyer, in 13e Séminaire sur le droit du bail, Wessner Pierre (édit.), Neuchâtel 2004, p. 26 s. ; BOHNET FRANÇOIS, (Faux) départ du délai pour contester le congé, in Newsletter bail.ch, janvier 2014 ; BaK-OR I-WEBER, N. 3a ad art. 273 ; BLUMER MAJA, Gebrauchsüberlassungsverträge, SPR VII/3, N. 1006 s. ; LACHAT, op. cit. (n. 1201), p. 639 s., qui plaide pour une application uniforme de la théorie de la réception relative, afin de tenir compte des réalités de la vie quotidienne et des horaires d'ouverture des bureaux de poste.

[1217] Cf. *supra* N. 204 ss.

Comme déjà souligné[1218], à côté du télex aujourd'hui en désué- 642
tude, du téléfax et du téléphone, la transmission de données se réalise par toutes sortes de **moyens électroniques,** dont certains permettent une impression sur papier. Le courriel *(e-mail)* en constitue évidemment l'exemple le plus en vue dans les rapports juridiques. Le cas échéant, de tels messages ne respectent pas la forme écrite, faute de signature manuscrite (art. 13) ; depuis 2003 il est vrai, la **signature électronique** y est assimilée (art. 14 al. 2bis)[1219]. À noter que le droit de procédure prévoit expressément la notification électronique (art. 139 CPC), soumise à des règles formelles très strictes[1220].

Les communications électroniques peuvent s'exprimer de façon 643
orale ou écrite, ou par tout autre signe ou image. En ce sens, on distingue les **déclarations directes** (ex. : celles émises lors d'un entretien téléphonique ou d'une vidéoconférence) ou **indirectes** (ex. : celles contenues dans un fax, un courriel ou un SMS). Le critère réside dans l'existence ou non, en temps réel, d'un « dialogue interactif »[1221].

2. En particulier : la question de la réception

La réception des déclarations de volonté indirectes communiquées 644
par voie électronique mérite discussion. En principe, elle s'opère dès l'instant où la communication parvient dans la **sphère d'influence du destinataire**[1222]. S'agissant par exemple de la télécopie, c'est le moment de l'impression du document sur l'appareil à disposition. Quant au courriel, il

[1218] Cf. *supra* N. 584 et 592 s.
[1219] Cf. *supra* N. 107, 123 et 161.
[1220] CoRo-CPC-BOHNET, N. 3 ss ad art. 139.
[1221] PROBST THOMAS, Le droit du bail et Internet, in 11e Séminaire sur le droit du bail, Wessner Pierre (édit.), Neuchâtel 2000, N. 21. Cf. aussi FAVRE-BULLE XAVIER, Le contrat électronique, in Le contrat dans tous ses états (Bellanger François/Chaix François/Chappuis Christine/Héritier-Lachat Anne (édit.), Berne 2004, p. 187 ; WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, 2e éd., Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 343.
[1222] SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 27.23 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 15 ss ad art. 1 ; HUGUENIN, N. 186.

s'agit du moment où le message est accessible sur la « boîte » *(mailbox)* du destinataire[1223].

645 Le **critère de l'accessibilité** de la communication est retenu par la Directive européenne sur le commerce électronique (art. 11)[1224]. Il ne saurait s'appliquer tel quel. Autrement dit, l'incombance de consultation de la messagerie appelle une application qui dépend des circonstances. D'abord, il faut réserver l'hypothèse où les parties sont en relation d'affaires, impliquant l'éventualité qu'elles doivent s'attendre à recevoir un courriel, même dans l'urgence ; ainsi en est-il d'une offre contractuelle, discutée, dont l'échéance est fixée par son auteur en jours, et pourquoi pas en heures[1225]. Une certaine diligence s'impose également quand le titulaire d'une adresse électronique en a donné connaissance à un cercle de personnes, par exemple dans un entête de lettre[1226]. En telle occurrence, une consultation régulière, en principe quotidienne, de la boîte électronique est de rigueur ; les critères liés à l'activité exercée (continue ou non) ou à la survenance d'un jour non ouvrable ou férié, jouent un rôle en la matière[1227].

646 On rappellera enfin les règles applicables à la réception des courriers non recommandés[1228]. Les **circonstances de l'espèce** et les **usages en affaires** entrent en ligne de compte dans le commerce électronique, comme il en va de la confirmation de réception d'un courriel. Et, à l'évidence, la diligence requise dans la gestion de la messagerie diffère selon que la com-

---

1223 WEBER, op. cit. (n. 1221), p. 343 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 200 et 202 ; BALSCHEIT PHILIPP, Konsumvertragsrecht und E-Commerce, Berne 2005, p. 174. Cf. aussi CoRo-CO I-XOUDIS, N. 23 ad art. 14/15, qui rappelle l'existence de plateformes de messagerie sécurisées prouvant la délivrance de la communication. Dans des circonstances ordinaires, et sauf accusé du destinataire du message, il s'avère malaisé pour l'expéditeur d'en prouver la réception ; sur cette question, avec des réponses détaillées, cf. GEISSBÜHLER GRÉGOIRE/REYMOND MICHEL JOSÉ, Bots, spam et no replay : une théorie de la réception à l'âge d'Internet, RDS 2022 II p. 337 ss, not. p. 344 ss.

1224 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, JOCE n° L 178 du 17/07/2000, p. 1-16.

1225 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 27.23.

1226 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 202 ; HUGUENIN, N. 186.

1227 PROBST, op. cit. (n. 1221), N. 21 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 18 ad art. 1 ; GEISSBÜHLER/REYMOND, op. cit. (n. 1223), p. 359 ss.

1228 Cf. *supra* N. 609 s.

munication est adressée à un consommateur ou à un professionnel et, dans ce dernier cas, si celui-ci dispose ou non de son propre serveur[1229].

V. L'interprétation de la manifestation de volonté

A. La problématique

Il arrive qu'une manifestation de volonté génère un **désaccord** entre l'auteur et le destinataire. Tel est le cas notamment lorsqu'il existe des divergences entre le sens voulu, le sens déclaré et le sens compris par l'un et l'autre. 647

En telle occurrence, l'exercice de l'interprétation s'impose. Dans notre domaine, la problématique vise principalement le contrat, tant dans le mécanisme de sa conclusion que dans la définition du contenu voulu par les parties. Nous y reviendrons, en développant et en illustrant l'exposé[1230]. Pour l'heure, nous nous bornerons à quelques remarques lapidaires décrivant le processus interprétatif. 648

B. Le processus interprétatif

Le juge appelé à se prononcer sur la signification d'une manifestation de volonté, expresse ou tacite[1231], doit trancher une **question préalable,** schématiquement énoncée : est-ce que le destinataire a compris la volonté réelle de l'auteur ? Si la réponse est affirmative, la déclaration développe ses effets dans le sens ainsi déterminé. Au cas où elle s'avère négative, la déclaration est interprétée dans le sens objectif que le destinataire a saisi de bonne foi, eu égard aux circonstances. 649

En d'autres termes, l'interprétation peut impliquer une **double démarche.** La première est obligée et prioritaire, dictée par le principe de la 650

[1229] FAVRE-BULLE, op. cit. (n. 1221), p. 178 ; BALSCHEIT, op. cit. (n. 1223), p. 74 s. ; JÖRG FLORIANT, Vertragsschluss im Internet und neue Geschäftsmodelle : Ausgewählte Fragen, in Internetrecht und Electronic Commerce Law, Arter Olivier/Jörg Floriant (édit.), St-Gall/Lachen 2001, p. 8 s. ; BK-MÜLLER, N. 113 ad art. 1.

[1230] Sur l'accord des manifestations de volonté et l'interprétation du contrat en général, cf. Vol. II.

[1231] Cf. *supra* N. 584 ss.

volonté (ou théorie de la volonté). La seconde est subsidiaire, mise en œuvre par le principe de la confiance (ou théorie de la confiance).

651 Ce processus n'est comme tel pas exprimé directement dans le Code. On le doit à la doctrine et à la jurisprudence[1232]. Il est retenu dans des textes internationaux, tels les Principes d'UNIDROIT[1233].

652 Le **principe de la volonté** *(Willensprinzip)* commande de rechercher d'abord l'intention effective de l'auteur de la déclaration (la volonté de l'acte[1234]), d'où l'expression **interprétation subjective**[1235]. Dans l'hypothèse où le destinataire a compris la volonté comme telle, la déclaration déploie valablement ses effets, peu importe a priori les expressions et dénominations éventuellement inexactes utilisées. Il faut y voir une application de l'art. 18 al. 1, qui appréhende de manière générale toute manifestation de volonté soumise à réception[1236].

653 Le **principe de la confiance** *(Vertrauensprinzip)* prend le relais seulement si la volonté réelle de l'auteur ne peut être établie ou reste source de désaccord. C'est une hypothèse a priori subsidiaire, déduite du principe de la bonne foi et consacrée de longue date. Dans le contentieux judiciaire, elle joue un rôle considérable. Le cas échéant, la déclaration litigieuse doit être interprétée dans le sens que le destinataire pouvait et devait lui donner de bonne foi, au regard de l'ensemble des circonstances[1237]. Pour autant qu'il soit convaincu de l'existence d'une manifestation de volonté, le juge en recherchera le sens objectif, d'où l'expression **interprétation objective**[1238]. On parle aussi d'interprétation normative, pour démontrer que le raisonnement s'affranchit à ce stade de la détermination de la volonté effective du déclarant[1239].

654 Savoir si la confiance du destinataire mérite **protection** dépend notamment du contenu de la manifestation de volonté comme des circons-

---

1232 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 205a ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 219 ss ; HUGUENIN, N. 189 ss ; BK-MÜLLER, N. 137 ss ad art. 1 ; ATF 138 III 659 cons. 4.2.1 ; 135 III 410 cons. 3.2 ; 133 III 675 cons. 3.3 ; 131 III 606 cons. 4.1.

1233 Art. 4.1 PU. Cf. aussi DCFR II.-8 : 101.

1234 Cf. *supra* N. 578.

1235 KOLLER, N. 3.152 et 175 ; ATF 131 III 606 cons. 4.1.

1236 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 206 et 213 s. ; KOLLER, N. 3.150 et 169 ss ; ATF 135 III 410 cons. 3.2 ; 131 III 606 cons. 4.1.

1237 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 27.40 ss ; BK-MÜLLER, N. 145 ss ad art. 1.

1238 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 42 ad art. 1 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 207 ss et 219 ; ATF 131 III 606 cons. 4.1.

1239 TERCIER/PICHONNAZ, N. 220 ; ATF 138 III 659 cons. 4.2.1.

tances de l'espèce[1240]. Le mode d'expression et les termes utilisés sont pertinents, tout autant que le but poursuivi ; le comportement des parties de même que l'existence de relations antérieures ou de pourparlers entrent également en ligne de compte. La rigueur est de mise pour l'interprétation de manifestations de volonté tacites[1241].

Encore une **précision :** dans l'hypothèse – rare – où ni l'interpré- 655
tation subjective ni l'interprétation objective ne permettent de dégager un résultat significatif, la manifestation de volonté ne déploie aucun effet ; on réserve néanmoins dans ce cas l'application par analogie de la règle posée à l'art. 25 al. 2[1242].

C. Les conséquences

Le principe de la confiance permet d'imputer à une personne le 656
sens objectif de sa déclaration, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime[1243]. Autrement dit, elle pourra se faire opposer l'**apparence juridique** *(Rechtsschein)* ainsi créée à l'égard du tiers qui s'y est fié de bonne foi[1244]. On parle parfois d'apparence efficace, car elle produit des effets juridiques[1245].

Concrètement énoncé, une manifestation de volonté peut être va- 657
lable – et, dans le prolongement, un contrat être parfait – même si **une partie n'a pas voulu ou compris** ce qu'elle a déclaré, par exemple en apposant sa signature sur un document qu'elle n'a pas lu. Il est vrai que la réglementation sur les vices du consentement (art. 23 ss) atténuent la sévérité du constat. Il en va différemment si la divergence entre le sens voulu et le sens déclaré s'avère **volontaire,** qu'elle soit le fait de l'auteur de la déclaration (il s'agit d'une réserve mentale, qui n'affecte pas la validité de l'acte) ou le fait des deux parties (il s'agit d'une simulation, qui provoque en principe l'inefficacité de l'acte, art. 18)[1246].

[1240] KOLLER, N. 3.175 ; HUGUENIN, N. 195 ; BK-MÜLLER, N. 153 ad art. 1 ; ATF 135 III 410 cons. 3.2. Cf. aussi DCFR II.-8 : 102.
[1241] Cf. *supra* N. 585 ss.
[1242] KOLLER, N. 3.158 ; HUGUENIN, N. 194.
[1243] ATF 135 III 410 cons. 3.2.
[1244] MERZ, Vertrag, N. 4 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 21 ad art. 1.
[1245] PICHONNAZ, Rapport, p. 148 ss. Cf. aussi *supra* N. 171, *infra* N. 1580, 1648 et 1652.
[1246] Cf. *supra* N. 579 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 21 ad art. 1.

658 En résumé, nous observons que l'évolution des règles régissant l'interprétation de la manifestation de volonté est marquée par une protection renforcée de l'**apparence et** de la **confiance créée** au détriment du critère de la volonté réelle[1247]. Nous soulignons aussi que la méthode classique d'interprétation des contrats est remise en cause par une frange de la doctrine[1248].

[1247] PICHONNAZ, Rapport, p. 148 ss.

[1248] À ce sujet, cf. KRAMER ERNST A., Willenstheorie *versus* Erklärungstheorie bei der Vertragsinterpretation, RDS 2022 II p. 393 ss. Cf. l'accord des manifestations de volonté et l'interprétation du contrat en général, Vol. II.

Chapitre II : Les espèces d'actes juridiques

Bibliographie spéciale :

BERGER, N. 244 ss ; **BUCHER,** OR, p. 40 ss ; **VON DER CRONE,** HANS GASPAR, Zession : kausal oder abstrakt, RSJ 1997, p. 249 ss ; **ENGEL,** Obligations, p. 136 ss ; **FITTING,** F., Le caractère abstrait ou non abstrait des actes de transfert, RDS 1956 I p. 349 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 1 N. 109 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 127 ss ; **GHESTIN,** JACQUES, Cause de l'engagement et validité du contrat, Paris 2006 ; **GUGGENHEIM,** I, p. 51 ss ; **KIANICK,** MICHAEL, Die Agenteerklärung – Elektronische Willenserklärung und künstliche Intelligenz als Anwendungsfall der Rechtsscheinhaftung, Zurich 2012 ; **HUGUENIN,** N. 45 ss ; **KOLLER,** N. 3.36 ss ; **KRAMER/PROBST,** N. 106 ss ; BK-**KRAMER/SCHMIDLIN,** N. 67 ss ad art. 1 ; **MERZ,** Vertrag, N. 1 ss ; CoRo-CO I-**MORIN,** N. 22 ss ad art. 1 ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 92 ss ; **VAN DE SANDT,** CAROLE, L'acte de disposition, thèse Fribourg 2000 ; ZK-**SCHÖNENBERGER/JÄGGI,** N. 46 ss, 62 ss ad art. 1 ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 3.03 ss, 3.30 ss ; **TANDOGAN,** p. 76 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 197 s., 225 ss, 1066 ss ; **VON TUHR/PETER,** p. 144 ss, 174 ss, 194 ss, 266 ss ; BaK-OR I-**ZELLWEGER-GUTKNECHT,** Introd. art. 1-40*f* N. 22 s.

§ 1 Une pluralité de distinctions

I. L'acte unilatéral, bilatéral et multilatéral

A. L'introduction

L'**acte juridique** est unilatéral ou plurilatéral selon que son efficacité dépend d'une ou de plusieurs manifestation(s) de volonté. 659

Le critère de la distinction réside dans le **nombre de manifestations de volonté.** Ce nombre correspond souvent au nombre de personnes qui participent à l'acte. Cependant, il s'agit de nuancer, en ce sens qu'une unique déclaration de volonté peut être le fait de plusieurs personnes. Ainsi en est-il par exemple de deux colocataires qui signifient ensemble le congé du contrat au bailleur (art. 266*l* al. 1). L'acte reste unilatéral[1249]. 660

[1249] ENGEL, Obligations, p. 141 ; HUGUENIN, N. 50 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 94. Cf. *infra* N. 1265.

B. L'acte unilatéral

661 L'acte juridique est unilatéral *(einseitiges Rechtsgeschäft)* lorsqu'il ne nécessite qu'**une seule** manifestation de volonté pour produire l'effet pertinent.

662 La loi institue une **multitude d'actes** répondant à cette définition. On en trouve dans le CC, comme il en va de la reconnaissance d'un enfant (art. 260 al. 1), d'un testament (art. 498) ou de la répudiation de la succession (art. 566), également dans la Partie générale du CO, telles la promesse publique (art. 8), la procuration (art. 33 al. 2)[1250] ou la déclaration de compensation (art. 124 al. 1). La reconnaissance de dette et les engagements exprimés dans les papiers-valeurs ont déjà été cités[1251], ainsi que les actes formateurs, qui représentent la catégorie la plus importante[1252].

C. L'acte bilatéral et multilatéral

663 L'acte juridique est bilatéral *(zweiseitiges Rechtsgeschäft)* ou multilatéral *(mehrseitiges Rechtsgeschäft)* lorsqu'il nécessite **deux ou plusieurs** manifestations de volonté pour produire l'effet pertinent[1253].

664 Le prototype de l'acte bilatéral est évidemment le **contrat**, en tant qu'accord des manifestations réciproques de volonté de deux personnes (art. 1), notamment le contrat synallagmatique qui implique un rapport d'échange entre les prestations (ex. : la vente, art. 184, ou le contrat de travail, art. 319). Mais il existe des **modèles contractuels unilatéraux** (ex. : l'engagement cambiaire), voire **multilatéraux** (ex. : le contrat de société simple, art. 530)[1254]. Dans ce dernier cas, on y voit davantage une communauté d'intérêts en vue d'atteindre un but commun, comme peut l'être l'exploitation d'un commerce ou l'organisation d'un concert. Le cas échéant, les dispositions visant spécialement les contrats synallagmatiques (art. 82 s., 107 à 109 et 119 al. 2) n'y trouvent pas application. Cette problématique

---

1250 La procuration donnant le pouvoir d'agir dans la sphère de l'auteur appartient à la sous-catégorie des actes dits d'autorisation *(Ermächtigung),* tout comme le consentement de la victime d'une atteinte à la personnalité (art. 28 al. 2 CC) ; cf. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 54 ad art. 1 ; KOLLER,N. 18.16.

1251 Cf. *supra* N. 399, 419 et 542.

1252 Cf. *supra* N. 427 ss.

1253 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 68 ad art. 1 ; ENGEL, Obligations, p. 142.

1254 MERZ, TDP VI/1, p. 84 ; KRAMER/PROBST, N. 107. Sur ces différents modèles contractuels, cf. *infra* N. 1335 ss.

s'inscrit plus largement dans celle qui concerne les actes relatifs à un statut ou à un groupement (famille, personne morale)[1255].

Parmi les actes multilatéraux, la **décision** *(Beschluss)* représente une catégorie spécifique. Elle est considérée comme la réunion de manifestations de volonté tendant à une « résolution unique » dans une affaire commune[1256]. On pense notamment au vote d'un organe d'une personne morale, exercé le plus souvent selon la loi, les statuts ou le contrat à la majorité qualifiée ou simple, par exemple dans l'association (art. 66 et 67 al. 2 CC) ou la société anonyme (art. 703)[1257]. Le cas échéant, la décision se démarque du contrat qui réclame impérativement un consentement unanime. Au surplus, les personnes (associés, actionnaires), qui n'ont pas voté ou qui ont exprimé un suffrage minoritaire, sont également liées par la décision, alors que le contrat, en principe, ne développe d'effets qu'entre les parties qui y ont adhéré[1258]. 665

II. L'acte entre vifs et l'acte pour cause de mort

A. L'introduction

L'acte juridique est entre vifs ou pour cause de mort selon qu'il sortit ses effets du vivant des parties ou seulement après le décès de l'auteur. 666

Le critère de la distinction réside dans le **moment où l'acte développe ses conséquences.** L'acte entre vifs affecte le patrimoine de son auteur, l'acte pour cause de mort grève sa succession[1259]. La jurisprudence a précisé que cette distinction doit s'opérer en fonction des circonstances, non d'après des critères abstraits. Il convient notamment de se référer à la volonté (ou aux volontés) en cause[1260]. 667

[1255] ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 51 ad art. 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 156. Cf. aussi *infra* N. 1342.

[1256] VON TUHR/PETER, p. 145 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 151.

[1257] Cf. aussi les hypothèses réglées aux art. 647 et 647*a* al. 2 et 647*b* à 647*d* CC et à l'art. 534. Cf. aussi SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.29 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 133.

[1258] TERCIER/PICHONNAZ, N. 230 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 153.

[1259] ATF 113 II 270 cons. 2b, JT 1988 I p. 170. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 145 ; KOLLER, N. 3.55.

[1260] ATF 99 II 268 cons. 2b, JT 1974 II p. 337.

B. L'acte entre vifs

668 L'acte entre vifs *(unter Lebenden)* produit ses effets du **vivant des personnes** en cause. C'est l'hypothèse générale qu'appréhende le droit des obligations, entendu au sens strict[1261].

C. L'acte pour cause de mort

669 L'acte pour cause de mort *(von Todes wegen)* déploie ses effets au **décès de l'auteur.**

670 Les principaux actes de ce genre sont régis par le droit des successions, qu'il s'agisse de **testaments** ou de **pactes successoraux** (art. 481 ss, 498 ss, 512 ss CC). D'autres dispositions légales sont significatives, tels l'art. 245 al. 2 (donation dont l'exécution est fixée au décès du donateur) et les art. 76 ss LCA (clause bénéficiaire en matière d'assurance-vie).

671 Les **particularités** des régimes en question touchent la capacité et la liberté de disposer, ainsi que le formalisme et l'interprétation de l'acte[1262].

III. L'acte générateur d'obligation et l'acte de disposition

A. L'introduction

672 L'acte juridique est générateur d'obligation ou de disposition selon l'**effet qu'il produit sur le patrimoine** de l'auteur ; suivant la formule consacrée, cette notion s'entend des biens qui ont ou peuvent avoir une valeur économique.

673 Les actes dont nous parlons sont très souvent des **actes d'attribution,** par lesquels une personne (l'attribuant) procure à une autre (l'attributaire) un avantage patrimonial, qu'il s'agisse d'une augmentation des actifs (ex. : l'acquisition d'une créance en livraison d'une chose achetée, art. 184 al. 1) ou d'une diminution des passifs (ex. : la remise d'une dette, art. 115). Ils ne forment pas une nouvelle catégorie d'acte juridique. À noter que l'attribution *(Zuwendung)* peut être gratuite dans le cas où l'attributaire est

1261 TERCIER/PICHONNAZ, N. 235.
1262 TANDOGAN, p. 80 ; ENGEL, Obligations, p. 143 ; HUGUENIN, N. 73.

gratifié d'une **libéralité** (ex. : l'objet remis à titre de donation, art. 242 al. 1) ; elle peut être également indirecte lorsqu'elle s'opère par un intermédiaire (ex. : l'ordre de paiement donné à une banque en faveur d'un tiers, par la banque de ce dernier)[1263].

B. L'acte générateur d'obligation

L'acte générateur d'obligation *(Verpflichtungsgeschäft)* crée une (ou plusieurs) obligation(s) à la charge du débiteur. D'un point de vue comptable, les **passifs** de son bilan patrimonial sont augmentés d'une nouvelle dette portant sur une prestation future[1264]. 674

Le débiteur s'oblige (ou s'engage, ou encore promet) ; c'est dire qu'il doit avoir l'**exercice des droits civils** (art. 12 CC). En revanche, il conserve le pouvoir de disposer de ses biens, sur lesquels le créancier ne saurait se prévaloir d'aucune prérogative directe[1265]. 675

L'acte en question est **exceptionnellement unilatéral** (ex. : la promesse publique, art. 8), le plus souvent un **rapport d'obligations.** C'est dire que le contrat en constitue l'illustration par excellence, à l'image des modèles de la Partie spéciale du Code (art. 184 ss). Ainsi la vente représente un exemple topique[1266]. Selon l'art. 184 al. 1, le vendeur s'oblige, moyennant un prix, à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété. Ce dernier est légitimé à se prévaloir d'une **créance en exécution** de cette prestation, mais non d'un droit sur la chose elle-même ; le vendeur en reste propriétaire jusqu'à son transfert. 676

C. L'acte de disposition

L'acte de disposition *(Verfügungsgeschäft)* affecte directement et en principe définitivement – en totalité ou en partie – l'existence ou le con- 677

1263 VON TUHR/PETER, p. 198 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 1066 s. ; VAN DE SANDT CAROLE, L'acte de disposition, thèse Fribourg 2000, N. 345 ss. Sur la cause de l'attribution, cf. *infra* N. 710 ss.

1264 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 53 ad art. 1 ; HUGUENIN, N. 62 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 140.

1265 ENGEL, Obligations, p. 144 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.31.

1266 Cf. *supra* N. 271, *infra* N. 685, 712 et 715. Cf. aussi VAN DE SANDT, op. cit. (n. 1263), N. 286 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 136 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 156.

tenu d'un droit dont l'auteur est titulaire. Il provoque une **diminution des actifs** de ce dernier, qu'il s'agisse d'une somme d'argent, d'une chose, d'une créance ou d'un droit immatériel, tel un brevet[1267]. La loi en fait mention ici et là (ainsi : art. 164 al. 1, 201 al. 2, 644 al. 1, 773 al. 2 CC ; art. 152 al. 3, 225 al. 2, 481 al. 3)[1268].

678 L'acte en discussion est **exceptionnellement unilatéral** (ex. : la déréliction, art. 729 CC), le plus souvent **bilatéral.** Comme on le verra, il constitue fréquemment l'exécution d'un acte générateur d'obligation[1269].

679 Au regard du droit visé, l'acte de disposition peut être **translatif** (ex. : transfert de la propriété mobilière, art. 714 al. 1 combiné avec art. 922 CC ; transfert de la propriété immobilière, art. 656 al. 1 combiné avec art. 958 et 972, ainsi que art. 963 al. 1 CC ; cession de créance, art. 164 s.), **constitutif** (ex. : nantissement, art. 884 CC ; servitude foncière, art. 731 CC ; gage immobilier, art. 793 et 799 CC) ou **extinctif** (ex. : déréliction, art. 729 CC ; remise de dette, art. 115)[1270].

680 Une précision d'importance : la capacité civile – active – ne suffit pas à valider l'accomplissement d'un acte de disposition ; une condition supplémentaire exige que l'auteur ait le **pouvoir de disposer** *(Verfügungsmacht),* à tout le moins au moment où l'acte produit ses effets[1271]. Ce pouvoir implique la maîtrise sur le droit subjectif en cause, sa titularité ; en principe, seul le propriétaire d'une chose peut la transférer à un tiers ou la grever d'une servitude ; seul le créancier est admis à céder sa créance ou à la mettre en gage[1272].

681 Une **limite** au droit de disposer ne saurait être stipulée, sous réserve de l'option ouverte à l'art. 164 al. 2. En revanche, la loi pose quelques restrictions, par exemple à l'encontre du failli (art. 204 LP), dans l'intérêt bien compris des créanciers[1273].

1267 VAN DE SANDT, op. cit. (n. 1263), N. 60 et 70 s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 137 ; HUGUENIN, N. 64 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 160.

1268 ENGEL, Obligations, p. 145 ; VAN DE SANDT, op. cit. (n. 1263), N. 3.

1269 Cf. *infra* N. 685 ss.

1270 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 52 ad art. 1 ; BUCHER, OR, p. 42 ; VON TUHR/PETER, p. 194 ; VAN DE SANDT, op. cit. (n. 1263), N. 5, 52, 70 ss et 230 ss.

1271 BUCHER, OR, p. 45 ; VAN DE SANDT, op. cit. (n. 1263), N. 503 ss. Sur la distinction entre capacité civile et pouvoir de disposer, cf. VON TUHR/PETER, p. 214 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 400 ss.

1272 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.35 ; HUGUENIN, N. 65.

1273 VON TUHR/PETER, p. 145 s. ; ENGEL, Obligations, p. 147, et d'autres cas légaux cités ; VAN DE SANDT, op. cit. (n. 1263), N. 529 ss ; ATF 130 III 248 cons. 4.1.

Une personne ne peut en règle générale **disposer des droits d'autrui** sans autorisation. Le principe est résumé par un adage, qui trouve une justification dans la sécurité juridique[1274]. La loi réserve pourtant des **exceptions,** commandées par l'intérêt des transactions. C'est notamment le cas dans le domaine des droits réels, qui assurent une **protection spéciale à l'acquéreur de bonne foi** d'une chose transférée par une personne dépourvue du pouvoir de disposer, par exemple lorsqu'elle s'était fait confier un objet (art. 714 al. 2, 933, 935 et 973 CC)[1275]. Le droit des obligations méconnaît des exceptions d'une portée aussi large. Tout au plus protège-t-il le tiers qui est devenu créancier sur la base d'une reconnaissance écrite de la dette, contre lequel le débiteur est privé de la faculté d'opposer l'objection de simulation (art. 18 al. 2)[1276]. 682

On notera encore que l'acte de disposition passé avec une personne dépourvue du pouvoir de disposer est **« guérissable »** si, postérieurement, cette prérogative naît (ou renaît). Ainsi en est-il dans le cas où le légitime titulaire y donne un accord ultérieur[1277]. 683

D. Les enjeux de la distinction

Outre l'effet sur le patrimoine de l'auteur[1278], la distinction entre l'acte générateur d'obligation et l'acte de disposition s'avère d'une **importance fondamentale**[1279], et cela à plus d'un égard. 684

1. Quant au rapport entre l'un et l'autre acte

L'acte de disposition constitue souvent l'**accomplissement d'un acte générateur d'obligation.** Ainsi le transfert de droits réels représente 685

1274 *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (personne ne peut transférer plus de droits qu'il n'en possède). Cet adage est tiré de la « règle d'Ulpien » ; cf. sur ce point VAN DE SANDT, op. cit. (n. 1263), N. 503 ss ; KOLLER, N. 3.64 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 161 et 164.

1275 ENGEL, Obligations, p. 147 ; STEINAUER, I, N. 528 ss et 1260 ss. Cf. aussi art. 1006 al. 2.

1276 Cf. *supra* N. 410.

1277 ENGEL, Obligations, p. 147 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.37 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 404.

1278 Cf. *supra* N. 674 et 677.

1279 VON TUHR/PETER, p. 195 ; ENGEL, Obligations, p. 144.

l'exécution de la dette du vendeur inscrite à l'art. 184 al. 1 (de même, art. 216 al. 1), par la tradition pour les meubles (art. 714 al. 1 et 922 CC), par l'inscription – sur réquisition – au RF pour les immeubles (art. 656 al. 1 et 958, 963 al. 1 et 972 CC)[1280]. Il en va également de la cession de créance (art. 164 al. 1, 165 al. 1), comprise comme l'exécution de la promesse de céder (art. 165 al. 2)[1281]. La question de la qualification, causale ou abstraite, des actes de disposition sera examinée ci-dessous[1282].

686 S'agissant des contrats qui s'exécutent instantanément, comme l'est la vente non discutée et au comptant portant sur un bien de consommation, les **deux actes se confondent pratiquement** dans le temps, quand bien même leur distinction juridique n'est pas gommée[1283].

687 Il est des actes de disposition qui ne constituent pas l'exécution d'une obligation. On citera par exemple la déréliction par le propriétaire d'une chose (art. 729 CC)[1284]. Il en va de même de la donation manuelle, lorsqu'elle ne résulte pas d'une promesse de donner (art. 242 al. 1, 243 al. 1). S'agissant d'une telle libéralité, on constate que la loi protège par une règle de forme le débiteur qui choisit l'acte générateur d'obligation[1285]. Le même constat peut être dressé en matière de garantie, si l'on compare la constitution du cautionnement (art. 493) à celle du nantissement (art. 884 CC).

2. Quant au caractère successif de l'acte

688 En règle générale, un **acte de disposition exclut un acte ultérieur** du même genre qui porterait sur le même objet, notamment la même chose ou la même créance. Une disposition subséquente est nulle, compte tenu

---

1280 Cf. *supra* N. 271, 676 et 679. Cf. aussi ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 52 ad art. 1 ; ENGEL, Obligations, p. 145 ; KOLLER, N. 3.61 ss. En matière immobilière, l'effet de l'inscription remonte au moment où elle est portée au journal, sur réquisition de l'aliénateur (art. 963 al. 1 CC). C'est à ce moment que ce dernier est censé avoir fourni la prestation à l'acquéreur et avoir renoncé à sa qualité de propriétaire ; ATF 115 II 221 cons. 5a, JT 1990 I p. 41 ; 138 III 512 cons. 3, JT 2013 II p. 233.

1281 Cf. *supra* N. 679.

1282 Cf. *infra* N. 702 ss.

1283 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 110 ad art. 1 ; BUCHER, OR, p. 44.

1284 VAN DE SANDT, op. cit. (n. 1263), N. 303.

1285 Il est vrai que l'exécution d'une promesse nulle pour vice de forme vaut donation manuelle valable (art. 243 al. 3 ; ATF 136 III 142 cons. 3.3).

que l'auteur est privé du pouvoir de disposer[1286]. En cas d'actes successifs, la validité se détermine selon la **priorité** (ou l'antériorité) ; comme déjà souligné[1287], il y a pourtant lieu de réserver la protection de l'acquéreur de bonne foi, au sens de la réglementation des droits réels[1288].

689 La situation s'avère différente dans l'hypothèse d'un acte générateur d'obligation. Une multiplicité d'engagements est admissible, auquel cas les dettes sont en principe **de même rang.** En clair, une personne peut vendre la même chose, fût-elle individualisée, à plusieurs acheteurs. Elle s'expose évidemment à devoir payer des dommages-intérêts au créancier qui n'a pas reçu la prestation, dont l'accomplissement est devenu fautivement impossible (art. 97 al. 1)[1289].

3. Quant au pouvoir de disposer

690 L'auteur d'un acte de disposition doit avoir le **pouvoir de disposer** pour l'exécuter valablement. Tel n'est pas le cas de l'acte générateur d'obligation[1290]. Une personne est admise à vendre une chose dont elle n'est pas (encore) propriétaire, ou même qui n'existe pas[1291].

IV. L'acte causal et l'acte abstrait

A. L'introduction

691 On entend souvent que le droit privé suisse est en général **causaliste,** en particulier pour les deux concepts fondamentaux que sont l'obligation et l'acte juridique. Le principe trouve notre approbation même si, comme nous le verrons, il ne s'avère véritablement significatif qu'au regard de l'institution à laquelle il se rapporte.

1286 Ainsi, « non-admissibilité de la double cession de créance », selon les termes du TC du Valais du 24 mai 1996, RVJ 1996, p. 268. Cf. aussi BK-MÜLLER, Introd. N. 162.
1287 Cf. *supra* N. 682.
1288 Cf. *supra* N. 682, *infra* N. 706.
1289 ENGEL, Obligations, p. 144 et 146 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.38 s. ; HUGUENIN, N. 66 ; ATF 75 II 131 cons. 3 ; 104 II 198, 199 ss, JT 1979 I p. 80.
1290 Cf. *supra* N. 675 s. et 680. Cf. aussi BUCHER, OR, p. 45 ; HUGUENIN, N. 66 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 157 et 161.
1291 ATF 120 II 296 cons. 3 : vente successive d'une voiture de luxe.

692 Le principe de la causalité n'est comme tel pas exprimé dans le Code, sinon par quelques allusions ponctuelles à la **cause** qui concernent surtout l'obligation (art. 17, 51 al. 2, 62 al. 2)[1292]. Cela explique qu'il ne soit pas entendu de manière univoque[1293] et qu'il soit parfois énoncé d'une façon qui mêle le rapport juridique envisagé, l'obligation d'une part, le contrat d'autre part[1294].

693 S'agissant de **l'obligation,** on admet unanimement qu'elle est causale : en clair, elle doit reposer sur un **fondement juridique** *(Rechtsgrund),* qui en représente la source. Et l'acte juridique, singulièrement le contrat, en constitue la source la plus importante[1295].

694 Quant à **l'acte juridique,** la problématique se révèle plus complexe. De façon générale, on s'accorde sur le **caractère causal**, sous réserve de cas controversés et d'actes tenus pour **abstraits** lorsque leur validité est indépendante de la raison d'être qui les fonde.

695 À vrai dire, le concept de cause s'avère ici **polysémique.** En d'autres termes, la question de la causalité s'exprime différemment selon qu'il s'agit d'un acte générateur d'obligation (B.), d'un acte de disposition (C.) ou d'un acte d'attribution (D.)[1296].

696 On ajoutera encore qu'un acte peut être causal quand bien même la cause n'est **pas exprimée**, sauf lorsque le formalisme l'exige ; un tel constat avait déjà été dressé dans l'examen de la reconnaissance de dette[1297].

B. La cause et l'acte générateur d'obligation

697 De manière générale, la cause peut être considérée comme la **raison d'être** de l'acte générateur d'obligation. Elle tend à la « justification de l'engagement »[1298]. Lorsque cet engagement est **unilatéral**, la cause est entendue comme l'avantage ou l'enrichissement octroyé à l'autre partie[1299].

1292 Cf. *supra* N. 373.

1293 MERZ, Vertrag, N. 65 ; FITTING F., Le caractère abstrait ou non abstrait des actes de transfert, RDS 1956 I p. 350.

1294 Ainsi : VON TUHR/PETER, p. 266 s. ; ENGEL, Obligations, p. 148 ss.

1295 Cf. *supra* N. 371 ss, 402, 532 ss, not. 538 s., 542, 554 et 552. Cf. aussi ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 85 ad art. 1 ; MERZ, Vertrag, N. 65.

1296 BUCHER, OR, p. 52.

1297 Cf. *supra* N. 401 ss.

1298 GHESTIN JACQUES, Cause de l'engagement et validité du contrat, Paris 2006, N. 9.

1299 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 88 ad art. 1 ; MERZ, Vertrag, N. 65.

S'agissant du **contrat bilatéral,** la doctrine relève que les parties doivent se mettre d'accord, certes sur le contenu de la convention, mais aussi sur son **fondement juridique** *(Rechtsgrund)*. En d'autres termes, le contrat doit être pourvu d'une cause, et même d'une cause valable qui soit conforme à la loi et aux bonnes mœurs, comme l'exprimait le Code civil français dans sa version originaire (art. 1108, 1131 et 1133 CCfr.)[1300]. On y voit une condition de validité de l'acte[1301]. 698

À l'analyse, on observe que la cause du modèle contractuel ancré dans le Code est inhérente au **concept de consentement.** Elle en constitue le pourquoi juridique, le **but direct et commun** voulu par les parties[1302]. Rapportée à l'un des cocontractants, la cause représente plus précisément la contrepartie attendue de l'autre partie[1303]. C'est bien d'un but juridique qu'il s'agit, et non d'une finalité économique[1304]. Ainsi, dans l'hypothèse où un individu achète une villa individuelle, en échange d'un prix, la cause s'examine au regard de l'acquisition de la propriété de l'immeuble, peu importe a priori les motifs personnels qui ont guidé l'opération (habiter la maison, la louer ou la vendre à des fins spéculatives). Et si l'acquisition s'en trouve empêchée, ne serait-ce qu'en raison du fait que le vendeur n'est plus propriétaire de l'immeuble, l'acheteur est en droit de réclamer la restitution du prix payé sans cause (art. 62 ss). 699

Bien que non exprimée en tant que principe dans le Code, la cause est **immanente** à notre droit des obligations. En matière contractuelle, « elle est dans la nature des choses »[1305]. Cette opinion est partagée par la doctrine majoritaire dans un débat mené de longue date, auquel la jurisprudence ne s'est que peu mêlée. 700

Un **courant minoritaire** de la doctrine se démarque de l'opinion dominante pour affirmer, non sans pertinence, que les concepts liés à l'intégrité du consentement et à la validité du contenu du contrat suffisent à apporter les réponses qui s'imposent en la matière[1306]. Ce courant s'inscrit dans 701

1300 La réforme du CCfr. a supprimé l'institution de la cause, une modification plus formelle que matérielle ; cf. sur ce point REVET THIERRY, Une philosophie générale, in La réforme du droit des contrats : quelles innovations, RDC (hors série), avril 2016, p. 7 ; cf. aussi *supra* N. 220, *infra* N. 701 et les réf. cit.

1301 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 85 et 88 ad art. 1 ; VON TUHR/PETER, p. 266 ; MERZ, Vertrag, N. 60 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 172.

1302 ENGEL, Obligations, p. 149 ss ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.40.

1303 GHESTIN, op. cit. (n. 1298), N. 76 ss ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.42.

1304 MERZ, Vertrag, N. 65 ; GUGGENHEIM, I, p. 51 n. 23 et p. 52.

1305 GUGGENHEIM, I, p. 51. Cf. *infra* N. 714 s.

1306 BUCHER, OR, p. 53 s.

la ligne du droit allemand, comme dans celle de projets d'harmonisation à l'échelle européenne, tels les Principes du droit européen du contrat[1307] ou l'Avant-projet de Code européen des contrats[1308]. On relève que de tels textes contiennent « des notions qui se rapprochent de celle de cause ou qui remplissent des fonctions similaires »[1309]. Cette remarque tombe à point nommé pour le droit français. La réforme entreprise récemment ne fait plus allusion à la cause, un « mot qui fâche »[1310]. Le concept est jugé complexe, source d'incessantes controverses, peu conforme à l'idée d'un droit moderne ; néanmoins, ses fonctions caractéristiques sont maintenues[1311].

C. La cause et l'acte de disposition

702 Le constat a été posé plus haut : l'acte de disposition constitue le plus souvent l'**exécution** d'un acte générateur d'obligation qui en serait la cause[1312]. La question se pose alors si la validité du premier dépend de celle du second (principe de la causalité) ou non (principe de l'abstraction). La réponse est nuancée selon la nature du bien visé, en particulier selon que la disposition porte sur un droit réel ou une créance.

703 S'agissant des **droits réels**, le **principe de la causalité** trouve application. Ainsi l'acquisition de la propriété (ou la constitution de tout droit réel limité, tel un gage ou une servitude) est subordonnée à la validité de la cause (ou du titre d'acquisition) sur laquelle le transfert repose[1313].

1307 Cf. *supra* N. 223 ; GHESTIN, op. cit. (n. 1298), N. 5 et 46 ss.

1308 Cf. *supra* N. 227 ; GHESTIN, op. cit. (n. 1298), N. 5 et 49 ss.

1309 GHESTIN, op. cit. (n. 1298), N. 32, à propos du droit allemand, ainsi que N. 5 et 32 ss et les réf. cit. en n. 1307 et 1308.

1310 LEQUETTE YVES, Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit des contrats ? RDC 2015, p. 618. Cf. aussi *supra* N. 220, 698 et les réf. en n. 1300. Sur la théorie de la cause et sa suppression dans la réforme du CCfr. entreprise en 2016, cf. not. MALAURIE PHILIPPE/AYNÈS LAURENT/STOFFEL-MUNCK PHILIPPE, Droit des obligations, 11e éd., Paris 2020, N. 373 ss.

1311 Cf. ainsi les art. 1161, 1167 et 1168 nouveaux CCfr. À ce sujet, cf. LEQUETTE, op. cit. (n. 1310), RDC 2015, p. 616 ss ; GENICON THOMAS, Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots, RDC 2015, p. 630 s.

1312 Cf. *supra* N. 678 et 685.

1313 Cf. *supra* N. 679 et 685. Cf. aussi VON TUHR/PETER, p. 203 ; ENGEL, Obligations, p. 151 et 154 ; STEINAUER, I, N. 144, II, N. 211 ss ; ATF 119 II 326 cons. 2c, JT 1995 II p. 87.

Pour les **immeubles,** le principe est inscrit dans la loi (art. 974 al. 2 CC). Quant aux **meubles,** il est consacré depuis longtemps par la jurisprudence[1314]. 704

Conséquence : si le titre d'acquisition portant sur la chose n'est pas valable, pour une raison ou une autre (ex. : la vente est caduque en raison du défaut de capacité d'une partie, d'un vice de forme ou d'une simulation, ou encore invalide en raison d'un vice du consentement), l'**acte de disposition est sans effet** et le transfert de propriété frappé de nullité[1315]. Le cas échéant, l'aliénateur – qui n'a cessé d'être propriétaire – peut revendiquer la chose par une action réelle (art. 641 al. 2 CC), y compris dans la faillite de l'acquéreur (art. 242 al. 1 LP)[1316]. 705

Il convient pourtant de réserver les règles sur la **protection de l'acquéreur de bonne foi,** justifiées par la volonté du législateur de garantir la sécurité des transactions portant sur des choses[1317]. S'il s'agit d'un **meuble,** l'acquéreur est protégé par le droit de la possession (art. 714 al. 2, 933 et 935 CC). Dans le cas d'un **immeuble,** le tiers peut se prévaloir des droits acquis sur la foi d'une inscription au RF (art. 973 al. 1 CC). 706

Quant aux **créances,** une controverse agite de longue date le monde juridique sur le **caractère causal ou abstrait** de l'acte de disposition translatif que représente la cession[1318]. La loi est sur ce point muette, la doctrine est partagée et la jurisprudence, depuis plusieurs décennies, a laissé la question ouverte[1319]. Cette problématique sera analysée dans l'examen de la réglementation prévue aux art. 164 ss. 707

Pour l'heure, nous nous bornerons à constater que la cession conventionnelle de créance (art. 164 al. 1, 165 al. 1) est généralement comprise comme l'exécution d'une promesse de céder (art. 165 al. 2)[1320]. Si celle-ci est affectée d'un vice (ex. : la nullité de l'engagement portant sur 708

1314 ATF 55 II 302 cons. 2, JT 1930 I p. 535 ; 85 II 97, 99 ; 121 III 345 cons. 2a, JT 1997 I p. 39.

1315 ENGEL, Obligations, p. 153 ss ; FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 1 N. 135.

1316 KOLLER, N. 3.63 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.43 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 169 s.

1317 Cf. *supra* N. 682 et 688 et les réf. cit.

1318 Cf. *supra* N. 677 et 679.

1319 ATF 84 II 355 cons. 1, JT 1959 I p. 198 ; 95 II 109 cons. 2b, JT 1970 I p. 92. Sur la question, cf. VON DER CRONE HANS GASPAR, Zession : Kausal oder abstrakt ?, RSJ 1997, p. 249 ss ; VAN DE SANDT, op. cit. (n. 1263), N. 735 ss ; CoRo-CO I-PROBST, N. 6 s. ad art. 164.

1320 Cf. *supra* N. 685.

des créances futures considéré comme excessif, au sens des art. 27 al. 2 CC et 20, invalidité en raison d'un vice du consentement), le transfert est néanmoins considéré comme valable, au regard du **principe de l'abstraction ;** c'est dire que la créance a passé dans le patrimoine du cessionnaire ; le cédant en est réduit à lui intenter une action en restitution de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss) ; et en cas de faillite du cessionnaire, la créance tombe dans la masse, le cédant devant se satisfaire d'une prétention à un dividende en concours avec les autres créanciers. Il en va différemment si l'on s'en tient au **principe de la causalité :** l'existence d'un vice entachant la promesse prive la cession de tout effet ; le cédant est légitimé à se prévaloir de sa qualité de créancier.

709 Outre les arguments dogmatiques, l'enjeu de la discussion est nourri par des éléments qui relèvent tout autant de l'opportunité de faciliter la **circulation des créances** et de la nécessité de garantir la **sécurité des transactions.**

D. La cause et l'acte d'attribution

710 L'acte d'attribution, tel que défini plus haut[1321], procure un avantage patrimonial à un tiers. La cause s'entend comme le **but juridique immédiat** poursuivi par l'attribuant[1322]. On ne saurait y voir des motifs personnels, d'ordre économique, voire sentimental[1323].

711 L'attribution s'opère en règle générale par un **acte générateur d'obligation** (ex. : une promesse de donner, art. 243 al. 1) ou un **acte de disposition** (ex. : une donation manuelle, art. 239 al. 1 et 242)[1324].

712 S'agissant de la cause, il est usuel d'opérer une **distinction tripartite** remontant au droit romain[1325]. À cet égard, l'attribuant s'oblige ou dispose :

- ***Solvendi causa,*** soit dans le but d'exécuter une obligation pour éteindre une dette. Tel est le cas souvent du débiteur tenu du paiement d'une somme d'argent, ou par exemple du vendeur d'une

1321 Cf. *supra* N. 673.
1322 VON TUHR/PETER, p. 200 ; TANDOGAN, p. 89.
1323 TANDOGAN, p. 90 s.
1324 Cf. *supra* N. 674 et 677 ; VAN DE SANDT, op. cit. (n. 1263), N. 350 et 365.
1325 VON TUHR/PETER, p. 200. À noter que cette distinction est discutée ; cf. ainsi ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 87 ad art. 1 ; ENGEL, Obligations, p. 153.

chose mobilière, qui s'engage à la livrer à l'acheteur (art. 184 al. 1, 188 ss) et à la lui transférer par tradition (art. 714 al. 1, 922 CC)[1326].

- ***Credendi causa,*** soit dans le but d'obtenir une contre-prestation, ou une créance en restitution ou récursoire. Ainsi en est-il de la banque qui prête un montant à un client, afin d'en obtenir le remboursement à l'échéance, y compris le versement d'intérêts ; ou du gérant d'affaires, qui réclame au maître la couverture des frais supportés pour son activité (art. 422 al. 1).
- ***Donandi causa,*** soit dans le but de procurer un avantage gratuit à autrui, comme il en va d'une promesse de verser une somme d'argent à une institution de bienfaisance (art. 243 al. 1) ou du cadeau offert à un proche (art. 239 al. 1, 242) ; également d'une disposition à cause de mort sans charge[1327].

713 Il arrive qu'une attribution combine **plusieurs causes,** par exemple une donation mixte[1328] ; ou qu'elle implique plusieurs actes successifs, par exemple une libéralité *(donandi causa)* et son exécution *(solvendi causa)*[1329].

714 Si une attribution est **dénuée de cause,** elle ne développe aucun effet. En ce sens, le paiement opéré *solvendi causa* d'une prétendue dette d'argent déjà honorée génère une action en restitution selon les règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss)[1330].

715 C'est dire que la cause, telle que décrite ci-dessus, ne saurait être comprise comme une notion autonome, au regard du concept qui valide les actes générateurs d'obligation ou de disposition[1331]. D'ailleurs, l'attribution ne forme pas une nouvelle catégorie d'acte[1332]. Et lorsqu'elle est contractuelle, la cause est fondamentalement liée au consentement des parties sur le but et l'objet de la convention. Pour reprendre l'exemple de la vente, le paiement du prix (acte de disposition) constitue l'exécution du contrat (acte générateur d'obligation) dans le but d'éteindre une dette *(solvendi*

1326 Cf. *supra* N. 676, 679, 685 et 705 ; VON TUHR/PETER, p. 200 ; ENGEL, Obligations, p. 152.
1327 VON TUHR/PETER, p. 201 ; ATF 113 II 270 cons. 2, JT 1988 I p. 170.
1328 TANDOGAN, p. 90.
1329 VAN DE SANDT, op. cit. (n. 1263), N. 360.
1330 VON TUHR/PETER, p. 203 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 1068.
1331 Cf. *supra* N. 697 ss et 702 ss.
1332 Cf. *supra* N. 673, 699 et 705.

causa). Le raisonnement en question vaut pour la majorité des actes d'attribution, c'est-à-dire ceux qui sont **causals**[1333]. Quant aux actes **abstraits,** auxquels la part dévolue en droit suisse s'avère mince, leur validité il est vrai ne dépend pas du rapport de base liant les parties. Ainsi, selon le TF, la confirmation d'un accréditif – ordre irrévocable de payer une somme d'argent à un tiers en échange de documents spécifiés – représente une obligation abstraite qui existe « indépendamment des obligations de la banque émettrice ou du donneur d'ordre envers le bénéficiaire »[1334].

§ 2 Les actes et les actions juridiques

I. Les actions juridiques

A. Une présentation générale

716 Comme déjà énoncé, l'acte juridique s'inscrit dans le concept de fait juridique, plus précisément dans la notion de **comportement humain conforme au droit**[1335]. Cette notion est connue sous la dénomination d'action juridique, au sens large ; les catégories sont multiples ; l'acte juridique en représente la plus importante.

B. La distinction avec l'acte juridique

717 L'action juridique *(Rechtshandlung)* est un comportement conforme au droit. Elle entraîne de par la loi une conséquence juridique, qui se produit **indépendamment** de la volonté de l'auteur[1336]. C'est en cela qu'elle se différencie de l'acte juridique, dont l'effet juridique est justement voulu par le déclarant[1337].

1333 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 87 ad art. 1 ; ENGEL, Obligations, p. 153 s.
1334 ATF 131 III 222, 224.
1335 Cf. *supra* N. 557 ss.
1336 VON TUHR/PETER, p. 174 ; ENGEL, Obligations, p. 137 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 126.
1337 Cf. *supra* N. 554 ss, 564 s. et les exemples et références cités ; cf. aussi N. 572 ss pour la notion de manifestation de volonté.

Le comportement en question est le fait de l'homme. Il peut consister dans une **action,** comme la constitution de domicile (art. 23 ss CC), avec pour effet de créer un critère de rattachement pour la personne ; également dans une **omission,** telle la non-vérification de l'état de la chose vendue, avec pour conséquence que le bien est en principe tenu pour accepté (art. 201 al. 2). 718

La **terminologie** en la matière ne s'avère pas toujours uniforme. Ainsi, la version française des art. 33 al. 1, 459 al. 1 et 462 al. 1 parle d'actes ou d'actes juridiques, alors que la version allemande recourt au vocable plus large d'actions juridiques *(Rechtshandlungen)*[1338]. 719

II. De diverses actions juridiques

A. L'énoncé

Mis à part les actes juridiques, on range les actions juridiques dans **plusieurs catégories.** Sur ce point, il n'y a pas unanimité dans la doctrine. Une classification tripartite est proposée. 720

B. Une classification tripartite

1. L'action analogue à un acte juridique

L'action analogue à un acte juridique *(Geschäftsähnlichehandlung)* est une **manifestation de volonté** à laquelle la loi donne un effet juridique, quand bien même cet effet n'est pas nécessairement voulu – ni même connu – par l'auteur. L'exemple souvent cité concerne l'interpellation du débiteur qui ne s'est pas acquitté de la dette : une telle déclaration a pour conséquence de mettre ce dernier en demeure (art. 102 al. 1), sans que l'on ne doive rechercher si le créancier visait un tel objectif (et ses effets)[1339]. 721

[1338] TANDOGAN, p. 75.
[1339] VON TUHR/PETER, p. 174 ; ENGEL, Obligations, p. 138 ; BK-MÜLLER, N. 23 s. ad art. 1.

722 Les règles régissant la validité des actes juridiques s'appliquent par analogie à ce type d'actions juridiques[1340].

2. L'action matérielle

723 L'action matérielle (ou de fait, *Tathandlung, Realakt*) est un **comportement humain** – non une manifestation de volonté ! – qui génère un résultat dans le monde extérieur *(Aussenwelt)*[1341]. Le cas échéant, ce résultat est reconnu par le droit, peu importe que l'auteur en ait eu conscience[1342]. Les exemples significatifs nous sont fournis par le Code civil, à l'art. 23 (constitution du domicile), à l'art. 722 (trouvaille d'une chose) et à l'art. 726 (spécification).

3. L'avis ou la représentation d'un fait

724 L'avis d'une personne peut être considéré comme une action juridique lorsqu'elle informe un tiers d'un certain fait (passé, présent, futur), à tout le moins quand elle lui en donne sa **conception** *(Mitteilung, Vorstellungsäusserung).* On compte bon nombre d'hypothèses où le législateur a jugé nécessaire d'attacher à ce genre de communications un effet juridique, lors même que l'auteur n'en avait pas la volonté[1343]. Ainsi en est-il, en vrac, d'une quittance du créancier attestant du paiement de la dette (art. 88), d'une promesse d'une qualité de la chose exprimée par le vendeur (art. 197 al. 1) ou de l'avis des défauts invoqué par l'acheteur (art. 201 al. 1), ou encore de l'acceptation de l'ouvrage par le maître (art. 370 al. 1).

725 VON TUHR observe opportunément que les avis en question ici peuvent être justes ou faux, alors que les manifestations de volonté sont valides ou de nul effet[1344]. C'est une différence liée au **contenu des com-**

[1340] VON TUHR/PETER, p. 175 n. 12 : notamment les règles touchant la capacité de l'auteur, la représentation et la réception de la déclaration ; TANDOGAN, p. 72.
[1341] VON TUHR/PETER, p. 175. Cf. aussi HUGUENIN, N. 171.
[1342] FITTING, op. cit. (n. 1293), p. 352 ; BK-MÜLLER, N. 25 s. ad art. 1.
[1343] VON TUHR/PETER, p. 175 ss ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 42 ad art. 1 ; ENGEL, Obligations, p. 138.
[1344] TANDOGAN, p. 74 ; BK-MÜLLER, N. 29 ad art. 1.

munications en cause. Elle n'exclut pas l'application analogique des règles régissant les manifestations de volonté[1345].

D'une déclaration de volonté et de la communication d'un avis ou de la représentation d'un fait il faut distinguer la **manifestation d'un sentiment** *(Gefühläusserung) ;* de manière très exceptionnelle, la loi lui confère une conséquence juridique ; tel est le cas du pardon, qui fait cesser l'indignité successorale (art. 540 al. 2 CC) ou du tort moral (art. 47 et 49)[1346]. 726

[1345] VON TUHR/PETER, p. 177 ; KRAMER/PROBST, N. 105b.
[1346] VON TUHR/PETER, p. 177 ; BK-MÜLLER, N. 31 ad art. 1.

Quatrième partie : Les parties au rapport juridique et leurs représentants

Chapitre I : Les parties au rapport juridique

Bibliographie spéciale :

BaK-ZGB I-**Frankhauser,** N. 1 ss ad art. 18 ; **Guillod,** Olivier, Droit des personnes, Collection neuchâteloise : Les abrégés, 5e éd., Bâle/Neuchâtel 2018, N. 1 ss ; **Hausheer,** Heinz/**Aebi-Müller,** Regina E., Das Personenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5e éd., Berne 2020 ; **Steinauer,** Paul-Henri/**Fountoulakis,** Christiana, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, N. 1 ss ; **Tercier/Pichonnaz,** N. 350 ss.

§ 1 Un rappel

Un rapport juridique – obligation ou rapport d'obligations[1347] – unit au moins deux personnes, appelées selon les cas créancier, débiteur ou partie à un contrat[1348]. Ces personnes sont des **sujets de droit,** disposant de la capacité civile. Cette institution ressortit à l'étude de la personnalité juridique, traitée aux art. 11 ss CC et traditionnellement rattachée au domaine du droit des personnes. Nous nous contentons ci-après d'un bref rappel. Pour le reste, nous renvoyons à la littérature spécialisée[1349]. 727

Le droit suisse connaît **deux types de sujets** de droit : les personnes **physiques,** c'est-à-dire tous les êtres humains, et les personnes **morales**[1350]. Ces dernières forment un *numerus clausus* de groupements de personnes (corporations) ou d'ensembles de biens (établissements) auxquels le législateur reconnaît le statut de sujet juridique. Elles comprennent l'association (art. 60 ss CC), la fondation (art. 80 ss CC), la société ano- 728

1347 Pour les « obligations » et le « rapport d'obligations », cf. *supra* N. 228 ss et 240 ss.
1348 Pour les parties à une obligation, cf. *supra* N. 235.
1349 Cf. notamment Guillod Olivier, Droit des personnes, Collection neuchâteloise : Les abrégés, 5e éd., Bâle/Neuchâtel 2018, N. 90 ss ; Steinauer Paul-Henri/Fountoulakis Christiana, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, N. 31 ss.
1350 Guillod, op. cit. (n. 1349), N. 6.

nyme (art. 620 ss), la société à responsabilité limitée (art. 772 ss), et la société coopérative (art. 828 ss). Les personnes morales jouissent des mêmes droits et obligations que les personnes physiques, à l'exception de ceux qui sont inséparables des conditions naturelles des personnes physiques (art. 53 CC). Par ailleurs, un certain nombre de règles spécifiques s'appliquent aux personnes morales (art. 52 ss CC et art. 620 ss)[1351].

729 La **capacité civile** (ou juridique) recouvre **deux aspects** distincts :

730 **1°** La **capacité civile passive** (ou jouissance des droits civils), qui consiste dans l'aptitude d'une personne à devenir sujet de droits et d'obligations[1352]. Elle existe indépendamment du comportement et de la volonté de son titulaire. Elle est reconnue à toute personne physique (art. 11 CC), aux personnes morales (art. 53 CC), ainsi qu'aux quasi-personnes morales dans leurs rapports avec les tiers (la communauté des propriétaires d'étages, art. 712a ss CC ; la société en nom collectif, art. 552 ss ; la société en commandite, art. 594 ss).

731 Un défaut de capacité civile passive empêche la **naissance** et affecte l'**existence** d'un rapport juridique[1353]. Par exemple, un contrat visant à impliquer un animal en tant que partie ne vient pas à chef et ne produit aucun effet juridique.

732 **2°** La **capacité civile active** (ou exercice des droits civils), qui consiste dans l'aptitude d'une personne à accomplir des actes juridiques, c'est-à-dire à faire produire des effets juridiques voulus ou non à une manifestation de volonté ou à un comportement[1354]. Une personne physique a l'exercice des droits civils si trois conditions sont réunies : la capacité de discernement (art. 16 CC), la majorité (art. 14 CC), et l'absence de restriction liée à une curatelle de portée générale (art. 17 et 398 al. 3 CC)[1355]. Pour une personne morale, la capacité civile active existe dès qu'elle possède les organes (au sens matériel) exigés par la loi et les statuts (art. 54 CC). Il s'agit des personnes exerçant dans une position dirigeante une activité essentielle au fonctionnement de la personne morale (art. 55 CC).

1351 À ce sujet, cf. GUILLOD, op. cit. (n. 1349), N. 361 ss.

1352 GUILLOD, op. cit. (n. 1349), N. 99 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, op. cit. (n. 1349), N. 38.

1353 TERCIER/PICHONNAZ, N. 392.

1354 Cf. *infra* p. ex. N. 964, 1032, 1286.

1355 HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5e éd., Berne 2020, N. 147 ss.

Un **défaut** de capacité civile active affecte la **validité** des actes juridiques[1356]. Si la personne physique est incapable de discernement ou si la personne morale n'a pas d'organe, ses actes juridiques sont nuls, dans le sens où ils ne produisent pas d'effets (art. 18 CC)[1357]. Si la personne physique est capable de discernement mais privée de l'exercice des droits civils, parce qu'elle est mineure ou placée sous curatelle de portée générale, l'acte juridique est en principe boiteux, dans la mesure où il est soumis à la condition suspensive légale du consentement ou de la ratification du représentant légal (art. 19 al. 1 CC et art. 19*a* ss CC). Si ce dernier donne son accord expressément ou tacitement, l'acte juridique devient parfait et produit tous ses effets. En cas de refus, l'acte juridique est nul et n'entraîne pas d'effets. 733

Outre les parties, d'**autres personnes** peuvent être impliquées dans un rapport juridique[1358]. On pense d'abord aux représentants[1359] ou aux organes d'une personne morale qui émettent ou reçoivent des manifestations de volonté pour une partie, ensuite aux auxiliaires qui facilitent la création ou la transmission d'une manifestation de volonté, tels que le messager[1360], l'interprète ou le notaire, enfin aux personnes dont l'accord est indispensable pour que l'acte juridique produise pleinement ses effets (ex. : le conjoint à l'art. 169 CC ou l'art. 494, le bailleur à l'art. 263). 734

[1356] Arrêt du TF 4A_129/2021 du 9 août 2021 cons. 4.1. Ég. TERCIER/PICHONNAZ, N. 393 ss.
[1357] BaK-ZGB I-FRANKHAUSER, N. 1 ss ad art. 18. Cf. ég. *supra* N. 567.
[1358] GUILLOD, op. cit. (n. 1349), N. 93 ss.
[1359] Cf. *infra* N. 735 ss.
[1360] Cf. *infra* N. 600 et 783 ss.

Chapitre II : La représentation directe

Bibliographie spéciale :

ABEGG, ALFRED, Die Vollmacht des Substitutionsmandatars, thèse Bâle, Giessen 1931 ; **AUBERT,** MAURICE, Procuration encore valable après décès, mandat post mortem, donation pour cause de mort et responsabilité de la banque après décès du client à l'égard des héritiers, SJ 1991, p. 286 ss ; **BECKER,** JOËLLE, La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse : représentation, relations contractuelles et responsabilité, thèse Genève/Zurich/Bâle 2011 ; **BERGER**, N. 832 ss ; **BUCHER,** OR, p. 594 ss ; **BUCHER,** EUGEN, Gibt es eine « Befugnis zu vollmachtloser Stellvertretung » ?, recht 1986, p. 58 ss ; **CARRON,** BLAISE, La représentation civile volontaire dans les actes authentiques, RNRF 2018, p. 69 ss ; **CHAPPUIS,** BENOÎT, Les conflits d'intérêts de l'assureur, en particulier lors de la représentation de l'assuré dans la résolution d'un sinistre, in Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées, Colloque du droit de la responsabilité civile 2015, Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), Fribourg/Berne 2016, p. 1 ss ; **CHAPPUIS,** CHRISTINE, Abus du pouvoir de représentation : le fondé de procuration devenu organe, PJA 1997, p. 689 ss ; CoRo-CO I-**CHAPPUIS,** N. 1 ss ad art. 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38 et 39 ; **CHAPPUIS,** CHRISTINE, L'abus de pouvoir du fondé de procuration, RSDA 1994, p. 232 ss ; **CHAPPUIS,** CHRISTINE, La compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux, in Le contrat dans tous ses états, Bellanger François/Chaix François/Chappuis Christine/Héritier-Lachat Anne (édit.), Berne 2004, p. 310 ss ; **CHAPPUIS,** CHRISTINE, Le représentant de la société simple : une hydre à deux têtes ?, in Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme : Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (édit.), Zurich 2002, p. 587 ss ; **CHAPPUIS,** CHRISTINE/**DÄTWYLER,** PATRICIA, Titre de procuration : la protection de la bonne foi selon les art. 33, 34 et 36 CO, SJ 1987, p. 241 ss ; **DANUSER,** MARTIN, Die Anscheinsvollmacht – Gutglaubensschutz im Vollmachtsrecht, thèse Cazis 1975 ; **DROIN,** JACQUES, L'indifférence du tiers en matière de représentation (art. 32 al. 2 CO), RDS 1969 I, p. 449 ss ; **EGGER,** AUGUST, Missbrauch der Vertretungsmacht, in Beiträge zum Handelsrecht – Festgabe zum siebzigsten Geburtstage von Carl Wieland, Bâle 1934, p. 47 ss ; **ENGEL,** Obligations, p. 371 ss ; **ERB,** FELIX, Die Bankvollmacht, thèse Zurich 1974 ; **FOURNIER,** ANNICK, L'imputation de la connaissance, Étude de droit privé suisse, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2021 ; **FÜLSTER,** HANS, Die rechtliche Natur der Untervollmacht, thèse Hambourg, Giessen 1928 ; **FURRER/MÜLLER-CHEN**, Chap. 8 N. 1 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 1304 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/TERCIER,** N. 922 ss ; **GIGER,** MARCEL, Vollmachtsmitteilung nach Art. 33 Abs. 3 OR – Voraussetzungen für den Vertrauensschutz, recht 1995, p. 28 ss ; **GILLIARD**, FRANÇOIS, La représentation directe dans le Code des obligations – Un chef-d'œuvre d'incohérence, in Beiträge zum Familien- und Vormunschaftsrecht, Schuldrecht, Internationales Privatrecht, Verfahrens-, Banken-, Geselschafts-, und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht, Mélanges en l'honneur de Max Keller, Forstmoser Peter/Giger Hans/Anton Heini/Schluep Walter R. (édit.), Zurich 1989,

p. 161 ss ; **GILLIARD,** FRANÇOIS, Le contrat avec soi-même – Étude de droit comparé et de science juridique pure, thèse Lausanne 1946 ; **GUTZWILLER,** CHRISTOPH, Einzelhandlungen des Kollektivvertreters, SAS 1983, p. 19 ss ; **HRUBESCH-MILLAUER,** STÉPHANIE/**JAUSSI,** MARTINA, Instrumente der Vermögenssorge – das Verhältnis des Vorsorgeauftrags zum einfachen Vortrag und zur Vollmacht, PJA 2014, p. 1281 ss ; **HUGUENIN,** N. 1022 ss ; ZK-**KLEIN,** N. 1 ss ad art. 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39 et 40 ; **KOLLER,** N. 15.01 ss ; **KOLLER,** ALFRED, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, thèse d'habilitation Fribourg 1985 ; **KRAMER/PROBST,** N. 298 ss ; **KÜNZLE,** HANS RAINER, Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts (OR Art. 32-40), thèse St-Gall, Berne 1986 ; **KÜNZLER,** ADRIAN, Verhältnis der Information Dritter nach Art. 452 ZGB zum Zeitpunkt der Wirkung des Erlöschens der Vollmacht nach Art. 37 OR, RMA 2015, p. 359 ss ; **LANDTWING,** HANS, Der Falsus procurator im Schweizerischen Obligationenrecht, thèse Zoug 1929 ; **LOSER,** PETER, Konkretisierung der Vertrauenshaftung – Bemerkungen zur Vertrauenshaftung anlässlich von BGE 124 III 297, 124 III 355 und 124 III 363, recht 1999, p. 73 ss ; **MESSERLI,** BEAT, Die Sorgfalt beteiligter Parteien bei missbräuchlicher Ausübung der Vertretungsmacht durch ein Gesellschaftsorgan, RSJ 1997, p. 17 ss ; **VON MOOS,** GUIDO, Die Haftung des Vertreters ohne Vollmacht nach Art. 39 OR, thèse St-Gall 2017 ; **NEUMAYER,** KARL H., Vertragsschluss unter fremdem Namen, in Mélanges Pierre Engel : recueil de travaux offerts à M. Pierre Engel professeur à l'Université de Lausanne, Dessemontet François/Piotet Paul (édit.), Lausanne 1989, p. 221 ss ; **REICHEL,** HANS, Vertragsschluss in eigenem oder fremden Namen, RSJ 1919/20, p. 173 ss ; **REINHART,** THOMAS, Die unwiderrufliche Vollmacht, ihre Stellung in der allgemeinen Rechtslehre und in ausgewählten positiven Rechtsordnungen, thèse Zurich 1981 ; **DE SAUSSURE,** CLAUDE, L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation, thèse Lausanne 1945 ; **SCHMIDT-GABAIN,** FLORIAN, Vertretungsverhältnisse und Identitätsbekanntgabepflichten anlässlich von Versteigerungen, RSJ 2018, p. 129 ss ; **SCHULTZ-MEISTER,** CHARLOTTE ELISABETH, Die Vollmacht über den Tod hinaus nach deutschem und schweizerischem Recht, thèse Bâle 1960 ; **SCHWAGER,** RUDOLF, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, thèse Fribourg 1974 ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 40.01 SS et 41.01 ss ; **STAUDER,** BERND, La Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, in Mélanges Robert Patry, Corboz Bernard (édit.), Lausanne 1988, p. 217 ss ; **STOLL,** DANIEL, Missbrauch von Bankvollmachten : Geschädigte aus zivil- und strafrechtlicher Perspektive : Folgerungen für das Akteneinsichtsrecht von Banken im Strafverfahren, RSJ 2018, p. 413 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 405 SS ; **VIOLAND,** GEORGES, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung (OR Art. 38 und 39), thèse Berne 1988 ; **VÖGELI,** ANNINA, Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung ?, successio 2018, p. 31 ss ; **VOGT,** NEDIM PETER, Die Zustimmung des Dritten zum Rechtsgeschäft : Einwilligung, Ermächtigung, Genehmigung und Vollmacht im schweizerischen Privatrecht, thèse Zurich 1982 ; **VON TUHR/PETER,** p. 347 ss ; **WALTER,** MARIA, Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, thèse Zurich 2005 ; BaK-OR I-**WATTER,** N. 1 ss ad art. 32, 34, 36, 37, 38 et 39 ; **WATTER,** ROLF, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. « Missbrauch der Vertretungsmacht », thèse Zurich

1985 ; **ZÄCH,** ROGER, Gleichgültigkeit des Dritten nach Art. 32 Abs. 2, in Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Brem Ernst/Druey Jean Nicolas/Kramer Ernst A./Schwander Ivo, (édit.), Berne 1990, p. 367 ss ; BK-**ZÄCH/KÜNZLER,** Rem. prél. art. 32-40 N. 1 ss ; N. 1 ss ad art. 32 et 33, Rem. Prél. art. 34-35 N. 1 ss, N. 1 ss ad art. 34, 35, 36, 37, 38, 39 et 40 ; **ZIKOS,** GEORG, Die Vollmacht nach schweizerischem und griechischem Recht – eine rechtsvergleichende Untersuchung, thèse Zurich 1966 ; **ZOBL,** DIETER, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, RJB 1989, p. 289 ss ; **ZUFFEREY,** MATHIEU, La représentation indirecte : Étude d'une institution de droit suisse des obligations, thèse Genève/Zurich/Bâle 2018.

§ 1 La notion

Un acte juridique déploie en principe ses effets en la personne de celui qui l'exécute : il devient titulaire des droits et obligations en découlant. Cependant, un sujet de droit n'est pas toujours enclin ou en mesure de procéder lui-même aux actes nécessaires pour répondre à ses besoins, raison pour laquelle les ordres juridiques modernes prévoient sans exception la possibilité qu'un r**eprésentant exécute, au nom et pour le compte de cette personne, certains actes juridiques** ou d'autres actions[1361]. 735

Après quelques généralités (I.)[1362], nous proposerons une définition (II.)[1363], identifierons les personnes impliquées (III.)[1364] et préciserons quels sont les actes susceptibles de représentation (IV.)[1365]. Nous procéderons également à quelques délimitations (V.)[1366] et quelques distinctions (VI.)[1367]. 736

I. Quelques généralités

L'obligation étant un lien relatif[1368], débiteur et créancier ne peuvent en principe s'engager qu'en le faisant en leur **propre nom** et pour leur **propre compte,** de sorte que leurs actes juridiques ne produisent des effets que pour eux-mêmes. 737

[1361] Pour les précisions sur le champ d'application, cf. *infra* N. 755 ss.
[1362] Cf. *infra* N. 737 ss.
[1363] Cf. *infra* N. 740 ss.
[1364] Cf. *infra* N. 747 ss.
[1365] Cf. *infra* N. 755 ss.
[1366] Cf. *infra* N. 759 ss.
[1367] Cf. *infra* N. 796 ss.
[1368] Cf. *supra* N. 268.

738 La représentation permet de **dépasser cette conception traditionnelle**[1369]. Elle trouve sa justification dans la nécessité et l'opportunité de diviser le travail ou de garantir une certaine discrétion, mais aussi dans la volonté de protéger les personnes n'étant pas en mesure de défendre efficacement leurs intérêts juridiques, en raison de leur incapacité ou d'un autre motif (ex. : absence, conflit d'intérêts, etc.). La représentation entraîne cependant son lot de complications, en particulier quand le représentant excède ses pouvoirs[1370].

739 La représentation trouve régulièrement sa source dans un **rapport de base** – notamment un contrat de travail ou un mandat – qui prévoit la faculté, voire le devoir pour une des parties de représenter l'autre[1371]. Par exemple, l'art. 396 al. 2 dispose que le mandat comprend le pouvoir pour le mandataire (représentant) de faire les actes juridiques nécessités par son exécution au nom du mandant (représenté).

II. La définition et les caractéristiques

740 La **représentation** s'entend comme l'institution permettant à une personne (le représenté) de confier à une autre (le représentant) la tâche de faire certains actes juridiques avec un tiers, de telle sorte que leurs effets juridiques se produisent dans le chef du représenté[1372]. Elle est régie par les art. 32 à 40[1373].

741 Telle que prévue par le codificateur suisse, la représentation présente les **caractéristiques** suivantes[1374] :

1369 Sur les aspects historiques de cette institution, cf. BUCHER, OR, p. 594 s.

1370 Sur ces difficultés, cf. *infra* N. 948 ss.

1371 HUGUENIN, N. 1024.

1372 ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêt du TF 4C.206/1997 du 12 novembre 1997 cons. 2b, SJ 1998, p. 221. Ég. TERCIER/PICHONNAZ, N. 411.

1373 La Suisse a signé, le 17 février 1983, la Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises. Ce texte n'est pas entré en vigueur faute de ratifications suffisantes. À ce sujet, cf. STAUDER BERND, La Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, in Mélanges Robert Patry, Corboz Bernard (édit.), Lausanne 1988, p. 217 ss.

1374 BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 1 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 4 s. ad art. 32.

1° Elle est **volontaire** *(gewillkürte Vertretung),* par opposition à la représentation légale *(gesetzliche Vertretung)*[1375]. Elle a son fondement dans un acte juridique du représenté : par une manifestation de volonté, il confère au représentant les pouvoirs d'accomplir des actes juridiques (procuration[1376]). Le fait de déléguer ses propres compétences à un représentant correspond à l'exercice d'un droit de gestion, qui fait lui-même partie des droits de compétence[1377] du représenté. 742

2° Elle est **unilatérale** *(einseitige Stellvertretung),* c'est-à-dire qu'une seule partie est représentée. Cela n'empêche pas les art. 32 ss de s'appliquer directement en cas de représentation bilatérale ou multilatérale *(bilaterale oder multilaterale Stellvertretung).* Certaines situations, comme la double représentation[1378] ou la conclusion d'un acte avec soi-même[1379], exigent un régime particulier. 743

3° Elle est **directe** *(direkte Stellvertretung),* c'est-à-dire que le représentant agit au nom du représenté. On parle aussi de représentation immédiate ou encore parfaite *(unmittelbare oder offene Stellvertretung).* Si le représenté autorise l'acte juridique accompli par le représentant, cet acte produit alors directement ses effets dans sa propre sphère (art. 32 al. 1) et le représentant n'est pas lié. 744

La représentation directe doit être délimitée de la représentation **indirecte** *(indirekte Stellvertretung),* lorsque le représentant agit en son propre nom mais pour le compte du représenté[1380]. Le représentant indirect est alors en principe seul lié. Pour que l'acte juridique accompli déploie ses effets dans la personne du représenté indirect, il faut que les droits et obligations en cause lui soient transférés par une cession de créance ou une reprise de dette (art. 32 al. 3). 745

4° Elle est **active** *(aktive Stellvertretung),* c'est-à-dire que le représentant manifeste activement la volonté du représenté. Toutefois, il peut 746

1375 Cf. *infra* N. 764 pour les rapports de droit privé et N. 760 ss pour les rapports de droit public.
1376 Cf. *infra* N. 848.
1377 Cf. *supra* N. 376 ss.
1378 Cf. *infra* N. 881.
1379 Cf. *infra* N. 879.
1380 La représentation indirecte fait l'objet de développements particuliers dans le chapitre III (cf. *infra* N. 1018 ss).

aussi recevoir des déclarations destinées au représenté. On parle alors de représentation passive *(passive Stellvertretung)*[1381].

III. Les personnes impliquées

747 Un rapport de représentation implique en principe **trois personnes** :

748 **1°** Le **représentant** *(der Vertreter).* Il s'agit de la personne physique ou morale[1382] qui accomplit l'acte juridique susceptible de représentation, sans être liée par ses effets[1383]. Ses pouvoirs de représentation l'autorisent en principe à s'occuper d'une affaire déterminée et limitée dans le temps (ex. : la conclusion d'un contrat)[1384].

749 **2°** Le **représenté** *(der Vertretene).* Il s'agit de la personne physique ou morale, dans la sphère de laquelle se produisent les effets de l'acte juridique accompli par le représentant[1385].

750 **3°** Le **tiers** *(der Dritte).* Il s'agit de la personne physique ou morale qui est destinataire de l'acte juridique de représentation.

751 Le **texte légal** en français reprend cette nomenclature de manière conséquente aux art. 32-37. En revanche, les art. 38-39 utilisent une terminologie différente : le représenté est désigné par le concept « tiers », et le tiers par l'expression « l'autre partie ».

752 La représentation est une **relation triangulaire,** dans laquelle on distingue d'une part les **rapports internes** liant le représenté et le représentant, d'autre part les **rapports externes** liant le représenté et le tiers.

753 La représentation peut toutefois impliquer **plus de trois personnes :**

– Le représentant peut agir au nom de **plusieurs représentés.** L'effet de représentation se produit alors chez tous les représentés et peut créer une pluralité de créanciers ou de débiteurs[1386]. La situation des débiteurs pluraux vis-à-vis du créancier peut prendre des

---

1381 Cf. *infra* N. 803.

1382 Dans la représentation commerciale, le représentant ne peut pas être une personne morale (cf. *infra* N. 808).

1383 Pour plus de détails, cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 128 ss ad art. 32.

1384 Arrêt du TF 4A_187/2018 du 21 février 2019 cons. 3.1.4.2.

1385 Pour plus de détails, cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 136 ss ad art. 32. Ég. ATF 146 III 37 cons. 5.3 et 7 ; arrêt du TF 4A_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4.

1386 ATF 132 V 166 cons 8.5.1. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1436.

formes diverses[1387]. Il en va de même des créanciers pluraux[1388]. L'existence d'une éventuelle solidarité passive se détermine sur la base des art. 143 ss et des règles spéciales (ex. : art. 544 al. 3 pour les associés d'une société simple). Le représenté peut aussi être une communauté (ex. : une hoirie) ou une société de personnes : il faut alors veiller à ce que l'octroi des pouvoirs au représentant fasse l'objet d'une décision valable[1389]. Quant à la révocation des pouvoirs, elle peut être prononcée par un seul membre de la communauté[1390].

– Le représenté peut octroyer des pouvoirs de représentation à **plusieurs représentants.** On distingue au moins deux hypothèses. D'une part, les représentants **solidaires** peuvent agir individuellement en faveur de celui qui leur a octroyé la procuration. D'autre part, les représentants **collectifs** doivent agir en concours avec un ou plusieurs autres représentants pour que leurs actes juridiques produisent l'effet de représentation[1391].

754 Le représentant peut agir à la fois **en son propre nom et au nom d'un représenté.** Il est ainsi à la fois représenté et représentant[1392]. L'effet juridique se produit aussi bien chez le représentant (qui agit pour son propre compte et en son propre nom) que chez le représenté, dans la mesure où le représentant est autorisé. Par exemple, un membre d'une hoirie dont les membres sont copropriétaires d'un bien peut vendre celui-ci tant en son propre nom qu'au nom des autres membres de l'hoirie qui lui en ont donné les pouvoirs.

IV. Le champ d'application : un acte susceptible de représentation

755 L'art. 32 al. 1 prévoit que « les droits et les obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté ». Le **texte légal** n'envisage que l'hypothèse de la

[1387] Cf. Vol. III.
[1388] Cf. Vol. III.
[1389] Pour plus de détails, cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 77 ad art. 33.
[1390] ATF 118 II 496 cons. 5b. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 7 ad art. 34.
[1391] Cf. *infra* N. 875.
[1392] Arrêt du 12 juin 1958, SJ 1959, p. 69 ; ex. : art. 543 al. 2 CO.

conclusion d'un contrat en tant qu'acte juridique bilatéral susceptible de représentation.

756 Or le champ d'application matériel de la représentation est plus large que la loi ne l'entend. En vertu notamment de l'art. 7 CC, il s'étend à **tous les actes juridiques** licites du droit des obligations et du droit civil, que ceux-ci soient bilatéraux ou unilatéraux, y compris les actions analogues à un acte juridique[1393]. Peuvent ainsi faire l'objet d'une représentation non seulement les déclarations nécessaires à la conclusion d'un contrat (ex. : l'offre et l'acceptation, art. 3 ss, y compris les actes concluants), mais aussi l'exercice d'un droit formateur[1394] (ex. : la résiliation[1395]), l'invocation d'une exception (ex. : l'exception d'inexécution, art. 82), le respect d'une incombance (ex. : l'avis des défauts de la chose vendue, art. 201), les actes de disposition (ex. : le transfert d'un droit), les actions analogues à un acte juridique (ex. : la reconnaissance de dette, art. 17 ; l'interpellation, art. 102 ; la fixation d'un délai de grâce, art. 107 ; l'avis des défauts, art. 201)[1396]. Les art. 32 ss sont également applicables par analogie en droit public tant que la représentation n'est pas exclue par la loi ou la nature de l'affaire[1397].

757 Même s'il convient d'élargir le champ d'application légal, plusieurs constellations en demeurent exclues et ne sont **pas susceptibles de représentation :**

– Il s'agit d'abord de certains **droits strictement personnels** (art. 19c al. 2 *in fine* CC)[1398]. Ces situations ne relèvent en principe pas du droit des obligations, mais plutôt du droit de la famille ou du droit des successions, comme les fiançailles (art. 90 CC), la

---

1393 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 32 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1312 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 40.11 ; VON TUHR/PETER, p. 351 s. ; BaK-OR I-WATTER, N. 3 ad art. 32 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 101 ss. Ég. arrêt du TF 4C.131/2006 du 4 juillet 2006 cons. 2.2 pour les actes de représentation au sein de la communauté conjugale. Sur la portée de l'art. 7 CC, cf. *supra* N. 94 ss.

1394 Sur la notion de droit formateur, cf. *supra* N. 427 ss.

1395 Arrêt du TF 4D_14/2008 du 31 mars 2008 cons. 2.1.

1396 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 32 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1311 ; HUGUENIN, N. 1027. Sur la notion d'action analogue à un acte juridique, cf. *supra* N. 721 s.

1397 ATF 132 V 166 cons. 8.5.1. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 81 ss pour une liste de domaines en dehors du droit civil où les art. 32 ss sont applicables.

1398 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 32. Toutefois, certains droits strictement personnels, tels que le droit d'agir en paternité de l'enfant (art. 261 CC), sont sujets à représentation (art. 19*c* al. 2 *in initio* CC). Pour une discussion au sujet du droit de déposer une demande en divorce, ATF 116 II 365 cons. 4 ss, JT 1991 I p. 613.

déclaration de mariage (art. 102 al. 3 CC), la dissolution du mariage[1399], la reconnaissance d'un enfant (art. 260 CC), la communication des dernières volontés par testament (art. 500 et 505 CC)[1400], ou la conclusion d'un pacte successoral[1401].

- Ensuite, les **actes de fait**[1402] qui, faute de volonté d'agir au nom d'une autre personne[1403], ne sont pas non plus susceptibles de représentation.
- Enfin, il en va de même pour les **actes illicites,** car le représenté ne peut accorder aucune procuration en ce sens, en vertu de l'art. 20[1404].

Les développements suivants s'appuient principalement sur l'**hypothèse légale** de la conclusion d'un contrat en tant qu'acte juridique bilatéral susceptible de représentation (cf. art. 32 al. 1). 758

V. Quelques délimitations

Outre les différences avec la représentation indirecte[1405], on peut préciser la notion de représentation (directe) au moyen des délimitations suivantes. 759

A. Par rapport à la représentation dans les rapports de droit public (art. 33 al. 1)

Les art. 32 ss s'appliquent lorsque les pouvoirs de représentation ont été accordés sur la base du **droit privé** et ne reposent pas sur des rapports de droit public. 760

1399 ATF 122 III 344 cons. 4b, JT 1997 I p. 296 ; 116 II 385 cons. 4 et réf., JT 1993 I p. 611.
1400 Arrêt du TF 4A_107/2010 du 3 mai 2010 cons. 2.3.
1401 ATF 108 II 405 cons. 2.
1402 Cf. *supra* N. 723.
1403 BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 113 s. ; CoRo-OR I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 32. Les art. 32 ss peuvent néanmoins s'appliquer par analogie.
1404 VON TUHR/PETER, p. 353 ; BaK-OR I-WATTER, N. 6 ad art. 32.
1405 Cf. *supra* N. 744 s., *infra* N. 1018 ss.

761 Pour les rapports de **droit public** – on entend par là les liens unissant une collectivité publique à un agent public[1406] – l'**art. 33 al. 1** prévoit que les dispositions du Code sont écartées au profit du droit public fédéral, cantonal ou communal[1407]. La règle concerne avant tout le pouvoir d'accomplir des actes privés au nom d'une corporation de droit public, d'un établissement ou d'une fondation de droit public, mais aussi des formes du droit privé utilisées par l'État. Le droit public, fédéral ou cantonal, règle fréquemment les pouvoirs de représentation, en particulier la naissance, l'étendue, la forme et la fin de ceux-ci[1408]. En revanche, il contient rarement des dispositions sur la prise de qualité, la représentation collective, la sous-représentation, le contrat avec soi-même, les questions traitées aux art. 33 al. 3, 34 al. 3, 36 et 37 ainsi que les conséquences d'une représentation sans pouvoirs[1409].

762 Dans ces domaines, les règles du CO sont alors **applicables par analogie** à titre supplétif[1410]. Par exemple, l'art. 33 al. 1 n'exclut pas qu'une collectivité publique confère un pouvoir de représentation sur la base du droit privé fédéral à un agent public. La communication des pouvoirs à un tiers peut alors avoir l'effet protecteur prévu par l'art. 33 al. 3[1411], car il s'agit d'un acte juridiquement indépendant des rapports de fonction unissant la collectivité publique à son agent[1412].

B. Par rapport à la représentation légale

763 La distinction entre représentation volontaire et légale réside dans le **fondement des pouvoirs** de représentation octroyés au représentant.

1406 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 3 ad art. 33.

1407 À ce sujet, SCHWAGER RUDOLF, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, thèse Fribourg 1974, p. 94 ss ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 12 ss ad art. 33.

1408 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 13 ss ad art. 33.

1409 Pour plus de détails, cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 18 ss ad art. 33 et les réf. cit.

1410 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 3 ad art. 33 ; ZIKOS GEORG, Die Vollmacht nach schweizerischem und griechischem Recht – eine rechtsvergleichende Untersuchung, thèse Zurich 1966, p. 78. Dans ce sens, sans le dire expressément, arrêt du TF 4C.362/2001 du 7 mai 2003 cons. 3.2.

1411 Cf. *infra* N. 974 ss.

1412 ATF 124 III 418 cons. 1 et la note critique de PIOTET, in JT 1999 I p. 375 s. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 4 ad art. 33.

La représentation est **légale** *(gesetzliche Vertretung)* lorsque, sous réserve de l'application du droit public (art. 33 al. 1), elle a son fondement dans une loi de droit privé[1413]. Il peut s'agir d'une disposition qui identifie directement le représentant (ex. : les époux, art. 166 al. 1 CC ; les père et mère, art. 304 al. 1 CC) ou qui le fait indirectement en prévoyant la personne apte à désigner le représentant (ex. : un époux ou le tribunal, art. 166 al. 1 ch. 1 CC ; le curateur de représentation ou général, art. 391, 394 et 398 CC)[1414]. La loi prévoit parfois aussi la portée des pouvoirs de représentation (ex. : pour les époux, art. 166 al. 1 CC ; pour la curatelle, art. 394 s. CC). 764

Au contraire, la représentation est **volontaire** *(gewillkürte Vertretung)* lorsqu'elle a son fondement dans un acte juridique (art. 33 al. 2), appelé procuration, qui est une manifestation de volonté par laquelle le représenté confère au représentant les pouvoirs d'accomplir des actes juridiques[1415]. 765

La représentation légale connaît **diverses formes**[1416] : 766

1° Le législateur a prévu que des représentants légaux assistent des **personnes physiques** dont la capacité civile active est plus ou moins restreinte (ex. : incapables de discernement, mineurs, personnes sous curatelle de portée générale). 767

2° La représentation légale concerne les organes des **personnes morales** ainsi que les membres des communautés sans personnalité morale (ex. : les associés des sociétés en nom collectif, art. 555, et des sociétés en commandite, art. 603[1417])[1418]. 768

3° Un représentant légal peut avoir la tâche de gérer un **patrimoine** qui appartient à une communauté (ex. : le représentant de l'union conjugale, art. 166 CC ; celui de la communauté héréditaire, art. 517 CC ; l'administrateur de la faillite, art. 237 al. 2 LP). 769

1413 BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 7.

1414 HUGUENIN, N. 1044. Pour les pouvoirs légaux du curateur (ancien droit), ATF 115 V 244 cons. 3b/bb.

1415 HUGUENIN, N. 1043. À ce sujet, cf. *infra* N. 848 ss.

1416 BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 7 et 33 ss.

1417 Ég. *infra* N. 779.

1418 Arrêt du TF 4C.55/2002 du 30 juillet 2002 cons. 2.3. Ég. ATF 127 III 332 cons. 2a, JT 2001 I p. 258. Considérant que le rôle d'organe se rapproche d'une représentation volontaire, cf. BaK-OR I-WATTER, N. 11 ad art. 32.

C. Par rapport à la « représentation » des sociétés (art. 40)

770 L'**art. 40** réserve les « dispositions spéciales sur les pouvoirs des représentants et organes de sociétés »[1419]. Cette formulation est trop étroite dans la mesure où la disposition concerne non seulement les sociétés du Code des obligations[1420], mais aussi les personnes morales réglées dans le Code civil – l'association (art. 64 ss CC) et la fondation (art. 83 ss CC) – ainsi que les représentations prévues dans des lois spéciales[1421]. Les dispositions spéciales réservées par l'art. 40 concernent tant la naissance et la fin des pouvoirs que leur portée et les règles de protection des tiers, en particulier en raison des effets particuliers relatifs à l'inscription des représentants et organes de sociétés au RC.

771 Selon la jurisprudence[1422] et l'opinion dominante[1423], les **organes de la personne morale** ne sont pas ses représentants au sens des art. 32 ss : la volonté d'une personne morale s'exprime directement par ses organes, dont les actes juridiques et autres faits l'obligent (art. 55 al. 1 à 3 CC).

772 Les **différences** entre organe et représentant civil sont nombreuses :

773 **1°** La **source** du pouvoir de représenter de l'organe ne réside pas dans une manifestation de volonté, mais dans la loi et surtout dans les statuts de la personne morale[1424].

774 **2°** L'acte du représentant est **directement imputable** à la personne morale, sans que l'on doive vérifier si les conditions d'une représentation civile sont remplies[1425].

1419 Arrêt du TF 4A_474/2014 du 9 juillet 2015 cons. 6.2. Pour une liste des dispositions concernées, cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 1 ad art. 40.

1420 Il s'agit notamment de l'administration d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions, d'une société à responsabilité limitée, et d'une société coopérative. Pour la société anonyme, cf. WATTER ROLF, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. « Missbrauch der Vertretungsmacht », thèse Zurich 1985, *passim*.

1421 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 2 ad art. 40. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 1 ad art. 40, qui mentionne les représentants prévus par la LPCC.

1422 ATF 111 II 284 cons. 3b ; 98 II 211 cons. 8.

1423 HUGUENIN, N. 1045 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1324.

1424 ATF 127 III 332 cons. 2a ; 101 II 168 cons. 2.

1425 ATF 146 III 37 cons. 5.1.1 ; arrêt du TF 4A_357/2007 du 8 avril 2008 cons. 4.2. Sur les conditions de la représentation, cf. *infra* N. 809 ss.

3° La personne morale, au contraire d'un représenté, ne peut pas agir seule, mais uniquement par l'intermédiaire de ses organes : alors qu'un représentant ne forme pas la volonté du représenté, un organe participe à la **formation de la volonté interne** d'une personne morale[1426]. 775

4° En **procédure civile,** une personne morale peut devoir comparaître personnellement à une audience, notamment pour une conciliation (art. 204 al. 1 CPC) ; la présence d'un représentant direct ne disposant que d'une procuration civile ne suffit pas[1427]. Il faut la comparution d'un organe formel, inscrit au RC, ou au moins d'un fondé de procuration ou d'un mandataire commercial disposant de pouvoirs exprès (art. 462 al. 2)[1428]. 776

5° Les organes n'engagent pas uniquement la responsabilité contractuelle de la personne morale, mais aussi sa **responsabilité délictuelle**[1429], ce qui n'est pas le cas d'un représentant. 777

Cela dit, un organe n'agit pas pour lui-même mais pour la personne morale, ce qui en fait dans une certaine mesure un représentant de celle-ci et autorise une **application par analogie** des art. 32 ss[1430]. Par exemple, un organe peut agir au nom d'une personne morale sans avoir le pouvoir de la représenter[1431] ; l'art. 38 al. 1 s'applique alors par analogie et la personne morale peut ratifier les actes de son organe[1432]. 778

L'art. 40 prévoit aussi une exception pour les **« représentants** […] **de sociétés ».** Ce renvoi concerne notamment les dispositions traitant des associés de la société simple (art. 543 s.), ainsi que ceux de la société en nom collectif (art. 555, 563-567, 583 et 585) et de la société en commandite (art. 603 et 619 ch. 1), qui ne sont pas des organes à proprement 779

1426 ATF 121 III 176 cons. 4a ; 111 II 284 cons. 3b ; 98 II 211 cons. 8.
1427 ATF 141 III 159 cons. 3.
1428 ATF 141 III 159 cons. 2.6.
1429 ATF 146 III 37 cons. 5.1.1 ; 121 III 176 cons. 4a et 4d.
1430 Not. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1324 ; BaK-OR I-WATTER, N. 11 ad art. 32. Nuancés, BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 46. Sur l'application des art. 38 s. CO, cf. VOGT NEDIM PETER, Die Zustimmung des Dritten zum Rechtsgeschäft : Einwilligung, Ermächtigung, Genehmigung und Vollmacht im schweizerischen Privatrecht, thèse Zurich 1982, p. 74 s.
1431 Arrêt du TF 4A_508/2007 du 25 mars 2008 cons. 2.1.2.
1432 ATF 128 III 129 cons. 2b, JT 2003 I p. 10. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 38-39 N. 4. Au sujet de la ratification, cf. *infra* N. 959 ss.

parler[1433]. Dans ce cas également, les art. 32 ss peuvent s'appliquer par analogie aux associés, dans la mesure où leur pouvoir de représentation découle de la loi et de l'organisation interne de la société[1434]. Pour ces sociétés, l'effet de représentation présente ceci de particulier qu'il engage également l'associé représentant[1435].

780 Enfin, il est loisible pour une personne morale de prévoir conventionnellement d'autres systèmes de représentation et de recourir notamment à un **représentant civil** au sens des art. 32 ss[1436].

D. Par rapport aux auxiliaires

781 La **notion d'auxiliaire** n'est pas univoque. Elle désigne d'une part un intermédiaire qui effectue des actes de fait (conformes au droit) et non des actes juridiques au profit du principal[1437]. Par exemple, la réparation par un auxiliaire d'un défaut dans le cadre d'un contrat d'entreprise ne constitue pas un cas de représentation. D'autre part, le concept d'auxiliaire recouvre également celui d'intermédiaire qui accomplit des actes ou actions juridiques non conformes au droit. Par exemple, le fait qu'un employé exécute de manière défectueuse un contrat ne constitue pas non plus un cas de représentation.

782 Quelle que soit la définition de l'auxiliaire retenue, elle se **distingue** de la notion de représentant, dans la mesure où le champ d'application matériel des art. 32 ss ne s'étend ni aux actes de fait ni aux actes juridiques non conformes au droit[1438]. En effet, le représentant manifeste sa propre volonté au nom du représenté, afin de lui faire produire des effets. Cela dit, un représentant peut également avoir le statut d'auxiliaire du représenté, les deux notions étant indépendantes l'une de l'autre. Une double

---

1433 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 1 s. ad art. 40. Au sujet de l'associé de la société simple, cf. CHAPPUIS CHRISTINE, Le représentant de la société simple : une hydre à deux têtes ?, in Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme : Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (édit.), Zurich 2002, p. 587 ss.

1434 HUGUENIN, N. 1047.

1435 Pour la société simple, cf. arrêt du TF 4C.243/2004 du 30 mars 2005 cons. 1.

1436 Arrêt du TF 4A_141/2018 du 4 septembre 2018 cons. 5.2.

1437 Sur la notion d'acte de fait, cf. *supra* N. 723.

1438 Sur la notion d'auxiliaire, cf. *supra* N. 781. Sur la notion d'acte de fait, cf. *supra* N. 723.

qualification peut notamment jouer un rôle dans le cadre d'une *culpa in contrahendo* du représentant-auxiliaire vis-à-vis du tiers[1439].

E. Par rapport au messager

La simple transmission par un **messager** *(der Bote)* d'une manifestation de volonté du principal ne constitue pas un acte de représentation[1440]. Le messager, mentionné uniquement à l'art. 27, n'exprime pas sa propre volonté, mais ne fait que communiquer celle du principal qui l'envoie ou que réceptionner une déclaration à lui destinée[1441]. On pense notamment au rôle joué par l'agent postal qui transmet le courrier de l'expéditeur au destinataire[1442]. Le messager est un auxiliaire exécutant des actes de fait[1443] imputés au principal en vertu des circonstances, il ne manifeste pas sa propre volonté au nom du représenté[1444]. Au contraire du messager, le représentant manifeste sa propre volonté au tiers tout en agissant au nom de représenté[1445]. 783

La **délimitation** entre représentant et messager repose non pas sur la volonté interne des parties à la relation juridique, mais sur le point de vue du destinataire des manifestations de volonté, c'est-à-dire le tiers[1446]. 784

En dépit de cette distinction, les règles sur la représentation sont largement **applicables par analogie** au messager. 785

1439 Sur la notion de tiers, cf. *supra* N. 750.

1440 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1316 ; KOLLER, N. 15.01.

1441 ATF 132 III 449 cons. 3 ; arrêt du TF 4C.434/2005 du 22 janvier 2007 cons. 4.2.

1442 Cf. *supra* N. 607.

1443 Sur la notion d'acte de fait, cf. *supra* N. 723.

1444 Cf. *infra* N. 810 ss. Pour une illustration relative à la qualification d'un smart contract en tant que messager mais pas en tant que représentant, cf. CARRON BLAISE/BOTTERON VALENTIN, Le droit des obligations face aux « contrats intelligents » : Blockchain, Smart Contracts et contrats de droit suisse, in Blockchain et Smart Contracts : Défis juridiques, Carron Blaise/Müller Christoph (édit.), Neuchâtel 2018, p. 1 ss, N. 20 ss. Pour un *bot* (logiciel permettant l'automatisation de tâches), cf. GEISSBÜHLER/REYMOND, op. cit. (n. 1223), p. 358, refusant la qualification de représentant.

1445 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 5 ad art. 32 ; HUGUENIN, N. 1034.

1446 HUGUENIN, N. 1035 ; VIOLAND GEORGES, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung (OR Art. 38 und 39), thèse Berne 1988, p. 24 s. ; WALTER MARIA, Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, thèse Zurich 2005, p. 178 ss.

786 On peut néanmoins relever les **particularités** suivantes[1447] :

787 **1°** Le messager n'a pas besoin d'avoir la **capacité de discernement** (art. 16 CC), car il ne fait que transmettre la volonté de celui qui l'envoie, alors que le représentant doit être capable de discernement[1448]. Le messager ne doit avoir que la capacité d'exécuter sa mission.

788 **2°** Lorsque la validité d'une déclaration est liée au respect d'une **forme** particulière[1449], c'est au principal de la respecter lorsqu'il recourt à un messager, alors que c'est au représentant de le faire en cas de représentation.

789 **3°** L'existence d'un **vice de la volonté** du messager[1450] se détermine à partir des connaissances du principal et de la manière dont il se représente la réalité. En cas de transmission inexacte de la volonté par le messager, le principal peut invoquer les règles concernant l'erreur par analogie (art. 27). En cas de représentation, seules les connaissances du représentant et sa représentation de la réalité sont en principe déterminantes, à l'exclusion de celles du représenté[1451].

790 **4°** Lorsqu'un tiers communique une manifestation de volonté au messager à destination du principal, une partie de la doctrine est d'avis que la **réception** se produit lorsque le principal la reçoit effectivement ou aurait dû la recevoir selon le cours ordinaire des choses, et non lorsque le tiers communique sa volonté au messager[1452]. Selon d'autres auteurs auxquels nous nous rallions, une déclaration transmise à un messager capable de discernement est efficace dès que celui-ci en prend connaissance, si le principal a volontairement autorisé le messager à recevoir des communications *(Empfangsbote)* ou, en l'absence d'une telle volonté, si le tiers pouvait de bonne foi admettre que le messager était autorisé et qualifié à recevoir la communication pour le compte du principal[1453]. Le premier courant doctrinal identifie une différence supplémentaire avec la représentation, puisque,

---

1447 Cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 18 ss.

1448 Cf. *infra* N. 930 ss. Ég. HUGUENIN, N. 1037; VON TUHR/PETER, p. 350.

1449 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 40.08.

1450 Cf. Vol. II.

1451 Arrêt du TF 4A_303/2007 du 29 novembre 2007 cons. 3.4.3. FOURNIER ANNICK, L'imputation de la connaissance, Étude de droit privé suisse, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2021, N. 436 ss, qui mentionne des exceptions.

1452 Cf. FOURNIER, op. cit. (n. 1451), N. 220 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 21 ; BaK-OR I-WATTER, N. 8 ad art. 32. Cf. aussi *supra* N. 600.

1453 Cf. *supra* N. 600. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 203 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 19 ad art. 1; VON TUHR/PETER, p. 351.

pour celle-ci, la réception se produit déjà lorsque la manifestation de volonté est communiquée au représentant passif, à la différence de ce qui se passe avec un messager[1454].

Si la délimitation entre représentant et messager peut paraître claire en théorie, elle n'est **pas évidente en pratique.** En cas de doute ou de divergence, il faut analyser le comportement de l'intermédiaire du point de vue du tiers : on n'admet l'existence d'un messager que si le tiers pouvait reconnaître cette qualité en vertu du principe de la confiance[1455]. Dans les autres cas, il faut considérer l'intermédiaire comme un représentant. 791

F. Par rapport à l'activité d'intermédiaire en vue de la conclusion d'un contrat (art. 412 ss et 418a ss)

Le courtier (art. 412 ss) et l'agent (art. 418*a* ss) ont pour tâche de servir d'**intermédiaire** en vue de la conclusion d'un contrat par le mandant[1456]. 792

Au contraire du représentant, ils n'agissent **pas au nom du mandant** mais se contentent de négocier pour lui la conclusion d'un contrat en tant qu'auxiliaires[1457]. Ils n'effectuent pas d'actes juridiques mais des actes de fait, non susceptibles de représentation[1458]. En principe, le courtier et l'agent disposent, activement, d'une procuration de négociation et, passivement, d'une procuration leur permettant de recueillir l'acceptation ou le refus du cocontractant ; leur connaissance peut être imputée au mandant[1459]. Un intermédiaire peut toutefois également devenir représentant actif s'il bénéficie d'une procuration en ce sens. Par exemple, l'art. 418*a* al. 1 prévoit expressément la fonction d'agent stipulateur, qui a le pouvoir non seulement de négocier mais aussi de conclure des contrats au nom du mandant[1460]. 793

1454 HUGUENIN, N. 1036.
1455 HUGUENIN, N. 1035 ; VON TUHR/PETER, p. 350.
1456 Sur les contrats de courtage et d'agence, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 4914 ss et 5023 ss.
1457 Sur la notion d'auxiliaire, cf. *supra* N. 781.
1458 Cf. *supra* N. 757. Sur la notion d'acte de fait, cf. *supra* N. 723.
1459 FOURNIER, op. cit. (n. 1451), N. 298 ss ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 23 ss. Plus prudent, arrêt du TF 4A_579/2009 du 1er février 2010 cons. 2.5.
1460 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1316 ; HUGUENIN, N. 1038 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5051.

G. Par rapport à la stipulation pour autrui (art. 112 s.)

794 La stipulation pour autrui parfaite (art. 112)[1461] n'entraîne pas d'**effet de représentation,** notamment au regard des éléments suivants :

- Au contraire du représenté, le tiers bénéficiaire de la stipulation ne devient **pas partie** au contrat, même s'il est titulaire d'une créance contre le débiteur[1462].
- Au contraire du représentant, le stipulant qui manifeste sa volonté n'a **pas besoin que le bénéficiaire** lui ait conféré le pouvoir de le faire ou qu'il ratifie son action par la suite[1463].

H. Par rapport à l'assignation (art. 466 ss)

795 Dans l'assignation (art. 466 ss), l'assignant autorise l'assigné à effectuer une prestation en faveur de l'assignataire, pour le compte de l'assignant. L'assignataire a le droit d'exiger en son propre nom l'exécution de cette prestation[1464]. Au contraire du représentant direct, l'assigné et l'assignataire n'agissent **pas au nom de l'assignant**, mais en leur propre nom[1465].

VI. Quelques distinctions

796 Outre la distinction fondamentale entre représentation directe et indirecte qui fera l'objet de développements particuliers[1466], on peut en opérer d'autres en se fondant sur les critères ci-dessous.

1461 Cf. Vol. II.
1462 Dans ce sens, VON TUHR/PETER, p. 348 n. 5.
1463 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1316 ; HUGUENIN, N. 1039 s.
1464 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5532.
1465 VON TUHR/PETER, p. 353. Au sujet de la condition d'acte au nom du représenté, cf. *infra* N. 810 ss.
1466 Cf. *infra* N. 1018 ss.

A. La représentation avec et sans pouvoirs

La représentation est avec ou sans pouvoirs selon que le représentant agit au nom du représenté **en y étant autorisé ou non** par celui-ci. 797

La représentation **avec pouvoirs** *(Stellvertretung mit Ermächtigung)* est régie par les art. 32 à 37. Elle fera l'objet de développements plus détaillés ci-après[1467]. 798

La représentation **sans pouvoirs** *(Stellvertretung ohne Ermächtigung)* est régie par les art. 38 et 39. Elle fera également l'objet d'un examen plus bas[1468]. 799

B. La représentation de la volonté et de la connaissance

Les art. 32 ss sont rédigés dans la perspective d'une **représentation de la volonté** *(Willensvertretung)*. Le représentant manifeste sa volonté au nom du représenté. 800

Le représentant autorisé n'engage toutefois pas seulement le représenté par les manifestations de volonté qu'il émet mais aussi par ce qu'il sait, ce qu'il aurait dû savoir ou ce qu'il ne sait pas. On parle de **représentation de la connaissance** (*Wissensvertretung*)[1469]. Par exemple, lors de la conclusion d'un contrat, l'existence du consentement, l'interprétation (tant subjective qu'objective) de l'acte, mais aussi la validité du consentement se déterminent du point de vue du représentant et non du représenté[1470]. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'apprécier la bonne ou mauvaise foi (art. 3 CC) ou le comportement procédural d'une partie : la situation et les connaissances du représentant sont imputables au représenté[1471]. 801

1467 Cf. *infra* N. 841 ss.

1468 Cf. *infra* N. 948 ss.

1469 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 21 ad art. 32 ; FOURNIER, op. cit. (n. 1451), N. 243 ss et 259 ss ; ZK-KLEIN, N. 22 ss ad art. 32 ; WALTER, op. cit. (n. 1446), p. 175 s. Ég. ATF 140 III 86 cons. 4.1; arrêt du TF 4C.68/2007 du 13 juin 2008 cons. 11.3.

1470 ATF 143 III 157 cons. 1.2.2, JT 2017 II p. 383 ; 140 III 86 cons. 4.1 ; 105 II 16 cons. 3b, JT 1979 I p. 484 ; arrêts du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 4 ; 4A_19/2013 du 30 avril 2013 cons. 3.1.1. En revanche, la licéité de l'affaire (ex. : l'acquisition d'un immeuble par un étranger) s'apprécie en fonction du représenté (BaK-OR I-WATTER, N. 22 ad art. 32).

1471 ATF 145 II 201 cons. 5.1.

C. La représentation active et passive

802 La représentation est **active** *(aktive Stellvertretung)* lorsque le représentant adresse au tiers une manifestation de volonté au nom et pour le compte du représenté (ex. : l'offre de conclure un contrat)[1472].

803 La représentation est **passive** *(passive Stellvertretung)* lorsque le représentant, au nom du représenté, reçoit du tiers une déclaration de volonté (ex. : l'acceptation d'une offre en vue de conclure un contrat)[1473]. La réception de la manifestation de volonté a lieu, pour le représenté, dès qu'elle parvient dans la sphère d'influence du représentant.

804 Même si le texte légal vise *a priori* la représentation active, les **art. 32 ss s'appliquent aux deux types** de représentation. D'ailleurs, il n'est pas rare que les représentations passive et active se combinent en pratique, par exemple lorsque le représentant prend connaissance d'une offre du tiers et qu'il l'accepte au nom du représenté.

805 En règle générale, le **représenté** qui octroie des pouvoirs de représentation active accorde également une procuration pour la représentation passive. Ainsi, le représentant qui émet une offre est en principe admis à recevoir l'acceptation de la part du tiers[1474]. L'inverse n'est pas nécessairement vrai : par exemple, un employé peut recevoir des manifestations de volonté destinées à son employeur, sans avoir pour autant des pouvoirs de représentation active[1475].

806 Même s'il dispose des pouvoirs de représentation passive, le **représentant** peut refuser de recevoir une déclaration à lui adressée et destinée au représenté en renonçant à exercer son pouvoir de représentation[1476]. En agissant ainsi, le représentant refuse de recevoir une manifestation de volonté au nom d'une autre personne, ce qui empêche la réalisation de la première condition de la représentation[1477]. Si le refus du représentant est injustifié, cela ne change rien dans les rapports externes : il n'y a pas représentation ; dans les rapports internes en revanche, un tel refus peut fonder une responsabilité du représentant envers le représenté.

1472 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 40.14.
1473 VON TUHR/PETER, p. 348.
1474 Arrêt du TF 2C_1071/2012 du 7 mai 2013 cons. 5.2, 5.3 et 8.5 ; TC Valais, 12 février 1975, cons. 2, RVJ 1975, p. 251.
1475 VON TUHR/PETER, p. 363.
1476 BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 3.
1477 Cf. *infra* N. 810 ss.

D. La représentation civile et commerciale

807 À la représentation civile ou ordinaire *(bürgerliche Rechtsvertretung)* réglée par la Partie générale du Code (art. 32 à 39)[1478], on oppose la représentation commerciale *(kaufmännische Vertretung),* qui fait l'objet d'une **réglementation spéciale** s'appliquant notamment aux fondés de procuration et aux mandataires commerciaux (art. 40 et 458 ss)[1479]. Elle trouve une justification dans la volonté de protéger les tiers qui nouent des relations avec des entreprises commerciales. Cette matière fait traditionnellement partie du droit commercial ou du droit des contrats[1480].

808 Les règles spéciales **complètent les dispositions générales** et y dérogent à certains égards, notamment sur la constitution, l'étendue et le retrait des pouvoirs[1481]. Au contraire des représentants civils, les représentants commerciaux sont toujours des personnes physiques. Pour des raisons de publicité, la loi exige que les fondés de procuration soient inscrits au RC (art. 458). La publication influence à la fois l'étendue des pouvoirs et sa communication aux tiers. La loi fixe l'étendue des pouvoirs ; une limitation conventionnelle est sans effet vis-à-vis des tiers de bonne foi (art. 460 al. 3). Les mandataires commerciaux, et *a fortiori* les fondés de procuration, disposent d'une procuration générale. Contrairement au représentant civil, ils ne peuvent pas voir leurs pouvoirs restreints à une opération juridique spécifique et déterminée[1482]. Les art. 459 al. 2 et 462 al. 2 requièrent néanmoins des pouvoirs exprès pour certains actes. La mort ou la perte de l'exercice des droits civils de celui qui a institué un fondé de pouvoirs ou un mandataire commercial n'entraîne pas l'extinction des pouvoirs de celui-ci (art. 465 al. 2 qui déroge à l'art. 35 al. 1[1483]).

1478 Arrêt du TF 4A_710/2014 du 3 juillet 2015 cons. 3.1.

1479 Cf. aussi les art. 347*a* al. 1 let. b et 348*b* pour le voyageur de commerce, les art. 418*a* al. 1 et 418*e* pour l'agent. Sur la distinction entre représentation civile et commerciale au sens de l'art. 462, cf. ATF 141 III 159 cons. 3.3.

1480 Pour un aperçu succinct, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5440 ss ; ENGEL, Obligations, p. 390 ss.

1481 Cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5447 ss.

1482 ATF 141 III 159 cons. 3.3 ; arrêt du TF 4A_187/2018 du 21 février 2019 cons. 3.1.4.1.

1483 Cf. *infra* N. 906 ss.

§ 2 Les conditions de la représentation

809 La validité de la représentation – directe, volontaire et civile – suppose l'existence de **trois conditions** cumulatives[1484] : le représentant doit agir au nom du représenté (I.)[1485], il doit disposer des pouvoirs de représentation (II.)[1486], et il doit avoir la capacité de discernement (III.)[1487]. Elle doit en outre porter sur un acte susceptible de représentation[1488].

I. La première condition : l'acte au nom d'une autre personne

810 La condition de l'acte au nom d'une autre personne est remplie dans **trois cas** de figure :

811 **1°** Celui qui agit **prend la qualité** de représentant en se faisant connaître comme tel auprès du tiers.

812 **2°** Le représentant ne se fait pas connaître comme tel mais le tiers doit **inférer des circonstances** l'acte au nom d'une autre personne.

813 **3°** Nonobstant le fait que le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel et que le tiers ne pouvait pas inférer cette qualité des circonstances, il était **indifférent** au tiers de traiter avec le représentant ou le représenté.

814 Nous traitons d'abord des deux premières hypothèses (A.)[1489] et ensuite du cas exceptionnel de l'indifférence du tiers (B.)[1490]. Nous abor-

---

1484 Cf. ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêt du TF 4A_487/2018 du 30 janvier 2019 cons. 5.2.1, qui mentionnent les deux premières conditions, la troisième étant sous-entendue. Cf. aussi FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 8 N. 30 ss, qui mentionnent quatre conditions, en ajoutant qu'il doit s'agir d'un contrat où la représentation est possible (à ce sujet, cf. *supra* N. 755 ss).

1485 Cf. *infra* N. 810 ss.

1486 Cf. *infra* N. 841 ss.

1487 Cf. *infra* N. 930 ss.

1488 Cf. *supra* N. 755 ss.

1489 Cf. *infra* N. 815 ss.

1490 Cf. *infra* N. 829 ss.

dons enfin des questions de procédure et de preuve (C.)[1491] ainsi que les conséquences de cette première condition (D.)[1492].

A. Le principe : la prise de qualité

La validité de la représentation suppose d'abord une prise de qualité en tant que représentant. Cette condition vise à protéger le tiers : celui-ci doit pouvoir comprendre que la personne avec qui elle échange des manifestations de volonté n'agit pas en son propre nom, mais veut **agir au nom du représenté** (« au nom d'une autre personne » selon l'art. 32 al. 1)[1493]. 815

1. Le contenu de la prise de qualité

La prise de qualité comporte **deux éléments :** d'une part, le fait d'agir au nom d'une autre personne et, d'autre part, celui d'indiquer l'identité du représenté[1494]. 816

D'un point de vue **matériel,** le représentant peut soit communiquer son identité tout en précisant agir au nom d'une autre personne *(in fremden Namen),* soit se faire passer pour l'autre personne *(unter fremden Namen),* par exemple en signant avec le nom du représenté[1495]. 817

D'un point de vue **temporel**, le **premier** élément doit être réalisé au plus tard lorsque le représentant accomplit l'acte de représentation[1496]. À défaut, le représentant est personnellement lié, sauf s'il est indifférent au tiers de traiter avec lui ou le représenté (art. 32 al. 2 i.f.)[1497]. 818

1491 Cf. *infra* N. 835 ss.
1492 Cf. *infra* N. 839 ss.
1493 ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêts du TF 4A_187/2018 du 21 février 2019 cons. 3.2 ; 4A_638/2015 du 9 mars 2016 cons. 3.2.1.
1494 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 30 ad art. 32.
1495 Arrêt du TF 4A_421/2015 du 11 février 2016 cons. 4.3.2. À ce sujet, cf. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 41.12 s.
1496 Arrêts du TF 4P.109/2004 et 4P.111/2004 du 11 janvier 2005 cons. 5.2.2.1. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 54 ad art. 32 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1328.
1497 Cf. *infra* N. 829 ss.

819 En revanche, le représentant ne doit pas nécessairement mentionner immédiatement le **second** élément[1498]. S'il le fait et indique l'identité du représenté directement (ex. : « au nom de M. X ») ou indirectement (ex. : « au nom du propriétaire de l'entreprise X »), on dit que le représenté est déterminé. Celui-ci peut toutefois rester **provisoirement indéterminé**, soit parce que le représentant cache volontairement son identité, soit parce qu'il n'a pas encore été désigné[1499]. En pratique, le représentant indique qu'il agit « au nom et pour le compte de qui il appartiendra » ou « pour un nommable »[1500]. L'indication indéterminée d'un représenté n'est cependant pas possible pour un acte juridique ne pouvant être soumis à condition, tel que l'inscription au RF ou l'offre formulée lors d'enchères[1501].

820 L'**indétermination de l'identité du représenté** ne peut toutefois être que **passagère**. Le représentant doit compléter sa déclaration ultérieurement en désignant le représenté ; cette tâche peut aussi être confiée à un tiers ou dépendre d'un événement extérieur[1502]. Tant que le représenté demeure inconnu, le représentant a un devoir envers le tiers, fondé sur l'art. 2 al. 1 CC, de déterminer ou de participer à la détermination du représenté. Le tiers peut lui fixer un délai raisonnable à cette fin (art. 38 al. 2 par analogie). Si le représentant ne s'exécute pas et que le représenté n'était pas du tout déterminé lors de la conclusion du contrat, le contrat est réputé n'avoir développé aucun effet et le tiers peut exiger du représentant des dommages-intérêts négatifs (art. 39 par analogie)[1503]. Si, en revanche, le représenté était déterminé ou déterminable mais que le représentant cache son identité au tiers[1504], le contrat est valablement conclu ; le tiers ne peut pas faire condamner le représentant à lui révéler

---

1498 ATF 84 II 13 cons. 3, JT 1958 I p. 263.

1499 Pour l'arrêt de principe, cf. ATF 60 II 492 cons. 2, JT 1935 I p. 397 ; ég. ATF 102 II 197 cons. 2b, JT 1977 I p. 331. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1332.

1500 Arrêt du TF 4C.356/2001 du 12 mars 2002 cons. 2a/aa et réf. cit.

1501 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 67 ad art. 32, qui parle de *bedingungsfeindliche Geschäfte.*

1502 ATF 60 II 492 cons. 2, JT 1935 I p. 397.

1503 Cour de justice Genève, 9 février 1954, SJ 1955, p. 197 (p. 199) ; ENGEL, Obligations, p. 379 s. ; BaK-OR I-WATTER, N. 19 ad art. 32. D'un avis contraire, REICHEL HANS, Vertragsschluss in eigenem oder fremden Namen, RSJ 1919/20, p. 173, affirmant que le contrat devrait lier désormais le représentant. Notons que l'art. 39 est également applicable lorsque la prise de qualité a lieu au nom d'une personne inexistante ou lorsque celui qui agit se fait passer pour autrui (arrêt du TF 4C.389/2002 du 21 mars 2003 cons. 3). Sur l'application de l'art. 39, cf. *infra* N. 1001 ss.

1504 P. ex. une maison de vente aux enchères qui cache à l'acquéreur l'identité du vendeur.

l'identité du représenté, mais doit se contenter de dommages-intérêts correspondant au dommage découlant de la non-divulgation de l'identité du représenté (art. 39 par analogie)[1505].

Dans un **contrat formel,** notamment celui qui requiert l'établissement d'un acte authentique[1506], on se demande si le représenté peut rester indéterminé. Une partie de la doctrine considère que, faute d'indication du représenté respectant la forme exigée, le contrat est nul pour vice de forme, même si le tiers devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation ou s'il lui était indifférent de traiter avec le représentant ou le représenté[1507]. Le TF et certains auteurs admettent à juste titre que l'on peut conclure un contrat formel « pour son nommable » *(« für wen es angeht »),* à condition toutefois que le représenté ne demeure indéterminé que provisoirement et que la désignation du représenté respecte ensuite la forme adéquate[1508]. 821

[1505] BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 60 et 62 ad art. 32 ; SCHMIDT-GABAIN FLORIAN, Vertretungsverhältnisse und Identitätsbekanntgabepflichten anlässlich von Versteigerungen, RSJ 2018, p. 132 s. Sur l'application de l'art. 39, cf. *infra* N. 1001 ss. D'un avis contraire, BECKER JOËLLE, La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse : représentation, relations contractuelles et responsabilité, thèse Genève/Zurich/Bâle 2011, N. 252 ss, qui soutient qu'en cas de non-révélation de l'identité du représenté (déterminé ou déterminable) dans un délai raisonnable, le contrat lie le représentant car il y a représentation indirecte (cf. *infra* N. 1018 ss).

[1506] Il ne faut pas confondre cette question avec le fait que la procuration octroyant les pouvoirs de représentation n'a pas besoin de respecter la forme imposée à l'acte juridique objet de la représentation, cf. *infra* N. 855.

[1507] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1336, qui citent l'ATF 45 II 562, 565. Cet arrêt traite toutefois d'une hypothèse différente car il s'agissait d'une vente immobilière où l'acte ne faisait aucune mention d'un rapport de représentation pourtant existant.

[1508] Arrêt du TF 4C.356/2001 du 12 mars 2002 cons. 2a/aa. Ég. CARRON BLAISE, La représentation civile volontaire dans les actes authentiques, RNRF 2018, p. 85 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 52 ad art. 32. Ég. ATF 103 III 97, où le regeste mentionne un tel acte sans remettre en cause sa validité.

2. Les cas de figure de la prise de qualité

822 En dehors de la situation exceptionnelle où il est indifférent au tiers de traiter avec le représentant ou le représenté[1509], la prise de qualité est réalisée en principe dans les **deux cas de figure** suivants[1510] :

823 **1°** Le représentant se fait connaître comme tel en **déclarant expressément** qu'il agit au nom d'autrui. Il en est ainsi lorsqu'il affirme agir « par procuration » (« p.p. »), « au nom » d'un tiers représenté, en indiquant sa fonction (ex. : « Directeur »), ou « à titre de représentant »[1511].

824 **2°** Le représentant ne se fait pas connaître comme tel mais le tiers (et non le représentant) peut **« inférer des circonstances »** qu'il existe un rapport de représentation (art. 32 al. 2)[1512]. La prise de qualité découle alors d'actes concluants, voire a lieu tacitement[1513].

825 Ce second cas de figure ne joue un rôle que lorsqu'il y a **divergence entre représentant et tiers** quant à l'existence ou non d'une prise de qualité[1514]. En vertu des règles générales d'interprétation, la volonté interne (subjective effective) du représentant n'est alors pas décisive[1515]. En application du principe de la confiance (art. 2 al. 1 CC), on conclut qu'il y a prise de qualité si le tiers pouvait de bonne foi l'inférer du comportement du représentant[1516]. À cet égard, il faut prendre en compte les éventuelles

---

1509 Cf. *infra* N. 829 ss.

1510 Arrêt du TF 4A_313/2010 du 3 septembre 2010 cons. 3.4.1. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 12 ad art. 32. Sur la manifestation de volonté expresse ou par actes concluants, cf. *supra* N. 584 ss.

1511 Pour des exemples, cf. ATF 97 II 66 cons. 2. Ég. ZK-KLEIN, N. 48 ad art. 32.

1512 ATF 120 II 197 cons. 2b/aa, JT 1995 I p. 194 ; 112 II 41 cons. 1b/aa ; 90 II 285 cons. 1b, JT 1965 I p. 130. Ég. arrêts du TF 4A_638/2015 du 9 mars 2016 cons. 3.2.2 ; 4A_421/2015 du 11 février 2016 cons. 4.3.2 ; 4C.396/2004 du 22 mars 2006 cons. 2.2-2.4.

1513 ATF 146 III 121 cons. 3.2.1 ; 126 III 59 cons. 1b. Cf. aussi *supra* N. 585 ss.

1514 ATF 88 II 350 cons. 1d, JT 1963 I p. 157. Ég. TC Berne, 27 mars 1941, cons. 2, ZBJV 1942, p. 368 : *« Wer mit Wissen und Willen der Gegenpartei nicht im Namen eines Dritten, sondern im eigenen Namen handeln will, wird selbst berechtigt und verpflichtet, mögen die objektiven Umstände noch so sehr den Anschein einer Stellvertretung erwecken ».* Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 45 ad art. 32.

1515 ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêt du TF 4A_59/2009 du 7 septembre 2009 cons. 4.1.

1516 ATF 146 III 121 cons. 3.2.1 ; 135 III 509 cons. 3.3.1, JT 2012 II p. 542 ; 120 II 197 cons. 2b/aa, JT 1995 I p. 194 ; arrêts du TF 4A_504/2018 du 10 décembre 2019 cons. 3.2.1 ; 4A_638/2015 du 9 mars 2016 cons. 3.2.2 et 4A_496/2014 du 11 février 2015 cons. 3.2. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 12 ad art. 32.

relations d'affaires dans lesquelles s'inscrit l'acte de représentation litigieux[1517]. Si l'**interprétation objective** conduit à un tel résultat, l'effet de représentation se produit, même si le représentant ne voulait pas agir en tant que tel[1518]. Par exemple, il y a prise de qualité lorsqu'un vendeur présent dans un local commercial sert un client, ou lorsqu'une personne – qui ne voulait pourtant pas agir en tant que représentante – utilise le papier à en-tête d'une autre[1519], si le tiers peut penser en vertu du principe de la confiance que la première agit effectivement au nom de la seconde[1520].

826 À l'inverse, si le représentant souhaitait agir au nom d'une autre personne mais qu'il ne le manifeste pas expressément ou par actes concluants, et que cela ne ressort pas de son comportement en vertu du principe de la bonne foi, il est **personnellement lié.** Dans un tel cas, le « représentant malgré lui » peut invalider l'acte qu'il a accompli erronément en son propre nom en invoquant une erreur essentielle de déclaration (art. 23 et 24 al. 1 ch. 2)[1521].

827 L'interprétation objective fondée sur le principe de la confiance peut **concerner l'un et/ou l'autre des éléments** de la prise de qualité[1522]. Lorsqu'un employé de banque se trouve derrière le guichet et traite avec un client sans préciser expressément qu'il n'agit pas en son nom, les circonstances indiquent qu'il agit pour une autre personne (1er élément). Lorsqu'un enfant achète dans un magasin de quartier des produits destinés à ses parents, il les identifie tacitement en tant que représentés (2e élément)[1523].

828 Dans une action ouverte par le tiers contre le représenté, le **fardeau de la preuve** que le représentant n'a pas agi en son nom mais au nom

---

1517 Arrêt du TF 4C.389/2002 du 21 mars 2003 cons. 4.2.

1518 Arrêt du TF 4C.199/2004 du 11 janvier 2005 cons. 7.1 : « […] ce qui est décisif, ce n'est pas la volonté interne effective du représentant d'agir pour une autre personne. Il suffit que le tiers puisse inférer du comportement du représentant, interprété selon le principe de la confiance, qu'il existe un rapport de représentation ». Du même avis, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1335 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 40 ad art. 32. D'un autre avis : ATF 100 II 200 cons. 8a et réf. cit.

1519 ZK-KLEIN, N. 48 ad art. 32.

1520 Pour l'utilisation BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 40 ad art. 32. Ég. arrêt du TF 4A_496/2014 du 11 février 2015 cons. 3.2, qui renvoie à l'ATF 120 II 197 cons. 2b/aa, JT 1995 I p. 194.

1521 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 41.04. Cf. ég. Vol. II.

1522 Cf. *supra* N. 816.

1523 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 51 ad art. 32.

du représenté est supporté par le tiers[1524]. Dans une action ouverte par le tiers contre le représentant, celui-ci supporte le fardeau d'établir qu'il n'a pas agi en son propre nom[1525].

B. L'exception : l'indifférence du tiers

829 La prise de qualité découlant de la communication expresse au tiers (1er cas de figure) ou de l'existence de circonstances objectives permettant d'inférer un rapport de représentation (2e cas de figure) est exceptionnellement superflue[1526]. L'art. 32 al. 2 i.f. prévoit en effet que la première condition – agir au nom d'une autre personne – est aussi réalisée en cas d'**indifférence** du tiers à traiter avec le représentant ou le représenté (3e cas de figure)[1527].

830 L'**utilité pratique** de ce troisième cas de figure concerne avant tout les contrats manuels de la vie quotidienne, réunissant des parties qui ne se connaissent pas personnellement[1528]. Par exemple, dans le commerce de détail, le vendeur ne s'embarrasse pas de savoir si son interlocuteur est son partenaire contractuel direct ou représente une autre personne[1529]. L'indifférence du tiers a également été admise entre une personne et la société qu'il contrôlait[1530]. Selon la jurisprudence en revanche, un travailleur n'est pas indifférent quant à l'identité de son employeur[1531], une banque n'est

---

1524 Cf. *infra* N. 835.

1525 Arrêt du TF 4C.154/2004 du 20 août 2004 cons. 2.2.2 ; TC Saint-Gall, 5 octobre 2015, GVP SG 2015 N° 43, p. 181.

1526 Cf. *supra* N. 823 s.

1527 Arrêt du TF 4A_757/2011 du 3 avril 2012 cons. 2.2 (indifférence niée en l'espèce). Pour des détails à ce sujet, cf. ZÄCH ROGER, Gleichgültigkeit des Dritten nach Art. 32 Abs. 2, in Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Berne 1990, p. 367 ss ; DROIN JACQUES, L'indifférence du tiers en matière de représentation (art. 32 al. 2 CO), RDS 1969 I p. 449 ss.

1528 TC Valais, 9 décembre 1987, cons. 3c, RVJ 1989, p. 185. Au sujet des contrats manuels, cf. *infra* N. 1345.

1529 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 96 ad art. 32. Ég. arrêt du TF du 19 septembre 1962 cons. 2a, SJ 1964, p. 17, concernant l'acquisition de titres par une banque pour laquelle l'identité du vendeur était indifférente.

1530 ATF 117 II 387 cons. 2d ; arrêt du TF 4C.78/2007 du 9 janvier 2008 cons. 5.1.2. Indifférence niée dans l'arrêt du TF 4D_70/2016 du 8 décembre 2016 cons. 3 et 4.3.

1531 Gewerbegericht Zurich, 19 novembre 1973, ZR 1975, p. 200 n° 65 (gérant ou propriétaire d'un restaurant).

pas indifférente à l'identité de celui qui ouvre un compte chez elle[1532] ou de son partenaire contractuel lorsqu'elle est impliquée, avec plusieurs autres établissements, dans une opération de clearing bancaire[1533].

Contrairement à ce que laissent entendre les textes allemand et italien, l'indifférence du tiers ne doit **pas être générale,** c'est-à-dire valoir vis-à-vis de tout cocontractant. Il suffit qu'elle concerne uniquement le choix entre représentant et représenté[1534]. 831

Selon l'opinion majoritaire et la jurisprudence[1535], l'indifférence du tiers peut être **consciente ou inconsciente.** Le tiers ne sait donc pas nécessairement que celui avec lequel il traite veut conclure l'affaire au nom d'autrui. Toutefois, contrairement au deuxième cas de figure où le principe de la confiance permet d'imputer au représentant une volonté qu'il n'a pas[1536], le troisième cas de figure requiert que la volonté interne du représentant d'agir au nom d'autrui existe effectivement au moment de la conclusion du contrat[1537]. Dans ce cas, l'indifférence du tiers remplace la manifestation de volonté d'agir au nom du représenté, de sorte que l'effet de représentation se produit bien que le tiers ignore le rapport de représentation[1538]. 832

La **preuve** de l'indifférence du tiers repose le plus souvent sur des indices, notamment lorsqu'il ne se soucie à aucun moment de l'identité de son partenaire contractuel[1539]. À l'inverse, le fait que le tiers connaisse personnellement son cocontractant indique plutôt l'absence d'indifférence[1540]. 833

1532 ATF 100 II 200 cons. 8b.

1533 ATF 121 III 310 cons. 3b, JT 1996 I p. 359.

1534 ATF 117 II 387 cons. 2c et 2d ; arrêt du TF 4A_270/2007 du 19 février 2008 cons. 5.4.

1535 ATF 117 II 387 cons. 2a et les réf. cit. ; 60 II 492 cons. 2. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1333 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 105 ad art. 32. D'un avis différent, DROIN, op. cit. (n. 1527), p. 462.

1536 Cf. *supra* N. 824 s.

1537 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 14 ad art. 32. Ég. ZUFFEREY MATHIEU, La représentation indirecte : Étude d'une institution de droit suisse des obligations, thèse Genève/Zurich/Bâle 2018, N. 400 ss, qui souligne à juste titre que ce cas de figure limite la représentation indirecte involontaire sans entraver la représentation indirecte volontaire. Ég. arrêt du TF 4A_496/2014 du 11 février 2015 cons. 3.2, qui renvoie à l'ATF 117 II 387 cons. 2a ; TC Valais, 9 décembre 1987, cons. 3b, RVJ 1989, p. 185.

1538 ATF 117 II 387 cons. 2c. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 13 ad art. 32.

1539 Dans ce sens, cf. ZK-KLEIN, N. 112 ad art. 32.

1540 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 111 ad art. 32.

834 Les **contrats formels** doivent désigner les parties en respectant la forme requise ou, au moins, préciser que le représenté sera identifié ultérieurement dans une déclaration respectant la forme requise[1541]. Faute d'indication sur le rapport de représentation, le contrat est nul pour vice de forme, même s'il est indifférent au tiers de traiter avec le représentant ou le représenté[1542]. Par conséquent, dans les contrats formels, l'indifférence du tiers ne peut pas combler l'absence d'acte au nom du représenté[1543].

C. Les actions et les questions de preuve

835 Si le **tiers ouvre action contre le représenté** (qui conteste être lié), il doit prouver soit que le représentant a agi en tant que tel (1er cas de figure), soit que les circonstances permettaient d'inférer un rapport de représentation en vertu du principe de la confiance (2e cas de figure)[1544]. Faute de preuve suffisante, il y a une présomption de fait selon laquelle une personne, même si elle dispose d'une procuration, agit en son propre nom[1545].

836 Si le **représenté ouvre action contre le tiers** (qui a la volonté d'être lié au représentant), le représenté doit prouver soit que le représentant a pris cette qualité (1er cas de figure), soit que les circonstances permettaient d'inférer un rapport de représentation en vertu du principe de la confiance (2e cas de figure), soit que le tiers était indifférent au fait de traiter avec l'un ou avec l'autre et que le représentant avait la volonté d'agir comme tel sans l'avoir manifestée (3e cas de figure)[1546]. Seul le tiers peut

---

1541 Cf. *supra* N. 821. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 125 ad art. 32.

1542 Cf. *supra* N. 829.

1543 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 125 ad art. 32.

1544 Cf. *supra* N. 823 s. Arrêt du TF du 26 mars 1996 cons. 5c, SJ 1996, p. 554 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1338b ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 184 ad art. 32. Comp. avec CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 16 ad art. 32, qui ajoute à tort la possibilité de prouver l'indifférence du tiers, cette possibilité n'étant à notre avis offerte qu'au représenté.

1545 Arrêt du TF 4C.154/2004 du 20 août 2004 cons. 3 ; BzGer Zurich, 13 novembre 2003, cons. 2a, ZR 2004, p. 270 n° 69 ; BaK-OR I-WATTER, N. 34 ad art. 32. Cf. toutefois GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1338 qui affirment que lorsqu'un litige survient entre le représenté et le tiers quant au fait de savoir si le représentant, titulaire des pouvoirs de représentation, a ou non agi au nom du représenté, seul le tiers peut invoquer l'absence d'effet de représentation, car cette condition le protège.

1546 Cf. *supra* N. 823, 824 et 829. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 187 ad art. 32. Notons qu'en établissant que le représentant a agi en son nom, le représenté confirme qu'il reconnaît les pouvoirs du représentant et n'a pas besoin de prouver autrement la deuxième condition de la représentation (cf. *infra* N. 841 ss).

invoquer qu'il ne lui était pas indifférent de traiter avec l'un ou l'autre et que l'exception de l'art. 32 al. 2 i.f. n'est donc pas remplie[1547].

Si le **tiers ouvre action contre le représentant** en alléguant que celui-ci est personnellement lié, le défendeur doit prouver qu'il a agi au nom du représenté, en particulier lorsqu'il affirme que cela découle des circonstances[1548]. 837

Si le **représentant ouvre action contre le tiers** en affirmant qu'il n'a pas agi au nom du représenté, il doit prouver qu'il a agi en son propre nom, en établissant la conclusion d'un accord entre le tiers et lui-même[1549]. 838

D. Les conséquences de la première condition

Si l'un des trois cas de figure de la première condition est **admis**, les règles relatives à la représentation (art. 32 ss) sont en principe applicables. Pour que l'effet de représentation se produise (art. 32 al. 1)[1550], il faut encore établir l'existence des pouvoirs de représentation[1551]. Si cette deuxième condition n'est pas remplie, le régime de la représentation sans pouvoirs (art. 38 s.) s'applique[1552]. 839

Si la condition de l'acte au nom d'une autre personne n'est **pas remplie,** le représenté ne peut pas être imposé au tiers, qui n'a pas consenti à une relation juridique avec cette personne. En revanche, le tiers est lié au représentant, peu importe que celui-ci dispose ou non des pouvoirs de représentation, et les règles de la représentation (art. 32 ss) ne sont pas applicables[1553]. Il faut néanmoins réserver l'hypothèse de la représentation indirecte (art. 32 al. 3)[1554]. 840

1547 OGer Bâle-Campagne, BJM 1997, p. 134 cons. 2a/bb ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1338.

1548 Arrêt du TF 4C.154/2004 du 20 août 2004 cons. 2.2.2. Ég. BaK-OR I-WATTER, N. 34 ad art. 32 et réf. cit. *Contra :* CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 16 ad art. 32 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 185 ad art. 32.

1549 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 188 ad art. 32.

1550 Cf. *infra* N. 935 ss.

1551 Cf. *infra* N. 841 ss.

1552 Cf. *infra* N. 948 ss.

1553 Dans ce sens, CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 17 ad art. 32.

1554 Cf. *infra* N. 1018 ss.

II. La deuxième condition : les pouvoirs de représentation

841 Lorsque le représentant a agi au nom du représenté, celui-ci est lié dans **trois cas de figure**[1555] :

842 **1°** Le représenté a conféré les **pouvoirs de représentation** nécessaires au représentant dans leurs rapports internes (procuration interne ; art. 32 al. 1)[1556].

843 **2°** En l'absence de pouvoirs conférés au représentant par le représenté, celui-ci **ratifie** l'acte de celui-là (art. 38 al. 1).

844 **3°** Toujours en l'absence de pouvoirs conférés au représentant par le représenté, le **tiers de bonne foi peut déduire l'existence de tels pouvoirs** en se fondant sur le comportement du représenté (art. 33 al. 3 et art. 34 al. 3)[1557].

845 La première hypothèse est traitée ci-dessous[1558] ; les deux autres cas de figure feront l'objet de développements ultérieurs[1559].

A. La notion

846 La validité de la représentation suppose, outre l'acte au nom du représenté[1560], la réalisation d'une deuxième condition. Le représentant doit disposer des **pouvoirs de représentation** *(Vertretungsmacht)*[1561], c'est-à-dire qu'il doit être « autorisé » par le représenté à accomplir des actes juridiques au nom et pour le compte de celui-ci (cf. art. 32 al. 1)[1562].

1555 ATF 146 III 121 cons. 3.2.2 ; 146 III 37 cons. 7.1 ; arrêts du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 4.1 et 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 4.1.

1556 Rappelons que les pouvoirs peuvent aussi découler du droit public (art. 33 al. 3) ou de la loi (cf. arrêt du TF 4A_487/2018 du 30 janvier 2019 cons. 5.2.2).

1557 Certains arrêts (ATF 131 III 511 cons. 3.1 ; arrêt du TF 4A_487/2018 du 30 janvier 2019 cons. 5.2.2) mentionnent également l'art. 37 ; cette disposition protège toutefois directement la bonne foi du représentant et, seulement indirectement, celle du tiers (cf. *infra* N. 992).

1558 Cf. *infra* N. 846 ss.

1559 Cf. *infra* N. 959 ss et N. 974 ss.

1560 Cf. *supra* N. 810 ss.

1561 ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêt du TF 4A_638/2015 du 9 mars 2016 cons. 3.2.1 et 3.2.3.

1562 Arrêt du TF 4A_187/2018 du 21 février 2019 cons. 3.2.

Autrement dit, le représentant doit être habilité à faire naître des droits et des obligations directement en faveur et à la charge du représenté[1563]. À défaut, la représentation est sans pouvoirs[1564].

Le **fondement** des pouvoirs de représentation octroyés au représentant peut varier. S'il s'agit de la loi (droit public ou droit privé), la représentation est dite légale[1565] ; cette hypothèse n'est pas traitée plus en détail ci-après. S'il s'agit d'une procuration, la représentation est dite volontaire et fait l'objet des développements suivants[1566]. 847

B. La procuration interne en tant que fondement de la représentation volontaire

1. La notion

Dans la représentation volontaire, les pouvoirs conférés au représentant reposent sur une **procuration interne** *(Bevollmächtigung),* comprise comme l'octroi des pouvoirs de représentation. Le représenté manifeste au représentant sa volonté de l'autoriser à effectuer ou recevoir des manifestations de volonté en son nom et pour son compte, et indique ainsi vouloir être lié directement par les actes du représentant[1567]. 848

La procuration est un **acte juridique unilatéral du représenté** (cf. art. 33 al. 2), sujet à réception mais pas à acceptation[1568]. L'acte relève du rapport interne entre lui et le représentant[1569]. 849

Le terme de « procuration » peut aussi désigner le **titre constatant les pouvoirs** (*Vollmachtsurkunde ;* cf. art. 36 al. 1)[1570] : il s'agit alors d'un document écrit portant la signature du représenté, dans lequel celui-ci déclare accorder des pouvoirs au représentant. 850

1563 Arrêt du TF 4C.436/1999 du 28 mars 2000 cons. 3b.
1564 Sur la représentation sans pouvoirs et ses effets, cf. *infra* N. 948 ss.
1565 Cf. *supra* N. 764.
1566 Cf. *infra* N. 848 ss.
1567 ATF 130 III 87 cons. 3.3 ; arrêt du TF 4P.325/2001 du 21 novembre 2022 cons. 1.3.
1568 ATF 130 III 87 cons. 3.3. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 33 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 28 ad art. 33 ; ZIKOS, op. cit. (n. 1410), p. 14 s. Cf. *supra* N. 662. Précisons qu'il ne s'agit pas d'un droit formateur, car la procuration touche mais ne modifie pas la situation juridique du représentant (cf. *supra* N. 427).
1569 Arrêt du TF 4P.325/2001 du 21 novembre 2002 cons. 1.3.
1570 À ce sujet, cf. *infra* N. 919.

851 La procuration est dite **interne** *(interne Vollmacht),* dans la mesure où il s'agit d'une manifestation de volonté adressée par le représenté au représentant. La validité de la représentation n'est pas subordonnée au fait que le représenté informe le tiers du contenu de la procuration, que ce soit directement ou par l'intermédiaire du représentant[1571].

852 Lorsque le représenté manifeste sa volonté envers le tiers (à l'exclusion du représentant), on parle de **procuration externe** *(externe Vollmacht)*[1572]. Cette expression est imprécise, voire trompeuse dans la mesure où le représenté n'octroie pas véritablement de pouvoirs au représentant, il n'y a donc pas de procuration. Son comportement crée néanmoins une situation où la loi protège, à certaines conditions, la bonne foi du tiers qui croit, à tort, que le pseudo-représentant dispose des pouvoirs de représentation[1573].

2. Les modalités

853 D'un point de vue **personnel,** la procuration suppose que le représenté ait l'**exercice des droits civils** (art. 12 et 17 ss CC), car il accorde un droit de gestion au représentant et les actes de celui-ci produisent des effets directement dans la sphère juridique de celui-là[1574].

854 D'un point de vue **matériel,** la procuration **s'interprète** comme toute manifestation de volonté[1575]. S'il est établi que le représentant et le représenté ont une compréhension concordante des pouvoirs accordés, il n'y a pas de place pour une interprétation en vertu du principe de la confiance[1576]. Lorsqu'une interprétation subjective fondée sur la réelle et commune volonté du représentant et du représenté n'est pas possible parce que ceux-ci ne se sont pas effectivement entendus quant à l'existence ou à la portée de la procuration, on recourt à l'interprétation objective[1577]. En ap-

---

1571 ATF 99 II 39 cons. 1, JT 1974 I p. 162 ; arrêt du TF 4A_349/2011 du 5 octobre 2011 cons. 3.2. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 18 ad art. 33.

1572 Cf. *infra* N. 975 ss.

1573 ATF 135 III 464 cons. 3.3.4.

1574 VON TUHR/PETER, p. 359. Les droits de gestion appartiennent, avec les droits formateurs, à la catégorie plus générale des droits de compétence (cf. *supra* N. 376 ss).

1575 Pour plus de détails, BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 114 ss ad art. 33. Ég. *supra* N. 647 ss.

1576 Arrêt du TF 4C.299/2005 du 19 décembre 2005 cons. 4.1. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 18 ad art. 33.

1577 ATF 146 III 121 cons. 3.2.1 ; 141 III 289 cons. 4.1 ; 120 II 197 cons. 2b/bb, JT 1995 I p. 194 ; 94 II 117 cons. 3 ; 93 II 461 cons. 6a ; arrêt du TF 4A_504/2018 du 10 décembre 2019 cons. 3.2.

plication du principe de la confiance (art. 2 al. 1 CC), on conclut qu'il y a octroi de pouvoirs si le représentant pouvait de bonne foi l'inférer du comportement du représenté, même si celui-ci n'en était pas conscient ou ne voulait pas accorder lesdits pouvoirs[1578].

D'un point de vue **formel,** la procuration n'est en principe pas soumise à une exigence particulière[1579]. La **liberté de la forme** existe même si l'acte de représentation – p. ex. une vente immobilière conclue par le représenté avec le tiers (art. 216 al. 1 CO) – ou le rapport de base est subordonné à l'exigence d'une forme particulière[1580]. La loi ou la convention des parties peut déroger à cette règle[1581]. Si la procuration doit respecter une forme spécifique (ex. : authentique) et que le représenté méconnaît cette exigence, sa manifestation de volonté n'est pas valable et ne confère aucun pouvoir au représentant[1582]. 855

Vu la liberté de la forme, les pouvoirs peuvent être **exprès** (ex. : revêtir la forme du texte d'un « titre de procuration »[1583]) ou **tacites,** c'est- 856

[1578] ATF 120 II 197 cons. 2b/bb, JT 1995 I p. 194.

[1579] ATF 112 II 330 cons. 1a, JT 1987 I p. 70 ; 99 II 39 cons. 1, JT 1974 I p. 162. Soulignant l'importance de la forme écrite pour des raisons de preuve, cf. STOLL DANIEL, Missbrauch von Bankvollmachten : Geschädigte aus zivil- und strafrechtlicher Perspektive : Folgerungen für das Akteneinsichtsrecht von Banken im Strafverfahren, RSJ 2018, p. 413 ss, p. 415.

[1580] ATF 112 II 330 cons. 1a ; 99 II 159 cons. 2b. Ég. CARRON, op. cit. (n. 1508), p. 87 s. et réf. cit. ; VON TUHR/PETER, p. 355. Ég. ATF 112 III 88 cons. 2, JT 1989 II p. 60 (pas arbitraire de prononcer une mainlevée provisoire sur base d'une reconnaissance de dette signée par un représentant, même lorsqu'une procuration écrite du poursuivi fait défaut ; cf. toutefois ATF 132 III 140 cons. 4.1.1). Critiques notamment : KÜNZLE HANS RAINER, Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts (OR Art. 32-40), thèse Berne 1986, p. 140 s. ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.03 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 57 ad art. 33.

[1581] Pour des exemples tirés de la loi, cf. art. 348*b* al. 1 (qui exige un accord écrit), 459 al. 2 (qui exige de recevoir le pouvoir de manière expresse), 493 al. 6 (qui exige les mêmes conditions de forme que le cautionnement ; cf. ATF 99 II 39 cons. 1, JT 1974 I p. 162), 689*a* al. 1 (qui exige de recevoir le pouvoir de manière écrite), 689*b* al. 2 (qui exige de recevoir le pouvoir de manière écrite et qu'il figure dans un document spécial) et 1168 al. 1 (qui exige de recevoir le pouvoir de manière écrite).

[1582] BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 56 ad art. 33.

[1583] En dépit de la liberté de la forme, l'établissement après coup d'un titre de procuration antitdaté constitue un faux dans les titres, cf. ATF 122 IV 332 cons. 2c, JT 1998 IV p. 45.

à-dire résulter d'actes concluants du représenté[1584]. Si un titre est établi, les exigences de la forme écrite (art. 13 ss) ne s'appliquent pas directement, mais il est d'usage que l'auteur d'une procuration la signe et la date[1585].

857 Une **procuration tacite** peut correspondre à la **volonté effective** du représenté, qui s'exprime autrement que par le langage ou d'autres signes de communication reconnus. Par exemple, le membre unique du conseil d'administration d'une société anonyme qui, par son seul comportement, autorise l'actionnaire unique à gérer la société, lui accorde de fait une procuration tacite pour représenter celle-ci[1586].

858 Une procuration tacite peut aussi découler d'une interprétation objective (ou normative) du comportement du représenté en vertu du **principe de la confiance.** Le point de vue pertinent est celui d'une personne loyale et honnête placée dans la même position que le représentant[1587]. Dans ce cas, le représenté n'a certes pas la volonté (interne) effective d'octroyer des pouvoirs au représentant, mais il doit se laisser opposer son comportement. Le droit fait primer l'apparence, qui devient efficace au détriment de la volonté efficiente du représenté[1588] : le représentant dispose alors des pouvoirs de représentation.

859 La jurisprudence a identifié **deux formes** particulières de procurations internes découlant d'une application du principe de la confiance[1589] :

860 **1°** La **procuration interne par tolérance** *(interne Duldungsbevollmächtigung* ou *Duldungsvollmacht).* Le représenté sait qu'une per-

---

1584 ATF 146 III 37 cons. 7.1.1 ; 141 III 289 cons. 4.1 ; 93 II 461 cons. 6a (étendue tacite des pouvoirs) ; 49 II 208 cons. 1 (existence de pouvoirs inférée de l'attitude du représenté).

1585 VON TUHR/PETER, p. 357.

1586 ATF 96 II 439 cons. 2, SJ 1971, p. 481.

1587 Dans cette hypothèse, c'est la bonne foi du représentant (et non du tiers) qui pense détenir des pouvoirs de représentation qui est protégée ; on se trouve donc dans l'hypothèse d'une représentation avec pouvoirs (art. 32 al. 1). Pour le cas de la représentation sans pouvoirs (art. 33 al. 3 et 34 al. 3), c'est la bonne foi du tiers qui est protégée, cf. *infra* N. 974 ss.

1588 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 10 s. ad art. 33 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 152 ss. Sur le critère de l'apparence efficace, cf. *supra* N. 656.

1589 ATF 146 III 37 cons. 7.1.1 ; 141 III 289 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 5.1.2. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 46 ss ad art. 33. Remarquons que ces deux situations n'ont rien à voir avec la protection du tiers de bonne foi dans le cadre d'une procuration externe, qui peut aussi être par tolérance ou apparente (à ce sujet, cf. *infra* N. 982 ss).

sonne a agi en son nom auprès d'un tiers sans qu'il l'y ait autorisée, mais il n'indique pas au représentant qu'il s'oppose à l'acte de représentation non sollicité[1590]. Ce cas de figure présuppose que le représentant n'a pas eu connaissance, ou ne pouvait de bonne foi pas avoir connaissance, de l'absence de volonté du représenté de lui octroyer des pouvoirs[1591]. Par exemple, un patron qui tolère à plusieurs reprises que son employé agisse vis-à-vis de tiers comme s'il était son représentant, lui accorde une procuration interne par tolérance[1592].

2° La **procuration interne apparente** *(interne Anscheinbevollmächtigung* ou *Anscheinvollmacht*[1593]*).* Le représenté n'a pas connaissance qu'une personne se fait passer pour sa représentante mais il aurait dû le savoir s'il avait fait preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui. La représentante, quant à elle, pouvait déduire, de bonne foi, du comportement du représenté l'existence d'une procuration en sa faveur[1594]. Par exemple, une enfant agit de bonne foi comme représentante de ses parents, alors que ceux-ci n'ont pas la volonté de lui accorder des pouvoirs mais auraient dû se rendre compte de ses agissements et y mettre fin[1595]. 861

3. Les sources

Dans certaines situations, la **loi** présume l'octroi volontaire des pouvoirs de représentation, par exemple de la part des associés en faveur de l'associé gérant la société simple (art. 543 al. 3) ou de la part du mandant 862

[1590] ATF 141 III 289 cons. 4.1. Ég. arrêts du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 5.1.2 et 5A_500/2010 du 12 octobre 2010 cons. 6.2.2. Ég. KRAMER/PROBST, N. 317.

[1591] ATF 141 III 289 cons. 4.3 (existence niée) ; arrêts du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 5.1.2 ; 5A_500/2010 du 12 octobre 2010 cons. 6.2.2. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 48 ad art. 33.

[1592] ATF 74 II 149 cons. 2, JT 1949 I p. 375.

[1593] DANUSER MARTIN, Die Anscheinsvollmacht – Gutglaubensschutz im Vollmachtsrecht, thèse Cazis 1975, *passim*.

[1594] ATF 141 III 289 cons. 4.1 et 4.4.2. Ég. arrêts du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 5.1.2 ; 4C.287/2002 du 15 décembre 2003 cons. 4.

[1595] BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 54 ad art. 33. Comp. arrêt du TF 4A_271/2009 du 3 août 2009 cons. 2.3 qui considère que, lorsque le représentant dispose d'un pouvoir inscrit au RC, on n'admettra qu'avec retenue l'existence d'un pouvoir apparent allant au-delà de l'inscription prescrite.

en faveur du mandataire (art. 396 al. 2, sous réserve des actes juridiques importants visés à l'art. 396 al. 3)[1596].

863 L'octroi des pouvoirs découle le plus souvent d'un **contrat conclu entre le représentant et le représenté,** notamment d'un mandat, d'un contrat de travail ou d'une société simple[1597]. Ces deux actes juridiques sont intimement liés, notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter les pouvoirs accordés par une partie à l'autre qui la représente. Cela dit, procuration et contrat de base sont deux concepts qui ne se recoupent pas. Ils n'ont d'abord pas la même nature : le contrat est un acte juridique bilatéral, alors que la procuration est unilatérale. Ensuite, leur objet est différent. La procuration détermine si et dans quelle mesure les actes accomplis par le représentant sont opposables au représenté ; elle autorise le représentant à agir. Le contrat détermine les droits et obligations des parties ; il oblige le débiteur à agir, en tenant compte des éventuelles instructions reçues. Enfin, la validité de la procuration est indépendante de celle du contrat[1598] : le contrat peut être nul alors que la procuration est valable ; de même, la révocation de la procuration[1599] laisse en principe subsister le contrat (art. 34 al. 1). À cet égard, on dit de la procuration qu'elle est abstraite[1600], même s'il serait préférable d'affirmer qu'elle est indépendante ou séparée du contrat[1601].

864 Une procuration peut être intégrée dans des **conditions générales** (ex. : art. 1.2.33 règlement SIA 102 qui prévoit que le « mandataire représente le mandant de manière juridiquement valable envers des tiers […] dans la mesure où il s'agit d'activité relevant directement de l'accomplissement usuel du mandat »)[1602]. Elle n'est alors valable que si les principes régissant les conditions générales sont respectés, notamment une intégration valable, le caractère non insolite de la procuration et, si le cocontractant est un consommateur, le caractère non abusif de celle-ci (art. 8 LCD)[1603].

1596 Au sujet de l'art. 396 CO, cf. notamment KÜNZLE, op. cit. (n. 1580), p. 235 ss.

1597 VON TUHR/PETER, p. 359. Pour le mandat, cf. arrêt du TF 4A_202/2011 du 16 juin 2011 cons. 2.3.

1598 ATF 97 IV 46 cons. 4b, JT 1971 IV p. 145 ; 78 II 369 cons. 2a, JT 1953 I p. 275. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 7 ad art. 33.

1599 Cf. *infra* N. 898 ss.

1600 FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 8 N. 56. Sur la distinction entre acte causal et abstrait, cf. *supra* N. 691 ss.

1601 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 7 ad art. 33.

1602 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1346 et réf. cit.

1603 Sur la validité des conditions générales, cf. Vol. II. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 35 ad art. 33.

4. L'effet juridique

La procuration, en tant qu'octroi des pouvoirs de représentation *(Bevollmächtigung),* a pour effet juridique de conférer à son destinataire **l'autorisation et le pouvoir de représenter** *(Vollmacht)* l'auteur de la procuration. Il s'agit d'une faculté dont dispose le représentant[1604]. 865

La procuration produit ses effets dès sa **réception par le représentant,** sans que celui-ci ne doive l'accepter. Le représentant peut toutefois la refuser ou la répudier[1605]. 866

La procuration n'empêche pas le représenté d'effectuer lui-même des actes juridiques ou de conférer des pouvoirs identiques à des représentants supplémentaires ; en effet une procuration ne peut **pas être exclusive**[1606]. 867

Le représenté peut invoquer un **vice du consentement,** par exemple le fait de s'être trompé sur la personne du représentant (art. 24 al. 1 ch. 2), pour invalider la procuration. Si le représentant n'a pas encore agi, une telle démarche est inutile, dans la mesure où la procuration peut être révoquée en tout temps[1607]. Si le représentant a déjà agi, le représenté doit adresser l'invalidation tant au représentant qu'au tiers[1608]. Dans cette hypothèse, le représentant a agi sans pouvoirs, en raison de l'effet *ex tunc* de l'invalidation[1609]. L'effet de représentation ne se produit donc pas, à moins que le tiers puisse invoquer sa bonne foi parce que le représenté (dont la volonté est viciée) lui a communiqué les pouvoirs (art. 33 al. 3)[1610]. En l'absence d'effet de représentation, le représentant est responsable envers le tiers en vertu de l'art. 39 al. 1[1611], mais il peut éventuellement se retourner contre le représenté en se fondant sur l'art. 26[1612]. 868

1604 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 30 ad art. 33.
1605 Cf. *infra* N. 903 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 33.
1606 VON TUHR/PETER, p. 377.
1607 Cf. *infra* N. 899.
1608 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.08 ; VON TUHR/PETER, p. 360.
1609 Cf. Vol. II. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 8 ad art. 33.
1610 BaK-OR I-WATTER, N. 27 ad art. 33. Sur la protection du tiers de bonne foi, cf. *infra* N. 974 ss.
1611 Cf. *infra* N. 1001 ss.
1612 BaK-OR I-WATTER, N. 28 ad art. 33, selon qui le tiers peut aussi faire valoir les droits de l'art. 26 contre le représenté.

C. L'étendue des pouvoirs de représentation

869 La procuration, en tant qu'acte juridique fondant des pouvoirs de représentation, détermine également leur **étendue** (art. 33 al. 2). Celle-ci dépend au premier chef de l'acte d'octroi lui-même, dont le contenu est interprété sur la base du principe de la confiance si la volonté réelle et commune du représentant et du représenté ne peut pas être établie[1613]. L'octroi d'une certaine procuration comprend celui d'effectuer des actes requérant des pouvoirs moins étendus[1614].

870 La **loi** apporte certaines précisions, notamment pour les mandataires (art. 396 al. 2)[1615] et pour les représentants commerciaux (art. 348*b* al. 2 pour les voyageurs de commerce ; art. 418*e* pour les agents ; art. 459 s. pour les fondés de procuration ; art. 462 pour les mandataires commerciaux)[1616]. Ces dispositions ont toutefois une nature dispositive et le représenté peut restreindre les pouvoirs internes[1617].

871 Dans la représentation **volontaire,** une première limite générale s'applique en vertu du principe de la confiance, qui consiste à ne pas autoriser un représentant à agir au détriment des intérêts du représenté ou de manière contraire à la volonté présumable de ce dernier[1618]. En outre, les pouvoirs de représentation peuvent faire l'objet de limitations personnelles (1.), matérielles (2.), temporelles (3.), géographiques (4.) et formelles (5.) dans le respect des limites légales (art. 19 et 20), hypothèses traitées ci-après. Le blanc-seing (6.) fait l'objet d'un examen particulier.

1613 ATF 146 III 121 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 5.1.2.

1614 Arrêt du TF 4C.177/2000 du 24 avril 2001 cons. 2a (le pouvoir de modifier est inclus dans le pouvoir de conclure un contrat de travail).

1615 À ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 4402 ss.

1616 À ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 3298 ss, 5103 ss, 5481 ss et 5499 ss.

1617 BaK-OR I-WATTER, N. 22 ss ad art. 33.

1618 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 15 ad art. 33 et réf. cit., qui s'appuie sur l'ATF 121 III 176 cons. 3a non publié, SJ 1996, p. 222.

1. Les limitations personnelles

Le représenté peut autoriser le représentant à agir seul (procuration **individuelle**) ou, au contraire, conditionner la procuration à sa coopération avec une ou plusieurs autres personnes[1619]. 872

En cas de **représentation plurale,** il faut distinguer deux cas de figure en interprétant la manifestation de volonté du représenté[1620] : 873

1° On parle de procuration **solidaire** *(Solidarvollmacht)* lorsque plusieurs représentants, figurant notamment tous sur un même titre de procuration, peuvent agir indépendamment les uns des autres[1621]. 874

2° Lorsque les effets de la représentation ne se produisent dans le chef du représenté que si plusieurs personnes concourent ensemble à l'acte juridique, il y a procuration **collective** (*Kollektivvollmacht ;* ex. : art. 460 al. 2 et 718*a* al. 2). En matière commerciale, le cas de figure classique est la procuration collective à deux. L'effet de représentation se produit dès que les représentants collectifs ont **tous manifesté la même volonté,** dans la forme requise, sans qu'ils n'aient l'obligation de le faire ensemble ou au même moment[1622]. Certains peuvent ainsi ratifier les actes effectués par un des leurs, en se manifestant vis-à-vis du tiers ou du représentant en question[1623] ; dans une telle hypothèse, l'effet de représentation se produit rétroactivement lorsque le premier représentant a agi[1624]. Ils peuvent également donner leur accord anticipé, mais uniquement si l'acte et l'identité du représentant qui va l'accomplir sont déjà déterminés[1625]. Si le représentant agissant en premier révoque sa volonté avant que le second ne manifeste la 875

1619 Pour plus de détails, cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1429 ss ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 61 ss ad art. 33 ; ZIKOS, op. cit. (n. 1410), p. 70 ss. Le représenté peut tolérer le passage d'une catégorie à l'autre (ATF 66 II 249 cons. 3, JT 1941 I p. 38).

1620 VON TUHR/PETER, p. 375 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 67 ad art. 33.

1621 BaK-OR I-WATTER, N. 24 ad art. 33.

1622 ATF 58 II 157 cons. 3, JT 1933 I p. 119. Ég. GUTZWILLER CHRISTOPH, Einzelhandlungen des Kollektivvertreters, SAS 1983, p. 19 ss, p. 23.

1623 ATF 58 II 157 cons. 3, JT 1933 I p. 119, qui précise que la participation de l'un des représentants collectifs suffit au moment de la signature, si l'autre a déjà consenti à l'acte ou y acquiesce plus tard.

1624 BaK-OR I-WATTER, N. 25 ad art. 33.

1625 ATF 58 II 157 cons. 3, JT 1933 I p. 119. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER N. 70 ad art. 33 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1432.

sienne, l'effet de représentation ne se produit pas car il n'y a jamais accord des volontés de tous les représentants collectifs[1626].

876 Il y a **deux limites** à l'obligation d'action commune des représentants collectifs. Premièrement, cette exigence ne concerne que la représentation active ; passivement, ils sont des représentants individuels, sauf manifestation de volonté contraire du représenté[1627]. Dès lors, la connaissance d'un seul représentant collectif est suffisante pour être imputée au représenté[1628]. Deuxièmement, il suffit qu'un des représentants collectifs soit la victime d'un vice du consentement pour que la validité de l'acte soit affectée[1629].

877 La procuration peut conférer au représentant un **pouvoir de substitution** *(Substitutionsvollmacht)*[1630]. En vertu de cette faculté, le représentant peut transmettre à un nouveau représentant (le substitué) le pouvoir d'agir au nom du représenté *(Untervollmacht)*[1631]. Le cas échéant, le substitué représente directement le représenté, et non pas le représentant originaire[1632]. Le représentant est responsable vis-à-vis du représenté du choix, de l'instruction et de la surveillance du substitué[1633]. La loi règle spécialement la substitution du mandataire (cf. art. 398 al. 3 et 399)[1634].

878 La jurisprudence a **limité l'étendue des pouvoirs de représentation** dans des circonstances où les intérêts du représenté peuvent être mis en péril, en particulier en cas de contrat avec soi-même et de double représentation[1635].

1626 BaK-OR I-WATTER, N. 25 ad art. 33. D'un avis différent, BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 70 ad art. 33.

1627 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1433 et réf. cit. Sur la distinction entre représentation active et passive, cf. *supra* N. 802 ss.

1628 Arrêt du TF 4C.244/2005 du 7 octobre 2005 cons. 2. Ég. FOURNIER, op. cit. (n. 1451), N. 316 et réf. ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 68 ad art. 33.

1629 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 68 ad art. 33.

1630 ATF 85 I 39 cons. 3. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 71 ss ad art. 33 ; en droit allemand : FÜLSTER HANS, Die rechtliche Natur der Untervollmacht, thèse Hambourg, Giessen 1928, p. 1 ss.

1631 Lorsque le substitué agit au nom du représentant, il y a substitution indirecte (à ce sujet, cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 76 ad art. 33).

1632 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1449 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.17.

1633 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 71 ad art. 33 ; ABEGG ALFRED, Die Vollmacht des Substitutionsmandatars, thèse Bâle, Giessen 1931, p. 37.

1634 À ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 4414 ss. Cf. VON TUHR/PETER, p. 373, qui veulent élargir l'application de l'art. 398 al. 3 à toute procuration.

1635 Arrêt du TF 4A_488/2021 du 4 mars 2022 cons. 5.3.2, qui précise que le droit suisse ne contient aucune règle à ce sujet.

Il y a **contrat avec soi-même** *(Selbstkontrahieren* ou *Selbsteintritt)* lorsque le représentant conclut un contrat au nom du représenté, non pas avec un tiers mais avec lui-même en tant que cocontractant[1636]. Par exemple, le représentant, chargé de vendre une chose appartenant au représenté, s'en porte lui-même acquéreur[1637]. 879

Un tel contrat est en principe inadmissible et dépourvu de validité. Il n'est **exceptionnellement valable** que dans deux situations : premièrement si le représenté l'a spécialement autorisé de manière expresse ou tacite ou l'a ratifié ; secondement si en raison de la nature de l'affaire, l'acte de représentation exclut tout risque de léser le représenté, par exemple si l'acte est conclu aux conditions du marché[1638]. Si la ratification se fonde sur une interprétation en vertu du principe de la confiance, il convient de faire preuve de retenue et de ne l'admettre que si cela découle de manière indubitable des circonstances[1639]. En pratique, l'enjeu concerne souvent le conflit d'intérêts entre la personne morale et l'un des organes qui la représente[1640], et la possibilité pour le tiers de connaître ce conflit en y prêtant l'attention nécessaire[1641]. 880

Il y a **double représentation** *(Doppelvertretung)* lorsqu'un même représentant agit au nom de plusieurs représentés et conclut un acte juri- 881

1636 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 78 ss ad art. 33.

1637 ATF 89 II 321 cons. 5, JT 1964 I p. 226. Pour d'autres exemples, ATF 82 II 388 cons. 4, JT 1956 I p. 594 (contrat conclu par un mandataire avec lui-même) ; ENGEL, Obligations, p. 413.

1638 ATF 127 III 332 cons. 2a, JT 2001 I p. 258 ; 95 II 617 cons. 2a et réf. cit., JT 1971 I p. 130 ; 39 II 561 cons. 3 ; arrêts du TF 4A_488/2021 du 4 mars 2022 cons. 5.3.2 ; 4A_645/2017 du 22 août 2018 cons. 5.1. Dans ce sens ég., ATF 138 III 755 cons. 6.2, JT 2014 II p. 241 ; 63 II 173 cons. 1, JT 1938 I p. 433 ; arrêt du TF 4C.335/1999 du 25 août 2000 cons. 4a/aa. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 32 ad art. 33 ; ZOBL DIETER, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, RJB 1989, p. 302 s. ; GILLIARD FRANÇOIS, Le contrat avec soi-même – Étude de droit comparé et de science juridique pure, thèse Lausanne 1946, p. 176. Pour une comparaison de la solution suisse avec celle des Principes internationaux, cf. CHAPPUIS CHRISTINE, op. cit. (n. 313), p. 313 s.

1639 Arrêt du TF 4C.327/2005 du 24 novembre 2006 cons. 3.2.8.1.

1640 ATF 126 III 361 cons. 3a, JT 2001 I p. 131 ; 95 II 442 cons. 5, JT 1970 I p. 644 ; arrêt du TF 4C.35/2005 du 11 août 2005 cons. 3.2. Pas de conflit en principe si l'organe est l'unique actionnaire de la SA, ATF 126 III 361 cons. 5a, JT 2001 I p. 131. Sur la délimitation entre représentant et organe, cf. *supra* N. 771 ss, 778 (application par analogie des art. 32 ss).

1641 Ce qui détermine la bonne foi ou non du tiers s'il faut conclure à l'absence de pouvoirs, ATF 126 III 361 cons. 3a, JT 2001 I p. 131.

dique entre eux[1642]. Cette situation se produit souvent en pratique lorsqu'une personne physique, qui est organe de deux personnes morales et qui les représente, conclut un contrat entre elles[1643].

882 Les mêmes principes que pour le contrat avec soi-même s'appliquent[1644]. La double représentation est **en principe inadmissible,** sauf si les parties représentées l'ont autorisée ou ratifiée, ou encore s'il n'existe aucun conflit d'intérêts entre elles et s'il n'y a pas à craindre que la représentation avantage l'une au détriment de l'autre[1645].

883 Le TF a précisé les conditions du contrat avec soi-même et de la double représentation en **droit des sociétés.** Il a admis que chaque membre du conseil d'administration peut, dans les limites de son droit de signature, ratifier un acte juridique qu'un autre membre a conclu comme partie prenante (contrat avec soi-même proprement dit) ou en tant que représentant commun de la société anonyme et de la partie adverse (double représentation)[1646]. Cette solution est à notre avis également applicable pour la représentation civile volontaire.

884 Les règles concernant le contrat avec soi-même s'appliquent par analogie à des **situations matériellement semblables**[1647]. On pense notamment aux affaires propres *(Eigengeschäfte)* où le représentant contracte formellement avec un tiers, dans les cas où l'acte présente un intérêt pour lui-même et non pas pour le représenté, p. ex. le cautionnement d'une dette du représentant au nom de représenté. On pense également aux cas de double-représentation indirecte lorsque le représentant désigne un sous-représentant pour une des parties.

1642 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 89 s. ad art. 33. Sur l'interprétation en cas de double représentation, cf. arrêt du TF 4A_195/2013 du 31 juillet 2013 cons. 2. Ég. ATF 35 II 63 (double représentation en matière de courtage) ; 141 IV 257 cons. 2.1 et 135 II 145 cons. 9.1 (double représentation par un avocat).

1643 ATF 98 II 211 cons. 8 ; arrêt du TF 4A_360/2012 du 3 décembre 2012 cons. 4.

1644 Cf. *supra* N. 879 ss.

1645 ATF 144 III 388 cons. 5.1, JT 2019 II p. 322 ; 93 II 461 cons. 6a et réf. cit. ; arrêt du TF 4A_360/2012 du 3 décembre 2012 cons. 4.

1646 ATF 127 III 332 cons. 2b/aa, JT 2001 I p. 258.

1647 BaK-OR I-WATTER, N. 19 ad art. 33.

2. Les limitations matérielles

D'un point de vue **matériel,** le représenté peut limiter les pouvoirs octroyés de plusieurs façons : 885

1° Un représentant peut n'être autorisé qu'à transmettre (représentation **active**) ou qu'à recevoir (représentation **passive**) des manifestations de volonté. Il peut aussi avoir le droit d'effectuer les deux types d'activités[1648]. 886

2° Le représenté peut limiter les pouvoirs de telle sorte que le représentant ne puisse effectuer **que certains actes** ou types d'actes[1649] : 887

- La procuration est **spéciale** lorsqu'elle limite les pouvoirs à un acte déterminé (ex. : un cautionnement en vertu de l'art. 493 al. 6 ; l'achat d'un ouvrage déterminé pour une bibliothèque ; la location d'un bien particulier ; un procès déterminé[1650]).
- La procuration est **générique** lorsqu'elle limite les pouvoirs à un type d'actes déterminés (ex. : l'achat d'ouvrages pour une bibliothèque ; la location de choses immobilières ; la procuration d'un architecte[1651]).
- La procuration est **générale** lorsqu'elle vaut pour un ensemble d'actes de nature économique (ex. : la gestion d'une bibliothèque ; la gérance d'un immeuble locatif ; les actes tendant à la liquidation d'une succession ; les pouvoirs du fondé de procuration en vertu de l'art. 459 al. 1[1652]), voire **universelle** lorsqu'elle vise tous les actes, quels qu'ils soient[1653].

Même en cas de procuration générale ou universelle, certaines limitations peuvent découler des **circonstances,** en vertu d'une interprétation objective selon le principe de la confiance[1654]. La **loi** limite également 888

[1648] Cf. *supra* N. 802 ss.
[1649] ATF 99 II 39 cons. 2, JT 1974 I p. 162. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1356 ss ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 92 ss ad art. 33.
[1650] ATF 85 I 39 cons. 3, JT 1959 I p. 565.
[1651] TERCIER/PICHONNAZ, N. 449.
[1652] À ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5481 ss.
[1653] Pour un exemple jurisprudentiel cf. ATF 99 II 39 cons. 2, JT 1974 I p. 162. Cf. toutefois art. 396 al. 3 CO (à ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 4407 ss).
[1654] CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 16 ad art. 33.

les pouvoirs de certains représentants (ex. : l'art. 396 al. 3 pour les mandataires ; l'art. 462 al. 2 pour les représentants commerciaux)[1655].

889 Le représentant peut communiquer des **instructions** *(Weisungen)* qui lient le représenté et qui précisent ses pouvoirs (ex. : la fixation d'un prix minimum par le vendeur à son représentant)[1656]. Les effets de ces instructions dépendent de la connaissance qu'en a le tiers de bonne foi. En cas de divergence entre les instructions internes et la procuration externe (communiquée au tiers de bonne foi), les termes de la seconde sont déterminants[1657].

3. Les limitations temporelles

890 En principe, une procuration n'est pas limitée dans le temps. Le représenté peut toutefois déterminer son début et sa fin[1658]. La limitation est **absolue** lorsque le représenté fixe une date de début ou d'expiration des pouvoirs (ex. : du 1er juin jusqu'au 31 décembre de l'année en cours). Elle est **relative** lorsque la durée des pouvoirs dépend d'un autre événement (ex. : la procuration débute à la majorité et expire après dix actes de représentation) ou est soumise à une condition suspensive ou résolutoire (ex. : la procuration débute à la signature d'un contrat de travail et expire à sa résiliation)[1659]. Nous rappelons qu'une procuration est révocable en tout temps (art. 34)[1660].

4. Les limitations géographiques

891 En principe, une procuration vaut pour **toute la Suisse**[1661]. Le représenté peut limiter géographiquement sa portée. En pratique, la restriction

---

1655 ATF 99 II 39 cons. 2, JT 1974 I p. 162. À ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 4407 ss et 5502 ss.

1656 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 102 ss ad art. 33.

1657 Cf. *infra* N. 974 ss et 987. Ég. CHAPPUIS CHRISTINE/DÄTWYLER PATRICIA, Titre de procuration : la protection de la bonne foi selon les art. 33, 34 et 36 CO, SJ 1987, p. 251 s.

1658 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 110 ss ad art. 33.

1659 BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 34-35 N. 1 s.

1660 Cf. *infra* N. 899.

1661 Pour l'étranger, il faut se référer aux règles de droit international privé. À ce sujet, cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 66 ss.

la plus fréquente est de limiter l'activité du représentant à un point de vente[1662].

5. Les limitations formelles

La procuration peut être formulée de telle sorte que le représentant n'est autorisé à conclure des contrats qu'en la **forme écrite** (art. 12 ss) ou à ne recevoir des déclarations au nom du représenté que si celles-ci sont formulées par écrit[1663]. 892

6. Le cas particulier du blanc-seing

Le blanc-seing (*Blankovollmacht*) est une procuration qui laisse indéterminée la personne du représentant ou qui ne contient aucune limitation matérielle, temporelle ou géographique[1664]. Il est **valide** malgré son caractère indéterminé, car celui-ci ne saurait être que provisoire[1665]. Lorsque le représentant fait usage du blanc-seing, il le complète, par exemple en y inscrivant son nom et en le datant. 893

La **portée** du blanc-seing est limitée par le principe de la confiance : le représentant ne peut utiliser cette procuration que conformément à l'étendue autorisée par le représenté. 894

Si le représentant complète le blanc-seing sans **respecter la volonté du représenté** et qu'il le remet ensuite à un tiers, il accomplit un acte sans pouvoirs. À notre avis, si le tiers est de bonne foi, c'est l'art. 33 al. 3 qui trouve application, le blanc-seing constituant alors une communication des pouvoirs – très large – du représenté au tiers[1666]. Selon d'autres auteurs, cette situation se rapproche plus de celle de l'art. 36 al. 2 (utilisation d'un titre de procuration alors que les pouvoirs ont été révoqués par le représenté)[1667]. Dans cette seconde hypothèse, le tiers ne pourra pas exiger que 895

1662 P. ex. à une succursale comme le fait l'art. 460 al. 1. À ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5487 s.

1663 VON TUHR/PETER, p. 363.

1664 Pour un arrêt mentionnant le blanc-seing, ATF 45 II 73 cons. 1, SJ 1919, p. 273.

1665 ATF 78 II 369 cons. 2a, JT 1953 I p. 275. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 59 ad art. 33.

1666 ATF 88 II 422 cons. 2c, JT 1963 I p. 468. Ég. BaK-OR I-WATTER, N. 18 ad art. 33. Pour l'art. 33 al. 3, cf. *infra* N. 974 ss.

1667 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 11 ad art. 34 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 9 ad art. 36. Pour l'art. 36 al. 2, cf. *infra* N. 922 s.

l'effet de représentation soit reconnu et sa protection sera limitée à la réparation du dommage subi du fait de l'utilisation indue du titre de la procuration révoquée.

D. L'extinction des pouvoirs de représentation

896 Les pouvoirs de représentation peuvent s'éteindre pour **diverses causes** résultant de la volonté d'une partie ou d'une convention entre les parties (1.), ou encore de la loi (2.)[1668], dont il convient de préciser les effets (3.).

1. Les causes volontaires et conventionnelles

897 La représentation peut prendre fin par la volonté d'une partie ou des parties ensemble. On distingue les **causes** suivantes :

898 **1°** La **révocation** (art. 34 al. 1). Il s'agit d'une manifestation de volonté du représenté adressée au représentant par laquelle celui-ci met fin – en totalité ou en partie (cf. art. 34 al. 3) – aux pouvoirs octroyés[1669]. Lorsque la révocation est partielle, on parle également de restriction des pouvoirs[1670].

899 Par sa **nature,** la révocation est un acte juridique unilatéral, sujet à réception par le représentant, que le représenté peut accomplir « en tout temps », sans délai et sans motivation[1671]. Elle s'exerce par un droit formateur résolutoire inaliénable[1672]. Elle est de nature impérative : toute renon-

1668 BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 34-35 N. 1 ss.

1669 Pour plus de détails, cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 1 ss ad art. 34. Ég. REINHART THOMAS, Die unwiderrufliche Vollmacht, ihre Stellung in der allgemeinen Rechtslehre und in ausgewählten positiven Rechtsordnungen, thèse Zurich 1981, p. 75 ss.

1670 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 3 ad art. 34.

1671 ATF 127 III 515 cons. 2a ; 109 II 43 cons. 2, JT 1983 I p. 272. On ne peut donc jamais dire d'une révocation de procuration qu'elle a lieu en temps inopportun (comp. art. 404 al. 2 qui s'applique au mandat et non à la procuration, à ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 4623 ss).

1672 Sur la notion de droit formateur résolutoire, cf. *supra* N. 427 ss et 437. Ég. arrêt du TF 4A_457/2008 cons. 2.1.

ciation à ce droit[1673] ou à l'exercice de ce droit est nulle (art. 34 al. 2)[1674], de même que l'introduction de toute clause qui rendrait plus difficile son exercice[1675]. Le moment de la renonciation est sans pertinence, contrairement à ce que laisse entendre la lettre de la loi qui parle de renonciation « anticipée »[1676].

La loi n'exige pas le respect d'une **forme** particulière, et ceci même si l'octroi des pouvoirs a eu lieu formellement[1677]. Il faut apprécier le comportement du représenté en vertu du principe de la confiance[1678]. Les parties peuvent toutefois convenir à l'avance que la révocation doive respecter une certaine forme[1679]. 900

Si la révocation ne mentionne rien de spécifique, elle produit ses **effets** *ex nunc,* dès réception de la manifestation de volonté, sans qu'il soit nécessaire que le représentant en ait effectivement connaissance[1680]. Il faut toutefois réserver l'hypothèse de l'art. 37[1681]. La révocation a lieu indépendamment du fait que le rapport de base entre représentant et représenté se poursuive ou non[1682]. Par conséquent, l'art. 34 al. 1 *in fine* (« en vertu d'une autre cause ») réserve les prétentions que l'une ou l'autre partie pourrait faire valoir sur la base du rapport en question. 901

1673 ATF 127 III 515 cons. 2a. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 18 ss ad art. 34 et réf. cit.

1674 ATF 98 II 305 cons. 2c, JT 1973 I p. 536. Ég. BaK-OR I-WATTER, N. 8 ad art. 34 ; *infra* N. 1462. D'un avis différent, VON TUHR/PETER, p. 368, qui admettent la validité d'une promesse de ne pas exercer le droit de révocation.

1675 CHAPPUIS BENOÎT, Les conflits d'intérêts de l'assureur, en particulier lors de la représentation de l'assuré dans la résolution d'un sinistre, in Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées, Colloque du droit de la responsabilité civile 2015, Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), Fribourg/Berne 2016, p. 1 ss, p. 19 et réf.

1676 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1366.

1677 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 34 ; BaK-OR I-WATTER, N. 5 s. ad art. 34.

1678 Pour une révocation par actes concluants en relation avec la clôture d'un compte bancaire, cf. arrêt du TF 4A_457/2008 du 8 mai 2009 cons. 2.1. Pour d'autres exemples, cf. ATF 117 II 166 cons. 3, JT 1992 I p. 573 (mise en lieu sûr d'un livret d'épargne à l'abri du représentant) ; 112 II 450 cons. A et 4 (désignation d'un nouveau répresentant).

1679 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1367. *Contra :* BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 27 ad art. 34.

1680 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 1 et 9 ad art. 34.

1681 BaK-OR I-WATTER, N. 3 ad art. 34. Cf. *infra* N. 992 ss.

1682 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 9 ad art. 34. Pour un cas où les parties avaient convenu que la révocation de la procuration provoque la caducité de plein droit du rapport de base, cf. ATF 127 III 515 cons. 2a.

902 Si le représenté a fait connaître les pouvoirs à un **tiers** (procuration externe)[1683], il doit également l'informer de leur révocation, étant précisé que cette communication n'est pas soumise à une exigence de forme particulière[1684]. Si le tiers de bonne foi ne connaît pas la révocation, celle-ci ne lui est pas opposable (art. 34 al. 3) : l'effet de représentation continue de se produire en dépit de l'absence de pouvoirs, conformément à la communication effectuée dans un premier temps par le représenté[1685].

903 **2°** La **résignation**[1686] ou **répudiation**[1687]. Il s'agit d'un acte juridique unilatéral par lequel le représentant exerce son droit formateur résolutoire en déclarant à celui qui lui a octroyé les pouvoirs qu'il y renonce[1688]. Il entraîne la fin, totale ou partielle, des pouvoirs de représentation, même contre la volonté du représenté. En pratique, une telle manifestation de volonté est surtout utile pour les cas de représentation passive[1689]. Comme la révocation, la résignation n'entraîne pas non plus la fin du rapport de base[1690].

904 **3°** D'**autres causes volontaires.** La liste n'est pas exhaustive. Parmi les autres causes volontaires, on peut mentionner l'arrivée d'un terme fixé, la réalisation d'une condition résolutoire (ex. : la fin d'un contrat pour les procurations accessoires ou servant à son exécution) ou la liquidation de l'affaire faisant l'objet des pouvoirs de représentation spéciaux (ex. : l'inscription au RF pour la procuration de requérir celle-ci)[1691]. Lorsque le rapport juridique ayant donné lieu à l'octroi de pouvoirs de représentation prend fin, la procuration ne s'éteint pas nécessairement, à moins que sa durée n'ait été limitée à la durée du rapport en question ou perde tout sens en raison de la fin de celui-ci[1692].

1683 Cf. *infra* N. 975 ss.

1684 ATF 54 II 278, 282. Sur la forme : CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 34. D'un avis différent, BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 51 et 53 ss ad art. 34 ; VON TUHR/PETER, p. 372.

1685 Cf. *infra* N. 926. Ég. ZK-KLEIN, N. 41 s. ad art. 34.

1686 TERCIER/PICHONNAZ, N. 456.

1687 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 2 ad art. 34 ; ENGEL, Obligations, p. 398 (droit de répudier).

1688 VON TUHR/PETER, p. 366 s. ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 34-35 N. 4.

1689 Cf. *supra* N. 803.

1690 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 13 ad art. 34.

1691 VON TUHR/PETER, p. 365 s. ; BaK-OR I-WATTER, N. 32 ad art. 34 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 34-35 N. 7 ss.

1692 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1363.

2. Les causes légales

L'**art. 35** prévoit une série de motifs légaux d'extinction des pouvoirs de représentation, qui relèvent pour la plupart du bon sens[1693]. La loi distingue les causes concernant les personnes physiques prévues par l'art. 35 al. 1 (a.) de celles touchant les personnes morales réglées à l'art. 35 al. 2 (b.). Ces règles sont de nature dispositive (c.). 905

a. Les causes légales pour les personnes physiques

L'art. 35 al. 1 contient une série de causes concernant les **personnes physiques :** la perte de l'exercice des droits civils[1694], la faillite[1695], la mort[1696] ou la déclaration d'absence, que ces événements touchent le représenté ou le représentant. 906

La **perte de l'exercice des droits civils** requiert que l'on distingue la partie affectée : 907

- S'il s'agit du **représenté,** la perte durable de la capacité de discernement (art. 16 CC) – à l'exclusion d'un épisode passager – et l'institution d'une curatelle de portée générale (art. 398 CC) entraînent la perte de l'exercice des droits civils et donc l'extinction des pouvoirs de représentation[1697]. Pour les curatelles de représentation (art. 394 CC) et de coopération (art. 396 CC), l'exercice des droits civils n'est que limité et une procuration peut demeurer, avec une portée limitée par la mesure de protection de l'adulte. Enfin, une curatelle d'accompagnement (art. 393 al. 2 CC) n'affecte pas l'exercice des droits civils et les procurations existantes ne s'éteignent pas.

1693 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 1 ss ad art. 35.
1694 ATF 132 III 222 cons. 2, JT 2006 I p. 252.
1695 Cf. art. 39 al. 1 ch.1-4 et art. 191 LP. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 32 ss ad art. 35.
1696 Pour plus de détails, cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 1 ss ad art. 35.
1697 Sur la relation entre la procuration censée durer au-delà de l'incapacité de discernement et le mandat pour cause d'inaptitude (art. 360 ss CC), cf. HRUBESCH-MILLAUER STÉPHANIE/MARTINA JAUSSI, Instrumente der Vermögenssorge – das Verhältnis des Vorsorgeauftrags zum einfachen Vortrag und zur Vollmacht, PJA 2014, p. 1281 ss.

– Si le **représentant** perd passagèrement sa capacité de discernement, il ne peut pas exercer ses pouvoirs de représentation (art. 17 CC). S'il est touché par une mesure de protection de l'adulte, quelle qu'elle soit (art. 394 ss CC), ses pouvoirs s'éteignent en principe en raison de la rupture implicite du lien de confiance entre le représenté et le représentant[1698].

908 La jurisprudence et la doctrine admettent que les pouvoirs peuvent s'éteindre pour d'**autres motifs découlant de l'art. 2 CC,** notamment une modification essentielle des circonstances ou une longue inaction du représentant[1699]. Notons qu'en raison de sa nature juridique (il ne s'agit en particulier pas d'une créance), une procuration ne se périme, ni ne se prescrit en vertu des art. 127 ss ; elle peut donc être accordée pour plus de dix ans sans s'éteindre et sans voir ses effets paralysés par l'écoulement du temps.

b. Les causes légales pour les personnes morales et les sociétés inscrites

909 L'art. 35 al. 2 concerne les **personnes morales** – tant celles du CC que du CO – et les **sociétés inscrites** au RC, c'est-à-dire la société en nom collectif et la société en commandite, peu importe qu'elle joue le rôle de représentée ou de représentante.

910 Les causes d'extinction des pouvoirs sont la fin d'une personne morale et la dissolution d'une société inscrite, c'est-à-dire dans les deux cas l'**entrée dans la phase de liquidation**[1700]. Devrait aussi y figurer la radiation (sans liquidation), vu que des personnes morales et des sociétés inscrites au RC peuvent avoir des successeurs juridiques[1701]. La dissolution peut notamment découler d'une décision de l'assemblée générale, d'un jugement, ou d'une ouverture de faillite[1702].

1698 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 18 ad art. 35.

1699 ATF 135 III 464 cons. 3.3.3, JT 2012 II p. 546, avec référence à BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 34-35 N. 14, qui s'appuie sur l'art. 2 CC.

1700 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 12 ad art. 35.

1701 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 4 s. ad art. 35.

1702 Cf. not. art. 76, 79, 88 CC et art. 574, 736 al. 2, 3 et 4.

En revanche, le fait que l'**organe d'une personne morale** décède ou quitte son poste n'entraîne pas l'extinction des procurations accordées par ses soins[1703]. De même, l'absence provisoire d'organes dotés de pouvoirs de représentation[1704], le fait que le juge doive ordonner la suppression de carences dans l'organisation de la personne morale ou nommer un organe qui fait défaut (art. 731*b*) n'entraîne pas l'extinction des procurations existantes. Si la personne morale est représentante et que ses organes font défaut, elle ne peut pas exercer les pouvoirs confiés, mais la procuration ne s'éteint qu'en cas de dissolution prononcée pour cette cause[1705]. 911

L'art. 35 al. 2 ne règle que la fin des pouvoirs du représentant civil, alors que des règles spéciales s'appliquent au **représentant commercial** dont la procuration ne s'éteint en principe pas en cas de mort ou de perte d'exercice des droits civils du représenté (art. 40 et 465 al. 2)[1706]. 912

c. La nature dispositive des règles légales

Les deux alinéas de l'art. 35 sont de **nature dispositive,** en dépit du fait que seul le premier prévoit cela expressément (« à moins que le contraire n'ait été ordonné ou ne résulte de la nature de l'affaire »). Cette qualification entraîne **deux conséquences :** 913

– D'une part, les **pouvoirs ne s'éteignent pas lorsque le représenté l'a voulu**[1707]. Il existe notamment la procuration *trans mortem (Vollmacht über den Tod hinaus)* qui déploie ses effets même après le décès du représenté, ou celle pour cause de mort *(Vollmacht auf den Todesfall)* qui ne déploie ses effets qu'au décès du

[1703] ATF 78 II 369 cons. 2b, JT 1953 I p. 275 ; arrêt du TF 4C.399/2001 du 21 novembre 2002 cons. 2.2.

[1704] Arrêt du TF 4C.399/2001 du 21 novembre 2002 cons. 2.3.

[1705] BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 24 ad art. 35.

[1706] CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 7 ad art. 35. Cf. *supra* N. 808. Pour l'art. 465 al. 2, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5510 s. et réf. cit.

[1707] Cela arrive fréquemment en pratique (BaK-OR I-WATTER, N. 1 ad art. 35). L'utilisation de l'adjectif « ordonné » à l'art. 35 al. 1 est un choix maladroit du codificateur (cf. *« bestimmt »* en allemand qui est meilleur, *« disposto »* en italien), qui voulait délimiter ainsi clairement le contrat de base et les pouvoirs accordés unilatéralement par le représenté (FF 2006 6635, 6741), mais qui donne à tort l'impression que le choix n'appartient plus au représenté.

représenté[1708]. Dans ces deux situations, les actes effectués par le représentant au nom du *de cujus* produisent leurs effets dans le chef des héritiers[1709]. Chacun d'entre eux peut toutefois révoquer seul la procuration, ce qui entraîne son extinction vis-à-vis de tous[1710]. Le second type de procuration pose des questions particulières de forme : selon la doctrine majoritaire, la procuration pour cause de mort doit respecter la forme imposée en matière de dispositions pour cause de mort (art. 498 ss CC)[1711].

– D'autre part, les **pouvoirs subsistent lorsque cela résulte de la nature de l'affaire**[1712]. C'est en particulier le cas lorsque l'extinction des pouvoirs porterait atteinte aux intérêts du représenté ou de ses ayants cause[1713]. On peut penser aux situations où le représentant dispose de connaissances spécifiques, où l'acte objet de la représentation est encore exécutable peu après le décès du représenté, où il convient de sauvegarder les intérêts patrimoniaux entre la mort du représenté et la remise des certificats d'héritiers, et où il s'agit du pouvoir de représenter en justice, de plaider ou d'effectuer des actes de poursuites et qu'un délai doit être sauve-

---

1708 ATF 147 IV 465 cons. 4.2 et réf. (procuration *trans mortem*) ; arrêt du TF 4C.234/1999 du 12 janvier 2000 cons. 2c. Inapplicables pour les inscriptions au RF après la mort du représenté (ATF 111 II 39 cons. 1, JT 1986 I p. 124 ; 97 I 268 cons. 4, JT 1972 I, p. 382). Si la procuration développe ses effets uniquement après que le représenté devient incapable de discernement, il s'agit d'un mandat pour cause d'inaptitude auxquel s'appliquent les art. 360 ss CC. Cf. ég. AUBERT MAURICE, Procuration encore valable après décès, mandat post mortem, donation pour cause de mort et responsabilité de la banque après décès du client à l'égard des héritiers, SJ 1991, p. 286 ss ; SCHULTZ-MEISTER CHARLOTTE ELISABETH, Die Vollmacht über den Tod hinaus nach deutschem und schweizerischem Recht, thèse Bâle 1960, p. 1 ss ; VÖGELI ANNINA, Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung ?, successio 2018, p. 31 ss.

1709 SCHULTZ-MEISTER, op. cit. (n. 1708), p. 142. Pour plus de détails, cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 46 ss ad art. 35.

1710 Cf. *supra* N. 898 ss. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 73 ad art. 35 et réf. cit.

1711 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 13 ad art. 35 et réf. cit. ; BaK-OR I-WATTER, N. 8 ad art. 35. *Contra :* ENGEL, Obligations, p. 401.

1712 Ég. ATF 147 IV 465 cons. 4.2 ; 132 III 222 cons. 2.2, JT 2006 I p. 252, pour la perte de l'exercice des droits civils. Dans ce sens également, en cas de mort, ATF 97 I 268 cons. 4.

1713 BaK-OR I-WATTER, N. 2 ad art. 35. Ég. ATF 147 IV 465 cons. 4.1 ; 97 I 268 cons. 4, JT 1972 I p. 382.

gardé[1714]. L'extinction des pouvoirs pour cause de faillite conserve un caractère dispositif lorsque le représentant est concerné, alors qu'elle se produit impérativement à l'ouverture de la faillite du représenté (art. 175 LP), car celui-ci perd le droit de disposer sur les biens appartenant à la masse (art. 197 LP)[1715].

914 Compte tenu du caractère dispositif de l'art. 35, les **pouvoirs conférés au représentant subsistent** aussi en cas d'incapacité ultérieure de discernement du représenté[1716] ou en cas de perte de l'exercice des droits civils[1717], à condition bien sûr que la procuration le prévoie ou que la nature de l'affaire le justifie. Si cette condition est remplie, le fait qu'une curatelle de portée générale ou qu'une curatelle de représentation soit instituée *a posteriori* à l'égard du représenté pour des affaires relevant également de la compétence du représentant n'y change rien : tant que ses pouvoirs ne sont pas éteints, le représentant reste habilité à agir au nom du représenté[1718]. De même, la nature de l'affaire peut justifier que les pouvoirs d'un représentant existant avant la dissolution subsistent tant qu'une société dissoute n'est pas encore liquidée[1719].

915 Cela dit, lorsqu'une **cause légale d'extinction** survient dans le chef du représenté, il faut admettre qu'en pratique au moins, les pouvoirs de représentation **subsistent uniquement pour une durée limitée** s'ils ne sont pas confirmés par les héritiers institués ou les successeurs légaux du représenté. Vu la possibilité de révocation en tout temps de la procuration (art. 34 al. 1), la prudence exige du représentant qu'il les consulte, étant précisé que le rapport de base impose souvent de sa part un devoir d'information à l'égard des ayants cause du représenté[1720].

1714 Pour des procès, cf. ATF 147 IV 465 cons. 4.2 ; 132 III 222 cons. 2.1-2.3, JT 2006 I p. 252 ; 75 II 190 cons. 1, JT 1950 I p. 296, qui renvoie à ATF 50 II 27 cons. 1. Cf. toutefois ATF 110 V 389 cons. 2c, qui prévoit une durée limitée jusqu'à la consultation des héritiers.

1715 ATF 46 II 411 cons. 1, JT 1921 I p. 42. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 32 ss ad art. 35.

1716 ATF 132 III 222 cons. 2, JT 2006 I p. 252. Sur la controverse doctrinale, arrêt du TF 4C.263/2004 du 23 mai 2005 cons. 2.1 et 2.2.

1717 FF 2006 p. 6741.

1718 CARRON, op. cit. (n. 1508), p. 77 s. et réf. cit. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1371. D'un avis différent, BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 83 ad art. 35. Ég. arrêt du TF 4C.263/2004 du 23 mai 2005 cons. 2.2.

1719 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 10 ad art. 35.

1720 Dans ce sens, BaK-OR I-WATTER, N. 11 ad art. 35 et réf. cit. *Contra :* BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 62 ad art. 35.

3. Les effets de l'extinction

a. La fin des pouvoirs de représentation

916 L'extinction des pouvoirs de représentation a pour effet que le **représentant n'est plus autorisé à agir** au nom et pour le compte du représenté[1721], dès la réalisation du motif d'extinction *(ex nunc)*[1722]. S'il continue, il agit en tant que représentant sans pouvoirs[1723].

917 L'extinction des pouvoirs n'entraîne pas automatiquement la suppression des **droits personnels découlant du rapport (interne) de base** entre le représentant et le représenté (art. 35 al. 3). Toutefois, certaines causes d'extinction mettent également fin au rapport de base. Par exemple, la mort du représentant met fin au contrat de travail (art. 338), en principe au mandat (art. 405) et aux sociétés de personnes (art. 545 al. 1 ch. 2 en relation avec art. 574)[1724].

b. La protection des intérêts du représentant et du tiers

918 Dans certaines circonstances, l'extinction des pouvoirs de représentation peut mettre en danger les intérêts du représentant et ceux du tiers. C'est pourquoi, une fois que les pouvoirs sont éteints, la loi pose **quelques règles visant à protéger** l'un et l'autre :

919 **1°** Dans l'hypothèse où le représenté a remis un **titre de procuration,** le **représentant** a le choix « de le restituer ou d'en effectuer le dépôt en justice », immédiatement après avoir pris connaissance du motif d'extinction (art. 36 al. 1), quelle que soit la cause d'extinction[1725]. La même obligation peut déjà résulter du rapport juridique liant le représentant et le représenté[1726]. Elle peut également concerner les ayants droit du représentant en cas de mort ou de déclaration d'absence de celui-ci, son représentant légal en cas de perte de l'exercice des droits civils ou le liquidateur en cas

---

1721 ATF 101 II 117 cons. 4, JT 1976 I p. 329.

1722 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 91 ad art. 35. Si le motif d'extinction tombe *a posteriori*, les pouvoirs éteints ne renaissent pas (ATF 46 II 412 cons. 1).

1723 Cf. *infra* N. 948 ss.

1724 À ce sujet, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 3130 ss pour le contrat de travail, N. 4653 ss pour le mandat et N. 7081 s. pour la société simple.

1725 ZK-KLEIN, N. 15 ad art. 36.

1726 P. ex. art. 400 al. 1 pour le mandat, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 4492 ss.

de dissolution d'une société, voire des tiers en possession du titre de procuration[1727]. Le représentant a une obligation alternative : soit il restitue le titre au représenté, soit il le dépose en justice auprès de l'autorité prévue par le droit cantonal[1728]. Il n'a pas de droit de rétention[1729]. Exceptionnellement, une annulation de la procuration – consistant à tracer le texte confiant les pouvoirs tout en laissant le titre qui contient d'autres informations auprès du représentant – ou une publication de l'extinction des pouvoirs, afin de détruire la bonne foi d'un tiers en cas de titre de procuration égaré, devrait pouvoir remplacer l'obligation de restitution[1730].

Si le représentant conserve le titre après l'extinction des pouvoirs, le **représenté** ou ses ayants droit doivent « contraindre le représentant » à le restituer (art. 36 al. 2). Cette contrainte s'exerce par le biais d'une manifestation de volonté unilatérale sujette à réception adressée au représentant ou à ses ayants droit ; si cette démarche demeure stérile, il faut introduire une action en justice dans un délai raisonnable[1731]. L'obligation du représenté disparaît dès que le représentant a restitué le titre de procuration, une promesse de sa part de s'exécuter étant insuffisante. 920

La loi impose donc une **double obligation de faire,** aussi bien de la part du représenté que du représentant. La règle a toutefois une nature dispositive et les parties peuvent notamment prévoir que la restitution se fera auprès d'un tiers (ex. : un notaire ou une banque) ou qu'il n'y aura pas du tout de restitution[1732]. Ce choix s'explique par le fait qu'une cause d'extinction peut se produire d'un côté ou de l'autre et qu'il n'est pas rare que seule la personne concernée au premier chef ait connaissance de la situation. 921

En cas d'omission du représenté ou de ses ayants droit de récupérer le titre original de procuration, ceux-ci **répondent du dommage subi par un tiers** de bonne foi qui se serait fondé sur un document caduc (art. 36 al. 2). Cette règle est de droit impératif. Il faut pour cela que les **huit conditions suivantes** soient remplies[1733] : 922

[1727] BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 14 s. ad art. 36.
[1728] La procédure applicable est la procédure sommaire (cf. art. 250 let. a ch. 1 CPC).
[1729] BaK-OR I-WATTER, N. 4 ad art. 36.
[1730] BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 22 ss ad art. 36.
[1731] La procédure pour cas clairs (art. 257 CPC) devrait en principe être possible, cf. BaK-OR I-WATTER, N. 7 ad art. 36.
[1732] BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 33 et 45 ad art. 36.
[1733] BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 47 ss ad art. 36.

- Premièrement, le représenté doit avoir émis un **titre de procuration, non restitué** en vertu des démarches décrites ci-dessus[1734]. Ce devoir se limite aux originaux transmis par le représenté et non pas à d'éventuelles copies exécutées par le représentant ou un tiers[1735]. Dès que le représenté ou ses ayants droit ont introduit l'action en justice prévue à l'art. 36 al. 1 pour récupérer la procuration, ils n'encourent aucune responsabilité, même si leurs démarches demeurent en fin de compte sans effets[1736].
- Deuxièmement, il faut que les **pouvoirs de représentation aient pris fin,** quelle que soit la cause d'extinction[1737].
- Troisièmement, le représentant doit avoir **agi au nom du représenté malgré la connaissance de l'extinction de ses pouvoirs,** par exemple en concluant pour lui un contrat. Si, de bonne foi, il n'en avait pas connaissance, l'art. 37 al. 1 s'applique[1738].
- Quatrièmement, il faut que le représentant ait **présenté le titre de procuration** au tiers au plus tard lors de la conclusion du contrat. On peut en déduire que la simple présentation du titre par le représentant au tiers ne constitue pas nécessairement une communication des pouvoirs par le représenté au sens des art. 33 al. 3 et 34 al. 3 ; si tel était le cas, l'effet de représentation se produirait chaque fois en vertu de ces dispositions et l'art. 36 al. 2 n'aurait pas de raison d'être dans ce contexte.
- Cinquièmement, il faut que le représenté ait **refusé de ratifier** l'acte du représentant (art. 38 al. 1). Le tiers qui veut exiger des dommages-intérêts doit fixer au représenté un délai à cette fin (art. 38 al. 2).
- Sixièmement, il faut que le tiers ait **subi un préjudice,** qui se détermine selon la théorie générale de la différence.

1734 Cf. *supra* N. 919 ss.

1735 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 4 s. ad art. 36.

1736 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 9 ad art. 36 ; VON TUHR/PETER, p. 373 n. 97a. Dans ce cas, le tiers devrait en principe avoir une prétention contre le représentant fondée sur l'art. 39 (BaK-OR I-WATTER, N. 11 ad art. 36).

1737 BaK-OR I-WATTER, N. 2 ad art. 36. *Contra :* ENGEL, Obligations, p. 402, qui limite le champ d'application aux causes de l'art. 35.

1738 Cf. *infra* N. 992 ss. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 70 ad art. 36.

- Septièmement, il doit y avoir un **rapport de causalité** entre le comportement du représentant qui a présenté le titre de procuration et le préjudice, mais pas nécessairement entre celui du représenté et le préjudice[1739].
- Huitièmement, le tiers doit **être de bonne foi** (art. 3 CC) et ne pas connaître l'extinction des pouvoirs de représentation au moment de la conclusion du contrat. Si l'ignorance du tiers découle d'un manque d'attention de sa part, par exemple lorsque l'extinction des pouvoirs découle du contenu ou de la forme du titre de procuration ou lorsqu'il n'a pas (re-)demandé le titre de procuration lors de la conclusion du contrat, l'obligation de réparer le préjudice tombe[1740].
- Notons encore qu'il n'est pas nécessaire que le représenté ou ses ayants droit aient commis une **faute.** L'art. 36 al. 2 vise à protéger la bonne foi du tiers suite à la présentation d'un titre de procuration en circulation alors qu'il est caduc : cela doit suffire à entraîner l'obligation de réparer[1741].

923 Si les conditions ci-dessus sont remplies, le **tiers a une prétention en dommages-intérêts** contre le représenté ou ses ayants droit. Au contraire des hypothèses prévues aux art. 33 al. 3, 34 al. 3 et 37 al. 1 – qui excluent toutes l'application de l'art. 36 al. 2 –, le tiers ne peut pas exiger l'exécution en nature[1742]. Selon une partie de la doctrine, le préjudice réparable correspond en principe à l'intérêt négatif et, si l'équité l'exige, le juge peut imposer la réparation de l'intérêt positif[1743]. À notre avis, l'art. 36 al. 2 vise à replacer le tiers dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si le titre de procuration ne lui avait pas été présenté (intérêt négatif), sans

---

1739 Le texte légal français parle de dommage « qui pourrait en résulter ».

1740 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 12 ad art. 36, qui mentionne toutefois qu'une partie de la doctrine admet dans ce cas la possibilité d'une diminution de l'indemnité pour faute concomitante (art. 44 al. 1).

1741 En dépit de l'utilisation, dans la version française du Code, du verbe « négliger ». À ce sujet, CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 13 ad art. 36 ; ég. ZK-KLEIN, N. 43 ad art. 36 qui n'exige pas une faute au sens propre. D'un avis contraire, ENGEL, Obligations, p. 402 ; KOLLER ALFRED, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, thèse d'habilitation Fribourg 1985, N. 339 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 42.28 ; VON TUHR/PETER, p. 373 n. 98 ; BaK-OR I-WATTER, N. 10 ad art. 36. Sans avis, BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 47 ss ad art. 36.

1742 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1402.

1743 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 58 s. ad art. 36 et les réf. cit., en faisant un parallèle avec les art. 39 al. 2 et 26 al. 2.

qu'il puisse revendiquer l'intérêt qu'il aurait eu à avoir un titre valable (intérêt positif)[1744]. La créance du tiers se prescrit à l'issue du délai ordinaire de dix ans (art. 127), qui débute dès l'exigibilité (art. 130), soit dès le refus du représenté de ratifier l'acte du représentant[1745].

924 **2°** Dans l'hypothèse où le **représentant et le tiers ignorent de bonne foi la cause de l'extinction** des pouvoirs, l'art. 37 al. 1 institue une fiction et l'effet de représentation se produit en vertu de l'art. 32, « comme si les pouvoirs existaient encore »[1746]. On renvoie à ce sujet aux développements ci-après[1747].

925 **3°** Dans l'hypothèse où le **représentant de mauvaise foi connaît l'extinction** des pouvoirs et agit quand même au nom du représenté, notamment en faisant un usage abusif d'un titre de procuration non restitué, le tiers de bonne foi dispose d'un concours d'actions en dommages-intérêts à la fois contre le représenté (art. 36 al. 2) et contre le représentant (art. 39 al. 2)[1748].

926 **4°** En cas de cause d'**extinction volontaire ou conventionnelle** des pouvoirs, le tiers de bonne foi est protégé en vertu de l'art. 34 al. 3 si le représenté n'a pas fait connaître la fin des pouvoirs. En revanche, s'il survient une cause d'**extinction légale** (art. 35), le tiers de bonne foi n'est pas protégé, si ce n'est indirectement lorsque le représentant ne connaît pas la cause d'extinction et que l'effet de représentation se produit tout de même en vertu de l'art. 37[1749].

E. Les actions et les questions de preuve

927 En règle générale, le tiers et le représentant allégueront dans un litige que la procuration existe et le représenté cherchera à le contester. En vertu de l'**art. 8 CC,** les premiers doivent prouver l'existence de la procu-

---

1744 Dans ce sens, CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 7 ad art. 36 ; ZK-KLEIN, N. 51 ad art. 36.

1745 Pour la durée, BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 60 ad art. 36, sans précision sur le point de départ.

1746 Cf. toutefois ATF 111 II 39 cons. 2, JT 1986 I p. 124, qui prévoit que l'art. 37 CO n'est pas applicable en cas d'inscription au RF en raison de l'art. 965 CC.

1747 Cf. *infra* N. 992 ss.

1748 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 71 ad art. 36. Au suget de l'art. 39 al. 2, cf. *infra* N. 1010.

1749 Cf. *infra* N. 992 ss. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 94 ad art. 35.

ration, alors que le second supporte le fardeau de la preuve de son inexistence ou de son extinction, notamment par révocation[1750].

928 Lorsque le **représenté ouvre action contre le tiers,** il n'a en principe pas besoin de prouver les pouvoirs du représentant car sa démarche procédurale correspond à une ratification des actes accomplis.

929 Lorsque le **tiers ouvre action contre le représenté,** il doit établir l'existence des pouvoirs du représentant. S'il est dans l'incapacité de le faire, il peut fonder les effets de la représentation en prouvant une ratification effectuée par le représenté ou la protection légale de sa bonne foi en raison du comportement adopté par le pseudo-représenté[1751].

III. La troisième condition : la capacité de discernement du représentant

930 Outre l'acte au nom d'une autre personne[1752] et l'existence des pouvoirs de représentation[1753], la validité de la représentation suppose que le représentant ait la **capacité de discernement** (art. 16 CC)[1754]. Les actes de celui qui en est privé ne développe pas d'effets juridiques (art. 18 CC).

931 En revanche, le représentant n'a pas besoin d'avoir l'**exercice des droits civils** (art. 12 et 17 ss CC)[1755]. Cette exigence serait en effet inutile, faute de besoin de protection du représentant chez qui l'effet de représentation ne se produit pas.

932 On peut faire deux **remarques** complémentaires :

933 **1°** Le représentant qui **perd** l'exercice des droits civils voit s'éteindre les pouvoirs de représentation à lui conférés, sauf convention contraire (art. 35 al. 1)[1756].

1750 Arrêt du TF 4A_99/2007 du 15 août 2007 cons. 3.3. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 64 ad art. 34.

1751 Cf. *infra* N. 959 ss et N. 974 ss.

1752 Cf. *supra* N. 810 ss.

1753 Cf. *supra* N. 841 ss.

1754 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 129 ad art. 32 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1340 ; BaK-OR I-WATTER, N. 21 ad art. 32.

1755 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 7 ad art. 32 ; KOLLER, N. 16.14 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 130 ad art. 32 et les nombreuses réf. cit.

1756 Cf. *supra* N. 906 s.

934 **2°** Au contraire du représentant, le **représenté** doit avoir l'exercice des droits civils (art. 12 et 17 ss CC) si l'acte de représentation nécessite une telle qualité[1757].

§ 3 Les effets de la représentation

935 Lorsque l'on envisage les effets de la représentation directe, il faut distinguer d'une part les effets sur le représenté et le tiers (I.)[1758] et d'autre part le rôle joué par la position du représentant (II.)[1759].

I. Les effets sur le représenté et sur le tiers

936 Si les conditions de la représentation directe sont réunies, l'acte juridique accompli par le représentant avec le tiers produit immédiatement ses effets dans la sphère du représenté. On parle de l'**effet de représentation** *(Vertretungswirkung)*[1760]. Bien que le représenté soit physiquement absent, l'acte juridique est effectué entre présents, comme si le représenté (pourtant absent), et non pas le représentant (présent), avait agi à l'égard du tiers[1761].

937 L'acte juridique en cause **ne lie que le représenté et le tiers**[1762], à l'exclusion du représentant[1763], sauf bien entendu si ce dernier a agi à la fois au nom du représenté et en son propre nom (ex. : l'époux qui conclut un bail commun, au nom de son conjoint et de soi-même[1764]). Par conséquent, l'admissibilité d'une représentation au regard du contenu de l'acte juridique accompli (qui pourrait contrevenir aux art. 27 CC et 19 al. 2 et 20) se juge du point de vue du représenté. Par exemple, si l'acquisition d'un

---

1757 Dans ce sens, CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 7 ad art. 32 ; BaK-OR I-WATTER, N. 5 ad art. 38. D'un avis différent, SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 41.10.

1758 Cf. *infra* N. 936 ss.

1759 Cf. *infra* N. 939 ss.

1760 Arrêt du TF 2C_1071/2012 du 7 mai 2013 cons. 5.1 s. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1314.

1761 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 20 ad art. 32.

1762 WALTER, op. cit. (n. 1446), p. 172 ss ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 148 ad art. 32.

1763 Cf. le texte légal allemand *(«der Vertretene und nicht der Vertreter»)*. Ég. ATF 119 II 452 cons. 3c et d, JT 1995 I p. 130.

1764 TERCIER/PICHONNAZ, N. 419. Ég. art. 543 al. 2 pour la société simple ; art. 166 CC pour la représentation de l'union conjugale.

bien est soumise à une autorisation en vertu de l'art. 2 al. 1 LFAIE, l'acte ne peut pas avoir lieu sans que le représenté ne soit au bénéfice de l'autorisation légale requise.

Cet effet se produit non seulement pour les contrats générateurs d'obligations comme l'énonce l'art. 32 al. 1, mais aussi **pour tout acte juridique** susceptible de représentation[1765]. En cas d'acte générateur d'obligations, le représenté devient débiteur et/ou créancier. En cas d'acte de disposition, le représenté acquiert ou perd la propriété d'une chose ou la titularité d'un droit ; la cause de l'attribution doit être recherchée dans le rapport qui le lie au tiers[1766]. 938

II. L'importance de la position du représentant

Même si le représentant n'est pas lié par l'acte qu'il accomplit à ce titre, **sa position** est pertinente à plus d'un titre : 939

1° La volonté exprimée par le représentant est essentielle pour déterminer l'**effet juridique** produit dans le chef du représenté[1767]. Les déclarations et les connaissances du représentant sont en effet directement attribuées au représenté, dans la mesure où elles sont couvertes par la procuration[1768]. De même, l'interprétation subjective de l'acte en question se fait en fonction de la volonté interne du représentant[1769] et l'interprétation objective a lieu à l'aune de ses manifestations de volonté[1770], même en cas de divergence avec la volonté effective du représenté. Le représentant engage le représenté par ce qu'il savait ou ignorait, ou par ce qu'il devait savoir[1771]. 940

1765 Cf. *supra* N. 755 ss.

1766 Cf. *supra* N. 702 ss et 710 ss.

1767 ATF 140 III 86 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_129/2021 du 9 août 2021 cons. 4.4.1.1. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 131 ad art. 32.

1768 ATF 73 II 6 cons. 5, JT 1947 I p. 386 ; arrêt du TF 4C.332/2005 du 27 janvier 2006 cons. 3.3. Ég. ATF 134 III 452 cons. 4.3, JT 2009 II p. 107 (intention du représentant de porter préjudice au tiers imputée au représenté). Ég. FOURNIER, op. cit. (n. 1451) N. 287 ss et réf.

1769 ATF 143 III 157 cons. 1.2.2, JT 2017 II p. 383.

1770 ATF 140 III 86 cons. 4.1 ; arrêts du TF 4A_129/2021 du 9 août 2021 cons. 4.4.1.1 ; 4A_141/2018 du 4 septembre 2018 cons. 5.2. Sur l'interprétation de la manifestation de volonté, cf. *supra* N. 647 ss.

1771 ATF 140 III 86 cons. 4.1 et réf. cit. ; arrêts du TF 4A_129/2021 du 9 août 2021 cons. 4.4.1.1 ; 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 4 et 4A_141/2018 du 4 septembre 2018 cons. 5.2. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 21 ad art. 32.

941 **2°** La position du représentant influence les effets de la **conclusion du contrat**[1772]. La prise de connaissance d'une offre ou d'une acceptation par le représentant est déterminante pour examiner la validité de leur retrait (art. 9) ; de même, le moment où le représentant a expédié son acceptation ou a réceptionné l'offre est pertinent pour les effets du contrat (art. 10). Ce sont également les actes du représentant qui permettent de juger si l'exigence de forme est respectée (art. 11 ss). Il en va de même lorsqu'il s'agit d'apprécier la possibilité d'effectuer un acte juridique : si le représentant n'est pas empêché, la partie représentée ne saurait invoquer son propre empêchement[1773].

942 **3°** L'analyse des **vices du consentement** repose sur la situation du représentant[1774], vu qu'il exprime sa propre volonté lors de l'acte de représentation. Les connaissances du représentant déterminent si le représenté est victime d'une erreur essentielle (art. 23 ss)[1775], d'un dol (art. 28)[1776] ou d'une lésion (art. 21). À noter que la mauvaise compréhension par le représentant d'une instruction donnée par le représenté ne constitue pas une erreur essentielle (art. 24 al. 1), mais une simple erreur sur les motifs ne permettant pas d'invalider la manifestation de volonté adressée au tiers (art. 24 al. 2)[1777]. Cela dit, vu que les effets de la représentation ne concernent que le représenté, seul celui-ci a la faculté d'invoquer un vice de la volonté à l'encontre du tiers ; cette manifestation de volonté peut toutefois être transmise par l'intermédiaire du représentant, au nom du représenté[1778]. L'invocation d'un vice du consentement peut être abusive si seul le représentant en a été la victime, alors que le représenté avait une compréhension correcte de la réalité[1779].

1772 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 131 ad art. 32.

1773 ATF 145 II 201 cons. 5.3 (empêchement d'introduire un recours).

1774 ATF 140 III 86 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_129/2021 du 9 août 2021 cons. 4.4.1.1. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 132 ad art. 32 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 21 ad art. 32.

1775 ATF 105 II 23 cons. 1 et 3, JT 1979 I p. 474 ; 105 II 16 cons. 3b, JT 1979 I p. 484 ; 56 II 96 cons. 4, JT 1930 I p. 514 ; arrêt du TF 4A_303/2007 du 29 novembre 2007 cons. 3.4.3.

1776 P. ex. ATF 108 II 419, JT 1983 I p. 204. FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 8 N. 47. Cf. toutefois ATF 112 II 503 cons. 3b, JT 1987 I p. 167, concernant le cas particulier où la connaissance du représentant de mauvaise foi n'est pas opposable au représenté, lorsque le représentant et le tiers, auteur du dol, ne forment qu'une seule et même personne du point de vue économique.

1777 ATF 105 II 16 cons. 5, JT 1979 I p. 484.

1778 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 41.12.

1779 HUGUENIN, N. 1051 ; BaK-OR I-WATTER, N. 24 ad art. 32.

S'agissant de l'application des art. 23 ss, une partie de la doctrine admet que le **représenté puisse exceptionnellement se prévaloir d'un propre vice** du consentement lorsqu'il a défini des éléments détaillés de l'acte juridique ou a donné des instructions précises au représentant[1780]. Cette exception ne vaut toutefois que lorsque la connaissance du représentant a été contaminée par le vice du consentement du représenté. Si, au contraire du représenté, le représentant comprend correctement la réalité, il n'y a pas de place pour invoquer un vice du consentement[1781]. 943

Dans le cadre particulier d'un **dol,** le comportement du représentant, qui n'est pas un tiers au sens de l'art. 28 al. 2, est directement imputable au représenté[1782]. Si le représentant a provoqué intentionnellement une erreur chez le tiers, celui-ci pourra invoquer le dol du représenté[1783]. 944

4° Si les effets juridiques d'un droit ou d'une obligation dépendent du savoir ou non d'une partie, de la **connaissance** ou non d'un fait, le référentiel est encore la personne du représentant[1784]. Peu importe si le représenté dispose effectivement des connaissances du représentant[1785]. Par exemple, c'est lui qui doit être de bonne foi pour acquérir une créance sur la base d'une reconnaissance écrite de dette (art. 164 al. 2). Pour la détermination du respect du délai de l'avis des défauts (art. 201), on se fondera sur le moment où le représentant s'est vu livrer la chose vendue ou a découvert le défaut. Nous soulignons que cette imputation n'est possible que si celui qui agit est un véritable représentant, et pas uniquement un messager ou un auxiliaire[1786]. 945

Exceptionnellement, on peut tenir compte de la **connaissance du représenté** pour éviter des conséquences choquantes ; tel est le cas lorsque, de mauvaise foi, il recourt à un représentant de bonne foi pour acquérir un 946

1780 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 132 et 142 ad art. 32. Ég. arrêt du TF 4A_303/2007 du 29 novembre 2007 cons. 3.4.3 et réf. doctrinales citées.

1781 ATF 56 II 96 cons. 4 ; arrêt du TF 4A_303/2007 du 29 novembre 2007 cons. 3.4.3. Pour le cas du vice de volonté affectant la procuration, cf. *supra* N. 868.

1782 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 133 ad art. 32.

1783 ATF 108 II 419 cons. 5, JT 1983 I p. 204.

1784 On parle en allemand de *Wissensvertretung.* BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 134 ad art. 32 ; BaK-OR I-WATTER, N. 25 ad art. 32. Cela concerne également les connaissances spéciales, p. ex. d'une assurance protection juridique chargée de représenter les intérêts d'un acheteur, cf. TC Valais, 12 avril 1989, cons. 3b/bb, RVJ 1990, p. 158.

1785 Arrêt du TF 4C.16/2000 du 24 janvier 2001 cons. 3b/bb.

1786 Arrêt du TF 4A_303/2007 du 29 novembre 2007 cons. 3.4.3. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 135 ad art. 32. Sur ces notions, cf. *supra* N. 781 s. et N. 783 ss.

meuble en vertu des art. 933 ss CC. Dans ce cas, la mauvaise foi du représenté détruit la bonne foi du représentant[1787].

947 **5°** Exceptionnellement, le représentant autorisé peut répondre, en sus du représenté, d'une ***culpa in contrahendo*** vis-à-vis du tiers[1788], notamment lorsqu'il a transmis des renseignements erronés ou de faux conseils ou lorsqu'il a omis certaines informations, notamment celles concernant la solvabilité du représenté ou le contenu de conditions générales[1789]. Une telle responsabilité n'existe qu'en cas de faute du représentant et que s'il existe un rapport de confiance particulier entre le tiers et le représentant, par exemple parce que celui-ci dispose de connaissances professionnelles particulières. On parle alors de *« Sachwalterhaftung »*[1790].

§ 4 La représentation sans pouvoirs

948 La représentation sans pouvoirs est une notion (I.) qui mérite d'être précisée[1791], avant d'envisager les effets qu'elle entraîne sur les rapports entre le pseudo-représenté et le tiers (II.)[1792], entre le pseudo-représentant et le tiers (III.)[1793] et entre le pseudo-représenté et le pseudo-représentant (IV.)[1794].

I. La notion

949 On parle de **représentation sans pouvoirs** *(Vertretung ohne Vertretungsmacht)* ou de **représentation non autorisée** lorsqu'une personne (le pseudo-représentant, *falsus procurator*) a agi au nom d'une autre (le pseudo-représenté), sans être nanti des pouvoirs de la représenter directement. L'hypothèse est appréhendée par les art. 38 s., qui utilisent des expressions ambiguës dues peut-être à l'absence de pouvoirs accordés.

1787 ATF 43 II 487 cons. 2, JT 1918 I p. 142. Ég. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 41.13 ; nuancé, WALTER, op. cit. (n. 1762), p. 171 s. et 180 ss.
1788 Sur la notion de responsabilité précontractuelle, cf. *infra* N. 1510 ss.
1789 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 153 ss ad art. 32 ; BaK-OR I-WATTER, N. 27 ad art. 32.
1790 RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1492 ss.
1791 Cf. *infra* N. 949 ss.
1792 Cf. *infra* N. 956 ss.
1793 Cf. *infra* N. 998 ss.
1794 Cf. *infra* N. 1016 ss.

Pour admettre l'existence d'une représentation sans pouvoirs, il faut que **plusieurs éléments** soient réunis : 950

1° Le pseudo-représentant doit « contracter ». Cette expression est trop étroite : le pseudo-représentant doit **effectuer un acte juridique** susceptible de représentation directe[1795] et conforme aux exigences des art. 19 s. 951

2° Le pseudo-représentant doit agir « au nom d'un tiers », c'est-à-dire **au nom du pseudo-représenté.** Cette expression équivaut à l'expression « au nom d'une autre personne » de l'art. 32 al. 1, auquel nous renvoyons[1796]. Le représentant sans pouvoirs a la volonté – objectivement exprimée – d'agir pour autrui[1797]. 952

3° Le pseudo-représentant doit agir en l'**absence de pouvoirs.** Cela signifie qu'il ne doit pas être titulaire d'une procuration ou ne plus l'être. Le moment pertinent est celui de la conclusion du contrat, plus largement du moment où l'acte juridique produit ses effets[1798]. 953

Les **principaux cas** illustrant l'hypothèse considérée sont les suivants[1799] : 954

- La procuration est **inexistante** ou **non valable**[1800]. C'est d'abord le cas lorsque le pseudo-représenté n'a jamais reçu de procuration avant qu'il n'exécute l'acte en question[1801]. Ensuite, il en va de même lorsque la procuration est soumise à une condition suspensive qui ne s'est jamais réalisée[1802], que le représentant légal n'a

---

1795 Cf. *supra* N. 755 ss. P. ex. ATF 128 III 137 cons. 3b, JT 2005 I p. 62 (application de l'art. 645 al. 1, à l'exclusion des art. 38 s., à la représentation d'une société anonyme non existante).

1796 Cf. *supra* N. 810 ss.

1797 ATF 120 II 197 cons. 2b/aa, JT 1995 I p. 194.

1798 VIOLAND, op. cit. (n. 1446), p. 52 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 4 ad art. 38.

1799 À ce sujet, cf. notamment VIOLAND, op. cit. (n. 1446), p. 52 ss. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 1 ss ad art. 38, qui mentionnent aussi le fait pour le représentant autorisé de ne pas utiliser intentionnellement sa procuration ou de l'utiliser abusivement en cas de collusion entre le pseudo-représentant et le tiers (ATF 77 II 138 cons. 2, JT 1952 I p. 45) ou du pseudo-représentant qui agit seul au détriment du représenté. Pour le cas de collusion, cf. voir aussi EGGER AUGUST, Missbrauch der Vertretungsmacht, in Beiträge zum Handelsrecht – Festgabe zum siebzigsten Geburtstage von Carl Wieland, Bâle 1934, p. 63.

1800 Cf. *supra* N. 848 ss.

1801 ATF 110 II 196 cons. 2, concernant des rapports de droit public.

1802 ATF 49 II 208 cons. 1. Ég. VIOLAND, op. cit. (n. 1446), p. 60 ; VON MOOS GUIDO, Die Haftung des Vertreters ohne Vollmacht nach Art. 39 OR, thèse St-Gall 2017, N. 120.

pas donné son accord[1803], que la procuration est affectée d'un vice de forme (art. 11) ou qu'elle concerne un objet impossible, illicite ou contraire aux mœurs (art. 19 s.). En effet, un acte illicite n'est pas susceptible de représentation[1804]. Enfin, le représenté peut invoquer un vice du consentement (art. 23 ss) relatif à la procuration pour remettre en cause les pouvoirs du représentant[1805].

- La procuration a été **révoquée** ou s'est **éteinte** en raison d'une autre cause volontaire ou légale (art. 34 s.)[1806].
- La procuration a été **outrepassée**[1807]. C'est le cas lorsque le pseudo-représentant n'agit pas dans le cadre des limitations personnelles, matérielles, temporelles ou géographiques de la procuration. Par exemple, une procuration spéciale ne couvre pas l'acte passé[1808] ; ou une procuration collective à deux n'autorise pas le « représentant » à agir seul[1809] ; ou le pseudo-représentant fait une utilisation de la procuration contraire aux instructions[1810]. En cas de procuration outrepassée pour une partie seulement des actes accomplis, l'art. 20 al. 2 s'applique par analogie et le représenté et le tiers sont liés en vertu de l'art. 32 al. 1 pour les actes couverts par la procuration, le reste tombant sous les coup des art. 38 s.[1811].

955 Le **but des dispositions sur la représentation sans pouvoirs** est non seulement de sauvegarder la sécurité des affaires, mais aussi de protéger les intérêts des personnes impliquées dans le rapport juridique. De ce point de vue, il est opportun de distinguer les rapports en question : premièrement entre le pseudo-représenté et le tiers, deuxièmement entre le

---

1803 VIOLAND, op. cit. (n. 1446), p. 59 s. ; VON MOOS, op. cit. (n. 1802), N. 120.
1804 Cf. *supra* N. 757.
1805 Dans ce cas, le représenté s'expose à une action en dommages-intérêts du tiers fondée sur l'art. 26. Au sujet des vices du consentement, cf. Vol. II.
1806 Cf. *supra* N. 896 ss ; VON MOOS, op. cit. (n. 1802), N. 122 ss.
1807 Arrêt du TF 4A_378/2016 du 11 janvier 2017 cons. 3.2.3.2. Ég. VON MOOS, op. cit. (n. 1802), N. 129 ss.
1808 Cf. *supra* N. 887. P. ex. ATF 97 II 66, pour un architecte qui conclut des contrats au nom du maître alors qu'il doit livrer une maison clé en main ; ATF 60 II 445 cons. 3, JT 1935 I p. 208 pour un agent qui conclut un contrat alors qu'il n'a que le pouvoir de le négocier.
1809 Cf. *supra* N. 875. ATF 35 II 608 cons. 3 et 4.
1810 Cf. p. ex. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1443.
1811 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 17 ad art. 38 ; VON TUHR/PETER, p. 400. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1442, qui appliquent l'art. 25 al. 2 par analogie.

pseudo-représentant et le tiers, troisièmement entre le pseudo-représenté et le pseudo-représentant[1812].

II. Les effets sur les rapports entre le pseudo-représenté et le tiers

A. Le principe : l'absence d'effet de représentation sans ratification

Il n'y a en principe pas d'effet de représentation (1.). L'efficacité de l'acte juridique dépend alors de sa ratification (2.) ou de sa non-ratification (3.), à la convenance du pseudo-représenté. 956

1. L'absence d'effet de représentation

Si un pseudo-représentant effectue un acte juridique au nom d'un tiers en l'absence de pouvoirs, la situation est en suspens ou **boiteuse** *(negotium claudicans)*[1813]. Cela signifie que l'acte en question n'est ni valable ni nul, mais provisoirement non contraignant pour une partie[1814]. En effet, il faut distinguer selon les personnes impliquées : 957

- Le **pseudo-représenté n'est pas lié**[1815]. L'acte de représentation sans pouvoirs ne déploie *a priori* aucun effet à son égard et sa situation juridique n'est pas modifiée. En particulier, il n'acquiert ni droit ni obligation vis-à-vis du tiers. Le principe se déduit de l'art. 38 al. 1, qui vise expressément l'hypothèse la plus fréquente du contrat générateur d'obligations, mais il s'applique à tout acte juridique[1816].
- Le **tiers est obligé** de manière provisoire (cf. art. 38 al. 2 *in fine* qui dit que « l'autre partie […] cesse d'être liée »). Il n'a ni le droit de révoquer l'acte juridique passé avec le pseudo-représentant ni celui d'invoquer une erreur de base (art. 24 al. 1 ch. 4), même s'il ne con-

[1812] Cf. *infra* N. 956 ss, N. 998 ss et N. 1016 ss.
[1813] CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 38.
[1814] ATF 107 II 105 cons. 3, JT 1982 I p. 106.
[1815] ATF 97 II 66 cons. 3. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1380.
[1816] ATF 107 III 49 cons. 1, JT 1983 II p. 48, pour des actes de poursuites.

naissait pas l'absence de pouvoirs[1817]. S'il a déjà effectué une prestation sans connaître l'absence de pouvoirs, il a la possibilité d'en demander la restitution sur la base de la revendication (art. 641 CC), de l'action en modification du RF (art. 975 CC) ou des règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss).

958 La situation boiteuse **prend fin** par la ratification[1818] ou le refus de ratification[1819] du pseudo-représenté, qui a lieu soit spontanément, soit à l'issue d'un délai convenable fixé par le tiers (cf. art. 38 al. 2)[1820].

2. La ratification

959 La **ratification** *(Genehmigung),* prévue à l'art. 38 al. 1, est un acte juridique unilatéral, par lequel le pseudo-représenté – manifeste sa volonté de valider *a posteriori* l'acte passé par le pseudo-représentant, au nom du représenté mais sans pouvoirs – avec le tiers[1821]. Il s'agit d'un acte formateur générateur[1822], soumis ou sujet à réception[1823], inconditionnel[1824] et irrévocable[1825], qui ne saurait être assorti de réserves[1826].

1817 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1385 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 35 ad art. 38. D'un avis contraire, ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N. 8 ad art. 38. Cf. toutefois la situation particulière de réception d'un acte juridique unilatéral (ex. : une résiliation) par un représentant, *infra* N. 969 et arrêt du TF 4A_478/2015 du 20 mai 2016 cons. 3.1.

1818 Cf. *infra* N. 959 ss.

1819 Cf. *infra* N. 969 ss.

1820 Cette disposition n'est pas applicable en cas de réalisation forcée (ATF 117 III 39 cons. 4b, JT 1994 II p. 12).

1821 LANDTWING HANS, Der Falsus procurator im Schweizerischen Obligationenrecht, thèse Zoug 1929, p. 30.

1822 Sur la notion d'acte et de droit formateurs générateurs, cf. *supra* N. 427 ss et 434. Ég. arrêt du TF 9C_376/2014 du 13 mars 2015 cons. 7.2, qui précise qu'une ratification ne nécessite pas la conclusion préalable d'un contrat entre le pseudo-représentant et le pseudo-représenté.

1823 Arrêt du TF 9C_495/2015 du 17 juin 2016 cons. 5.2.6.

1824 ATF 93 II 302 cons. 4, JT 1969 I p. 23. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1382. Selon BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 51 ad art. 38, le pseudo-représenté ne peut pas ajouter une condition à l'acte objet de la représentation mais il n'est pas empêché de soumettre sa ratification à un événement futur et incertain.

1825 ATF 101 II 222 cons. 6b/bb. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 7 ad art. 38 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 50 ad art. 38.

1826 ATF 93 II 302 cons. 4, JT 1969 I p. 23 ; arrêt du TF 4A_239/2007 du 9 octobre 2007 cons. 4.

Les **conditions** d'application de la ratification selon l'art. 38 al. 1 sont celles de la représentation sans pouvoirs. Premièrement, le pseudo-représentant doit avoir agi au nom du représenté[1827]. Deuxièmement, le pseudo-représentant doit avoir agi sans pouvoirs de représentation[1828]. La raison pour laquelle les pouvoirs n'existent pas est indifférente : la procuration peut n'avoir jamais existé, être invalide, avoir expiré ou avoir été dépassée ; on peut même imaginer un cas d'abus de pouvoirs[1829]. Peu importe enfin également si le tiers connaissait ou non l'absence de pouvoir. Troisièmement, l'acte accompli par le pseudo-représentant doit être susceptible de représentation directe[1830]. 960

Les **modalités** de la ratification selon l'art. 38 al. 1 sont les suivantes : 961

1° L'**auteur** de la ratification peut être le pseudo-représenté ou ses successeurs juridiques[1831]. Le pseudo-représenté doit disposer de la capacité civile active au moment de la ratification, peu importe s'il ne l'avait pas lorsque le pseudo-représentant a effectué l'acte de représentation[1832]. Cela permet notamment à une personne devenue majeure de ratifier l'acte qu'elle a effectué alors qu'elle était encore mineure[1833]. Le **destinataire** de la ratification peut en principe être aussi bien le tiers que le représentant, en tout cas dans l'hypothèse de l'art. 38 al. 1[1834]. Si le tiers a fixé un délai au représenté en vertu de l'art. 38 al. 2, il doit alors être le destinataire de la ratification, à l'exclusion du représentant[1835]. 962

1827 Cf. *supra* N. 952 et 810 ss. Ég. NEUMAYER KARL H., Vertragsschluss unter fremdem Namen, in Mélanges Pierre Engel : recueil de travaux offerts à M. Pierre Engel professeur à l'Université de Lausanne, Dessemontet François/Piotet Paul (édit.), Lausanne 1989, p. 221 ss, p. 226.

1828 Cf. *supra* N. 953 et 848 ss. Ég. arrêt du TF 9C_495/2015 du 17 juin 2016 cons. 5.2.2.

1829 CHAPPUIS CHRISTINE, Abus du pouvoir de représentation : le fondé de procuration devenu organe, PJA 1997, p. 689 ss, p. 691 ; BaK-OR I-WATTER, N. 2 ad art. 38.

1830 Cf. *supra* N. 951 et 755 ss. Ég. arrêts du TF 9C_376/2014 du 13 mars 2015 cons. 7.2 ; 4C.206/2002 du 1er octobre 2002 cons. 2.3.

1831 Arrêt du TF 4A_485/2008 du 4 décembre 2008 cons. 3.3. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 45 ad art. 38, qui évoque aussi un représentant du pseudo-représenté.

1832 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 72 ad art. 38.

1833 ATF 75 II 337 cons. 1, JT 1950 I p. 362.

1834 ATF 93 II 302 cons. 4, JT 1969 I p. 23 ; arrêt du TF 9C_495/2015 du 17 juin 2016 cons. 5.2.6. Ég. ENGEL, Obligations, p. 404. D'un avis différent, VIOLAND, op. cit. (n. 1446), p. 133 s. ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 57 ss ad art. 38, qui distinguent plusieurs hypothèses.

1835 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 60 ad art. 38 ; BaK-OR I-WATTER, N. 5 ad art. 38, qui précise que le représentant peut toujours être le messager du représenté.

963 **2°** La **forme** de la ratification est libre[1836], sauf si la procuration était elle-même subordonnée à une telle forme[1837]. Nous rappelons que, selon le TF, la procuration n'est pas nécessairement soumise à une forme lorsque l'acte principal y est soumis, mais uniquement si la loi le prévoit (ex. : art. 493 al. 6)[1838]. La ratification peut donc avoir lieu tacitement, voire par actes concluants (ex. : le contrat est exécuté par le pseudo-représenté qui valide ainsi l'acte du pseudo-représentant)[1839]. En principe, le silence du pseudo-représenté ne constitue pas une ratification, même si le tiers le menace de cette conséquence[1840]. Néanmoins, en vertu des règles applicables à une lettre de confirmation[1841], l'expéditeur d'un tel document peut être protégé dans sa confiance si le destinataire ne réagit pas, alors que le contrat objet de la lettre de confirmation a été conclu par un pseudo-représentant sans pouvoirs[1842]. De même, le silence du pseudo-représenté informé de l'acte juridique passé en son nom peut être compris comme une ratification en vertu de l'ensemble des circonstances, notamment lorsqu'un contrat a été conclu par un mandataire (courtier, avocat, notaire) qui n'avait reçu mandat que de négocier et non pas de conclure[1843].

1836 Arrêts du TF 4A_181/2020 du 30 novembre 2020 cons. 4.2 et 4A_183/2010 du 27 mai 2010 cons. 4.2. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 8 ad art. 38 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 53 ad art. 38 ; SCHMID JÖRG, Der Umfang des Formzwangs, recht 1989, p. 120 ; LANDTWING, op. cit. (n. 1821), p. 30.

1837 ATF 75 II 337 cons. 1, JT 1950 I p. 362. Cf. *supra* N. 855.

1838 ATF 99 II 159 cons. 2b, JT 1974 I p. 66. À ce sujet, CARRON, op. cit. (n. 1508), p. 72 s. et 87 s.

1839 ATF 128 III 129 cons. 2b-c, JT 2003 I p. 10 ; 43 II 293 cons. 3 ; arrêt du TF 4A_181/2020 du 30 novembre 2020 cons. 4.2. En cas de doute, les manifestations de volonté, y compris les actes concluants, s'interprètent selon le principe de la confiance (arrêt du TF 4C.293/2006 du 17 novembre 2006 cons. 3.1). Sur la ratification tacite, cf. LOSER PETER, Konkretisierung der Vertrauenshaftung – Bemerkungen zur Vertrauenshaftung anlässlich von BGE 124 III 297, 124 III 355 und 124 III 363, recht 1999, p. 83 s.

1840 ATF 58 III 9 cons. 2 ; arrêt du TF du 7 septembre 1960 cons. 1, SJ 1962, p. 129. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1382a ; HUGUENIN, N. 1106. Cf. cep. ATF 124 III 355 cons. 5a, JT 1999 I p. 394, qui précise qu'on ne peut pas exclure d'une façon générale une acceptation tacite et arrêt du TF 4C.335/1999 du 25 août 2000 cons. 4a/cc qui souligne qu'il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances. Ég. arrêt du TF 4A_239/2007 du 9 octobre 2007 cons. 4.

1841 Sur la notion de lettre de confirmation, cf. Vol. II.

1842 ATF 124 III 355 cons. 5a, JT 1999 I p. 394 ; 32 II 281 cons. 3 ss ; arrêt du TF 4A_239/2007 du 9 octobre 2007 cons. 4. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 38.

1843 ATF 93 II 302 cons. 4. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 55 ad art. 38.

964 **3°** L'**objet** de la ratification concerne la totalité de l'acte juridique effectué par le pseudo-représentant au nom du pseudo-représenté. Si la ratification contient certaines réserves (ex. : l'ajout ou la modification de certaines clauses contractuelles), le pseudo-représenté refuse en réalité la ratification et formule une nouvelle offre, peu importe que ses réserves portent sur des points essentiels ou accessoires du contrat[1844]. Exceptionnellement, il faut admettre la possibilité d'une ratification partielle (ex. : si plusieurs actes juridiques séparables sont effectués simultanément), à l'instar de ce qui a été accepté en cas d'outrepassement de la procuration[1845].

965 **4°** Le **délai** de ratification n'est pas fixé dans la loi, qui précise uniquement que celui-ci doit être « convenable » (art. 38 al. 2). Si le tiers a fixé un tel délai, la ratification doit être reçue à temps par son destinataire. La durée « convenable » se détermine selon la même méthode que pour l'art. 5 al. 1 et dépend des circonstances du cas concret, notamment de la nature de l'acte, des intérêts du tiers et de la personne du représenté[1846]. Si la ratification parvient tardivement, l'effet de représentation ne se produit pas[1847]. À défaut de délai fixé par le tiers, une limitation dans le temps pourrait découler de la nature de l'affaire[1848]. Dans tous les cas, le droit de ratifier se périme en vertu d'une trop longue inaction du pseudo-représenté, ce qui a pour conséquence que le tiers n'est plus lié[1849].

966 La **ratification a pour effet** de remplacer la procuration[1850]. En d'autres termes, elle régularise le rapport de représentation en mettant fin à la situation boiteuse issue de la représentation sans pouvoirs[1851]. L'acte juridique est validé tel que le représentant l'a passé, en principe avec effet rétroactif *(ex tunc)*[1852]. Il n'y aura qu'un effet *ex nunc* si l'acte a été passé

1844 ATF 93 II 302 cons. 4. Ég. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 21 N. 4.

1845 Cf. *supra* N. 954 ; sur l'admissibilité d'une ratification partielle, cf. notamment LANDTWING, op. cit. (n. 1821), p. 32.

1846 BaK-OR I-WATTER, N. 10 ad art. 38 ; LANDTWING, op. cit. (n. 1821), p. 32.

1847 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1384.

1848 ATF 101 II 222 cons. 6b/bb, JT 1976 I p. 141, limitation niée en l'espèce.

1849 Dans ce sens, ATF 107 III 49 cons. 1, JT 1983 II p. 48. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 38, qui se fonde sur l'art. 2 al. 2 CC ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 42 ad art. 38, qui proposent un délai d'une année tout en critiquant le fait que, dans l'ATF 101 II 222 cons. 6b/bb, JT 1976 I p. 141, le TF a admis une ratification plus de quatre ans après.

1850 ATF 41 II 268 cons. 4c ; arrêt du TF 9C_495/2015 du 17 juin 2016 cons. 5.2.2.

1851 Cf. *supra* N. 957.

1852 Arrêts du TF 9C_495/2015 du 17 juin 2016 cons. 5.2.2 et 4A_107/2010 du 3 mai 2010 cons. 2.3 et 2.5. Ég. BaK-OR I-WATTER, N. 8 ad art. 38.

expressément ou tacitement sous réserve de ratification de la part du représenté ou si le représentant et le tiers en ont convenu ainsi[1853]. L'art. 38 al. 1 a en effet une nature dispositive[1854].

967 Dans les **rapports (externes) avec le tiers,** l'effet de représentation se produit et le pseudo-représenté devient créancier et/ou débiteur du tiers (art. 38 al. 1). L'art. 36 al. 2 n'est plus applicable. Quant au représentant, il est libéré de sa responsabilité selon l'art. 39 al. 1 et 2, quel que soit le destin du contrat ou de l'acte juridique qu'il a accompli au nom du représenté. Si la ratification n'intervient pas immédiatement et si le tiers de bonne foi subit un préjudice parce que le comportement du pseudo-représentant l'avait amené à croire que l'acte serait immédiatement valable, l'art. 39 n'est pas applicable ; on peut néanmoins envisager une *culpa in contrahendo* de la part du représentant[1855].

968 Dans les **rapports (internes) entre représenté et représentant,** la ratification vis-à-vis du tiers ne signifie pas nécessairement que le premier accepte l'acte du second. S'il y a un contrat entre eux, l'acte de représentation ratifié peut quand même constituer une violation contractuelle (art. 97), voire un acte illicite (art. 41) impliquant une obligation d'indemniser le représenté[1856]. S'il n'y a pas de contrat, le comportement du représentant doit s'analyser sur la base des règles de la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss)[1857].

969 La représentation concernant un **acte juridique unilatéral** (ex. : une résiliation)[1858] accompli par un représentant sans pouvoirs constitue un **cas particulier.** Il faut reconnaître au tiers destinataire la faculté de rejeter la déclaration du représentant, à moins que celui-ci n'ait laissé entendre qu'il prouverait ses pouvoirs dans un délai raisonnable[1859]. On ne peut en effet exiger du tiers qu'il reste dans l'incertitude en attendant la ratification potentielle provenant du représenté. La déclaration de rejet doit avoir lieu immédiatement entre présents (art. 4 par analogie) ou dans un délai régulier

---

1853 DE SAUSSURE CLAUDE, L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation, thèse Lausanne 1945, p. 132 s. et 137 s. ; VIOLAND, op. cit. (n. 1446), p. 139 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1382 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 73 ss ad art. 38.

1854 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.03.

1855 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 77 ad art. 38. Sur la notion de responsabilité précontractuelle, cf. *infra* N. 1510 ss.

1856 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1422.

1857 À ce sujet, cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 79 s. ad art. 38.

1858 Sur la notion d'acte unilatéral, cf. *supra* N. 661 s.

1859 VON TUHR/PETER, p. 357 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Rem. prél. art. 32-40 N. 104 ss. À ce sujet, arrêt du TF 4A_478/2015 du 20 mai 2016 cons. 3.1.

entre absents (art. 5 par analogie). Le rejet entraîne l'invalidité de l'acte juridique, qui ne produit aucun effet.

3. La non-ratification

970 Le **concept de non-ratification** comprend aussi bien le cas du refus de ratification (cf. art. 39 al. 1) que celui où le pseudo-représenté ne déclare ni expressément ni par actes concluants qu'il ratifie l'acte du pseudo-représentant dans le délai convenable que le tiers lui a fixé pour se prononcer (art. 38 al. 2)[1860]. Il s'agit d'un acte formateur, à ce titre irrévocable[1861].

971 La non-ratification **entraîne la caducité** *(ex tunc)* de l'acte de représentation[1862]. La situation boiteuse prend fin et le tiers cesse d'être obligé[1863]. Il peut exiger que le pseudo-représentant, qui a déjà accepté des prestations au nom du pseudo-représenté, les lui restitue en vertu des règles sur la revendication (art. 641 CC), sur la modification du RF (art. 975 CC), voire sur l'enrichissement illégitime lorsque le représentant a déjà transféré dites prestations à une personne non impliquée (art. 62 ss et art. 39 al. 3)[1864].

972 La non-ratification **n'entraîne en principe aucune responsabilité du pseudo-représenté** à l'égard du tiers (rapports externes)[1865]. Il faut pourtant réserver l'hypothèse de l'art. 36 al. 2[1866] ainsi que le cas où le pseudo-représenté assume une *culpa in contrahendo* soit en raison de sa propre faute, soit parce qu'il est tenu des actes du représentant agissant comme auxiliaire,

---

1860 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 10 ss ad art. 39. On rappelle que le silence ne vaut en principe pas ratification (cf. *supra* N. 963). Pour une situation où la non-ratification a été retenue après examen approfondi, arrêt du TF 4C.127/2001 du 22 août 2001 cons. 2c.

1861 Arrêt du TF 4A_11/2009 du 27 mars 2009 cons. 4.4. Sur la notion d'acte formateur, cf. *supra* N. 427 ss.

1862 DE SAUSSURE, op. cit. (n. 1853), p. 130. Dans ce sens ég., ATF 78 II 283 cons. 3.

1863 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.05.

1864 ATF 116 II 689 cons. 3b, JT 1992 I p. 197.

1865 ATF 95 II 442 cons. 7, JT 1970 I p. 644. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 68 et 73 ad art. 39. C'est le représentant qui est responsable en vertu de l'art. 39 al. 1 et 2 (cf. *infra* N. 1001 ss). Pour les rapports internes entre le pseudo-représenté et le pseudo-représentant, cf. *infra* N. 1016 s.

1866 Cf. *supra* N. 922 s.

au sens de l'art. 101[1867]. Enfin, le pseudo-représenté peut devoir restituer au tiers un éventuel enrichissement illégitime (art. 39 al. 3)[1868].

B. Les exceptions : l'effet de représentation même sans ratification

973 Exceptionnellement, l'**effet de représentation** peut se produire nonobstant, d'une part, le fait que le « représentant », qui a fait connaître au tiers sa volonté d'agir au nom du « représenté »[1869], ne dispose pas des pouvoirs internes correspondants et, d'autre part, le fait que le « représenté » ne ratifie pas l'acte accompli sans pouvoirs[1870]. Le « représenté » est alors obligé, comme si les pouvoirs existaient effectivement. Il convient de distinguer deux hypothèses : la protection de la bonne foi du tiers (1.) et l'ignorance par le pseudo-représentant de l'extinction de ses pouvoirs (2.).

1. La protection du tiers de bonne foi

974 En vertu des **art. 33 al. 3** et **34 al. 3,** la bonne foi du tiers est protégée – ce qui signifie que l'effet de représentation se produit sans que le représenté puisse lui objecter l'absence de pouvoirs internes du représentant – lorsque les **trois conditions** suivantes sont remplies[1871] :

1867 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 2 ad art. 39. Ég. Handelsgericht Berne, 21 avril 1950, cons. 3, RJB 1953, p. 39. À raison, critiques au sujet de la responsabilité pour auxiliaire, HUGUENIN, N. 1110 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 73 ad art. 39. Sur la notion de responsabilité précontractuelle, cf. *infra* N. 1510 ss.

1868 Cf. *infra* N. 1011 ss.

1869 ATF 120 II 197 cons. 2b/aa, JT 1995 I p. 194 ; arrêts du TFA_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4.1 ; 4A_473/2016 du 16 février 2017 cons. 3.1.2 (« alors que la première [condition] l'est »).

1870 Cf. *supra* N. 948 ss et N. 970 ss. Pour une illustration, arrêt du TF 4A_82/2011 du 19 mai 2011 cons. 4.4.

1871 ATF 146 III 37 cons. 7.1.2.1, qui traite ensemble les deuxième et troisième conditions. Sur les difficultés relatives à l'interprétation de ces deux dispositions, cf. GILLIARD FRANÇOIS, La représentation directe dans le Code des obligations – Un chef-d'œuvre d'incohérence, in Beiträge zum Familien- und Vormunschaftsrecht, Schuldrecht, Internationales Privatrecht, Verfahrens-, Banken-, Geselschafts-, und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht, Mélanges en l'honneur de Max Keller, Forstmoser Peter/Giger Hans/Heini Anton/Schluep Walter R. (édit.), Zurich 1989, p. 161 ss.

975 **1°** Il faut que le **représenté ait porté à la connaissance du tiers l'existence de pouvoirs** qui vont au-delà des pouvoirs (internes) effectivement conférés au représentant. L'auteur de cette communication est le représenté, son destinataire est le tiers cocontractant[1872]. L'art. 33 al. 3 concerne le cas où la communication est d'emblée erronée[1873], l'art. 34 al. 3 celle où elle était correcte dans un premier temps, mais devient erronée en raison de l'extinction ultérieure, totale ou partielle, de la procuration[1874].

976 Le fait de porter des pouvoirs à la connaissance du tiers *(Kundgabe der Vollmacht)* n'est pas une manifestation de volonté (un acte juridique) octroyant une procuration au représentant *(Bevollmächtigung)*[1875], mais elle constitue une simple **représentation de fait**[1876] qu'une telle procuration existe déjà[1877]. Elle n'a donc pas pour effet de faire naître les pouvoirs du représentant ; en revanche, elle peut entraîner à certaines conditions un effet non voulu par le représenté : la protection de la bonne foi du tiers[1878].

977 Les **modalités** de la communication des pouvoirs sont variées. Celle-ci peut s'adresser à un nombre déterminé ou indéterminé de destinataires, par exemple au moyen d'une publication dans un journal ou sur un site internet. Elle peut aussi consister dans la transmission d'un titre de procuration par le représenté[1879], voire par le représentant (qui agit alors

---

1872 ATF 131 III 511 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4.3 ; 4A_19/2013 du 30 avril 2013 cons. 3.1.1. Ég. BUCHER EUGEN, Gibt es eine « Befugnis zu vollmachtloser Stellvertretung » ?, recht 1986, p. 58 ss, p. 59, qui insiste sur l'importance du comportement du représenté.

1873 Cf. *infra* N. 987 s.

1874 Cf. *infra* N. 989. Parfois la jurisprudence confond l'application des deux dispositions, p. ex. arrêt du TF 5C.244/2002 du 20 janvier 2003 cons. 3.2.2.

1875 Cf. *infra* N. 983 s.

1876 Cf. *supra* N. 724. D'un avis apparemment différent, arrêt du TF 4A_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4.3.1 et CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 20 ad art. 33, qui parlent d'action analogue à un acte juridique (pour une définition de ce concept, cf. *supra* N. 721).

1877 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1394 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 126 ad art. 33.

1878 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 20 ad art. 33.

1879 Sur la protection du tiers qui, lors de la conclusion d'un contrat, se fie de bonne foi à une procuration écrite émanant du représenté, alors que les pouvoirs n'existent pas, ne couvrent pas l'acte ou ont pris fin, cf. CHAPPUIS/DÄTWILER, op. cit. (n. 1657), p. 241 ss.

comme simple messager selon la volonté du représenté)[1880]. Elle peut enfin avoir lieu lors de la conclusion d'un contrat passé entre le représenté et un tiers. Par exemple, un contrat d'entreprise prévoit que le maître d'ouvrage autorise son architecte à le représenter dans ses relations avec l'entrepreneur. Lorsqu'une telle procuration fait partie de conditions générales (ex. : art. 33 al. 2 Norme SIA 118), la règle de l'insolite lui est applicable[1881].

978 La communication ne doit pas revêtir une **forme** particulière, elle peut être expresse ou tacite et découler d'actes concluants (cf. art. 34 al. 3 : « soit par ses actes »)[1882]. Par exemple, la communication peut être le fait de l'intégration de conditions générales dans un contrat entre le représenté et le tiers ; on pense à nouveau à la Norme SIA 118 qui prévoit que l'architecte, non partie au contrat d'entreprise, puisse représenter le maître d'ouvrage pour certaines étapes de la construction. La jurisprudence va plus loin en admettant la possibilité d'une communication implicite, découlant même de l'inaction du pseudo-représenté[1883], s'il existe suffisamment de circonstances objectives qui permettent au tiers d'en déduire la communication de pouvoirs de représentation[1884]. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que le pseudo-représenté ait conscience de communiquer de tels pouvoirs[1885]. Le critère déterminant est l'existence de circonstances

---

1880 ATF 131 III 511 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 5A_136/2008 du 25 septembre 2008 cons. 4.1. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 23 ad art. 33 ; CHAPPUIS/DÄTWILER, op. cit. (n. 1657), p. 243. Cf. toutefois *supra* N. 922. Sur la notion de messager, cf. *supra* N. 783 ss.

1881 ATF 118 II 313 cons. 2a, JT 1993 I p. 567 ; 109 II 452 cons. 4, JT 1984 I p. 470 ; arrêt du TF 4C.232/2006 du 4 janvier 2007 cons. 3.1.2.2.

1882 ATF 146 III 121 cons. 3.2.2 ; arrêts du TF 4A_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4.3.1 ; 4A_181/2020 du 30 novembre 2020 cons. 4.3.1 ; 4A_473/2016 du 16 février 2017 cons. 3.1.2.

1883 Cf. *infra* N. 982 ss. Ég. arrêt du TF 5A_500/2010 du 12 octobre 2010 cons. 6.2.2. Ég. ATF 74 II 149 cons. 2, JT 1949 I p. 375, qui précise que le représentant sans pouvoirs engage le représenté lorsque celui-ci a donné par son attitude l'apparence que le représentant agissait pour son compte et qu'il le couvrirait. C'est notamment le cas lorsque le chef d'une maison de commerce tolère, d'une façon qui laisse supposer l'existence de pouvoirs, que son employé agisse à l'égard des tiers comme un représentant autorisé ; à ce sujet, cf. TERCIER PIERRE, Quels fondements pour le contrat au XXIe siècle ?, in Le contrat dans tous ses états, Bellanger François/Chaix François/Chappuis Christine/Héritier-Lachat Anne (édit.), Berne 2004, p. 217 et nbp 25.

1884 ATF 120 II 197 cons. 3b, JT 1995 I p. 194.

1885 ATF 120 II 197 cons. 2b/bb, JT 1995 I p. 194. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 22 ad art. 33.

objectives pouvant être comprises par le tiers de bonne foi comme la communication par le pseudo-représenté de pouvoirs de représentation[1886].

2° Il faut qu'au moment de l'acte de représentation, le **tiers ait effectivement pris connaissance des pouvoirs** communiqués par le représenté[1887]. La communication de l'existence des pouvoirs doit donc être antérieure à l'acte de représentation, mais cela ne suffit pas. Si le représenté s'est adressé au tiers de façon indirecte (ex. : via un courriel), il ne suffit pas que ce dernier ait reçu la manifestation de volonté, il faut qu'il en soit effectivement informé[1888]. Lorsque le représenté a communiqué les pouvoirs au tiers via un titre, l'acte juridique accompli par le représentant lie le représenté s'il entre, au moins abstraitement et objectivement, dans le cadre fixé par la procuration écrite communiquée[1889]. 979

3° Il faut qu'au moment de l'acte de représentation, le **tiers croie de bonne foi** à l'existence réelle de la procuration en raison de la communication qui lui a été faite[1890]. Même si la bonne foi du tiers ne figure expressément qu'à l'art. 34 al. 3, elle est aussi requise dans les hypothèses de l'art. 33 al. 3[1891]. Il faut que le représenté soit objectivement responsable de l'impression erronée développée par le tiers[1892]. La bonne foi du tiers est présumée (art. 3 al. 1 CC), mais seule celle qui est compatible avec l'attention que les circonstances exigeaient est protégée (art. 3 al. 2 CC)[1893]. Il faut alors **distinguer deux situations**[1894] : 980

– En cas de simple **dépassement (ou excès) des pouvoirs** de représentation par le représentant *(Vollmachtsüberschreitung),* seuls

[1886] ATF 135 III 464 cons. 3.3.1, JT 2012 II p. 546 ; arrêt du TF 4A_487/2018 du 30 janvier 2019 cons. 5.2.2. Ég. TERCIER/PICHONNAZ, N. 480.

[1887] ATF 131 III 511 cons. 3.2 s. Ég. BaK-OR I-WATTER, N. 35 ad art. 33.

[1888] Sur la distinction entre réception et information, cf. *supra* N. 602 ss.

[1889] ATF 146 III 121 cons. 3.2.3 et réf. cit.

[1890] ATF 146 III 121 cons. 3.2.2 ; 146 III 37 cons. 7.1.2. ; 131 III 511 cons. 3.2.1 ; 120 II 197 cons. 2b/cc, JT 1995 I p. 194 ; 99 II 39 cons. 1. Pour un cas où la bonne foi du tiers n'a pas été retenue, cf. ATF 77 II 138 cons. 2 s., JT 1952 I p. 45.

[1891] ATF 131 III 511 cons. 3.2 ss ; arrêts du TF 9C_460/2016 du 10 janvier 2017 cons. 2.3 ; 4A_536/2008 du 10 février 2009 cons. 5.3. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1404.

[1892] ATF 131 III 511 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 4C.12/2002 du 14 mai 2002 cons. 3.1.

[1893] ATF 131 III 511 cons. 3.2.2 ; arrêts du TF 4A_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4.3.2 ; 4A_536/2008 du 10 février 2009 cons. 5.3. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 26 ad art. 33.

[1894] ATF 146 III 121 cons. 3.2.3.

des doutes sérieux sur ses réels pouvoirs peuvent conduire à nier la bonne foi du tiers contractant.

– En cas d'**abus de pouvoirs** *(Vollmachtsmissbrauch* ou *Missbrauch der Vertretungsmacht)* – c'est-à-dire lorsque le représentant n'a pas l'intention d'agir dans l'intérêt et pour le compte du représenté mais qu'il utilise seulement l'apparence découlant des pouvoirs communiqués au tiers pour agir exclusivement dans son propre intérêt et de façon délictueuse – le tiers est déchu du droit d'invoquer la protection légale attachée à sa bonne foi s'il n'a pas fait preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui (art. 3 al. 2 CC)[1895]. Pour admettre l'absence de bonne foi du tiers, des doutes d'une intensité relativement faible suffisent[1896] ; en cas d'ambiguïté, il appartient au tiers de se renseigner auprès du représenté[1897].

981 S'il existe un conflit entre le représenté et le tiers quant à la communication des pouvoirs ou quant au fait de savoir si elle est apte à fonder la bonne foi du tiers, on applique le **principe de la confiance**[1898] : le juge doit rechercher comment le tiers pouvait de bonne foi, en fonction de l'ensemble des circonstances, comprendre la déclaration ou l'attitude du représenté[1899]. Ce principe sert à déterminer aussi bien le principe même d'une procuration[1900], qu'à identifier à qui elle a été confiée et quel est son contenu[1901]. En revanche, la volonté du représenté n'est pas déterminante[1902].

982 Lorsque la communication apparente des pouvoirs de représentation par le représenté au tiers découle d'actes concluants, certains arrêts et

---

1895 ATF 121 III 176 cons. 4 ; 119 II 23 cons. 3a et 3c. À ce sujet, cf. MESSERLI BEAT, Die Sorgfalt beteiligter Parteien bei missbräuchlicher Ausübung der Vertretungsmacht durch ein Gesellschaftsorgan, RSJ 1997, p. 17 ss.

1896 ATF 131 III 511 cons. 3.2.2. Ég. CHAPPUIS CHRISTINE, L'abus de pouvoir du fondé de procuration, RSDA 1994, p. 232 ss, p. 236.

1897 ATF 119 II 23 cons. 3c/bb.

1898 ATF 146 III 121 cons. 3.2.2 ; 131 III 511 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 4A_536/2008 du 10 février 2009 cons. 5.3. Pour une casuistique, cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 159 ss ad art. 33.

1899 ATF 135 III 410 cons. 3.2 ; 133 III 675 cons. 3.3 ; arrêt du TF 4D_105/2014 du 3 février 2015 cons. 3.

1900 ATF 120 II 197 cons. 2a, JT 1995 I p. 194.

1901 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1394.

1902 ATF 85 II 22 cons. 1, JT 1959 I p. 530.

une partie de la doctrine utilisent les concepts de **procuration externe apparente** ou de **procuration externe par tolérance** *(externe Anscheinsvollmacht*, *externe Duldungsvollmacht)*[1903], qu'il convient de préciser triplement :

– Ces expressions sont malheureuses[1904] : même si l'on parle de **« procuration externe »,** la communication de l'apparence de pouvoirs à un tiers *(Kundgabe der Vollmacht)* ne confère pas pour autant au représentant des pouvoirs de représentation et ne devrait donc pas s'appeler « procuration »[1905]. En effet, vu l'absence de pouvoirs, ces situations justifient uniquement que l'on protège, à certaines conditions, la bonne foi du tiers en admettant l'effet de représentation. 983

– La procuration externe est dite **« apparente »** parce que les circonstances objectives permettent au tiers de croire que le représentant dispose des pouvoirs, étant admis que le représenté n'a ni la volonté d'accorder des pouvoirs de représentation ni connaissance du fait qu'une personne agit comme son représentant, mais qu'il aurait dû s'en rendre compte s'il avait fait preuve de la diligence requise[1906]. Il s'agit en fait d'un cas d'application de l'art. 33 al. 3[1907]. 984

1903 ATF 120 II 197 cons. 2b/bb, JT 1995 I p. 194 ; 107 II 105 cons. 6a, JT 1982 I p. 106 ; arrêts du TF 4A_137/2022 dju 30 août 2022 cons. 4.3.1 ; 4D_56/2015 du 22 décembre 2015 cons. 6.3.1 ; 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 6.3.1 et 4A_313/2010 du 3 septembre 2010 cons. 3.4.2.3. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1406, 1411 s. ; KRAMER/PROBST, N. 317 ss. On trouve également l'expression de *Rechtsscheinvollmacht* (cf. ATF 120 II 197 cons. 2a, JT 1995 I p. 194), traduite au JT par l'expression « procuration apparente ». Ég. art. 3.201 PECL qui contient une règle expresse : « *(3) A person is to be treated as having granted authority to an apparent agent if the person's statements or conduct induce the third party reasonably and in good faith to believe that the apparent agent has been granted authority for the act performed by it.* »

1904 Du même avis, BaK-OR I-WATTER, N. 30 ad art. 33 et réf. cit. ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 129 ad art. 33 ; GIGER MARCEL, Vollmachtsmitteilung nach Art. 33 Abs. 3 OR – Voraussetzungen für den Vertrauensschutz, recht 1995, p. 28 ss, p. 33. Ég. ATF 135 III 464 cons. 3.3.4, JT 2012 II p. 546.

1905 HUGUENIN, N. 1089. Cf. aussi TERCIER, op. cit. (n. 1883), p. 217, qui parle de procuration « normative ».

1906 Arrêt du TF 4C.131/2006 du 4 juillet 2006 cons. 2.2 et 2.3.

1907 ATF 120 II 197 cons. 2b/bb, JT 1995 I p. 194 ; arrêt du TF 2C_1071/2012 du 7 mai 2013 cons. 5.2. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1412.

985 – Il y a procuration externe **« par tolérance »** lorsque le représenté sait que quelqu'un se présente comme son représentant et qu'il ne réagit pas, alors que le représentant est conscient que le représenté ne veut pas lui conférer de pouvoirs de représentation[1908]. Notons que, si le représentant n'a pas conscience de l'absence de volonté du représenté, il s'agit alors d'une procuration interne – et non externe – par tolérance : les pouvoirs de représentation existent et l'effet de représentation se produit pleinement en vertu de l'art. 32 al. 1, sans que la question de la bonne foi du tiers ne soit pertinente[1909].

986 En résumé, l'absence de pouvoirs du représentant civil ne peut pas être opposée au tiers de bonne foi dans les **trois hypothèses suivantes**[1910] :

987 **1°** Lorsque le « représenté » a fait connaître au tiers de bonne foi une **procuration qui excède les pouvoirs effectivement octroyés** au représentant **(art. 33 al. 3)**[1911]. Par exemple, le représenté indique au tiers que son représentant dispose d'une procuration limitée à CHF 1000.– alors qu'elle est en vérité de CHF 500.–. En d'autres termes, si le représentant dépasse les pouvoirs effectivement accordés (ex. : en contractant pour CHF 700.–), la procuration externe l'emporte sur la procuration interne, le tiers de bonne foi peut s'y fier et l'effet de représentation a lieu dans cette mesure[1912]. À noter que si la procuration externe va moins loin que la procuration interne, aucun problème ne se pose, car le représenté agit avec les pouvoirs nécessaires et l'effet de représentation se produit pleinement, même si le représenté a communiqué des pouvoirs moins étendus[1913].

988 **2°** Lorsque le « représenté » a fait connaître au tiers une **procuration, alors qu'il n'a jamais octroyé de pouvoirs** au « représentant »

1908 Dans ce sens, ATF 74 II 149 cons. 2, JT 1949 I p. 375, où le chef d'une maison de commerce tolère, d'une façon qui laisse supposer l'existence de pouvoirs, que son employé agisse à l'égard des tiers comme un représentant. Si le représentant n'est pas conscient, on a affaire à une procuration interne par tolérance, cf. *supra* N. 860.

1909 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1411. Sur la procuration interne apparente, cf. *supra* N. 861.

1910 Il en va différemment pour la représentation commerciale (cf. art. 459 al. 1, art. 461 al. 1 et 2).

1911 ATF 131 III 511 cons. 3.2 ; 99 II 39 cons. 1, JT 1974 I p. 162.

1912 ATF 99 II 39 cons. 3, JT 1974 I p. 162, précisant que le représenté est lié lorsque le représentant agit en violation certes d'une instruction mais d'une manière compatible avec la procuration communiquée au tiers.

1913 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1398 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 143 ad art. 33.

(art. 33 al. 3 par analogie)[1914]. Cela suppose d'une part que le représenté adopte un comportement équivalant à la communication des pouvoirs exigée par l'art. 33 al. 3 et, d'autre part, que le tiers déduise raisonnablement et de bonne foi que le représentant avait bel et bien reçu une procuration[1915].

3° Lorsque le « représenté » a fait connaître au tiers une **procuration, sans lui en communiquer postérieurement la révocation**, totale ou partielle (**art. 34 al. 3**)[1916]. Il en va de même d'une procuration limitée dans le temps ou soumise à condition résolutoire dont les modalités n'ont pas été révélées par le représenté lors de la communication au tiers. La bonne foi de celui-ci est alors protégée, de telle sorte que l'effet de représentation se produit conformément à la communication originale de la procuration. Si la procuration a été émise sous forme de titre et que celui-ci est présenté à un tiers de bonne foi malgré la révocation des pouvoirs, alors l'effet de représentation se produit conformément au titre. L'art. 34 al. 3 a donc la priorité sur l'art. 36 al. 2[1917]. 989

Pour **détruire la bonne foi du tiers** et empêcher l'application de l'art. 34 al. 3, la majorité de la doctrine est d'avis qu'il suffit que la révocation soit reçue par le tiers (peu importe s'il en a pris effectivement connaissance), à condition que le représenté l'ait adressé adéquatement (ex. : si les pouvoirs ont été annoncés au moyen d'une communication personnelle, la révocation doit avoir lieu de la même manière)[1918]. Une minorité d'auteurs est d'avis que le moyen de communication est indifférent, mais que la révocation ne peut pas être opposée au tiers tant que celui-ci n'a pu en prendre effectivement connaissance de bonne foi[1919]. 990

Si les trois conditions de la protection du tiers de bonne foi sont remplies[1920], la **conséquence** légale est que l'**effet de représentation se produit** malgré le fait que le représentant ne dispose pas des pouvoirs de représentation. Cet effet protège non seulement le tiers qui peut invoquer un lien juridique direct avec le représenté, mais aussi le représentant qui 991

1914 ATF 53 III 171 cons. 2, JT 1928 II p. 70 ; 120 II 197, JT 1995 I p. 194 : existence d'une procuration externe niée, compte tenu de l'importance de la transaction en cause.
1915 ATF 120 II 197 cons. 2b/bb et cc, JT 1995 I p. 194.
1916 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 37 ss ad art. 34.
1917 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 69 ad art. 36. Au sujet de l'art. 36 al. 2, cf. *supra* N. 922 s.
1918 HUGUENIN, N. 1082 ; KOLLER, op. cit. (n. 1741), N. 305 s. et réf. cit.
1919 BaK-OR I-WATTER, N. 12 ad art. 34 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 43 et 57 s. ad art. 34.
1920 Cf. *supra* N. 974 ss.

sera en mesure de s'opposer avec succès aux éventuelles prétentions du tiers fondées sur l'art. 39[1921].

2. L'ignorance par le pseudo-représentant de l'extinction de ses pouvoirs

992 Cette hypothèse est traitée à l'**art. 37,** qui vise à protéger directement le représentant de bonne foi d'une responsabilité découlant de l'art. 39 et, indirectement, le tiers de bonne foi qui préfère l'effet de représentation à une indemnité fondée sur l'art. 39 al. 2 ou l'art. 36 al. 2[1922]. L'art. 37 écarte donc l'application de ces deux dispositions[1923].

993 L'application de l'art. 37 al. 1 suppose la réunion de **trois conditions :**

994 **1°** L'**extinction des pouvoirs.** La doctrine majoritaire est d'avis que l'extinction dont il est question à l'art. 37 peut reposer tant sur les causes légales de l'art. 35 que sur une révocation volontaire de l'art. 34 al. 1, lorsque celle-ci a été réceptionnée par le représentant mais que, sans sa faute, il n'en a pas encore pris connaissance[1924]. Nous rejoignons le courant minoritaire pour affirmer que le terme « extinction » ne renvoie qu'aux causes légales de l'art. 35[1925], dans lequel le verbe « éteindre » est d'ailleurs utilisé, ce qui n'est pas le cas à l'art. 34. En effet, seules les causes légales de l'art. 35 justifient de protéger le représentant d'une éventuelle responsabilité fondée sur l'art. 39. Étendre cette protection à l'extinction volontaire des pouvoirs par révocation (art. 34 al. 1) constituerait une exception malvenue au principe de la réception (absolue) des actes juridiques[1926].

1921 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 158 ad art. 33.

1922 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1415. Mentionnant la protection subsidiaire du tiers de bonne foi, BERGER, N. 912 ; KOLLER, N. 19.22. Pour la responsabilité découlant de l'art. 39, cf. *infra* N. 1001 ss.

1923 Sur la relation entre l'art. 37 et l'art. 452 CC, cf. KÜNZLER ADRIAN, Verhältnis der Information Dritter nach Art. 452 ZGB zum Zeitpunkt der Wirkung des Erlöschens der Vollmacht nach Art. 37 OR, RMA 2015, p. 359 ss, *passim*.

1924 Cf. notamment GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1416 ; BaK-OR I-WATTER, N. 2 ad art. 37 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 5 s. ad art. 37.

1925 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 7 ad art. 36 ; ZK-KLEIN, N 7 ad art. 37.

1926 Dans ce sens, CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 7 ad art. 36.

2° Le **représentant ne doit pas avoir « connaissance de l'extinction** de ses pouvoirs ». D'abord, l'absence de connaissance ne porte pas sur la règle (juridique) de l'extinction des pouvoirs (art. 35), mais sur l'existence (factuelle) d'une des causes légales d'extinction. Ensuite, il faut s'en tenir au texte légal de l'art. 37 et appliquer cette disposition à toute situation où il y a absence effective de connaissance d'une cause légale par le représentant[1927]. Contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine[1928], le fait que le représentant aurait dû avoir connaissance de l'extinction ne suffit pas pour supprimer la protection de l'art. 37[1929]. L'art. 37 ne protège en revanche pas le représentant s'il connaît la cause mais ignore qu'elle entraîne l'extinction de ses pouvoirs, s'il prend connaissance de la cause en cours d'acte de représentation (ex. : après avoir fait une offre mais avant d'accepter la contre-offre), ou si la cause fait l'objet d'une publication officielle censée être connue de tous, telle que la dissolution ou la radiation d'une personne inscrite au RC (art. 936*b* al. 1)[1930]. 995

3° Le **tiers ne doit pas savoir que les pouvoirs étaient éteints.** L'art. 37 al. 2 réserve en effet le cas où, au contraire du représentant, le tiers a connaissance de l'extinction des pouvoirs de représentation, par exemple lorsque le représenté l'a averti directement de la révocation de la procuration (cf. art. 34 al. 3[1931]). Dans cette dernière hypothèse, les règles de la représentation sans pouvoirs (art. 38) s'appliquent, tout en précisant que le tiers qui connaît l'extinction des pouvoirs ne pourra pas, en raison de sa mauvaise foi, se retourner contre le représentant sur la base de l'art. 39. Ici également, vu le texte de la loi, le fait que le tiers aurait dû savoir n'est pas pertinent[1932]. 996

1927 On peut ainsi délimiter le texte de l'art. 37 (« n'a pas connaissance ») de celui de l'art. 39 al. 1 (« a connu ou dû connaître ») et le rapprocher de celui de l'art. 936*b* al. 2 (« que s'il est établi que celui-ci en a eu connaissance ») et de la jurisprudence pertinente (ATF 65 II 85, JT 1939 I p. 489). Cf. toutefois ATF 111 II 39 cons. 2, JT 1986 I p. 124, qui prévoit que l'art. 37 CO n'est pas applicable dans le cas de l'inscription au RF en raison de l'art. 965 CC.

1928 BaK-OR I-WATTER, N. 3 ad art. 37 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 8 ad art. 37.

1929 Dans le même sens, CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 4 ad art. 37 ; ZK-KLEIN, N 7 ad art. 37.

1930 BaK-OR I-WATTER, N. 3 ad art. 37. En revanche, l'art. 37 s'applique en cas de mesures de protection de l'adulte impliquant une perte de l'exercice des droits civils du représenté puisque celles-ci ne sont plus publiées (cf. ZK-KLEIN, N 14 ad art. 37).

1931 Cf. *supra* N. 902.

1932 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 5 ad art. 37 ; ZK-KLEIN, N 17 ad art. 37. Une partie importante de la doctrine est d'un autre avis : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1414 ; BaK-OR I-WATTER, N. 5 ad art. 37 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 10 s. ad art. 37.

997 Si les trois conditions ci-dessus sont réunies, l'**effet de représentation se produit** comme si les pouvoirs originellement conférés existaient encore (art. 37 al. 1).

III. Les effets sur les rapports entre le pseudo-représentant et le tiers

A. Le non-engagement du pseudo-représentant

998 En l'absence d'effet de représentation, l'acte accompli sans pouvoirs **n'oblige pas le pseudo-représentant.** Ce dernier n'a en effet pas la volonté de s'engager envers le tiers, ni d'ailleurs le tiers envers le pseudo-représentant.

999 Le **droit de change** fait exception (art. 998) : celui qui appose sa signature sur une lettre de change comme représentant alors qu'il n'en a pas les pouvoirs, est obligé lui-même[1933]. Le pseudo-représentant doit donc s'exécuter ; en revanche, il ne peut pas être condamné à des dommages-intérêts au titre de l'art. 39[1934].

B. La responsabilité du pseudo-représentant et la restitution de l'enrichissement illégitime

1000 Si le pseudo-représentant n'est pas lié personnellement par l'acte de représentation effectué sans pouvoirs, il n'en demeure pas moins qu'il peut être tenu responsable de l'éventuel préjudice subi par le tiers (1.), qui comptait sur la validité de l'acte. La loi prévoit en sus que le tiers peut réclamer la restitution de l'enrichissement illégitime découlant d'une représentation sans pouvoirs (2.).

1933 ATF 99 Ia 1 cons. 2b, JT 1974 II p. 45. Pour plus de détails, cf. CoRo-CO II- EIGENMANN, N. 1 ss ad art. 998 ; BaK-OR II-GRÜNINGER/HUNZIKER/ROTH, N. 1 ss ad art. 998.

1934 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 88 ad art. 39. Au sujet de l'art. 39, cf. *infra* N. 1001 ss.

1. La réparation du préjudice subi par le tiers

1001 En l'absence de ratification (art. 38) et d'effet de protection du tiers de bonne foi (art. 33 al. 3, 34 al. 3 et 37)[1935], le pseudo-représentant peut devoir **réparer le préjudice** subi par le tiers « résultant de l'invalidité du contrat » (art. 39 al. 1 et 2). La jurisprudence y voit un cas d'application de la responsabilité précontractuelle *(culpa in contrahendo)*[1936], avec la particularité qu'une faute du pseudo-représentant n'est pas nécessaire pour la responsabilité fondée sur l' al. 1[1937]. Le délai de prescription applicable est donc celui de l'art. 60[1938].

1002 L'**articulation** de l'art. 39 al. 1 et 2 avec d'autres dispositions mérite quelques précisions :

- L'**art. 37 al. 1** prime sur l'art. 39 ; une application cumulative des deux dispositions est exclue[1939]. L'art. 37 ne s'applique toutefois qu'en cas d'extinction de pouvoirs ayant une fois existé (et non pas à l'hypothèse de pouvoirs jamais conférés).
- L'**art. 36 al. 2** peut s'appliquer cumulativement à l'art. 39 lorsqu'il existe un titre constatant les pouvoirs de représentation[1940]. Si les conditions des deux dispositions sont remplies, le tiers peut réclamer la réparation de son dommage tant au pseudo-représenté et à ses ayants cause qu'au pseudo-représentant, qui forment une solidarité imparfaite (art. 51)[1941].

1003 La responsabilité du pseudo-représentant selon l'art. 39 découle de la réunion des **conditions** suivantes :

1935 Cf. *supra* N. 959 ss, 974 ss et N. 992 ss.

1936 ATF 104 II 94 cons. 3a, JT 1978 I p. 556. On lui applique par analogie certaines règles de la responsabilité contractuelle, p. ex. l'art. 403 par analogie. pour la solidarité de plusieurs représentants (ATF 58 II 429, JT 1933 I p. 345). Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 89 ad art. 39, qui mentionnent qu'une responsabilité pour acte illicite n'est pas exclue, p. ex. en cas de falsification de la signature du pseudo-représenté.

1937 ATF 51 II 212 cons. c. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 5 ad art. 39. Sur la responsabilité précontractuelle. cf. *infra* N. 1510 ss.

1938 ATF 104 II 94 cons. 3a, JT 1978 I p. 556. Pour une application des art. 127 ss, BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 42 ss ad art. 39.

1939 Sur l'art. 37 al. 1, cf. *supra* N. 992.

1940 Sur l'art. 36 al. 2, cf. *supra* N. 922 s.

1941 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 12 ad art. 39 ; ZK-KLEIN, N. 54 ad art. 36.

1004 **1°** Le pseudo-représentant doit avoir effectué un acte juridique **au nom du pseudo-représenté.**

1005 **2°** Le pseudo-représentant doit avoir agi **sans pouvoirs.** Il n'est pas nécessaire que le pseudo-représentant soit conscient de cette absence de pouvoirs. L'existence d'une faute n'influe que sur la mesure du préjudice à réparer[1942].

1006 **3°** Le pseudo-représentant doit avoir l'**exercice des droits civils**[1943]. Sa seule capacité de discernement ne suffit pas, alors que nous rappelons qu'un représentant disposant de pouvoirs valables peut tout à fait ne pas avoir l'exercice des droits civils[1944].

1007 **4°** Le pseudo-représenté ne doit **pas avoir ratifié** l'acte du pseudo-représentant[1945]. L'acte est caduc à défaut de ratification ; si une autre cause empêche cet acte de produire ses effets, alors le rapport de causalité entre l'absence de pouvoirs et le préjudice est interrompu[1946].

1008 **5°** Le tiers (« l'autre partie » selon l'art. 39 al. 1) doit être de **bonne foi** (art. 3 CC), c'est-à-dire qu'il n'a pas connu ou dû connaître l'absence de pouvoirs. Le tiers n'est pas tenu d'exiger impérativement un titre de procuration mais, s'il a des raisons de douter de l'existence des pouvoirs, il doit les vérifier[1947]. Si le pseudo-représentant informe le tiers, au moment de l'acte de représentation, qu'il ne dispose pas des pouvoirs ou que ceux-ci sont incertains, celui-ci ne pourra plus invoquer sa bonne foi[1948].

1009 Rappelons que la **faute** du pseudo-représentant n'est pas une condition de la responsabilité fondée sur l'art. 39 al. 1 (art. 39 al. 2 *a contrario*). Il répond, même s'il ne sait pas ou s'il devait savoir qu'il ne détenait pas les pouvoirs de représentation[1949]. En revanche, la faute peut exercer une influence sur la mesure du préjudice réparable.

1942 Cf. *infra* N. 1010.
1943 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 37 ss ad art. 39.
1944 Cf. *supra* N. 931.
1945 Sur la non-ratification, cf. *supra* N. 969 ss.
1946 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 9 et 25 ad art. 39.
1947 P. ex. ATF 37 II 37 cons. 3, JT 1912 I p. 482. Dans ce sens, BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 19 s. ad art. 39.
1948 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 18 et 20 ad art. 39.
1949 ATF 58 II 429, JT 1933 I p. 345 ; 51 II 212 cons. c ; 46 II 411 cons. 2, JT 1921 I p. 42. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 19 s. ad art. 39.

Le **préjudice réparable** varie en fonction de la base légale retenue : 1010

- Selon l'art. 39 al. 1, il s'agit du « préjudice résultant de l'invalidité du contrat » conclu entre le représentant et le tiers en raison du vice de représentation[1950]. Le dommage réparable correspond à l'**intérêt négatif** (compensation de l'intérêt du tiers à la non-conclusion du contrat)[1951]. Il comprend notamment les postes suivants : les dépenses faites en prévision de la conclusion du contrat, les coûts relatifs à une exécution déjà initiée, les dommages-intérêts que le tiers peut devoir payer à un cocontractant (en tout cas si le pseudo-représentant savait que le tiers conclurait ce contrat suite à l'acte de représentation), les coûts supplémentaires d'un achat de remplacement ayant dû être effectué plus tard que si l'acte de représentation n'avait pas eu lieu[1952], voire le gain manqué sur une autre affaire en raison de la confiance que le tiers avait accordée au contrat invalide[1953].
- Selon l'art. 39 al. 2, le juge peut allouer des « dommages-intérêts plus considérables »[1954]. Selon le TF et la doctrine, le préjudice réparable est alors l'**intérêt positif** (compensation de l'intérêt du tiers à l'exécution parfaite du contrat)[1955]. Ce dommage comprend notamment les postes suivants : la valeur de la prestation non obtenue de laquelle on impute les éventuelles contreprestations, les frais découlant de l'inexécution (ex. : la peine conventionnelle), le dommage moratoire, le gain manqué qui découle du fait que la prestation envisagée n'est pas exécutée. Le choix entre les deux manières de calculer le dommage appartient au tiers[1956]. Encore faut-il que deux **conditions supplémentaires** soient remplies :
  - Le tiers a le fardeau de prouver que le pseudo-représentant a **commis une faute** en relation avec l'absence de pouvoirs. Soit il savait (intention) soit il aurait dû savoir (négligence)

[1950] La formule est la même que celle de l'art. 26 al. 1 et de l'art. 109 al. 2.
[1951] ATF 106 II 131 cons. 5, JT 1981 I p. 259 ; 44 II 500 cons. 5. Cf. toutefois VON MOOS, op. cit. (n. 1802), N. 122 ss.
[1952] BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 59 ad art. 39.
[1953] CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 3 ad art. 39.
[1954] C'est la même formulation que l'art. 26 al. 2.
[1955] ATF 116 II 689 cons. 3a, JT 1992 I p. 197 ; 106 II 131 cons. 5, JT 1981 I p. 259. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 60 ad art. 39 et réf. cit.
[1956] Sur la nature juridique de ce choix, cf. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 9 ad art. 39 et réf. cit.

qu'il n'était pas habilité à agir[1957]. Selon le TF, l'ignorance fautive du tiers, c'est-à-dire le fait qu'il aurait dû connaître l'absence de pouvoirs, ne supprime pas totalement la responsabilité du pseudo-représentant selon l'art. 39 al. 2, mais entraîne en règle générale une réduction de celle-ci (art. 44 al. 1 par analogie)[1958].

– Il faut que l'**équité l'exige.** Cette condition n'est pas laissée à l'arbitraire du juge, qui doit motiver dûment sa décision, en tenant compte de toutes les circonstances importantes du cas d'espèce et considérer le préjudice et sa quotité comme établis[1959].

2. La prétention du tiers en restitution de l'enrichissement illégitime

1011 Nonobstant l'inexistence éventuelle d'un droit à réparation du préjudice (art. 39 al. 1 et 2), l'« **action fondée sur l'enrichissement illégitime** » est réservée dans tous les cas (art. 39 al. 3)[1960]. Vu que l'effet de représentation n'a pas eu lieu, il s'agit d'une *condictio sine causa* (art. 62 al. 2)[1961]. Les prétentions en restitution de l'enrichissement illégitime sont subsidiaires à la revendication (art. 641 CC) ou à l'action en modification du RF (art. 975 CC)[1962]. Elles trouvent application lorsque le tiers a fait des paiements ou a remis des choses qui ont déjà été consommées[1963].

1957 ATF 116 II 689 cons. 3c/bb, JT 1992 I p. 197 ; Arrêt du 26 octobre 1945 cons. d., SJ 1946, p. 267. Ég. BaK-OR I-WATTER, N. 8 ad art. 39 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 28 et 49 ss ad art. 39, pour qui la faute n'est pas présumée.

1958 ATF 116 II 689 cons. 3c/bb, JT 1992 I p. 197. Du même avis, SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 43.09 ; BaK-OR I-WATTER, N. 4 ad art. 39 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 19 s. ad art. 39. D'un autre avis, CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 4 ad art. 39, qui ne différencie pas selon les alinéas 1 et 2 de l'art. 39.

1959 ATF 106 II 131 cons. 5c, JT 1981 I p. 259.

1960 ATF 116 II 689 cons. 3b, JT 1992 I p. 197.

1961 Cf. *infra* N. 1121 ss.

1962 Cf. *infra* N. 1059 ss.

1963 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 77 ad art. 39.

Le tiers peut être titulaire d'une créance en restitution de l'enrichissement illégitime **contre plusieurs personnes**[1964] : 1012

1° Il a pour débiteur le **pseudo-représentant** lorsque celui-ci a reçu du tiers une prestation destinée au pseudo-représenté et qu'il l'a transférée à une autre personne ou qu'il la conserve pour soi[1965]. Le pseudo-représentant, qui a agi au nom du représenté, est alors de mauvaise foi et doit restituer la totalité de l'enrichissement, quelle que soit sa situation au moment de la répétition (art. 64)[1966]. 1013

2° Il a pour débiteur le **pseudo-représenté** lorsque celui-ci a reçu directement ou indirectement une prestation du tiers via le pseudo-représentant, qu'en fin de compte il ne ratifie pas l'acte de représentation et qu'il ne connaît ni ne devait connaître l'origine de la prestation et le fait que le représentant a agi sans pouvoirs[1967]. N'est toutefois pas enrichi le maître de l'ouvrage (pseudo-représenté) au nom duquel l'entrepreneur général sans pouvoirs (pseudo-représentant) a conclu des contrats avec des sous-traitants (tiers) qui lui ont livré des prestations. En effet, le maître d'ouvrage, en payant le prix à l'entrepreneur total, est autorisé à profiter des prestations des sous-traitants et n'est donc pas enrichi de façon illégitime[1968]. Les sous-traitants doivent se retourner contre l'entrepreneur général[1969]. 1014

Une prétention en restitution de l'enrichissement illégitime « subsiste dans tous les cas » (art. 39 al. 3), y compris lorsque le tiers connaît ou aurait dû connaître l'absence de pouvoirs[1970]. Les créances en dommages-intérêts (art. 39 al. 1 et 2) et en restitution de l'enrichissement illégitime (art. 39 al. 3) peuvent donc **se cumuler,** en particulier lorsqu'elles concernent des éléments de patrimoine distincts : le tiers peut ainsi avoir d'une 1015

1964 ATF 97 II 66 cons. 4b. Pour la *condictio sine causa* en cas d'instruction du pseudo-représentant de fournir la prestation à un tiers, cf. ATF 116 II 689 cons. 3b, JT 1992 I p. 197.

1965 ATF 90 II 404 cons. 5b, JT 1965 I p. 354.

1966 Cf. *infra* N. 1197 ss.

1967 Si le pseudo-représenté est conscient que le tiers a effectué la prestation et s'il sait que le pseudo-représentant a agi sans pouvoirs, alors le fait d'accepter la prestation revient à une ratification au sens de l'art. 38. Cf. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 82 ad art. 39.

1968 Pour des affaires semblables, ATF 99 II 131 cons. 7, JT 1974 I p. 130 ; 97 II 66 cons. 4.

1969 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 81 ad art. 39.

1970 ATF 90 II 404 cons. 5b, JT 1965 I p. 364.

part subi un préjudice en effectuant des dépenses pour l'exécution du contrat entaché du vice de représentation et d'autre part être appauvri parce qu'il a payé le pseudo-représentant[1971].

IV. Les effets sur les rapports entre le pseudo-représenté et le pseudo-représentant

1016 L'acte accompli par le représentant sans pouvoirs peut causer un **préjudice au pseudo-représenté,** lorsqu'il n'était pas autorisé. L'absence de ratification d'un acte de représentation commis sans pouvoirs par le pseudo-représentant est propre à engager la responsabilité de celui-ci vis-à-vis du pseudo-représenté.

1017 Suivant les relations entre l'un et l'autre, le **fondement d'une telle responsabilité** réside dans le rapport contractuel de base unissant ces deux parties (ex. : le mandat, art. 394 ss, ou le contrat de travail, art. 319 ss, plus généralement l'art. 97 al .1), dans les règles sur la responsabilité pour actes illicites (art. 41 ss), dans celles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss) ou de la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss)[1972].

[1971] BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 84 ad art. 39.

[1972] CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 10 ad art. 38 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1422 s. Ég. arrêt du TF 4C.234/1999 du 12 janvier 2000 cons. 6.

Chapitre III : La représentation indirecte

Bibliographie spéciale :

BUCHER, OR, p. 597 s. ; **DROIN,** JACQUES, La représentation indirecte en droit suisse, thèse Genève 1956 ; **ENGEL,** Obligations, p. 407 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 8 N. 5 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/TERCIER,** N. 1060 ss ; ZK-**KLEIN,** N. 116 ss ad art. 32 ; **KOLLER,** N. 15.01 et 21.04 ss ; **KRAMER/PROBST,** N. 306 et 308 ; **SCHÖNLE,** HERBERT, Vertragsrecht und Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters, in Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Tercier Pierre/Amstutz Marc/Koller Alfred/Schmid Jörg/Stöckli Hubert (édit.), Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 615 ss ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 40.04 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 495 ss ; **VON TUHR/PETER,** p. 348 ; BaK-OR I-**WATTER,** N. 29 ss ad art. 32 ; **YUNG**, WALTER, Simulation, fiducie et fraude à la loi, in Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel 1952, p. 139 ss ; **ZUFFEREY,** MATHIEU, L'architecte face aux entrepreneurs : acte en nom propre ou acte au nom du maître de l'ouvrage ?, DC 2019, p. 5 ss ; **ZUFFEREY,** MATHIEU, La représentation indirecte : Étude d'une institution de droit suisse des obligations, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2018.

§ 1 La notion

I. La définition

La représentation est dite **indirecte** (ou improprement dite ; *indirekte Vertretung*) lorsque le représentant indirect effectue un acte juridique pour le compte d'une autre personne, mais **en son propre nom** *(im eigenen Namen aber für Rechnung des Vertretenen)*[1973]. A priori, seul le « représentant indirect » est lié par l'acte accompli en vertu du principe de la relativité des conventions. On parle aussi de représentation immédiate ou imparfaite *(mittelbare oder unechte Vertretung)*[1974]. 1018

[1973] ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêt du TF 4A_496/2014 du 11 février 2015 cons. 3.2. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 22 ad art. 32 ; DROIN JACQUES, La représentation indirecte en droit suisse, thèse Genève 1956, p. 1 ss, p. 55 s. ; KRAMER/PROBST, N 306 et 308 (schéma). Pour une critique de ce concept, cf. BUCHER, OR, p. 598.

[1974] HUGUENIN, N. 1032, qui parle également de représentation cachée *(verdeckte Vertretung).*

1019 Hormis une allusion à l'art. 32 al. 3, la loi ne régit pas spécifiquement la représentation indirecte[1975]. Celle-ci découle d'un **rapport de base,** qui peut être un contrat ou une gestion d'affaires sans mandat[1976].

1020 L'expression « représentation indirecte » est partiellement **trompeuse,** dans la mesure où les effets de l'acte accompli par le « représentant indirect » ont lieu dans sa propre sphère et où il ne représente donc personne[1977]. Pour que les effets se produisent dans la sphère du « représenté indirect », l'art. 32 al. 3 précise qu'il faut une cession de créance (art. 164 ss) ou une reprise de dette (art. 175 ss)[1978]. Un transfert de propriété ou d'un autre droit est également envisageable. Il faut réserver la solution spécifique de l'art. 401[1979].

1021 La représentation indirecte joue un **rôle pratique important,** notamment lorsque l'acte en cause revêt un caractère confidentiel et que la personne au profit de laquelle il est accompli ne veut pas apparaître dans telle ou telle transaction. Il en est ainsi lorsqu'une banque place à titre fiduciaire une somme d'argent confiée par un client[1980]. Elle sert également lorsque la relation de confiance existe uniquement entre le représentant et le tiers ou lorsque le représenté n'est pas autorisé à accéder aux affaires en question, notamment lorsqu'il s'agit de transactions boursières[1981].

1022 En règle générale, il faut admettre la **validité** des actes accomplis à titre de représentation indirecte, que ce soit dans le cadre d'une convention de prête-nom ou d'une convention de fiducie[1982]. Sont bien sûr réservés les cas de simulation ou de fraude à la loi[1983].

1975 KOLLER, N. 21.07.

1976 Dans ce sens, ZUFFEREY, op. cit. (n. 1537), N. 47 ss, qui mentionne la possibilité théorique de la loi, tout en admettant que le droit suisse ne connaît pas de cas d'application.

1977 ZK-KLEIN, N. 116 et 118 ad art. 32. Cf. toutefois, ZUFFEREY, op. cit. (n. 1537), N. 272, qui précise pourquoi cette expression est quand même justifiée.

1978 À ce sujet, cf. Vol III. Voir ég. ZUFFEREY, op. cit. (n. 1537), N. 124 ss.

1979 Cf. *infra* N. 1036 ss. Pour une autre distinction, avec le mandat d'encaissement, cf. ATF 119 II 452 cons. 1c et 1d.

1980 Pour un exemple, ATF 109 III 112 cons. 4, JT 1986 II p. 2.

1981 ENGEL, Obligations, p. 407 ; BaK-OR I-WATTER, N. 29 ad art. 32.

1982 Sur les pouvoirs conférés en vertu de ces conventions, cf. *infra* N. 1030 ss. Sur le contrat fiduciaire, cf. Vol. II.

1983 Cf. sur ce point YUNG WALTER, Simulation, fiducie et fraude à la loi, in Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel 1952, p. 139 ss, p. 153 ss.

II. Deux exemples légaux

Le **contrat de commission,** au sens des art. 425 ss, implique un rapport de représentation indirecte dans les opérations d'achat ou de vente de choses mobilières ou de papiers-valeurs[1984]. En effet, l'art. 425 al. 1 prévoit expressément que le commissionnaire se charge d'opérer, en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de choses mobilières ou de papiers-valeurs, moyennant un droit de commission. Il en est ainsi lorsqu'un commissionnaire achète pour le compte d'autrui une pièce dans une vente aux enchères. 1023

Le **contrat d'assignation,** au sens des art. 466 ss, combine deux autorisations et n'est pas un contrat au sens propre du terme[1985]. Dans cette figure, l'assigné agit pour le compte de l'assignant mais en son propre nom et est donc le représentant indirect de l'assignant[1986]. Ainsi, dans le cadre d'un virement bancaire en chaîne (virement interbancaire), la banque (assignée) du donneur d'ordre (assignant) est la représentante indirecte de celui-ci et traite en son propre nom avec la banque de l'assignataire[1987]. De même, dans un crédit documentaire, la banque (assignée) de l'acheteur (assignant) agit en son propre nom mais pour le compte de celui-ci : elle est donc sa représentante indirecte lorsqu'elle réceptionne les documents prévus dans l'accréditif et lorsqu'elle ouvre le crédit en faveur de l'assignataire[1988]. 1024

§ 2 Les conditions

I. L'acte « en son propre nom »

Du point de vue externe, c'est-à-dire vis-à-vis du tiers, le représentant indirect agit **en son propre nom**[1989]. Il manifeste, expressément ou 1025

1984 Pour plus de détails, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5191 et 5197 ss ; SCHÖNLE HERBERT, Vertragsrecht und Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters, in Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Tercier Pierre/Amstutz Marc/Koller Alfred/Schmid Jörg/Stöckli Hubert (édit.), Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 617 ss ; VON TUHR/PETER, p. 348 n. 4.

1985 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5539 s.

1986 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5558.

1987 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5635.

1988 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5644 ss.

1989 Comp. avec le représentant direct qui agit au nom du représenté, cf. *supra* N. 810 ss.

tacitement, sa volonté de s'obliger en personne[1990]. En cas de doute, l'interprétation objective fondée sur le principe de la confiance permet de déterminer au nom de qui le représentant a agi[1991]. Le moment pertinent est celui de la conclusion du contrat, non de son exécution[1992].

1026 Il faut distinguer le fait d'agir, d'une part juridiquement « au nom du » représenté et, d'autre part économiquement **« pour le compte de »** celui-ci. En effet, tant le représentant direct que le représentant indirect sont (économiquement) actifs pour le compte du représenté[1993]. En revanche, il importe de savoir « au nom de qui » le représentant a juridiquement accompli des actes. Lorsqu'une personne déclare uniquement opérer « pour le compte » d'un tiers, sans préciser si elle agit également « au nom » de celui-ci, la signification de cette expression n'est pas claire[1994]. Il en va de même lorsqu'une personne déclare s'exécuter « par mandat de » *(auftrags)*[1995]. Le cas échéant, il convient d'appliquer le principe de la confiance pour déterminer si le représentant avait ou non l'intention d'agir « au nom » du représenté. On tient compte des déclarations émises et des circonstances qui les ont précédées et accompagnées[1996]. Par exemple, dans les opérations de virements multiples, les banques intermédiaires sont des représentantes indirectes car elles effectuent des actes en leur propre nom[1997].

1027 En **pratique,** les échanges entre le représentant et le tiers constituent souvent un indice permettant de délimiter représentations directe et indirecte[1998]. Ainsi, un représentant qui se présente sous son propre nom, qui effectue des transactions sur son propre compte bancaire, qui correspond en utilisant toujours la première personne du singulier et qui fait tout

---

1990 ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêt du TF 4C.397/2006 du 5 juin 2007 cons. 3.

1991 BaK-OR I-WATTER, N. 30 ad art. 32 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 168 ad art. 32. Ég. arrêt du TF 4A_496/2014 du 11 février 2015 cons. 3.2.

1992 Dans ce sens, BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 170 ad art. 32 ; ZUFFEREY, op. cit. (n. 1537), N. 23.

1993 Cf. *supra* N. 735 et *infra* N. 1028. Ég. ATF 100 II 200 cons. 8 ; arrêt du TF 4C.134/2005 du 13 septembre 2005 cons. 2.

1994 Arrêt du TF 4C.436/1999 du 28 mars 2000 cons. 3b/aa, qui qualifie la distinction de « délicate ». Du même avis, notamment ZUFFEREY, op. cit. (n. 1537), N. 315.

1995 ATF 110 II 183 cons. 2a, JT 1985 I p. 223.

1996 ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêt du TF 4C.206/1997 du 12 novembre 1997 cons. 2b, SJ 1998, p. 221. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 25 ad art. 32. Sur l'interprétation d'une manifestation de volonté en vertu du principe de la confiance, cf. *supra* N. 647 ss.

1997 ATF 121 III 310 cons. 3, JT 1996 I p. 359.

1998 Arrêt du 23 octobre 1964 cons. 1, SJ 1966, p. 54. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 169 ad art. 32.

pour que l'identité du représenté ne soit pas divulguée, agit en son propre nom, donc comme représentant indirect[1999]. De même, un garagiste qui vend une voiture pour le compte d'un client et accepte en contrepartie de reprendre la voiture de l'acheteur, est un représentant indirect ; s'il se contentait de vendre la voiture du client au prix convenu, on pourrait envisager une représentation directe[2000]. Enfin, un architecte accomplit en principe des actes au nom de son mandant ; il s'agit d'une présomption de fait admise par la jurisprudence et la doctrine[2001].

II. L'acte « pour le compte du » représenté

Du point de vue interne, le représentant et le représenté (indirects) conviennent que l'acte accompli par le représentant produise des **effets économiques en faveur du représenté.** Le représentant agit sur la base de la relation (contrat) qu'il entretient avec le représenté. Il peut aussi entreprendre spontanément une gestion d'affaires pour le compte du représenté indirect[2002]. 1028

Il n'est **pas déterminant que le tiers soit conscient** du fait que le représentant (indirect) agit économiquement pour le compte du représenté[2003]. Cette connaissance ne crée donc pas pour autant un rapport de représentation directe. 1029

III. Les pouvoirs de représentation (indirecte) ?

D'un point de vue **économique,** le représentant (indirect) doit obtenir du représenté l'autorisation d'agir en tant que tel, faute de quoi les effets (économiques) voulus par le représentant ne se produiront pas. L'**octroi des pouvoirs** découle souvent du rapport de base unissant représentant et représenté : il peut notamment s'agir d'un contrat de travail (art. 319 ss), 1030

1999 Cour de justice Genève, 7 novembre 1952, SJ 1954, p. 201 (p. 206).

2000 Arrêt du TF du 12 novembre 1997 cons. 2c, SJ 1998, p. 221.

2001 Arrêt du TF 4A_376/2011 du 14 mars 2012 cons. 4.2.3. Ég. ZUFFEREY MATHIEU, L'architecte face aux entrepreneurs : acte en nom propre ou acte au nom du maître de l'ouvrage ?, DC 2019, p. 7.

2002 ENGEL, Obligations, p. 410.

2003 ATF 100 II 200 cons. 8a. Ég. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 175 ad art. 32 ; DROIN, op. cit. (n. 1973), p. 54 ; BaK-OR I-WATTER, N. 30 ad art. 32 ; ZUFFEREY, op. cit. (n. 1537), N. 97.

d'un mandat (art. 394 ss et art. 396 al. 2), d'une gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss) ou d'un contrat de société simple (art. 530 ss)[2004].

1031 D'un point de vue **juridique,** vu que le représentant agit en son propre nom et qu'il est, au moins dans un premier temps, lié personnellement au tiers, l'existence des pouvoirs de représentation n'est **pas une condition** de la validité et de l'efficacité de ses actes[2005].

IV. La capacité civile et celle de disposer du représentant

1032 Vu que le représentant (indirect) agit en son propre nom, il doit en particulier disposer de la **capacité civile active** (art. 12 et 17 ss CC)[2006].

1033 Si le représentant (indirect) aliène quelque chose, il doit également être titulaire de la **capacité de disposer**[2007]. S'il s'agit d'une chose mobilière ou d'un titre au porteur, il doit donc être en possession de l'objet appartenant au représenté. En cas d'aliénation d'un bien immobilier ou d'une créance individualisée en faveur du représenté indirect, seul ce dernier (ou un représentant direct agissant en son nom) peut effectuer l'acte de disposition. En revanche, l'acquisition d'un immeuble ou d'une créance par le représentant (indirect) ne pose pas de difficultés particulières : il en devient propriétaire avant de transférer ensuite la propriété au représenté.

§ 3 Les effets

I. Le principe

1034 Dans les **rapports externes,** l'acte accompli par le représentant indirect ne déploie **aucun effet dans la sphère du représenté,** et cela même si le tiers sait que le représentant, qui agit en son propre nom, ne le

---

2004 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 175 s. ad art. 32. Pour des exemples de contrats pouvant donner naissance à la représentation indirecte, cf. ZUFFEREY, op. cit. (n. 1537), N. 55 ss.

2005 ENGEL, Obligations, p. 408 ; ZUFFEREY, op. cit. (n. 1537), N. 218.

2006 DROIN, op. cit. (n. 1973), p. 42 ; ZUFFEREY, op. cit. (n. 1537), N. 216 ; Comp., pour la représentation directe, *supra* N. 931.

2007 DROIN, op. cit. (n. 1973), p. 42 s.

fait pas pour son compte mais pour celui du représenté[2008]. Seuls le représentant et le tiers deviennent créanciers et débiteurs l'un de l'autre[2009].

Les **rapports internes** entre représentant et représenté indirects découlent du rapport de base les unissant. Ce rapport entraîne pour eux l'obligation de procéder aux actes juridiques adéquats, soit par le transfert du résultat final, soit par le transfert des droits et obligations y afférents. Dans la première hypothèse, le représentant indirect procède à une exécution totale puis transfère son résultat économique au représenté[2010]. Dans la seconde, visée par l'art. 32 al. 3, le représentant indirect procède, avant l'exécution, aux cessions de créance (art. 164 ss), aux reprises de dette (art. 175 ss), voire aux transferts de contrats, y compris aux transferts de choses, de telle sorte que le but économique visé par les parties soit atteint[2011]. Nous soulignons que la reprise de dette (externe) par le représenté nécessite l'accord du tiers[2012]. Pour que le représenté acquière les profits et les charges de l'acte accompli par le représentant, un transfert est nécessaire. 1035

II. L'exception légale de l'article 401

Pour assurer l'efficacité de la représentation indirecte et permettre de réunir les titularités économique et juridique, l'**art. 401** prévoit un régime spécial applicable lorsqu'un mandat unit le représentant au représenté[2013]. 1036

La règle légale, de droit dispositif, tend à améliorer la situation juridique du mandant. Elle prévoit d'une part, une **cession légale au profit du mandant** (représenté indirect) des créances acquises par le mandataire 1037

2008 ATF 126 III 59 cons. 1b ; 100 II 200, not. cons. 8, où le TF précise que, dans le cadre d'un contrat d'ouverture de compte, la banque n'a pas à rechercher si le représentant se conforme aux ordres du représenté. Ég. arrêt du TF 4C.436/1999 du 28 mars 2000 cons. 3b/aa.

2009 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 178 ad art. 32.

2010 DROIN, op. cit. (n. 1973), p. 118 ; ZUFFEREY, op. cit. (n. 1537), N. 120 ss.

2011 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 22 s. ad art. 32. Pour plus de détails sur le transfert au représenté par le représentant des droits et obligations issus du contrat qu'il a conclu avec le tiers, cf. DROIN, op. cit. (n. 1973), p. 117 ss.

2012 BaK-OR I-WATTER, N. 31 ad art. 32. Cf. Vol. III.

2013 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 4501 ss, 4505. Ég. ZUFFEREY, op. cit. (n. 1537), N. 754, pour qui cette norme doit s'appliquer à tous les cas de représentation indirecte.

(représentant indirect) (art. 401 al. 1 et 2)[2014] et, d'autre part, en cas de faillite du mandataire, un **droit de distraction** sur les biens mobiliers acquis par celui-ci en son propre nom mais pour le compte du mandant (art. 401 al. 3). La cession légale tend au transfert de sommes d'argent, de choses mobilières, y compris des droits sociaux pécuniaires, acquis par le mandataire[2015]. Encore faut-il que le mandant ait satisfait à ses obligations contractuelles ; la précision est importante dans les contrats fiduciaires[2016].

[2014] Arrêt du TF 4C_136/2004 du 13 juillet 2004 cons. 2.2.2.1. Ég. Huguenin, N. 1032.
[2015] Pour plus de détails, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 4501 ss. Ég. ZUFFEREY, op. cit. (n. 1537), N. 459 ss et plus particulièrement, N. 575 ss.
[2016] ATF 99 II 393 cons. 6, JT 1974 I p. 588. Sur le contrat fiduciaire, cf. Vol. II.

Cinquième partie : L'enrichissement illégitime

Chapitre I : Quelques généralités

Bibliographie spéciale :

AEBLI, LEO, Die ungerechtfertigte Bereicherung nach schweizerischem Obligationenrecht, thèse Aarau 1912 ; **BERGER,** N. 2030 ss ; **BUCHER,** Rapport, p. 330 ss ; **BUZ,** VEDA, Rückforderung von Zuvielleistungen, PJA 2016, p. 899 ss ; CoRo-CO I-**CHAPPUIS,** Intro. art. 62-67 N. 1 ss, N. 1 ss ad art. 62 ; **CHAPPUIS,** BENOÎT, L'enrichissement illégitime dans le CO 2020, RSDA 1/2015, p. 314 ss ; **DEDUAL,** ALESSIA, Bereicherungsrechtliche Rückgewähr von Zuvielleistungen ?, recht 2019, p. 274 ss ; **DUNAND,** JEAN-PHILIPPE/ **PICHONNAZ,** PASCAL, Le droit romain de A à Z, collection « Quid Iuris ? », Genève/ Zurich/Bâle 2018 ; **ENGEL,** Obligations, p. 581 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 15 N. 1 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 1465 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/TERCIER,** N. 1065 ss ; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY,** p. 219 ss ; Handkommentar-OR/**HAHN,** N. 1 ss ad art. 62 ; **HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL,** N. 1 ss ad art. 62 ; **HUGUENIN,** N. 1767 ss ; **KOLLER**, N. 30.01 ss ; **KREN KOSTKIEWICZ ET ALII/SCHWANDER,** N. 1 ss ad art. 62 ; **NIETLISPACH**, MARKUS, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht : Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, thèse Zurich, Berne 1994 ; BaK-OR I-**SCHULIN/VOGT**, N. 1 ss ad art. 62 ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 55.01 ss ; **SIEBER,** LORENZ, Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten, thèse Berne 2015, p. 1 ss ; **TERCIER/BIERI/CARRON,** N. 5302 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 1938 ss ; **VON TUHR/PETER,** p. 472 ss, 512 ss ; **VOSER,** NATHALIE, Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen : erläutert am Beispiel der Anweisung, thèse d'habilitation Bâle 2006.

§ 1 La notion

I. La définition et la nature

L'**art. 62** prévoit que « celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution »[2017]. 1038

[2017] Pour une présentation historique de cette institution, cf. SIEBER LORENZ, Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten, thèse Berne 2015, p. 7 ss ; VOSER NATHALIE, Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen : erläutert am Beispiel der Anweisung, thèse d'habilitation Bâle 2006, p. 103 ss.

1039 On parle d'**enrichissement illégitime** *(ungerechtfertigte Bereicherung)* lorsqu'une personne bénéficie, sans cause légitime, d'un avantage patrimonial aux dépens d'une autre[2018]. Le cas échéant, l'enrichi peut être tenu à restitution.

1040 Les art. 62 ss constituent une **source indépendante** d'obligations, au même titre que le contrat (art. 1 ss), l'acte illicite (art. 41 ss et les lois spéciales), la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss) ainsi que des dispositions du Code civil qui imposent des obligations patrimoniales personnelles[2019]. Comme la responsabilité civile extracontractuelle, il s'agit d'une source **légale** d'obligations[2020].

1041 L'art. 62 est une **clause générale,** qui laisse une large place à l'interprétation et dont la pratique doit préciser les contours. Or l'absence de jurisprudence détaillée, de surcroît rendue dans des domaines très divers, ne facilite pas la tâche du juriste soucieux de reconstruire le système cohérent que devraient mettre en place les tribunaux, au besoin en se fondant sur les contributions doctrinales[2021].

II. Les caractéristiques

1042 L'institution de l'enrichissement illégitime présente des caractéristiques propres quant aux parties (A.), aux conditions d'application (B.), aux effets (C.), à la fonction (D.) et au champ d'application (E.).

A. Quant aux parties

1043 Le rapport juridique d'enrichissement illégitime met en principe en présence **deux parties,** soit :

- un **débiteur,** l'enrichi, aussi appelé *accipiens* selon la tradition latine ; il est tenu à restitution et occupera en principe la position de défendeur en cas de procès.

2018 Dans ce sens, CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 6.
2019 Cf. *supra* N. 532 ss. Ég. arrêt du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.1.
2020 BERGER, N. 2035 ; FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 15 N. 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 1940 ss.
2021 Dans ce sens, CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 1 ad art. 62.

– un **créancier,** le titulaire du patrimoine aux dépens duquel l'enrichissement a lieu, également appelé *solvens* ou *tradens* dans la tradition latine ; il est titulaire d'une créance en restitution et agira en principe comme demandeur dans un procès[2022].

Les parties ne doivent pas nécessairement avoir l'exercice des droits civils, en particulier la capacité de discernement (art. 16 CC)[2023]. En revanche, la **bonne ou mauvaise foi** de l'enrichi détermine l'étendue de la restitution due[2024]. 1044

B. Quant aux conditions d'application

L'application des art. 62 ss exige la réunion de **quatre conditions matérielles** générales : 1045

– l'existence d'un enrichissement ;

– le fait que l'enrichissement se produise aux dépens d'autrui ;

– l'absence de cause légitime ;

– l'absence de cause d'exclusion de la restitution.

Ces conditions ne sont **pas incontestées.** Plusieurs jugements et avis doctrinaux mentionnent l'exigence d'un appauvrissement en lieu et place de la deuxième condition, ainsi qu'une condition supplémentaire, consistant en un lien de connexité entre l'enrichissement et l'appauvrissement. Nous expliquons plus bas pourquoi nous ne retenons pas ces conditions[2025]. 1046

C. Quant aux effets

Si les conditions susmentionnées sont réunies, le créancier dispose d'une **créance en restitution** (également appelée créance en répétition) de l'enrichissement illégitime contre l'enrichi. Cette créance est relative et 1047

2022 Précisons que les termes latins utilisés se rapportent aux cas d'enrichissement découlant d'un acte d'attribution (cf. *infra* N. 1089 ss).

2023 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1478a.

2024 Cf. *infra* N. 1189 ss, 1197 ss.

2025 Cf. *infra* N. 1097 ss.

personnelle, ainsi que subsidiaire par rapport à d'autres prétentions réelles, contractuelles, voire extracontractuelles[2026].

1048 Le titulaire de la créance peut demander au juge de condamner le débiteur dans le cadre d'une **action** appelée *condictio* (du latin *condicere*, réclamer ; en allemand : *Kondiktion* ou *Bereicherungsklage*)[2027].

D. Quant à la fonction

1049 Les règles régissant l'enrichissement illégitime tendent à **rétablir un déséquilibre patrimonial** dénué de cause juridique valable[2028]. Notons que l'ancienne pratique limitait cette fonction aux cas où, outre le fait que le déplacement de patrimoine était dénué de cause juridique valable, l'appauvrissement d'une personne résultait directement de l'enrichissement d'une autre[2029]. Nous reviendrons sur cette question[2030].

1050 Les règles sur l'enrichissement illégitime jouent un **rôle propre** dans le paysage des sources des obligations, dans la mesure où elles ne reposent pas sur un reproche moral à l'encontre de l'enrichi et ne sanctionnent pas la violation d'une norme de comportement par celui-ci. Elles n'exigent donc ni la faute ni la mauvaise foi de l'enrichi, au contraire de la responsabilité contractuelle et aquilienne ou encore de la gestion d'affaires sans mandat[2031]. En pratique, les règles sur l'enrichissement illégitime permettent souvent de restituer des paiements opérés par erreur, ainsi que des prestations déjà exécutées par une partie sans savoir qu'un vice affectait la formation du contrat et entraînait sa nullité[2032].

1051 Les art. 62 ss font nécessairement appel à la notion d'**équité**[2033]. La jurisprudence du TF n'est toutefois pas parfaitement claire à ce sujet.

2026 ATF 137 III 243 cons. 4.4.1, JT 2014 II p. 443 ; 130 III 504 cons. 6.1. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 7 (critique à ce sujet), N. 29 ss ad art. 62 et les réf. cit. ; ENGEL, Obligations, p. 583 ; HUGUENIN, N. 1769. Cf. *infra* N. 1058 ss.

2027 Sur la *condictio* du droit romain, cf. DUNAND JEAN-PHILIPPE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit romain de A à Z, collection « Quid Iuris ? », Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 35 ss.

2028 Dans ce sens, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1465 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 11.

2029 ATF 117 II 404 cons. 3d, JT 1993 I p. 66 ; 64 II 121 cons. 5f, JT 1938 I p. 599. Ég. OFTINGER/JEANPRÊTRE, N. 85d/aa.

2030 Cf. *infra* N. 1097 ss.

2031 CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 11.

2032 Cf. *infra* N. 1122.

2033 ATF 70 II 117 cons. 1, JT 1944 I 442 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 13.

D'une part, le TF dit que la répétition de l'indu ne doit pas servir de moyen de fortune pour remédier à des situations inéquitables et que le recours à l'équité ne peut se concevoir que s'il n'existe pas d'autres moyens pour corriger des résultats choquants, faute de quoi la sécurité du droit serait mise en danger[2034]. D'autre part, il affirme que les art. 62 ss visent à « corriger les effets du paiement lorsque la situation juridique qui en découle n'est pas conforme à la justice matérielle, les considérations d'équité jouant dans ce domaine un rôle déterminant »[2035]. Ce point de vue s'est en particulier manifesté lorsque les juges ont refusé d'appliquer l'art. 63 à la restitution de prestations déjà exécutées volontairement dans le cadre d'un contrat synallagmatique que l'on savait inefficace[2036], se référant uniquement à l'art. 62 pour éviter un résultant choquant à leurs yeux[2037].

E. Quant au champ d'application

1052 En **droit civil**, les art. 62 ss sont particulièrement adaptés aux cas d'enrichissement unilatéral, notamment à la restitution de transferts patrimoniaux (autres que ceux qui ont pour objet une chose mobilière ou immobilière[2038]) effectués sans cause par une partie, ou d'avantages découlant de l'utilisation illégitime d'un droit de propriété intellectuelle appartenant à un tiers. En revanche, ils sont moins ajustés aux cas d'enrichissement bilatéral, notamment lorsqu'il faut restituer les prestations déjà exécutées d'un contrat synallagmatique inefficace[2039]. Dans ce cas, il faut adapter, voire substituer d'autres institutions (rapport de liquidation contractuel, résiliation *ex nunc*, contrat de fait) au régime de l'enrichissement illégitime[2040].

1053 Les art. 62 ss régissent la restitution de l'enrichissement illégitime en droit privé. Ils codifient toutefois des principes généraux du droit, qui

---

2034 ATF 117 II 404 cons. 3d, JT 1993 I p. 66. Dans ce sens, arrêt du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.1.

2035 Arrêt du TF du 23 décembre 1993 cons. 4b, SJ 1994, p. 269. Ég. ATF 82 II 430 cons. 9b, JT 1957 I p. 544 ; 73 II 108, JT 1947 I p. 408.

2036 Cf. *infra* N. 1151.

2037 ATF 115 II 28 cons. 1a, JT 1989 I p. 172.

2038 Cf. *infra* N. 1059.

2039 KOLLER, N. 30.02.

2040 Pour des cas d'adaptation, cf. *infra* N. 1151 (art. 63), *infra* N. 1197 ss (art. 64). Pour des substitutions, cf. *infra* N. 1065 (rapport de liquidation contractuel), N. 1062 et 1161 (résiliation *ex nunc*), N. 1160 (rapport contractuel de fait).

s'appliquent également en **droit public**[2041], y compris en droit des assurances sociales[2042]. Selon la jurisprudence, l'obligation de restituer l'indu en droit public se fonde en premier lieu sur les dispositions des lois spéciales qui la prévoient et, de manière subsidiaire, sur les règles générales de l'enrichissement illégitime au sens des art. 62 ss[2043]. Dès que l'on soumet une obligation de restituer à ces dispositions, il faut en principe les appliquer avec leurs avantages et inconvénients, quand bien même elles s'insèrent dans un système régi en partie par le droit public[2044].

1054 L'interface entre enrichissement illégitime et **droit pénal** se manifeste avant tout par rapport à l'art. 141*bis* CP (utilisation sans droit de valeurs patrimoniales) qui incrimine « celui qui, sans droit, [a] utilisé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales tombées en son pouvoir indépendamment de sa volonté ». En application du principe de subsidiarité du droit pénal par rapport au droit civil, le TF a admis que les intérêts de l'ayant droit sont suffisamment sauvegardés par l'action civile en répétition de l'indu, que le refus, simple mais ferme, de restituer des valeurs patrimoniales, sans autres actes d'obstruction ou de dissimulation ne constitue pas une « utilisation » répréhensible au sens de l'art. 141*bis* CP[2045]. Il ne donne donc pas matière à une action délictuelle fondée sur l'art. 41, en concours avec l'action en répétition de l'indu. Par conséquent, c'est uniquement le délai de prescription de l'art. 67 qui s'applique, à l'exclusion du délai plus long de l'action pénale prévu à l'art. 60 al. 2.

2041 ATF 144 II 412 cons. 3.1 ; 135 II 274 cons. 3.1, traduit à la RDAF 2010 II p. 168 ; 127 V 252 cons. 4a ; 88 I 213, JT 1963 I p. 293 ; 78 I 86 cons. 4. Ég. arrêt du TF 2C_678/2012 du 17 mai 2013 cons. 2.3 (application par analogie).

2042 ATF 139 V 82 cons. 3.3.2 ; 138 V 426 cons. 5.1. Cf. toutefois ATF 147 V 10 cons. 4.2, en lien avec l'art. 26 al. 4 LPP.

2043 ATF 138 V 426 cons. 5.1 ; 128 V 236 cons. 2 ; 128 V 50 cons. 2. Ég. ATF 142 V 358 cons. 6.1 et arrêts du TF 6B_1324/2018 et 6B_22/2019 du 22 mars 2019 cons. 5.4 et 5.5, en lien avec l'introduction de l'art. 35*a* LPP, qui a supplanté les art. 62 ss CO pour la restitution des prestations LPP touchées indûment.

2044 ATF 130 V 414 cons. 3.2. Cf. toutefois l'ATF 144 II 412 cons. 3.4.4 où le TF adapte le régime de l'art. 67 applicable, en fixant le délai relatif à 1 an et le délai absolu à 5 ans.

2045 ATF 141 IV 71 cons. 7 et 8, où une cliente refusait de restituer à un notaire un montant que celui-ci lui avait versé sans cause, mais pour lequel il avait tardé à réclamer la restitution de telle sorte que le délai de prescription de l'art. 67 était échu.

III. Quelques distinctions

En se fondant sur les **causes** de l'enrichissement illégitime, on distingue les **deux catégories** suivantes : 1055

1° L'enrichissement **provenant d'un acte du créancier.** En allemand, on parle de *Leistungskondiktion*[2046]. Dans cette hypothèse, le créancier adopte volontairement un comportement et s'en trouve appauvri[2047]. 1056

2° L'enrichissement **ne provenant pas d'un acte du créancier.** En allemand, on parle de *Nichtleistungskondiktion*[2048]. Dans cette hypothèse, l'enrichissement ne dépend pas de la volonté du créancier, mais du hasard (*Zufallskondiktion*) ou d'un acte du débiteur (enrichi) qui s'immisce sans cause légitime dans le patrimoine du créancier *(Eingriffskondiktion)*[2049]. 1057

IV. Quelques délimitations

En définissant l'enrichissement illégitime, on a dit qu'il constituait une source d'obligations[2050]. Le TF et une partie de la doctrine soulignent toutefois qu'il s'agit d'une **source subsidiaire**[2051], raison pour laquelle il se justifie de délimiter les prétentions en restitution de l'enrichissement illégitime des prétentions réelles (A.), contractuelles (B.), délictuelles en dommages-intérêts (C.), ainsi que celles fondées sur la gestion d'affaires sans mandat (D.). 1058

2046 Cf. *infra* N. 1089 s.

2047 Arrêt du TF 4C.279/2003 du 3 mai 2005 cons. 3.2.

2048 Cf. *infra* N. 1091 ss.

2049 Cf. *infra* N. 1093 s. et 1095 s. Sur les sortes de *Kondiktionen* et, en particulier, sur l'*Eingriffskondiktion,* cf. NIETLISPACH MARKUS, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht : Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, thèse Zurich, Berne 1994, p. 159 ss. Ég. HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 20 ad art. 62, qui proposent en sus les catégories de l'*Aufwendungskondiktion* et de la *Dritteingriffskondiktion,* tout en reconnaissant que ces catégories cèdent souvent le pas à la gestion d'affaires sans mandat.

2050 Cf. *supra* N. 1040.

2051 ATF 137 III 243 cons. 4.2, JT 2014 II p. 443 ; 102 II 329 cons. 5c, JT 1977 I p. 322. Critiques, CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 7 ; CHAPPUIS, BENOÎT, L'enrichissement illégitime dans le CO 2020, RSDA 1/2015, p. 314 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1499 et les réf. cit. Cf. aussi *supra* N. 1047.

A. Par rapport aux prétentions réelles (art. 641 ss CC)

1059 Tant qu'un propriétaire est admis à revendiquer une chose (mobilière ou immobilière) en se fondant sur son droit de propriété, sa **prétention réelle a la priorité** sur une éventuelle créance fondée sur l'enrichissement illégitime[2052]. En effet, les conditions des art. 62 ss ne sont pas réunies : le possesseur de la chose n'est **pas enrichi**[2053], de même que le créancier n'est pas appauvri (si l'on considère qu'il s'agit d'une condition de l'enrichissement illégitime)[2054].

1060 Par **exemple,** si un acte juridique (ex. : un contrat) fondant le transfert de propriété est nul, celle-ci ne passe pas en vertu du principe de causalité applicable tant en matière immobilière (art. 974 al. 2 CC) que mobilière[2055]. Par conséquent, l'acquéreur n'est que possesseur de la chose et le propriétaire peut la revendiquer (art. 641 al. 2 CC) ou exiger la rectification de l'inscription au RF (art. 975 CC)[2056]. En outre, les art. 938 ss CC régissent les éventuelles compensations dues pour l'utilisation sans titre de la propriété ou pour les impenses[2057]. Faute d'enrichissement de l'acquéreur, les art. 62 ss ne s'appliquent pas.

1061 En revanche, lorsque le créancier ne dispose **pas d'une prétention réelle,** il peut invoquer les dispositions de l'enrichissement illégitime. On pense aux situations où l'acquéreur devient propriétaire par spécification (art. 726 CC), adjonction ou mélange (art. 727 CC), lorsqu'il a consommé la chose ou lorsqu'il en a transféré la propriété à un tiers protégé dans sa bonne foi (art. 714, 884 al. 2, 933 et 973 CC), ou encore lorsque la

---

2052 ATF 135 III 474 cons. 3.3.1, JT 2011 II p. 551 ; 110 II 228 cons. 2d, JT 1985 I p. 626 ; 84 II 369 cons. 4a ; arrêt du TF 4A_581/2012 du 29 août 2013 cons. 2.3.1. Ég. BaK-OR I- SCHULIN/VOGT, N. 37 ad art. 62.

2053 Cf. *infra* N. 1085 ss.

2054 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 30 ss ad art. 62. Il en va de même pour une obligation réelle, p. ex. celle fondée sur l'art. 649 al. 2 CC (ATF 119 II 330 cons. 7). Au sujet des conditions applicables, cf. *supra* N. 1046 et renvois.

2055 ATF 121 III 345 cons. 2a, JT 1997 I p. 39. Déjà, ATF 55 II 302 cons. 2, JT 1930 I p. 535 en matière mobilière. Ég. CHAPPUIS, RSDA, p. 315 ; STEINAUER II, N. 2957 et réf. cit. Sur la distinction entre la cause et l'acte de disposition pour les droits réels, cf. *supra* N. 702 ss.

2056 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 32 ad art. 62.

2057 ATF 84 II 369 cons. 4a.

chose a été détruite[2058]. Dans ces cas, l'enrichi devra restituer son enrichissement illégitime si les conditions des art. 62 ss sont réunies[2059].

Dans les **contrats synallagmatiques de cession d'usage ou de transfert** dont on constate l'inefficacité après que des prestations ont déjà été effectuées (ex. : un bail nul pour vice de forme), la restitution de celles-ci devrait combiner une prétention réelle (ex. : pour l'objet mis à bail) et une prétention fondée sur l'enrichissement illégitime (ex. : pour le loyer). Dans ce cas, le locataire de bonne foi ne devrait payer aucune indemnité pour l'utilisation de la chose à restituer (art. 938 al. 1 CC), alors que le bailleur devrait à la fois rembourser le loyer et payer des intérêts pour la période pendant laquelle il a bénéficié de l'argent[2060]. S'écartant de cette approche, le TF admet parfois une relation contractuelle de fait[2061], durant laquelle une rémunération, voire une indemnisation pour utilisation extraordinaire de la chose doivent être payées[2062]. Dans une jurisprudence plus récente[2063], le TF s'est distancié de la relation contractuelle de fait, préférant attribuer à l'invalidation un effet *ex nunc* semblable à celui d'une résiliation, ce qui exclut tant les prétentions réelles que celles fondées sur l'enrichissement illégitime pour la période précédant la fin du contrat[2064]. 1062

B. Par rapport aux prétentions contractuelles (art. 97 ss)

Il ne peut pas y avoir concours entre une prétention contractuelle (en exécution ou en dommages-intérêts pour cause d'inexécution) et une autre découlant de l'enrichissement illégitime. En effet, un contrat efficace représente une **cause juridique légitime d'enrichissement,** alors que les art. 62 ss supposent précisément qu'il n'y en ait pas[2065]. Le principe de **sub-** 1063

2058 ENGEL, Obligations, p. 583 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1502 et les réf. cit.

2059 Cf. art. 64 CO. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1502 et les réf. cit.

2060 Cf. *infra* N. 1067.

2061 Au sujet de la relation contractuelle de fait, cf. *infra* N. 1066 et Vol. II. Ég. ATF 119 II 437 cons. 3b/bb ; arrêt du TF 4A_276/2018 du 22 juillet 2019 cons. 3.1.

2062 ATF 110 II 244 cons. 2c ; arrêt du TF du 8 octobre 1997 cons. 2c, SJ 1998, p. 109. Ég. Handkommentar-OR/HAHN, N. 40 ad art. 62.

2063 Cf. *infra* N. 1160 s.

2064 ATF 129 III 320 cons. 7.1.2 et 7.1.3, JT 2003 I p. 331 ; arrêt du TF 4A_335/2018 du 9 mai 2019 cons. 5.2.1. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 49 ad art. 62 et les réf. cit.

2065 ATF 135 III 289 cons. 6 ; 130 III 504 cons. 6.1 ; 127 III 421 cons. 3, JT 2002 I p. 318. Déjà ATF 93 II 453 cons. 4 ; 70 II 117 cons. 1, JT 1944 I 442. Cf. *supra* N. 1045 et *infra* N. 1116 ss.

sidiarité s'applique[2066] : la prétention de nature contractuelle exclut une prétention découlant des art. 62 ss[2067].

1064 En cas d'inexécution contractuelle, les **enjeux** principaux de la délimitation concernent d'une part l'exigence de la faute – nécessaire à la responsabilité contractuelle[2068] et inconnue de la restitution de l'enrichissement illégitime – et, d'autre part, le délai de prescription applicable, fondé sur les art. 127 s. pour une créance contractuelle et sur l'art. 67 pour l'enrichissement illégitime[2069].

1065 Au cours des dernières décennies, plusieurs affaires ayant trait au délai de prescription[2070] ont provoqué une **réduction du champ d'application** des règles sur l'enrichissement illégitime au profit des dispositions contractuelles[2071]. En vertu de la théorie de la transformation *(Umwandlungstheorie),* la restitution de prestations effectuées en vertu d'un contrat affecté d'un vice d'exécution repose désormais sur le rapport de liquidation contractuel, qui exclut les prétentions en enrichissement illégitime[2072]. Cela dit, toute restitution dans le contexte d'un contrat n'a pas nécessairement un fondement contractuel[2073] ; il reste une place pour les règles sur l'enrichissement illégitime[2074].

2066 ATF 137 III 243 cons. 4.4.1, JT 2014 II p. 443 ; 129 III 264 cons. 4.1 ; 126 III 119 cons. 3b, JT 2000 I p. 630. Ce principe n'est pas incontestable et une partie de la doctrine critique ce principe (CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 36 ad art. 62 et les réf. cit. ; HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 8 ad art. 62 et les réf. cit.). Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1499, qui citent un certain nombre d'auteurs, sans se rallier à leur point de vue. Au sujet du principe de subsidiarité, cf. ég. *supra* N 1047 et 1058.

2067 ATF 133 III 356 cons. 3.2.1, JT 2008 I p. 91 ; 130 III 504 cons. 6.1 ; 127 III 421 cons. 3, JT 2002 I p. 318 ; 126 III 119 cons. 3b, JT 2000 I p. 630, qui souligne que la créancière n'est pas non plus appauvrie.

2068 Nous laissons de côté ici les cas de responsabilité contractuelle sans faute (ex. : art. 101 et 104).

2069 ATF 135 III 289 cons. 6.1 ; 133 III 356 cons. 3.2.1, JT 2008 I p. 91. Cf. *infra* N. 1220 ss.

2070 Cf. *infra* N. 1066.

2071 ATF 137 III 243 cons. 4.4.1, JT 2014 II p. 443 ; 129 III 264 cons. 4.1 ; 126 III 119 cons. 3c, JT 2000 I p. 630. Cf. toutefois ATF 127 III 421 cons. 3c/bb, JT 2002 I p. 318, qui modère partiellement cette tendance.

2072 ATF 137 III 243 cons. 4.4.2, JT 2014 II p. 443.

2073 ATF 137 III 243 cons. 4.4.1, JT 2014 II p. 443.

2074 Dans ce sens, arrêt du TF 4A_224/2012 du 3 décembre 2012 cons. 5.3 i.f., qui rappelle qu'il faut bien déterminer les faits et le fondement de la restitution.

En guise d'illustrations, les **règles contractuelles** s'appliquent, à l'exclusion des art. 62 ss : 1066

- lorsque des acomptes – par nature provisoires – sont payés en vertu d'un contrat valablement conclu[2075], qu'un devoir d'établir un décompte existe, et que le décompte final fait apparaître un solde favorable en faveur d'une partie[2076] ;
- lorsqu'une partie utilise de bonne foi et dans son propre intérêt une prestation d'autrui qui lui était destinée mais qu'il ne s'agissait encore que d'une offre[2077] ;
- lorsqu'un vendeur exige de l'acheteur le prix convenu d'une chose déjà livrée, même s'il a d'abord erronément adressé une facture trop basse[2078] ;
- lorsqu'une partie exige la restitution d'une partie de la rémunération payée, en cas de défaut de la chose vendue (art. 205), de la chose louée (art. 259*d*) ou de l'ouvrage (art. 368 al. 2)[2079] ;
- lorsqu'une partie réclame le remboursement de la prestation déjà exécutée, en cas de résolution d'un contrat synallagmatique pour demeure qualifiée (art. 107 ss)[2080], la question étant controversée

---

2075 La solution est différente si les acomptes sont payés en vue d'un contrat non encore conclu ou si le contrat est soumis à une condition suspensive (*infra* N. 1067).

2076 ATF 127 III 421 cons. 3, JT 2002 I p. 318 ; 126 III 119 cons. 3d, JT 2000 I p. 630 ; 130 III 504 cons. 6.4 ; arrêt du TF 4A_89/2012 du 17 juillet 2012 cons. 3.2.2. Ég. ATF 133 III 356 cons. 3.2.2, JT 2008 I p. 91 qui concerne la situation après bouclement du décompte. D'un autre avis : ATF 107 II 220 cons. 3b, JT 1982 I p. 598. Critique à ce sujet, BUCHER, Rapport, p. 331. En faveur d'une application plus large du rapport de liquidation contractuel à toutes les prestations versées en trop dans le cadre d'un contrat, BUZ VEDA, Rückforderung von Zuvielleistungen, PJA 2016, p. 899 ss.

2077 ATF 119 II 40 cons. 2b, en lien avec des plans reçus par le maître de l'ouvrage dans le cadre d'une offre faite par un architecte et finalement déclinée si l'on admet une *culpa in contrahendo* ou l'existence d'un contrat partiel portant sur l'étude préliminaire, passé par actes concluants. Cf. ég. arrêt du TF 4A_42/2010 du 19 mars 2010 cons. 2.1.

2078 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1508.

2079 ATF 130 III 504 cons. 6.3 ss ; arrêt du TF 4A_89/2012 du 17 juillet 2012 cons. 3.2.3.

2080 ATF 114 II 152 cons. 2d, JT 1988 I p. 523 ; 137 III 243 cons. 4.4.2, JT 2014 II p. 443. Cf. ég. arrêt du TF 4A_197/2018 du 13 décembre 2018 cons. 3.3. Pour une explication détaillée de l'évolution historique et des critiques, cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1567 ss.

pour une résolution prononcée dans le cadre de la garantie pour les défauts[2081] ;

- lorsqu'une condition résolutoire (art. 154) se réalise et que des prestations ont déjà été exécutées, selon la conception la plus récente à laquelle nous nous rattachons[2082] ;
- lorsque l'on admet l'existence d'une relation contractuelle de fait[2083], par exemple pour calculer l'indemnité pour occupation illicite des locaux due par une chose non restituée à la fin d'un bail[2084].

1067 En revanche, les **règles sur l'enrichissement illégitime** demeurent applicables lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen de rétablir la situation de droit (ex. : une action en revendication)[2085], notamment :

- lorsqu'une prestation a été effectuée par erreur en faveur d'un non-créancier[2086] ;
- lorsque des acomptes ont été versés en vue de l'exécution d'un contrat non encore conclu, si le contrat ne vient pas à chef, par exemple parce qu'il est soumis à une exigence de forme et qu'une des parties décède[2087] ;

2081 Handkommentar-OR/HAHN, N. 38a ad art. 62. En faveur des règles de l'enrichissement illégitime et de la revendication réelle, CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 41 ad art. 62 et les réf. cit. En faveur des règles contractuelles du rapport de liquidation, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 775 ; CoRo-CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N. 10 ad art. 205.

2082 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 4006 ; CoRo-CO I-PICHONNAZ, N. 20 ss ad art. 154 et les réf. cit.

2083 Cf. *supra* N. 1062.

2084 ATF 131 III 257 cons. 2. En revanche, si le bailleur laisse délibérément les locaux à disposition du locataire qui a pourtant résilié le bail et mis en demeure le bailleur de reprendre la chose, on applique les règles de l'enrichissement illégitime, ATF 119 II 437 cons. 3b/bb. Ég. arrêt du TF 4A_524/2018 du 8 avril 2019 cons. 4.1.

2085 ATF 102 II 329 cons. 5c, JT 1977 I p. 322. Cf. ég. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N. 1120.

2086 Arrêt du TF 4A_565/2020 du 15 octobre 2020 cons. 3.1, pour le loyer payé par erreur à l'ancienne régie qui n'était ni bailleresse ni créancière.

2087 ATF 137 III 243 cons. 4.4.7, JT 2014 II p. 443 ; 119 II 20 cons. 2a, JT 1994 I p. 34 ; arrêt du TF 4A_109/2018 du 8 novembre 2018 cons. 4.2. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 44 ad art. 62.

- lorsqu'une partie a effectué des prestations (excédentaires ou non dues) par erreur en croyant agir en exécution d'un contrat conclu[2088] ;
- lorsqu'un décompte de nature contractuelle a été établi mais qu'il faut régulariser une écriture erronée après le bouclement du décompte[2089] ;
- lorsqu'une partie a déjà effectué des prestations en vertu d'un contrat affecté de nullité (art. 20 s. ou 31) en raison d'un vice lors de sa formation, p. ex. en cas de vice de l'objet[2090], de forme[2091], de lésion[2092] ou de vice du consentement[2093] ;

2088 ATF 135 III 289 cons. 6.2 pour la restitution de primes d'assurance infondées ; ATF 133 III 356 cons. 3.2.1, JT 2008 I p. 91 concernant le remboursement erroné d'un montant en souffrance par un institut de carte de crédit ; ATF 127 III 421 cons. 3c/bb, JT 2002 I p. 318 concernant une prestation d'assurance perçue à tort ; déjà ATF 42 II 674 cons. 2a, JT 1917 I p. 425 concernant la restitution d'indemnités d'assurance versées à tort. Ég. arrêt du TF 4A_197/2018 du 13 décembre 2018 cons. 3.2 et 3.3 concernant une prestation d'assurance payée à tort à un bénéficiaire d'une stipulation pour autrui (pour une critique de cet arrêt, cf. DEDUAL ALESSIA, Bereicherungsrechtliche Rückgewähr von Zuvielleistungen, recht 2019, p. 274 ss) ; arrêt du TF 4A_376/2016 du 2 décembre 2016 cons. 5 concernant des travaux de goudronnage non commandés effectués par l'entrepreneur. Pour les situations particulières où l'établissement d'un décompte est convenue, cf. *supra* N. 1066.

2089 ATF 133 III 356 cons. 3.2.2, JT 2008 I p. 91. Ég. arrêt du TF du 23 décembre 1993 cons. 4a/bb, SJ 1994, p. 269.

2090 ATF 127 III 421 cons. 3c/bb, JT 2002 I p. 318 ; 110 II 235 cons. 1, pour un contrat nul en raison d'un défaut d'autorisation d'acquérir ; ATF 41 II 474 cons. 2, JT 1916 I p. 361, pour la restitution des prestations pécuniaires effectuées en vertu d'un contrat de provision entre un avocat et son client, contrat nul en vertu du droit cantonal.

2091 ATF 137 III 243 cons. 4.4.6 et les réf. cit., 4.4.7, JT 2014 II p. 443, pour la restitution des prestations pécuniaires effectuées en vertu d'un contrat de vente immobilière ne respectant pas la forme authentique ; ATF 140 III 583 cons. 3.2.3 ; 130 III 504 cons. 6.2 et arrêt du TF 4A_495/2019 du 28 février 2020 cons. 3.4, pour le trop-payé dans le cadre d'un loyer initial ou d'une augmentation de loyer nulle pour vice de forme (absence de formule officielle).

2092 ATF 92 II 168 cons. 6c, JT 1967 I p. 130.

2093 ATF 137 III 243 cons. 4.4.3 et les réf. cit., 4.4.7, JT 2014 II p. 443 ; 114 II 131 cons. 3, JT 1988 I p. 508.

- lorsque des prestations ont déjà été effectuées mais que le contrat est ensuite révoqué sur la base de l'art. 40*e* s. (démarchage à domicile et contrats semblables)[2094] ;
- lorsque le débiteur d'une prestation devenue objectivement impossible doit restituer des prestations reçues en vertu d'un contrat bilatéral (art. 119 al. 2)[2095] ;
- lorsque des prestations ont déjà été effectuées dans le cadre d'un contrat soumis à condition suspensive (art. 151 ss)[2096] ; il y a toutefois controverse lorsque le contrat conditionnel prévoit lui-même la restitution des prestations dans l'éventualité du défaut de la réalisation de la condition[2097] ;
- lorsqu'une cession de créances (art. 164) a été exécutée (contrat de disposition), alors qu'elle repose sur un *pactum de cedendo* vicié (contrat générateur d'obligations). Ce point de vue repose sur la conception traditionnelle attribuant une nature abstraite à la cession de créances[2098].

C. Par rapport aux prétentions délictuelles en dommages-intérêts (art. 41 ss)

1068 Les prétentions en **responsabilité délictuelle** – au premier chef celles qui découlent des art. 41 ss – exigent en principe tant l'illicéité que la faute et ont pour but de compenser un désavantage patrimonial subi par la victime. Au contraire, l'enrichissement illégitime ne connaît pas ces deux

2094 ATF 137 III 243 cons. 4.5, JT 2014 II p. 443 ; arrêt du TF 4A_335/2018 du 9 mai 2019 cons. 5.2.1.

2095 ATF 137 III 243 cons. 4.4.7, JT 2014 II p. 443, qui souligne l'inconsistance de la solution retenue par le législateur mais refuse de corriger le texte clair de la loi.

2096 ATF 129 III 264 cons. 3.2.

2097 ATF 129 III 264 cons. 4.1, où le TF a laissé ouverte la question ; ATF 137 III 243 cons. 4.4.5 et 4.4.7, JT 2014 II p. 443, qui semble ouvert à l'application du rapport de liquidation contractuel en parlant d'un *« allgemein geltenden Vorbehalt »* dans cette hypothèse. Cf. toutefois l'arrêt du TF 4C.25/2004 du 13 septembre 2004 cons. 3.4.1 qui s'exprime en faveur des règles sur l'enrichissement illégitime.

2098 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1504. Si la cession de créances a une nature causale, alors le cédant demeure créancier et ne dispose pas de prétention fondée sur l'enrichissement illégitime contre le cessionnaire.

conditions ; il ne vise pas non plus l'indemnisation d'un préjudice mais le rétablissement d'une équité patrimoniale en supprimant un avantage[2099].

Il y a **concours** entre prétentions délictuelles et celles fondées sur les art. 62 ss, en particulier lorsque l'enrichissement repose sur un acte illicite et fautif de l'enrichi[2100]. Le créancier a donc le choix d'exiger des dommages-intérêts, de faire valoir des prétentions en enrichissement illégitime, ou de se fonder sur les deux institutions en même temps[2101]. Ce concours ne peut évidemment pas conduire à une surindemnisation du créancier : l'exécution de l'une des obligations entraîne l'extinction de l'autre jusqu'à concurrence de la première[2102]. 1069

D. Par rapport aux prétentions découlant de la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss)

La **gestion d'affaires** vise les rapports juridiques qui résultent du fait qu'une personne exécute des actes de gestion dans la sphère juridique d'autrui, sans y être obligée ni autorisée[2103]. 1070

La présente délimitation nécessite de distinguer les **différentes catégories** de gestions d'affaires sans mandat : 1071

- En cas de gestion d'affaires sans mandat **parfaite,** la prétention du gérant en remboursement des dépenses nécessaires et utiles (art. 422) exclut l'application des règles sur l'enrichissement illégitime[2104].

2099 Dans ce sens, HUGUENIN, N. 1771 ; KOLLER, N. 30.01.

2100 Arrêt du TF 4C.163/2002 du 9 juillet 2003 cons. 3.3, critique quant à une approche indifférenciée ; arrêt du TF 4A_537/2018 du 22 mars 2019 cons. 3. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 61 ad art. 62 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1499 ; KREN KOSTKIEWICZ ET ALII/SCHWANDER, N. 6 ad art. 62. *Contra :* ATF 74 II 23 cons. 1, JT 1948 I p. 354. Ég. GUHL THEO/MERZ HANS/KUMMER MAX, Das Schweizerische Obligationenrecht – mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 6e éd., Zurich 1972, p. 204 (opinion modifiée in GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, p. 219).

2101 Dans certaines circonstances en effet, les deux prétentions peuvent se compléter (cf. ENGEL, Obligations, p. 583 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1499 et 1510 ; VON TUHR/PETER, p. 521 s.).

2102 Dans ce sens, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1510 et les réf. cit.

2103 Pour une définition et une présentation des diverses catégories de gestions d'affaires, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5281 et 5302 ss.

2104 Dans ce sens, HUGUENIN, N. 1826 et réf. cit. Ég. ATF 55 II 262.

- En cas de gestion d'affaires sans mandat **imparfaite de bonne foi,** on applique les règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss) et l'enrichi ne doit restituer que la valeur objective, sans les gains[2105].
- S'il y a gestion d'affaires sans mandat **imparfaite de mauvaise foi,** l'art. 423 al. 2 – qui prévoit que le gérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais qu'à concurrence de l'enrichissement du maître – constitue une *lex specialis* par rapport aux art. 62 ss[2106]. Quant au maître, il peut réclamer la restitution du gain (art. 423 al. 1), qui englobe non seulement la valeur objective prévue par l'art. 62, mais aussi le profit réalisé ainsi que des dommages-intérêts[2107]. Par conséquent, le maître peut choisir la prétention – fondée sur l'art. 62 ou sur l'art. 423 (en général plus favorable) – qu'il veut faire valoir[2108]. Par exemple, le maître peut réclamer le gain réalisé par celui qui utilise de mauvaise foi et dans son propre intérêt une prestation d'autrui qui ne lui est pas destinée[2109].

§ 2 Les sources

I. Le siège principal de la matière

1072 La matière est régie par les **art. 62 à 67** (« Des obligations résultant de l'enrichissement illégitime »), qui forment le troisième et dernier chapitre du titre premier (« De la formation des obligations ») de la Partie générale du CO. Ces règles ont un caractère subsidiaire par rapport à

2105 HUGUENIN, N. 1826 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 59.17.

2106 D'un autre avis, BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 40 ad art. 62, qui considère qu'il s'agit d'un renvoi.

2107 ATF 133 III 153 cons. 2.4 et 5 (atteinte à la personnalité) ; 129 III 422 cons. 4, JT 2004 I p. 56.

2108 Handkommentar-OR/HAHN, N. 42 ad art. 62 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 8 (n. 24), qui mentionne les règles contenues dans les lois spéciales de propriété intellectuelle (art. 55 al. 2 LPM, art. 62 al. 2 LDA) et de concurrence (art. 9 LCD). Cf. toutefois BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 40 ad art. 62 qui admet un concours de prétentions.

2109 ATF 119 II 40 cons. 2b. Sur la détermination du gain net en lien avec l'art. 423, cf. arrêt du TF 4A_305/2007 du 3 mars 2008 cons. 4 et les réf. cit. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 2 et 65 ad art. 62.

d'autres normes (principe de subsidiarité), sous réserve des cas de concours[2110].

Les dispositions légales concernant l'enrichissement illégitime ont la **structure** suivante. L'art. 62 fixe le principe d'une créance et d'une action en répétition d'un enrichissement illégitime (al. 1)[2111] et mentionne les hypothèses principales d'enrichissement (al. 2)[2112]. L'art. 63 constitue une disposition particulière consacrée au paiement de l'indu[2113]. Les art. 64 et 65 précisent l'étendue de la répétition[2114], alors que l'art. 66 exclut la répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou immoral[2115]. Enfin, l'art. 67 régit la question de la prescription[2116]. 1073

II. Les renvois légaux

L'ordre juridique suisse contient de nombreux **renvois** exprès ou implicites à tout ou partie des art. 62 ss. Il s'agit notamment des dispositions suivantes : 1074

- l'art. 91 al. 2 CC qui concerne la prétention d'un des fiancés contre l'autre en cas de rupture de fiançailles pour des présents offerts qui n'existent plus en nature[2117] ;
- l'art. 497 CC qui permet l'action des créanciers héréditaires contre celui qui a renoncé à la succession ou ses héritiers, pour la somme (ou la contre-valeur en argent de la prestation) reçue en échange de sa renonciation en vertu d'un pacte successoral au cours des cinq années précédant la mort et dont il ou ses héritiers se trouvent encore enrichis lors de la dévolution[2118] ;

[2110] Cf. *supra* N. 1047 et 1058. Pour le principe de subsidiarité, cf. *supra* N. 1047 et 1048 ; pour les cas de concours, cf. *supra* N. 1069 et 1071.
[2111] Cf. *infra* N. 1076 ss.
[2112] Cf. *infra* N. 1120 ss.
[2113] Cf. *infra* N. 1130 ss.
[2114] Cf. *infra* N. 1197 ss et 1211 ss.
[2115] Cf. *infra* N. 1164 ss.
[2116] Cf. *infra* N. 1220 ss.
[2117] CoRo-CC I-PAPAUX VAN DELDEN, N. 11 ad art. 91 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 2.
[2118] CoRo-CC II-ABBET, N. 8 ad art. 497.

- l'art. 515 al. 2 CC qui autorise l'action des héritiers de la partie à un pacte successoral prédécédée contre le disposant, pour répéter son enrichissement[2119] ;
- l'art. 528 al. 1 CC qui concerne l'action en réduction contre le bénéficiaire de libéralités entre vifs, qui limite toutefois la valeur de l'enrichissement au jour de l'ouverture de la succession lorsque le bénéficiaire est de bonne foi[2120] ;
- l'art. 565 al. 1 CC qui concerne l'action des héritiers contre les légataires lorsque les premiers ont payé des dettes héréditaires inconnues lors de la délivrance des legs et qu'ils se trouvent dans une situation justifiant un droit à la réduction des legs[2121]. Cette disposition est également applicable par analogie aux légataires qui ont délivré des sous-legs et voient leurs legs réduits après coup[2122] ;
- l'art. 579 CC qui porte sur l'action des créanciers d'une succession insolvable contre les héritiers ayant répudié la succession, dans la mesure où ceux-ci ont reçu du défunt, pendant les cinq ans ayant précédé le décès, des libéralités sujettes à rapport en cas de partage ;
- l'art. 726 al. 3 CC qui autorise, en cas de spécification, l'action du propriétaire d'une matière contre celui qui l'a travaillée ou transformée lorsque ce dernier en acquiert la propriété, ou l'action de celui qui a travaillé ou transformé la matière lorsque la chose nouvelle est attribuée au propriétaire de la matière[2123] ;
- l'art. 727 al. 3 CC qui concerne l'action de l'ancien propriétaire d'une chose accessoire mélangée ou unie à une chose principale,

---

2119 CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 2. Cf. toutefois CoRo-CC II-REGAMEY, art. 515 N. 15 s. qui privilégie un rapport de liquidation contractuel.

2120 ATF 110 II 228 cons. 7c et d, JT 1985 I p. 626, qui précise qu'il ne s'agit toutefois pas d'un véritable cas d'enrichissement illégitime car la libéralité dont a profité le tiers avait une cause valable en droit des obligations. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 3.

2121 CoRo-CC II-SANDOZ, N. 25 ad art. 565 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 2.

2122 CoRo-CC II-SANDOZ, N. 12 ad art. 565.

2123 BaK-ZGB II-SCHWANDER, N. 9 ad art. 726 ; CoRo-CC II-PANNATIER KESSLER, N. 22 et 24 ad art. 726 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 2.

contre le propriétaire de cette dernière ayant acquis la propriété de la chose accessoire par accession[2124] ;

- l'art. 39 al. 3 qui permet l'action du tiers contre le pseudo-représentant ou le pseudo-représenté enrichi lorsque les actes du pseudo-représentant n'ont pas été ratifiés[2125] ;
- l'art. 119 al. 2 qui autorise le cocontractant ayant déjà exécuté totalement ou partiellement sa part du contrat bilatéral à ouvrir action contre le débiteur de la prestation devenue impossible[2126] ;
- l'art. 249 qui permet au donateur de révoquer les donations exécutées et d'en exiger la restitution dans les cas prévus aux ch. 1 à 3[2127] ;
- l'art. 421 al. 1, dans la gestion d'affaires parfaite, qui limite la responsabilité du gérant ne disposant pas de la capacité civile correspondante, à la mesure de son enrichissement s'il est de bonne foi ;
- l'art. 423 al. 2, dans la gestion d'affaires imparfaite, qui autorise le gérant à réclamer le remboursement de ses frais jusqu'à concurrence de l'enrichissement du maître[2128] ;
- l'art. 508 al. 3 qui fonde l'action intentée contre le créancier par la caution ayant payé tout ou partie de la dette, alors que le débiteur a payé une seconde fois[2129] ;
- l'art. 678 qui prévoit l'obligation des actionnaires, des dirigeants de la SA ou de leurs proches de restituer les bénéfices et prestations indus ou disproportionnés[2130] ;

2124 BaK-ZGB II-SCHWANDER, N. 12 ad art. 727 ; CoRo-CC II-PANNATIER KESSLER, N. 25 ad art. 727 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 2.

2125 Cf. *supra* N. 1011 ss. Ég. ATF 116 II 689 cons. 3b, JT 1992 I p. 197 ; 97 II 66 cons. 4 ; 90 II 404 cons. 5b et c, JT 1965 I p. 354. Ég. BaK-OR I-WATTER, N. 11 ad art. 39 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 13 ad art. 39 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 74 ss ad art. 62.

2126 ATF 137 III 243 cons. 4.4.7, JT 2014 II p. 443. Ég. BaK-OR I-WIEGAND, N. 18 ad art. 119. Cf. toutefois CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 43 ad art. 62, qui semble faire une autre lecture de l'ATF 137 III 243.

2127 BaK-OR I-VOGT/VOGT, N. 14 ad art. 249.

2128 Cf. *supra* N. 1071.

2129 BaK-OR I-PESTALOZZI, N. 4 ad art. 508 ; CoRo-CO I-MEIER, N. 4 ad art. 508.

2130 CHABLOZ ISABELLE, Les nouveaux droits des actionnaires en matière de restitution et d'accès à l'information, RSDA 2021, p. 575 ss, p. 576 s.

– en vertu de l'art. 7 CC, même en l'absence de disposition expresse, d'autres actions telles que celle de celui qui a payé une pension alimentaire à tort[2131], étant précisé que ce renvoi ne vaut pas de façon générale et qu'il convient d'analyser chaque situation pour déterminer si les règles de l'enrichissement illégitime sont applicables[2132].

1075 Certaines dispositions reprennent, quant au principe, le régime des art. 62 ss, en y apportant des **compléments** ou des **modifications.** On peut citer notamment :

– l'art. 19*b* al. 1 CC qui prévoit l'action en restitution des prestations déjà fournies en vertu d'un acte juridique non ratifié par le représentant légal du cocontractant ne disposant pas de l'exercice des droits civils. La personne privée de l'exercice des droits civils ne doit toutefois restituer que les sommes dont elle a tiré profit, dont elle se trouve enrichie au moment de la répétition ou dont elle s'est dessaisie de mauvaise foi[2133].

– l'art. 672 CC, en lien avec l'art. 671 CC, qui autorise l'action de celui dont les matériaux ont été utilisés par un propriétaire pour construire sur son propre fonds, ou d'un tiers qui a employé ses propres matériaux sur le fonds d'autrui[2134]. Dans ces cas, le droit du propriétaire des matériaux à une indemnité ne suppose pas nécessairement un enrichissement du propriétaire du fonds ni n'implique la commission d'un acte illicite[2135]. Vu toutefois que l'indemnité selon l'art. 672 CC se caractérise comme une créance pour enrichissement illégitime, les art. 62 ss s'appliquent au surplus[2136].

– les art. 938 ss CC qui régissent la restitution d'une chose en cas de possession non autorisée. L'art. 938 al. 1 CC exempte le possesseur de bonne foi de toute obligation d'indemniser le véritable titulaire de la chose et le protège dans tous les avantages qu'il en a tirés à condition qu'il n'ait pas outrepassé les limites de son droit

2131 ATF 129 III 646 cons. 2.3, JT 2004 I p. 105.
2132 ATF 124 III 370 cons. 3a. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, Intro. art. 62-67 N. 4.
2133 BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, N. 2 ad art. 19*b* CC, in Commentaire du droit de la famille, Protection de l'adulte, Leuba Audrey/Stettler Martin/Büchler Andrea/Häfeli Christoph (édit.), Berne 2013.
2134 Arrêt du TF 4A_178/2013 du 31 juillet 2013 cons. 2.3.1.
2135 CoRo-CC II-MARCHAND, N. 5 ad art. 672.
2136 ATF 99 II 131 cons. 6c, JT 1974 I p. 130.

présumé[2137]. En revanche, l'art. 940 al. 2 CC est plus restrictif que ce que prévoient les art. 62 ss dans la mesure où cette disposition ne permet pas au possesseur de mauvaise foi d'obtenir le remboursement de ses impenses utiles et ce, même si le véritable titulaire de la chose est enrichi[2138].

– les art. 1052 et 1143 ch. 14, qui concernent la prétention en restitution de l'enrichissement illégitime dans le cadre de la lettre de change et du chèque, et dont le régime est largement indépendant des règles générales[2139]. Cela dit, les règles générales sur l'enrichissement illégitime peuvent s'appliquer par analogie pour les détails non réglés par le droit des papiers-valeurs[2140].

[2137] CoRo-CC II-PICHONNAZ, N. 11 ad art. 938.
[2138] CoRo-CC II-PICHONNAZ, N. 37 ad art. 940.
[2139] ATF 67 II 176. Ég. CoRo-CO II-EIGENMANN, N. 5 ss ad art. 1052 ; KOLLER, N. 30.04.
[2140] CoRo-CO II-EIGENMANN, N. 7 ad art. 1052.

Chapitre II : Les conditions de l'enrichissement illégitime

Bibliographie spéciale :

AEBLI, LEO, Die ungerechtfertigte Bereicherung nach schweizerischem Obligationenrecht, thèse Aarau 1912 ; BK-**BECKER,** N. 1 ss ad art. 62, 63 ; **BERGER,** N. 2043 ss ; **BUCHER**, OR, p. 651 ss, 656 ss ; **BUCHER,** Rapport, p. 289 s., 297 s. et 334 ; **BÜRGI-WYSS,** ALEXANDER CHRISTOPH, Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag, thèse Zurich 2005 ; **BUSSY,** ANDRÉ, Étude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse, thèse Lausanne 1922 ; **CARRY,** PAUL, Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse, thèse Genève 1927 ; **CHAPPUIS,** BENOÎT, L'enrichissement illégitime dans le CO 2020, RSDA 1/2015, p. 314 ss ; CoRo-CO I-**CHAPPUIS,** N. 1 ss ad art. 62, 63, 66 ; **CHAUDET,** FRANÇOIS, Condictio causa data causa non secuta – Critique historique de l'action en enrichissement illégitime de l'art. 62 al. 2 CO, thèse Lausanne 1973 ; **ENGEL,** Obligations, p. 584 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 15 N. 4 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 1469 SS, 1495 ss, 1564 ss ; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY,** p. 219 ss ; Handkommentar-OR/**HAHN,** N. 1 ss ad art. 62, 63, 66 ; **HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL,** N. 1 ss ad art. 62, 63, 66 ; **HUGUENIN,** N. 1773 ss ; **HUWILER,** BRUNO, Zur Anspruchsgrundlage der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung im Schweizerischen Obligationenrecht, in Der Allgemeine Teil und das Ganze – Liber Amicorum für Hermann Schulin, Vogt Nedim Peter/Zobl Dieter (édit.), Bâle 2002, p. 41 ss ; **JENNY**, RETO M., Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen – Unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag, thèse Zurich 2005 ; **KAUFMANN-BÜTSCHLI,** LEA ROSEMARIE, Grundlagenstudien zur ungerechtfertigten Bereicherung in ihrer Ausgestaltung durch das schweizerische Recht, thèse Berne 1983 ; **KELLER/SCHAUFELBERGER,** p. 17 ss ; **KOLLER,** N. 30.09 ss ; **KOLLER,** ALFRED, Die Kondiktionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR, PJA 2006, p. 468 ss ; **KREN KOSTKIEWICZ ET ALII/SCHWANDER,** N. 1 ss ad art. 62, 63, 66 ; **LEHNER,** OTHMAR, Die Nichtigkeit rechtswidriger Verträge in der neueren Rechtspraxis, RSJ 52/1956, p. 217 ss ; **OFTINGER/JEANPRÊTRE,** p. 207 ss, N. 85 ; **PETITPIERRE,** GILLES, Absence de cause et enrichissement illégitime : pour un retour aux sources, in Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bâle 1992, p. 315 ss ; **RIEMER,** HANS MICHAEL, Bereicherungsansprüche gegenüber Dritten, recht 2005, p. 35 ss ; BK-**RÜEDI,** N. 1 ss ad art. 66 ; **RUEDIN,** ROLAND, L'action en répétition de l'indu (art. 86 LP), FJS 981/1989, p. 2 ss ; **RUSCH,** ARNOLD F., Das Irrtumserfordernis bei der condictio indebiti, RDS 2009 I p. 131 ss ; **SCHAUFELBERGER,** PETER CARL, Bereicherung durch unerlaubte Handlung, thèse Zurich 1981 ; **SCHLUEP,** WALTER R., Über Eingriffskondiktionen, in Mélanges Paul Piotet, Recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet, Professeur à l'Université de Lausanne, Berne 1990, p. 173 ss ; BaK-OR I-**SCHULIN/VOGT**, N. 1 ss ad art. 62, 63 ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, N. 55.06 SS ; **TERCIER/PICHONNAZ**, N. 1938 SS ; CoRo-CO I-**THÉVENOZ**, N. 24 ad art. 119 ; **VON BÜREN,**

p. 295 ss ; **VON TUHR/PETER**, p. 472 ss, 512 ss ; **VOSER**, NATHALIE, Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen : erläutert am Beispiel der Anweisung, thèse d'habilitation Bâle 2006 ; **WENNER**, MARTIN A., Die Voraussetzungen des Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Subsidiarität – Erkenntnis-kritische Würdigung im Rahmen der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung, thèse Zurich 1977.

1076 Selon l'**art. 62 al. 1,** « celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution ».

1077 La détermination des conditions matérielles de l'enrichissement illégitime fait **débat.** Certaines décisions et auteurs mentionnent quatre conditions[2141], d'autres se contentent de deux ou trois[2142]. Nous retenons **quatre** conditions générales, à savoir :

- un enrichissement (§ 1)[2143] ;
- un enrichissement « aux dépens d'autrui » (§ 2)[2144] ;
- un enrichissement « illégitime » (§ 3)[2145] ; et
- l'absence de cause d'exclusion de la restitution (§ 4)[2146].

2141 Arrêt du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.2 et réf. cit. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 3 ad art. 62, qui mentionne 1) un enrichissement d'une partie, 2) un appauvrissement d'une autre, 3) une absence de cause à l'enrichissement et 4) un lien de connexité entre enrichissement et appauvrissement, en reconnaissant que l'appauvrissement et le lien de connexité ne sont pas incontestés. Ég. KAUFMANN-BÜTSCHLI, LEA ROSEMARIE, Grundlagenstudien zur ungerechtfertigten Bereicherung in ihrer Ausgestaltung durch das schweizerische Recht, thèse Berne 1983, p. 188 ss ; KOLLER, N. 30.09 ss et KREN KOSTKIEWICZ ET ALII/SCHWANDER, N. 2 ad art. 62, qui en mentionnent quatre autres.

2142 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1465, qui mentionnent 1) un enrichissement 2) qui a lieu aux dépens d'autrui et est injustifié ; BK-BECKER, N. 2 ss ad art. 62, qui évoque 1) un enrichissement, 2) aux dépens d'autrui, 3) sans cause juridique justifiée ; Cf. aussi CARRY, PAUL, Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse, thèse Genève 1927, p. 57 ss ; HUGUENIN, N. 1773 ; BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 5 ss ad art. 62 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 55.06 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 1956 ss.

2143 Cf. *infra* N. 1080 ss.

2144 Cf. *infra* N. 1085 ss.

2145 Cf. *infra* N. 1116 ss.

2146 Cf. *infra* N. 1164 ss.

En application de l'art. 8 CC, le **fardeau de la preuve** de ces conditions repose sur la partie qui fait valoir une créance fondée sur les règles de l'enrichissement illégitime[2147]. 1078

À la différence des responsabilités contractuelle et aquilienne[2148], on rappelle que la **faute** de l'enrichi (ou d'un tiers) n'est pas une condition[2149]. 1079

§ 1 Un « enrichissement »

L'existence d'une créance fondée sur les art. 62 ss exige que quelqu'un se soit « enrichi » *(bereichert).* L'enrichissement se définit comme un **avantage patrimonial** *(Vermögensvorteil),* c'est-à-dire une différence entre le patrimoine actuel d'une personne et le montant qui existerait sans l'événement ayant conduit à l'enrichissement[2150]. 1080

L'enrichissement peut se produire de **diverses manières**[2151] : 1081

1° Un **accroissement du patrimoine** de l'enrichi. Cela correspond à un gain effectif *(lucrum emergens).* L'enrichissement peut provenir : 1082

– d'une **augmentation de l'actif :** elle peut se matérialiser par l'obtention d'un actif supplémentaire (ex. : le montant d'une police d'assurance versé erronément à l'ancien bénéficiaire qui se trouve

---

2147 ATF 132 III 432 cons. 2.1, JT 2007 II p. 71 ; 106 II 29 cons. 2. Sur la répartition du fardeau de la preuve des conditions de l'art. 63 (cf. *infra* N. 1130 ss), cf. arrêt du TF 4A_48/2022 du 7 juin 2022 cons. 5.3. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1478b.

2148 Cf. *supra* N. 1063 ss et 1068 s.

2149 BERGER, N. 2044 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 1969.

2150 ATF 143 II 37 cons. 8.4.1, JT 2018 I p. 84 ; 129 III 646 cons. 4.2, JT 2004 I p. 105. Ég. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, p. 219. Certains auteurs élargissent la notion d'enrichissement à tout type d'avantage, pas nécessairement patrimonial (KOLLER, N. 30.14). D'autres ne se fondent pas sur la théorie de la différence mais sur l'objet de l'enrichissement (*gegenstandsbezogener Ansatz* ; cf. HUGUENIN, N. 1777 et réf. cit.).

2151 ATF 143 II 37 cons. 8.4.1, JT 2018 I p. 84 ; 129 III 646 cons. 4.2, JT 2004 I p. 105. Pour des illustrations parlantes à l'aide de bilans, cf. FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 15 N. 5 ss. Ég. BÜRGI-WYSS ALEXANDER CHRISTOPH, Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag, thèse Zurich 2005, p. 104 s. ; ENGEL, Obligations, p. 584 ; SCHAUFELBERGER PETER CARL, Bereicherung durch unerlaubte Handlung, thèse Zurich 1981, p. 49 ss.

enrichi[2152]), l'usage d'une chose (ex. : un squatter enrichi occupe sans droit un local[2153]) ou la jouissance d'un service (ex. : un entrepreneur construit par erreur un mur utile sur la propriété d'un propriétaire enrichi[2154])[2155] ;

- d'une **diminution du passif :** elle peut résulter de la libération indue d'une dette (ex. : le père accorde une remise de dette à son futur gendre, enrichi, qui ne se marie pas[2156]).

1083 **2°** Une **non-diminution du patrimoine** de l'enrichi. Cela correspond à une perte évitée *(damnum cessans).* On parle aussi d'un enrichissement ensuite d'une économie de dépenses *(Ersparnisbereicherung),* c'est-à-dire que l'enrichi évite une dépense à laquelle il aurait dû sinon consentir[2157]. L'enrichissement peut provenir :

- d'une **non-diminution de l'actif :** on pense notamment au patrimoine du locataire enrichi qui ne diminue pas en raison du paiement du loyer effectué sans cause par un tiers[2158] ; ou à celui d'un père enrichi qui ne s'amoindrit pas parce qu'un tiers s'acquitte à sa place de la pension alimentaire de son enfant[2159, 2160].
- d'une **non-augmentation du passif :** on se trouve dans cette hypothèse lorsque, grâce aux attributions faites en sa faveur, l'enrichi évite de contracter une dette supplémentaire[2161] ; ou encore lorsqu'un locataire commercial continue d'utiliser en fin de bail

---

2152 ATF 110 II 199 (montant versé erronément par l'assureur de bonne foi qui ignore une nouvelle clause bénéficiaire révoquant la précédente).

2153 Arrêt du TF 4C.105/2006 du 28 juin 2006 cons. 2.3.

2154 ATF 97 II 766 cons. 4b, étant précisé que cet enrichissement est finalement considéré comme légitime.

2155 Pour d'autres exemples d'augmentation de l'actif, cf. BUSSY ANDRÉ, Étude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse, thèse Lausanne 1922, N. 57 ss.

2156 ATF 87 II 137 cons. 7d, JT 1961 I p. 604 ; 82 II 430 cons. 6 et 7, JT 1957 I p. 144.

2157 ATF 129 III 646 cons. 4.2, JT 2004 I p. 105 ; 119 II 437 cons. 3b/cc.

2158 Dans ce sens, arrêt du TF 4C.338/2006 du 27 novembre 2006 cons. 3.1, qui parle de *grundlose Erfüllung einer Schuld durch einen Dritten.*

2159 ATF 129 III 646 cons. 4.2, JT 2004 I p. 105.

2160 Pour plus d'exemples de non-diminution de l'actif, cf. BUSSY, op. cit. (n. 2155), N. 80 ss.

2161 ATF 61 II 12 cons. 4, JT 1935 I p. 484. Ég. ATF 87 II 137 cons. 7d, JT 1961 I p. 604 où l'enrichi s'était libéré d'une dette en utilisant partiellement la somme indûment reçue par l'appauvri.

du matériel d'exploitation d'un café, en se dispensant de se le procurer ailleurs d'une autre manière[2162].

En revanche, il n'y a **pas d'enrichissement** lorsqu'un actif en remplace un autre, notamment lorsqu'une institution de prévoyance verse un montant en espèces à un preneur d'assurance, ce qui entraîne en même temps une réduction correspondante de la créance de celui-ci contre l'institution[2163]. 1084

§ 2 L'enrichissement « aux dépens d'autrui »

Le texte français de l'art. 62 parle d'un enrichissement « aux dépens d'autrui », ce qui exige une **atteinte au patrimoine du créancier.** Cette condition requiert que l'enrichissement se produise au moyen du patrimoine du créancier (I.). L'atteinte peut prendre diverses formes (II.). En raison de la version allemande du texte légal *(« aus dem Vermögen eines andern »),* il existe un débat sur l'exigence d'un appauvrissement du créancier et d'une connexité entre l'enrichissement et l'appauvrissement (III.). Enfin, la détermination du créancier pose des difficultés particulières dans les constellations triangulaires ou multipartites (IV.). 1085

I. L'enrichissement au moyen du patrimoine du créancier

L'enrichissement n'implique pas nécessairement un transfert patrimonial direct entre le créancier et le débiteur de l'enrichissement ; il suffit que le débiteur se soit enrichi **« aux dépens d'autrui »,** comme le précise la version française de l'art. 62 al. 1, plus précise que le texte allemand[2164]. 1086

L'enrichissement « aux dépens d'autrui » signifie que l'enrichissement doit se faire via une atteinte au patrimoine du créancier. Le patrimoine du créancier doit être **affecté particulièrement,** sans que l'on doive nécessairement constater un appauvrissement, c'est-à-dire une diminution 1087

2162 ATF 119 II 437 cons. 3b/cc.

2163 ATF 133 V 205 cons. 4.7. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1478.

2164 ATF 129 III 646 cons. 4.2, JT 2004 I p. 105 ; 129 III 422 cons. 4, JT 2004 I p. 56 ; arrêt du TF 2C_123/2016 du 21 novembre 2017 cons. 5.3.1. Ég. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, p. 220.

involontaire du patrimoine au sens de la théorie de la différence. Il suffit en effet que l'enrichissement du débiteur se produise en affectant la sphère juridique du créancier, c'est-à-dire en portant atteinte à son domaine d'influence défini par l'ordre juridique[2165].

II. Les formes possibles d'atteinte particulière au patrimoine du créancier

1088 L'atteinte particulière au patrimoine du créancier (et donc l'enrichissement du débiteur) peut revêtir **diverses formes**[2166]. Nous distinguons selon qu'il y a eu un acte du créancier appauvri (A.) ou non (B.), cette dernière hypothèse étant elle-même divisible en deux sous-catégories.

A. Un acte du créancier appauvri

1089 L'atteinte particulière au patrimoine requise par l'art. 62 al. 1 peut découler d'un **acte du titulaire du patrimoine affecté**. Autrement dit, celui-ci effectue une prestation à ses propres dépens (*Leistung* ou *Zuwendung* selon l'art. 62 al. 2). Tel est le cas lorsque l'appauvri fait un acte d'attribution envers l'enrichi, par exemple en lui transférant une chose ou en lui payant une somme d'argent[2167]. En allemand, on parle de *« Leistungskondiktion »* pour désigner l'action en restitution à la suite d'un acte de l'appauvri.

1090 Parmi les actes du créancier appauvri donnant lieu à restitution d'un enrichissement illégitime si les conditions légales sont remplies, on trouve les **situations** suivantes[2168] :

2165 KELLER/SCHAUFELBERGER, p. 30. Pour une liste d'exemples jurisprudentiels où cette atteinte a été considérée comme inexistante en raison de liens insuffisants, RIEMER HANS MICHAEL, Bereicherungsansprüche gegenüber Dritten, recht 2005, p. 35 s.

2166 Arrêt du TF 4C.337/2002 du 3 mars 2003 cons. 2.1. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 2 ad art. 62 ; KOLLER, N. 31.01 ss et 32.01 ss, qui consacre un paragraphe différent à chacune des formes.

2167 Ex. : ATF 110 II 335 : paiement du prix de vente d'un immeuble, dont l'autorisation d'acquérir est refusée. Ég. ENGEL, Obligations, p. 586.

2168 Pour d'autres exemples, cf. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 2 ad art. 62.

- la prestation effectuée en vertu d'un contrat alors que celui-ci est atteint de nullité absolue pour cause de vice de l'objet[2169] ou de vice de forme[2170] ;
- la prestation effectuée en vertu d'un contrat alors que celui-ci est atteint de nullité relative en raison de l'invocation d'un vice du consentement[2171] ;
- la prestation effectuée en vertu d'un contrat soumis à une condition suspensive (art. 151 ss) qui ne se réalise pas[2172] ;
- la prestation effectuée à tort par suite d'une erreur de l'appauvri[2173] ;
- en lien avec l'entretien d'un enfant, la prestation effectuée par le père désigné par une mesure judiciaire provisoire, finalement révoquée par la décision au fond[2174] ou la prestation effectuée par celui qui pensait pendant des années être le père et qui obtient ensuite gain de cause à la suite d'une action en désaveu de paternité[2175].

B. L'absence d'acte du créancier appauvri

L'atteinte particulière au patrimoine requise par l'art. 62 peut également se réaliser **en l'absence d'acte du créancier.** Il s'agit alors d'une forme d'enrichissement qui n'implique ni appauvrissement ni déplacement de patrimoine direct entre l'appauvri et l'enrichi[2176]. La sphère patrimoniale du créancier demeure néanmoins atteinte d'une manière particulière, si bien qu'il faut admettre un enrichissement du débiteur « aux dépens d'autrui » au sens retenu ici[2177]. En allemand, on parle de *« Nichtleis-* 1091

[2169] ATF 123 III 101 cons. 2 et 3a, JT 1997 I p. 586.
[2170] ATF 115 II 28 cons. 1, JT 1989 I p. 172 ; 119 II 20 cons. 2a, JT 1994 I p. 34.
[2171] ATF 114 II 131 cons. 3, JT 1988 I p. 508.
[2172] ATF 137 III 243 cons. 4.4.7, JT 2014 II p. 443 ; 129 III 264 cons. 3.2.2.
[2173] ATF 130 V 414 cons. 4.
[2174] ATF 135 III 238 cons. 2.
[2175] ATF 129 III 646 cons. 4.3, JT 2004 I p. 105.
[2176] ATF 129 III 422 cons. 4, JT 2004 I p. 56. Déjà en 1912, AEBLI LEO, Die ungerechtfertigte Bereicherung nach schweizerischem Obligationenrecht, thèse Aarau 1912, p. 21.
[2177] Cf. *supra* N. 1085 ss.

tungskondiktion » pour désigner l'action en restitution de l'enrichissement illégitime ne découlant pas d'un acte de l'appauvri[2178].

1092 On distingue **deux sous-catégories**[2179] :

1093 **1°** Un **acte de l'enrichi.** L'enrichi intervient dans la sphère patrimoniale du créancier et en retire un avantage. Il use ou dispose sans droit du bien ou du droit d'autrui. On parle parfois d'*« Eingriffskondiktion »*[2180] pour désigner l'action en restitution.

1094 Parmi les actes de l'enrichi donnant lieu à restitution, on trouve notamment les **situations** suivantes[2181] :

- l'enrichi utilise une chose qui ne lui appartient pas ou qu'il n'est pas ou plus autorisé à utiliser[2182] ;
- l'enrichi utilise une chose (ex. : un véhicule) avant d'invalider le contrat qui la concerne[2183] ;
- l'enrichi utilise, de bonne foi, une prestation d'autrui qui ne lui était pas destinée[2184] ;
- le cédant enrichi accepte une prestation du débiteur de bonne foi qui se libère valablement (art. 167), alors que le cessionnaire appauvri n'a pas de prétention contractuelle contre le cédant[2185] ;

2178 ATF 123 III 101 cons. 3a, JT 1997 I p. 586 ; arrêt du TF 4C.279/2003 du 3 mai 2005 cons. 3.2.

2179 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 1 ad art. 63 ; HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 20 ad art. 62.

2180 Sur cette notion, cf. SCHLUEP WALTER R., Über Eingriffskondiktionen, in Mélanges Paul Piotet, Recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet, Professeur à l'Université de Lausanne, Berne 1990, p. 173 ss ; JENNY RETO, Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, thèse Zurich 2005, p. 171 ss. Cf. HUGUENIN, N. 1783 et 1796, qui englobe la *« Zufallskondiktion »* et la *« Dritteingriffskondiktion »* (*infra* N. 1095 s.) dans cette catégorie.

2181 Pour d'autres exemples, cf. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 2 ad art. 62 ; ENGEL, Obligations, p. 586.

2182 ATF 119 II 437 cons. 3b/cc.

2183 Cour de justice Genève, 20 mars 1998, cons. 10, SJ 1998, p. 677.

2184 ATF 119 II 40 cons. 2b. Si la prestation était destinée à l'enrichi mais qu'il ne s'agissait que d'une offre, on applique les règles contractuelles. Si l'enrichi est de mauvaise foi, on applique les règles de la gestion d'affaires sans mandat (art. 423 ; cf. *supra* N. 1071).

2185 Cf. toutefois HUGUENIN, N. 1800, qui considère que l'enrichissement est le fait d'un tiers non autorisé (le débiteur cédé).

- l'ancien bénéficiaire enrichi accepte une prestation d'assurance libérant l'assureur à qui le nouveau bénéficiaire appauvri n'a pas été communiqué[2186] ;
- l'enrichi transforme une matière qui n'était pas la sienne (art. 726 CC), mélange des choses mobilières (art. 727 CC) ou de l'argent ne lui appartenant pas avec le sien[2187] ;
- l'enrichi loue une chose à un tiers alors qu'il n'est pas autorisé à le faire parce qu'il n'en est pas le propriétaire[2188] ;
- l'enrichi consomme une chose volée ;
- l'enrichi utilise sans autorisation le brevet, la marque ou le design d'un tiers[2189] ;
- l'enrichi conserve un logiciel dans son système informatique après l'expiration du contrat de licence[2190].

2° Un **fait extérieur aux parties.** Il peut s'agir d'un **événement naturel**[2191]. Dans ce cas, on parle de *« Zufallskondiktion »* pour désigner l'action en restitution. L'exemple classique est celui du troupeau qui vient paître dans le champ du voisin à l'insu de son propriétaire[2192]. On trouve peu d'autres illustrations, car le CC appréhende au moyen de règles spéciales la plupart des faits de la nature, de telle sorte qu'ils échappent au art. 62 ss. Il suffit de penser à l'art. 660 al. 2 CC pour les glissements de terrain, à l'art. 725 al. 1 CC pour les transports de choses dus à la violence de l'eau, du vent, des avalanches ou de toute autre force naturelle, ou à l'art. 725 al. 2 CC pour l'essaim d'abeilles qui se réfugie dans la ruche d'un tiers[2193]. 1095

Il peut aussi s'agir du **fait d'un tiers non autorisé**. Dans ce cas, on parle de *« Dritteingriffskondiktion »* pour désigner l'action en restitution. Par exemple, un maçon construit un mur sur le terrain de l'enrichi, en l'absence 1096

[2186] ATF 110 II 199 cons. 2b.
[2187] ATF 78 II 243 cons. 5c, JT 1953 I p. 148.
[2188] ATF 129 III 422 cons. 4, JT 2004 I p. 56.
[2189] BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 21 ad art. 62.
[2190] Handelsgericht Zurich, 31 janvier 2008, RSJ 2008, p. 436.
[2191] Cf. ENGEL, Obligations, p. 586 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1494 ; BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 26 ad art. 62.
[2192] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1494. Pour un état de fait semblable concernant l'exécution de travaux non sollicités d'une entreprise de construction sur le fond du maître, ATF 99 II 131 cons. 4b, JT 1974 I p. 130.
[2193] CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 2 ad art. 62.

de tout contrat[2194]. En revanche, celui qui, de bonne foi, reçoit valablement une prestation contractuelle n'est pas enrichi illégitimement, même si son partenaire contractuel a acquis les moyens nécessaires à sa prestation par un acte répréhensible ayant appauvri une autre personne[2195].

III. L'exigence d'un appauvrissement et d'une connexité entre enrichissement et appauvrissement ?

1097 Dans la situation classique (*Leistungskondiktion*[2196]), l'enrichissement d'une personne correspond à l'appauvrissement d'une autre : l'avantage tiré par la première provient du patrimoine de la seconde. Il existe une **controverse doctrinale** quant à la nécessité d'un appauvrissement pour qu'une prétention en restitution de l'enrichissement illégitime existe[2197] ; la jurisprudence n'est pas parfaitement claire.

1098 Un **premier courant** se fonde sur la lettre du texte allemand de l'art. 62 al. 1 qui prévoit que l'enrichissement du débiteur doit se faire *« aus dem Vermögen eines andern ».* Plusieurs auteurs interprètent strictement cette condition[2198]. La jurisprudence plutôt ancienne, mais aussi des décisions francophones plus récentes semblent rejoindre ce point de vue[2199]. Selon cet avis, « un enrichissement se fait 'aux dépens d'autrui'

2194 Dans ce sens, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1492.

2195 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1493 et réf. Sur les relations multipartites, cf. *infra* N. 1104 ss.

2196 Cf. *supra* N. 1089 s.

2197 Pour une présentation des divers avis, BÜRGI-WYSS, op. cit. (n. 2151), p. 107 ss ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ss ad art. 62 ; CHAPPUIS BENOÎT, L'enrichissement illégitime dans le CO 2020, RSDA 1/2015, p. 317 s. ; KOLLER, N. 30.10 ss.

2198 BUCHER, OR, p. 658 s. ; BÜRGI-WYSS, op. cit. (n. 2151), p. 123 s. ; ENGEL, Obligations, p. 584 ss ; PETITPIERRE GILLES, Absence de cause et enrichissement illégitime : pour un retour aux sources, in Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bâle 1992, p. 315 ss ; VON TUHR/PETER, p. 473 n. 4. Dans ce sens ég., BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 9 (en lien avec N. 8) ad art. 62.

2199 ATF 99 II 131 cons. 6c, JT 1974 I p. 130 ; 117 II 404 cons. 3d, JT 1993 I p. 66 ; arrêt du TF du 23 décembre 1993 cons. 4a et 4a/aa, SJ 1994, p. 269. Cf. toutefois, dans la jurisprudence plus récente, arrêts du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.2 ; 4A_267/2011 du 29 juin 2011 cons. 3 ; 4A_59/2009 du 7 septembre 2009 cons. 5.3.3.1 ; 4A_174/2008 du 10 juillet 2008 cons. 5.1 et 4C.433/2006 du 5 novembre 2007 cons. 3.1, qui ne font pas référence aux arrêts publiés au recueil officiel que sont l'ATF 119 II 437 cons. 3b/cc et l'ATF 129 III 422 cons. 4, JT 2004 I p. 56.

lorsqu'il entraîne un appauvrissement d'une autre personne. Le champ d'application de l'enrichissement illégitime est limité à des cas nettement déterminés, où l'appauvrissement du créancier résulte directement de l'enrichissement d'une autre personne […]. Il faut que les parties à l'action soient liées par un rapport causal sur lequel l'attribution sans cause valable s'est fondée. »[2200] Outre l'appauvrissement du créancier, ce courant exige un lien de connexité (ou de causalité) entre l'enrichissement et l'appauvrissement. Ainsi, le seul usage par des squatters de locaux non utilisés par leur propriétaire ne donnerait pas lieu à une créance en restitution de l'enrichissement illégitime[2201].

Selon une **seconde opinion** à laquelle se sont rattachés – à raison – plusieurs auteurs, une prétention en enrichissement illégitime peut exister sans appauvrissement et sans lien de causalité entre enrichissement et appauvrissement[2202]. En résumé, il suffit que l'enrichissement du débiteur soit obtenu au moyen du patrimoine du créancier, sans que l'on doive en prouver la diminution. L'intérêt de ce point de vue apparaît dès que l'on considère l'enrichissement illégitime dans les rapports juridiques multipartites (ex. : l'assignation ou la représentation sans pouvoirs[2203]) ou dans les cas d'enrichissement en l'absence d'actes de l'appauvri (*Nichtleistungskondiktion*[2204]). Dans ces constellations, il n'est en effet pas toujours évident d'identifier la personne de l'appauvri et de constater un déplacement patrimonial. Ce second courant doctrinal semble suivi par la jurisprudence fédérale dans des arrêts récemment publiés au recueil officiel ; cette jurisprudence n'affiche toutefois pas une clarté suffisante. Celle-ci affirme que la prétention ne suppose pas qu'un transfert de patrimoine direct se produise entre le créancier et le débiteur de l'enrichissement, mais qu'il suffit que l'enrichissement du débiteur 1099

[2200] Arrêt du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.2 et réf. cit.

[2201] *Contra :* arrêt du TF 4C.105/2006 du 28 juin 2006 cons. 2.3, qui reconnaît une créance fondée sur l'enrichissement illégitime du propriétaire contre l'ancien sous-locataire qui squatte les locaux.

[2202] VON BÜREN, p. 309 ; FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 15 N. 15 s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1566 ; HUGUENIN, N. 1780 et 1797 ; KREN KOSTKIEWICZ ET ALII/SCHWANDER, N. 2 ad art. 62 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 55.09. Concernant l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence au sujet de l'abandon de la condition d'appauvrissement, cf. VOSER NATHALIE, Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen : erläutert am Beispiel der Anweisung, thèse d'habilitation Bâle 2006, p. 152 ss et 179 ss.

[2203] Cf. *infra* N. 1104 ss.

[2204] Cf. *supra* N. 1091 ss.

se soit produit « aux dépens d'autrui », comme le dit le texte français de l'art. 62 al. 1[2205].

1100 Parmi les **exemples** jurisprudentiels conformes à ce second courant, on peut citer les situations suivantes :

- un propriétaire d'un restaurant a obtenu que le locataire resté dans les locaux à l'expiration du bail, lui paie un montant pour l'utilisation illégitime du matériel d'exploitation, sans que les juges se préoccupent de l'existence ou non d'un appauvrissement de la part du propriétaire[2206] ;
- le propriétaire d'un logiciel a obtenu le paiement d'un montant parce que le preneur de licence l'avait conservé dans son système informatique malgré l'expiration du contrat, sans que le tribunal examine la question de l'appauvrissement du propriétaire[2207].

1101 À la suite de CHAPPUIS[2208], nous pouvons regretter la **jurisprudence actuelle ambiguë** et le fait que le TF n'ait pas clairement tranché la question. Alors qu'ils en auraient eu l'occasion, les juges se sont contentés de souligner que la prétention en enrichissement illégitime n'impliquait pas un déplacement direct de patrimoine entre le créancier et le débiteur et qu'il s'agissait plutôt de compenser dans chaque cas l'enrichissement dont le débiteur a bénéficié « aux dépens d'autrui » selon le texte français de l'art. 62 al. 1[2209]. Cette phrase entretient une certaine confusion entre l'exigence d'un appauvrissement et la question du déplacement direct ou indirect du patrimoine, deux aspects qui ne se recouvrent pas totalement.

1102 Selon la conception classique de l'enrichissement illégitime[2210], un **lien de connexité** – parfois aussi appelé rapport de causalité *(Kausalzusammenhang)* – doit exister entre l'enrichissement et l'appauvrissement, c'est-à-dire que l'enrichissement d'une partie doit être à l'origine de l'appauvrissement de l'autre. Or l'exigence de connexité n'a de raison d'être que si l'on admet que l'appauvrissement est une condition nécessaire d'une

---

2205 ATF 129 III 646 cons. 4.2, JT 2004 I p. 105 ; 129 III 422 cons. 4, JT 2004 I p. 56 ; 119 II 437 cons. 3b/cc. Ég. arrêts du TF 2C_123/2016 du 21 novembre 2017 cons. 5.3.1 ; 4C.418/2004 du 2 mars 2005 cons. 3.1.

2206 ATF 119 II 437 cons. 3b/cc.

2207 Handelsgericht Zurich, 31 janvier 2008, cons. 3.5, RSJ 2008, p. 436.

2208 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 12 ss ad art. 62.

2209 ATF 129 III 422 cons. 4, JT 2004 I p. 56.

2210 ENGEL, Obligations, p. 586 s. À ce sujet, CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 26 ss ad art. 62 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1565.

créance en restitution de l'enrichissement illégitime, ce que nous avons rejeté pour les motifs exposés plus haut[2211].

À notre avis, il est préférable de se contenter d'exiger une **atteinte particulière au patrimoine** du créancier, qui découle d'une relation, elle aussi particulière, entre créancier et débiteur[2212]. 1103

IV. La détermination du créancier dans les constellations triangulaires ou multipartites

Les **constellations triangulaires ou multipartites** posent des difficultés particulières[2213], notamment en lien avec la détermination du titulaire de la prétention en enrichissement illégitime et de la partie qui peut être actionnée en restitution. On peut évoquer les situations suivantes impliquant trois parties ou plus : 1104

1° En matière de **représentation** (art. 32 ss), il convient de se fonder sur le lien obligationnel et de distinguer les différentes catégories. En cas de représentation *directe*[2214], l'acte juridique effectué par le représentant a lieu au nom et pour le compte du représenté, raison pour laquelle c'est celui-ci qui doit être créancier ou débiteur de l'enrichissement illégitime. En cas de représentation *sans pouvoirs*[2215], la prétention en restitution de l'enrichissement illégitime fondée sur l'art. 39 al. 3 existe contre le pseudo-représentant[2216]. En cas de représentation *indirecte*[2217], le représentant agit en son propre nom et assume donc le rôle de créancier ou de débiteur de la prétention fondée sur les art. 62 ss. 1105

2° En matière de **cession de créances** (art. 164 ss), le pseudo-débiteur d'une créance qui n'existe pas et qui s'exécute en faveur du pseudo-cessionnaire, doit faire valoir sa prétention contre celui-ci[2218]. 1106

2211 Cf. *supra* N. 1097 ss.
2212 Cf. *supra* N. 1088 s.
2213 À ce sujet, cf. en particulier, VOSER, op. cit. (n. 2202), passim.
2214 Cf. *supra* N. 735 ss et 936 ss.
2215 Cf. *supra* N. 948 ss et 1013.
2216 ATF 116 II 689 cons. 3b, JT 1992 I p. 197 ; 90 II 404 cons. 5b, JT 1965 I p. 362. Cf. toutefois *infra* N. 1011 ss pour des cas contre le pseudo-représenté.
2217 Cf. *supra* N. 1018 ss et 1034.
2218 HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 33 ad art. 62.

1107 **3°** En matière d'**assignation** (art. 466 ss)[2219], la jurisprudence fédérale offre certaines réponses. Pour cela, elle s'appuie sur les principes développés en droit allemand, quitte à les préciser ou à les modifier[2220]. L'assigné ne peut en principe pas agir contre l'assignataire pour cause d'enrichissement illégitime en cas de vices affectant le rapport de couverture (assignant/assigné), le rapport de valeur (assignant/assignataire) ou les deux rapports à la fois[2221]. Lorsque le rapport de valeur est vicié, il y a appauvrissement de l'assignant et enrichissement de l'assignataire[2222]. En revanche, l'assigné peut rechercher l'assignataire lorsque le vice concerne directement l'attribution faite par le premier au second, mais uniquement dans des cas exceptionnels[2223].

1108 Par **exemple,** lorsqu'un assigné (établissement bancaire) reçoit des instructions de paiement d'un assignant (client de la banque) en faveur d'un tiers, sans faire connaître à celui-ci son acceptation de l'assignation (art. 468 al. 1), puis que l'assignant révoque l'assignation (art. 470) mais que l'assigné effectue quand même le paiement par erreur, l'assigné qui a remboursé l'assignant n'a pas qualité pour ouvrir action en enrichissement illégitime contre l'assignataire si celui-ci ignorait la révocation de l'assignation[2224]. Au surplus, nous renvoyons à la littérature spécialisée[2225].

1109 **4°** Lorsqu'un **tiers paie** à un créancier une dette du débiteur, mais que le rapport contractuel entre créancier et débiteur est déclaré nul, le débiteur peut réclamer au créancier le montant versé par le tiers, en faisant appel aux art. 62 ss[2226]. Dans ce cas, le TF s'inspire des solutions développées en lien avec l'assignation et considère que le débiteur de l'obligation

---

2219 Au sujet du contrat d'assignation, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5527 ss.

2220 ATF 121 III 109 cons. 4a.

2221 ATF 121 III 109 cons. 4a ; 117 II 404 cons. 4a, JT 1993 I 66 ; arrêts du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.3 ; 4A_125/2007 du 28 août 2007 cons. 3.3.

2222 ATF 121 III 109 cons. 4a ; 117 II 404 cons. 4a, JT 1993 I 66 ; arrêt du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.3.

2223 Arrêt du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.3.

2224 ATF 121 III 109 cons. 4a ; arrêt du TF 4A_59/2009 du 7 septembre 2009 cons. 5.3.3.1.

2225 VOSER, op. cit. (n. 2202), p. 383 ss et p. 430 s. ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 67 ss ad art. 62.

2226 Arrêts du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.3 ; 4C.253/2000 du 30 janvier 2001 cons. 2d.

inefficace est l'appauvri et le créancier l'enrichi. Des circonstances exceptionnelles peuvent justifier que ce soit le tiers qui soit appauvri[2227].

5° En matière de **chaîne de prestations,** telle que l'aliénation d'une chose déjà aliénée une première fois, les éventuelles prétentions en enrichissement illégitime doivent rester confinées aux rapports d'aliénation et il ne peut y avoir en principe d'action du premier aliénateur contre le dernier acquéreur[2228]. 1110

En définitive, lorsque les rapports juridiques lient plusieurs parties pouvant revendiquer la titularité de la créance en restitution de l'enrichissement illégitime, il faut **rechercher la relation particulière**[2229], qui justifie une telle prétention. À la suite de CHAPPUIS[2230], nous dégageons **trois cas de figure** principaux : 1111

1° En cas de **lien juridique vicié préexistant** (ex. : un rapport de valeur, de provision ou d'assignation), ce sont les parties à ce rapport qui sont également les parties à l'obligation de restitution[2231]. 1112

2° En l'absence de rapport juridique préalable, le débiteur enrichi peut être recherché par celui qui a subi une atteinte à son patrimoine lorsqu'il existe un **lien économique** entre le patrimoine concerné et le débiteur enrichi[2232]. 1113

3° Si **l'équité** l'exige[2233], on peut admettre très exceptionnellement une prétention en restitution de l'enrichissement illégitime entre deux parties n'ayant pas de lien direct. 1114

Notons enfin que, dans les relations triangulaires, le TF s'est également appuyé sur l'existence ou non du **caractère « illégitime »**[2234] de l'enrichissement pour admettre ou refuser une prétention en restitution. 1115

2227 ATF 70 II 117 cons. 1, JT 1994 I p. 442, où le tiers était la femme du débiteur. Ég. arrêt du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.3.

2228 HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 30 ad art. 62, qui mentionnent l'exception d'une aliénation gratuite. Ég. ATF 87 II 18 cons. 1 et 2, JT 1961 I p. 502.

2229 Cf. *supra* N. 1103.

2230 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 28 ad art. 62 ; HUGUENIN, N. 1822 et réf. cit.

2231 ATF 117 II 404 cons. 3, JT 1993 I p. 66.

2232 ATF 129 III 646 cons. 4.2, JT 2004 I p. 105.

2233 Arrêt du TF du 23 décembre 1993 cons. 4b, SJ 1994, p. 269. Ég. ATF 117 II 404 cons. 3c, JT 1993 I p. 66. Plus critique : arrêt du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.1.

2234 Cf. *infra* N. 1116 ss.

§ 3 L'enrichissement « illégitime »

I. L'absence de cause légitime

1116 La troisième condition suppose que l'enrichissement aux dépens d'autrui soit illégitime, c'est-à-dire qu'il s'opère **sans cause légitime** *(« in ungerechtfertigter Weise »).* Autrement dit, l'augmentation de patrimoine doit ne pas être juridiquement valable, au regard du titre qui la fonde ou du but poursuivi.

1117 Tant un contrat (efficace) que la loi peuvent constituer des **causes légitimes.** Par exemple, la vente autorise l'acheteur à conserver légitimement la chose (art. 184 al. 1). Quant à la chose trouvée, elle devient légitimement la propriété de celui qui l'a trouvée après cinq ans, conformément à la loi (art. 722 al. 1 CC).

1118 La légitimité repose sur les **valeurs de l'ordre juridique** *(Wertungen der Rechtsordnung) ;* il s'agit certes d'un critère vague, qui permet au tribunal d'aller au-delà de la « cause » classique, mais qui écarte néanmoins de pures considérations d'équité[2235]. Les règles sur l'enrichissement illégitime ne doivent ainsi pas servir à corriger des résultats juridiques corrects, même s'ils sont jugés inéquitables : on pense notamment à la tentation de contourner les effets de la prescription[2236] ou de corriger un jugement objectivement erroné mais en force[2237].

1119 Parmi les cas d'enrichissement sans cause légitime, on distingue les **hypothèses** visées par l'art. 62 al. 2 (II.) ainsi que quelques autres cas particuliers (III.).

II. Les hypothèses de l'article 62 alinéa 2

1120 L'art. 62 al. 2 distingue **trois hypothèses :** l'absence de cause valable (A.), la cause qui ne s'est pas réalisée (B.), et la cause qui a cessé

[2235] ATF 117 II 404 cons. 3d, JT 1993 I p. 66 ; arrêt du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.1. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1477 ; HUGUENIN, N. 1782.

[2236] ATF 117 II 404 cons. 3d, JT 1993 I p. 66.

[2237] ATF 127 III 496 cons. 3b/aa. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1484 ; KOLLER, N. 30.43.

d'exister (C.). La liste n'est **pas exhaustive**[2238] et a avant tout un rôle d'ordonnancement[2239].

A. L'absence de cause valable (condictio sine causa)

L'art. 62 al. 2 prévoit que la « restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, […] ». Tel est le cas lorsque l'enrichissement du débiteur ne procède d'**aucune cause,** ou procède d'une cause non reconnue juridiquement. Cette éventualité fonde une action appelée *condictio sine causa.* 1121

L'absence de cause valable vise notamment les **situations** suivantes : 1122

- Les prestations sont effectuées sur la base d'un contrat inexistant (ex. : en cas de dissentiment latent) ou encore d'un acte juridique ne liant pas la personne qui a payé[2240]. Il en va de même lorsqu'est fournie, sans aucune réserve, une prestation supérieure à ce qui est dû selon un contrat[2241] ou lorsqu'une prestation est exécutée alors que le droit correspondant est périmé[2242].
- Les prestations sont effectuées en vertu de contrats nuls, affectés d'un vice relatif à la formation du contrat : vice de l'objet (art. 19 s.)[2243] ou de forme (art. 11)[2244], ou nullité découlant d'une autre exigence légale[2245]. En cas d'invalidité unilatérale originaire profitant à une seule partie au contrat, par exemple lors d'un vice

---

2238 ATF 123 III 101 cons. 3a, JT 1997 I p. 586, qui rajoute notamment la *condictio ob turpem vel iniustam causam* concernant la prestation acceptée en violation d'une interdiction légale ou en contrariété aux bonnes mœurs (ég. KOLLER, N. 30.27).

2239 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1480 ; KELLER/SCHAUFELBERGER, p. 53 ss.

2240 ATF 41 II 446 cons. 3, JT 1915 I p. 674 (non-existence d'un rapport de droit).

2241 ATF 130 III 504 cons. 6.2 (loyers payés en trop à la suite d'une augmentation nulle) ; 133 III 356 cons. 5.2.1, JT 2008 I p. 91.

2242 ATF 42 II 674 cons. 1, JT 1917 I p. 425 (« […] *sein Entschädigungsrecht* […] *verwirkt war* »).

2243 ATF 134 III 438 cons. 2.4, JT 2008 I p. 541 ; 127 III 421 cons. 3c/bb, JT 2002 I p. 318 ; 123 III 101 cons. 2 et 3a, JT 1997 I p. 586 ; 90 II 34.

2244 ATF 113 II 187 cons. 1a (loyer payé en trop en raison d'une augmentation nulle) ; 106 II 36 cons. 4 ; 45 II 447 cons. 2.

2245 ATF 133 V 205 cons. 5 (consentement du conjoint) ; 110 II 335 cons. 1 (refus d'autorisation d'acquérir pour l'achat d'un immeuble par des personnes à l'étranger).

affectant la capacité civile[2246] ou le consentement (art. 21 ou 23 ss)[2247], l'enrichissement illégitime repose également sur l'absence de cause valable, en vertu de la théorie de l'invalidité *(Ungültigkeitstheorie)*[2248]. En revanche, en cas de résolution du contrat pour demeure (art. 107 ss), qui constitue un vice de l'exécution du contrat, c'est le rapport de liquidation contractuel qui régit la restitution d'éventuelles prestations déjà effectuées[2249].

- L'acte a été accompli par un représentant sans pouvoirs (art. 39 al. 3)[2250], le tiers pouvant actionner tant le pseudo-représenté que le représentant sans pouvoirs.
- Les prestations effectuées doivent être restituées à la suite de l'exercice du droit de révocation (art. 40*e* s.) en matière de démarchage à domicile ou de contrats semblables[2251].

1123 En revanche, il n'y a **pas d'absence de cause valable** – et l'enrichissement n'est donc pas illégitime – lorsqu'un débiteur paie de manière anticipée une dette contractuelle existante, ou règle une somme d'argent effectivement due à son créancier en prélevant indûment le montant sur le compte bancaire d'un tiers, pour lequel il a une procuration[2252]. En droit public, il n'y a pas non plus absence de cause valable lorsqu'une prestation a été exécutée en vertu d'une décision certes erronée d'un point

2246 ATF 61 II 12, JT 1935 I p. 484.

2247 ATF 133 III 356 cons. 3.2.1, JT 2008 I p. 91 (invalidation pour erreur) ; 114 II 131 cons. 3b, JT 1988 I p. 508 (invalidation pour erreur) ; 97 II 43 cons. 3, JT 1972 I p. 47 (invalidation pour erreur).

2248 ATF 114 II 131 cons. 3b, JT 1988 I p. 508, qui précise que, selon la théorie de l'invalidation rétroactive *(Anfechtungstheorie),* il s'agirait d'une cause qui a cessé d'exister *(condictio ob causam finitam)* et pour la théorie de l'invalidité partielle *(geteilte Ungültigkeit),* il s'agirait d'une absence de cause pour la partie qui se prévaut de l'invalidité *(condictio sine causa)* et d'une cause qui a cessé d'exister pour l'autre partie *(condictio ob causam finitam).* Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 21 ad art. 62 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1483.

2249 HUGUENIN, N. 1788 ; CoRo-CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, N. 4 ss ad art. 31 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 39.01 ss. Déjà : ATF 60 II 27, JT 1934 I p. 183 pour le délai de prescription. À ce sujet, cf. *supra* N. 1065.

2250 ATF 97 II 66 cons. 4. Ég. ENGEL, Obligations, p. 588. Cf. *supra* N. 1012 ss.

2251 ATF 137 III 243 cons. 4.5, JT 2014 II p. 443. Ég. les précisions figurant in : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1482. D'un avis différent, HUGUENIN, N. 1793.

2252 ATF 106 II 29 cons. 3.

de vue matériel mais exécutoire s'il n'y a aucune raison de revenir sur cette décision[2253].

B. La cause qui ne s'est pas réalisée (condictio ob causam futuram ou condictio causa data causa non secuta)

Selon l'art. 62 al. 2, la restitution est aussi due de ce qui a été reçu « […], en vertu d'une **cause qui ne s'est pas réalisée** […] ». Tel est le cas lorsque l'enrichissement du débiteur repose sur une cause future attendue mais qui, en fin de compte, ne se produit pas. Cette éventualité fonde une action appelée *condictio ob causam futuram* ou *condictio causa data causa non secuta*[2254]. 1124

Les cas de cause non réalisée comprennent notamment les **situations** suivantes : 1125

- Les prestations reposent sur un contrat soumis à une condition suspensive (art. 151 ss) qui ne se produit finalement pas[2255].
- Une libéralité est contenue dans un contrat mixte mais la cause qui l'a motivée ne se réalise pas[2256].
- La prestation est effectuée en prévision d'une créance découlant d'un contrat qui n'est finalement pas conclu[2257], pas honoré par le

[2253] ATF 144 II 412 cons. 3.1 ; 143 II 37 cons. 6.3.1, JT 2018 I p. 84.

[2254] CHAUDET FRANÇOIS, Condictio causa data causa non secuta – Critique historique de l'action en enrichissement illégitime de l'art. 62 al. 2 CO, thèse Lausanne 1973, p. 1 ss.

[2255] ATF 129 III 264 cons. 3.2.2 ; 110 II 335 cons. 1 (acte de vente soumis à la condition suspensive de l'octroi de l'autorisation administrative nécessaire pour l'acquisition d'un immeuble par des personnes à l'étranger) ; 137 III 243 cons. 4.4.5, JT 2014 II p. 443. Ég. arrêt du TF 4C.424/2005 du 20 février 2006 cons. 3.1. D'un avis différent, HUGUENIN, N. 1793, voulant appliquer le rapport de liquidation contractuel.

[2256] ATF 82 II 430 cons. 7, JT 1957 I p. 144 (libéralité en raison du mariage promis avec la fille du donateur). Au sujet du contrat mixte, cf. *infra* N. 1415.

[2257] ATF 119 II 20 cons. 2a, JT 1994 I p. 34 (acompte pour la vente d'un immeuble finalement pas conclue) ; arrêt du TF 4A_594/2016 du 28 mars 2017 cons. 5.1.

cocontractant[2258] ou qui prend fin avant l'échéance de la durée escomptée[2259].

– Des loyers sont payés à l'avance pour un objet en travaux qui n'est pas terminé à la date prévue pour sa remise[2260].

1126 La prestation en raison d'une cause qui ne s'est finalement pas réalisée **se distingue** de la ***condictio indebiti*** (art. 63 al. 1)[2261] à plusieurs égards. Premièrement, la créance en restitution ne dépend pas du fait que la prestation ait été effectuée par erreur[2262]. Deuxièmement, la cause du paiement qui ne s'est finalement pas réalisée devait être reconnaissable par le bénéficiaire[2263]. En revanche, point besoin d'une convention selon laquelle le destinataire ne peut conserver le paiement que si la cause se réalise ; une telle exigence rendrait la *condictio ob causam finitam* vide de sens. En effet, l'interprétation objective d'une telle convention conclurait en principe à l'existence d'un accord portant sur la restitution contractuelle des prestations en cas de non-réalisation de la cause, ce qui exclurait l'application (subsidiaire) des règles sur l'enrichissement illégitime[2264].

C. La cause qui a cessé d'exister (condictio ob causam finitam)

1127 L'art. 62 al. 2 prévoit que la restitution est enfin due de ce qui a été reçu « […] en vertu […] d'une **cause qui a cessé d'exister** ». Tel est le cas lorsque l'enrichissement du débiteur repose sur une cause qui existe au moment où il se produit, mais qui vient à disparaître par la suite. Cette éventualité fonde une action appelée *condictio ob causam finitam*. Contrai-

---

2258 ATF 136 III 14 cons. 2.2.

2259 ATF 105 II 92 cons. 3a, JT 1979 I p. 611 (travaux de construction effectués par un locataire dans un rapport de bail dont les deux parties escomptaient qu'il serait de longue durée).

2260 BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 13 ad art. 62, qui propose également d'autres exemples.

2261 Cf. *infra* N. 1130 ss.

2262 Arrêt du TF 4A_109/2018 du 8 novembre 2018 cons. 4.2 et les réf. cit. Ég. ATF 137 III 243 cons. 4.4.5, JT 2014 II p. 443.

2263 Arrêt du TF 4A_594/2016 du 28 mars 2017 cons. 5.1.3, qui renvoie à l'ATF 82 II 430 cons. 7, JT 1957 I p. 144.

2264 Arrêt du TF 4A_594/2016 du 28 mars 2017 cons. 5.1.3 qui mentionne l'avis divergent de HAHN (Handkommentar-OR, N. 9 ad art. 62).

rement à l'art. 63 al. 1 *(condictio indebiti)*[2265], celui qui a fourni sa prestation n'a pas besoin de s'être trouvé dans l'erreur quant à son devoir de fournir la prestation[2266].

Les exemples de « cause ayant cessé d'exister » comprennent les **situations** suivantes : 1128

- En cas de représentation sans pouvoirs, le tiers fournit une prestation au pseudo-représenté enrichi, qui ne ratifie ensuite pas l'acte de représentation[2267].
- Une donation est effectuée, avant d'être révoquée en application de l'art. 249.
- Un contrat déjà exécuté est frappé d'une condition résolutoire (art. 154), selon la conception traditionnelle[2268].
- Une action en désaveu de paternité couronnée de succès amène celui qui a payé les aliments jusque-là à exiger leur restitution[2269] ou une mesure judiciaire provisoire ordonnant le paiement de l'entretien par le père est en fin de compte révoquée dans la décision finale[2270].
- Une action en réduction entraîne la réduction d'un legs à zéro ; le bénéficiaire doit restituer les acomptes reçus sur ce legs (art. 528 CC)[2271].

2265 Cf. *infra* N. 1130 ss.

2266 BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 15b ad art. 62. Apparemment d'un autre avis, ATF 129 III 646 cons. 3, JT 2004 I p. 105, qui analyse la condition de l'erreur dans un cas où le père inscrit dans les registres de l'état civil a actionné le véritable géniteur d'un enfant pour les contributions d'entretien de l'enfant payées pendant la minorité, alors qu'à sa majorité, l'enfant a intenté avec succès une action en constatation de la paternité du véritable géniteur.

2267 BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 15a ad art. 62.

2268 Cf. les références citées dans CoRo-CO I-PICHONNAZ, N. 17 ad art. 154 ; BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 15a ad art. 62. Alors que le TF ne s'est pas prononcé sur cette question, une partie de la doctrine considère toutefois que la restitution des prestations découlant de l'avènement d'une condition résolutoire a une nature contractuelle (avec un effet réel), ce qui exclut l'application des règles sur l'enrichissement illégitime en faveur de celle du rapport de liquidation contractuel (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 4006 ; HUGUENIN, N. 1795 ; CoRo-CO I-PICHONNAZ, N. 20 ss ad art. 154).

2269 ATF 129 III 646 cons. 3 et 4, JT 2004 I p. 105.

2270 ATF 135 III 238 cons. 2.

2271 ATF 71 II 147 cons. 6, JT 1945 I p. 612.

1129 Le régime applicable en cas de **prestation devenue objectivement impossible** sans faute du débiteur (art. 119 al. 2) dans le cadre d'un contrat bilatéral fait débat[2272]. En vertu de la jurisprudence la plus récente du TF, l'utilisation des règles sur l'enrichissement illégitime à la restitution de la contre-prestation déjà exécutée ne s'impose qu'en raison de la lettre de la loi (art. 119 al. 2 : « le débiteur ainsi libéré est tenu de restituer, selon les règles de l'enrichissement illégitime […] »), sans qu'on ait besoin de rattacher ce cas de figure à l'une des trois hypothèses de l'art. 62 al. 2. Cela signifie d'une part que l'art. 64[2273] s'applique, même si l'autre partie ne reçoit rien de la prestation impossible et, d'autre part, que la créance en restitution se prescrit selon l'art. 67[2274]. Le régime prévu par l'art. 119 al. 2 est toutefois inopportun ; il faudrait adapter la loi pour permettre l'application du rapport de liquidation contractuel[2275], comme c'est le cas pour la résolution du contrat pour cause de demeure[2276].

III. Quelques cas particuliers

A. La répétition de l'indu (art. 63 al. 1)

1130 Lorsque l'enrichissement résulte d'une attribution faite – volontairement mais par erreur – par l'appauvri dans le but d'éteindre une dette inexistante, le paiement de l'indu ouvre la voie à la restitution de l'enrichissement illégitime. Cette hypothèse fonde une action en **répétition de l'indu,** héritée de la *condictio indebiti* du droit romain.

1131 L'**art. 63 al. 1** prévoit que « celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas ne peut le répéter s'il ne prouve qu'il a payé en croyant, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé ». Cette disposition, dont la formulation est négative, traite du cas particulier du paiement de l'indu lorsque l'appauvri a volontairement payé ce qu'il ne devait pas, sans être dans l'erreur quant à l'(in)existence de son devoir d'exécuter la prestation *(Schuldpflicht)*[2277]. La loi exclut alors exceptionnellement la prétention en

---

2272 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 24 s. ad art. 62 et réf. cit.
2273 Cf. *infra* N. 1197 ss.
2274 CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 24 ad art. 119.
2275 ATF 137 III 243 cons. 4.4.7, JT 2014 II p. 443.
2276 Cf. *supra* N. 1065 s.
2277 Cf. toutefois ATF 123 III 101 cons. 3a, JT 1997 I p. 586, qui semble aller plus loin en affirmant que l'art. 63 al. 1 s'applique à toutes les actions en restitution découlant d'un acte du créancier appauvri (*Leistungskondiktionen*), à l'exclusion de l'art. 62 al. 1.

restitution de l'enrichissement illégitime. On peut rapprocher cette situation d'une donation, où le donateur ne se trouve pas dans l'erreur lorsqu'il effectue sciemment sa prestation[2278].

L'art. 63 al. 1 n'est qu'un cas particulier du principe général[2279]. Il **limite exceptionnellement la portée de l'art. 62** et a pour effet d'exclure la prétention en restitution de l'enrichissement illégitime si quatre conditions particulières sont remplies : (1) une prestation de l'appauvri à l'enrichi ; (2) une prestation que l'appauvri ne devait pas ; (3) une prestation volontaire de l'appauvri et (4) l'absence d'erreur de l'appauvri quant à son devoir d'effectuer la prestation. 1132

On peut ajouter les **commentaires** suivants au sujet de chacune de ces **quatre conditions :** 1133

1° L'enrichissement doit découler d'une **prestation faite par l'appauvri** (*Leistungskondiktion*[2280]), ce qui exclut les cas d'enrichissement en l'absence d'acte du créancier appauvri (*Nichtleistungskondiktion*[2281])[2282]. Le plus souvent, il s'agit d'une attribution pour éteindre une prétendue dette, en payant une somme d'argent[2283]. Les exemples comprennent notamment les situations suivantes : 1134

- Une femme règle une facture touchant l'entretien du ménage en ignorant que son mari l'a déjà acquittée.

2278 ATF 64 II 121 cons. 5f, JT 1938 I p. 599. Cf. toutefois l'ATF 123 III 101 cons. 3a, JT 1997 I p. 586, où le TF semble considérer que les actions en restitution découlant d'un acte du créancier appauvri *(Leistungskondiktionen)* tombent uniquement sous le coup de l'art. 63 al. 1, à l'exclusion de l'art. 62 al. 1.

2279 Dans ce sens, arrêt du TF 2C_1035/2011 du 19 avril 2012 cons. 5.1 ; déjà : ATF 52 II 228 cons. 2, JT 1926 I p. 623. *Contra :* ATF 123 III 101 cons. 3a, JT 1997 I p. 586, affirmant que l'art. 62 ne s'applique pas à l'art. 63. Sur le débat doctrinal, HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 1 ad art. 63 et réf. cit. Pour une discussion critique du fondement de la prétention de l'art. 63 et son rapport à l'art. 62, cf. HUWILER BRUNO, Zur Anspruchsgrundlage der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung im Schweizerischen Obligationenrecht, in Der Allgemeine Teil und das Ganze – Liber Amicorum für Hermann Schulin, Vogt Nedim Peter/Zobl Dieter (édit.), Bâle 2002, p. 41 ss. Sur la répartition du fardeau de la preuve des conditions de l'art. 63, cf. arrêt du TF 4A_48/2022 du 7 juin 2022 cons. 5.3.

2280 Cf. *supra* N. 1089 s.

2281 Cf. *supra* N. 1091 ss.

2282 Arrêt du TF 4C.279/2003 du 3 mai 2005 cons. 3.2. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 1 ad art. 63 ; BaK-OR I-SCHULIN/VOGT. N. 1 ad art. 63.

2283 Par « attribution », on entend tout acte attributif du débiteur, destiné à l'exécution d'une obligation (ENGEL, Obligations, p. 590).

- Un locataire verse une augmentation de loyer non notifiée sur formule officielle[2284] ou une indemnité forfaitaire pour remise en état des locaux prohibée par la loi[2285].
- Un assureur-maladie prend en charge des prestations alors que l'assuré est couvert par une autre assurance[2286].
- Un assureur paie une prestation pour le vol fictif d'une voiture[2287].

1135 **2°** Le paiement doit concerner ce que le créancier « ne devait pas », c'est-à-dire une **dette inexistante** *(Nichtschuld)*. Il peut s'agir d'une dette qui n'a jamais existé ou qui a déjà cessé d'exister au moment du paiement[2288], notamment parce que le contrat est nul, a été résolu ou résilié. L'art. 63 al. 1 ne s'applique notamment pas à une cause qui ne s'est pas réalisée[2289], à une cause qui a cessé d'exister[2290], à une dette prescrite ou à l'accomplissement d'un devoir moral (art. 63 al. 2)[2291]. Pour déterminer si la dette existait au moment du paiement, il faut se fonder sur la situation juridique objective ; la décision (erronée) d'une instance judiciaire admettant l'existence d'une dette ne signifie pas encore que celle-ci soit véritablement existante et que la prétention en restitution de l'enrichissement illégitime soit exclue, à moins bien sûr qu'un jugement définitif et en force condamne l'appauvri à s'exécuter[2292].

1136 **3°** Il faut une **prestation volontaire** de l'appauvri[2293]. S'il s'est exécuté involontairement, il peut exiger la restitution, même s'il n'était pas

---

2284 ATF 140 III 583 cons. 3.2.3 ; 113 II 187 cons. 1a ; arrêts du TF 4A_256/2015 du 17 septembre 2015 cons. 3.3.1 (absence de formule officielle de majoration de loyer – art. 269d CO) ; 4A_254/2016 du 10 juillet 2017 cons. 3.1.3.1 (absence de formule officielle de notification du loyer initial – art. 270 al. 2 CO).

2285 ATF 107 II 255 cons. 2 et 4, JT 1982 I p. 73. Ég. ATF 41 II 474 cons. 2, JT 1916 I p. 361, pour une provision payée par un client à un avocat en vertu d'un contrat de provision nul, violant le droit cantonal.

2286 ATF 138 V 426 cons. 5.

2287 TC Neuchâtel, 4 février 1985, RJN 1985, p. 42 cons. 3.

2288 ATF 133 III 43 cons. 3.5.1, JT 2007 I p. 226 ; 130 III 504 cons. 7. Sur la manière de prouver l'absence de cause, cf. arrêt du TF 4A_48/2022 du 7 juin 2022 cons. 5.3.

2289 Ce cas de figure englobe également le cas de l'erreur sur les faits futurs (arrêt du TF 4A_425/2013 du 6 janvier 2014 cons. 3.2, qui précise qu'on peut appliquer l'art. 62 sans exiger l'allégation et la preuve d'une erreur). Ég. HUGUENIN, N. 1792. Au sujet de la cause non réalisée, cf. *supra* N. 1124 ss.

2290 Cf. *supra* N. 1127 ss.

2291 Cf. *infra* N. 1151 ss.

2292 ATF 107 II 255, JT 1982 I p. 73. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1532.

2293 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 5 ad art. 63. Ég. ATF 93 II 97 cons. 2c (nié en l'espèce).

dans l'erreur[2294] ou s'il avait un doute au sujet de l'existence de la dette[2295]. Dans cette hypothèse, seul l'art. 62 s'applique, à l'exclusion de l'art. 63.

La loi ne précise pas la notion de paiement « volontaire »[2296]. Se- 1137
lon la **jurisprudence,** le créancier preste de façon involontaire notamment lorsqu'il se trouve dans une situation de contrainte le forçant à s'exécuter, sans quoi il subirait des inconvénients déraisonnables ; le paiement doit apparaître comme seule solution possible et raisonnable[2297]. Il doit en aller ainsi plus généralement lorsque la volonté du créancier est viciée[2298].

Les **situations** suivantes conduisent donc à un paiement involon- 1138
taire[2299] :

- Le créancier est incapable de discernement (art. 16 CC) au moment où il effectue sa prestation[2300].
- Le créancier est victime d'une lésion en raison de sa gêne (art. 21).
- Le créancier subit une crainte fondée (art. 29 s.).
- Le créancier preste en raison d'un comportement contraire aux mœurs ou répréhensible de l'autre partie[2301].
- Le créancier preste sans sa volonté, par exemple lorsqu'une erreur de programmation commise par un partenaire contractuel l'amène à effectuer un paiement non désiré à un tiers[2302].
- Le créancier preste ensuite de poursuites restées sans opposition ou d'un jugement prononçant la mainlevée et la somme non due

---

2294 Cf. *infra* N. 1138.

2295 ATF 123 III 101 cons. 3a, JT 1997 I p. 586 ; arrêt du TF 4C.279/2003 du 3 mai 2005 cons. 3.2 et 3.3. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1537.

2296 ATF 123 III 101 cons. 3b, JT 1997 I p. 586.

2297 ATF 123 III 101 cons. 3b, JT 1997 I p. 586, qui parle de *« eigentliche Zwangslage,* […] *wenn der Leistende unzumutbare Nachteile in Kauf zu nehmen hätte, die er nicht anders als durch die Leistung abwenden kann ».* Cf. toutefois ATF 124 II 570 cons. 4d qui inclut un paiement par mégarde et involontaire *(versehentlich und ungewollt),* confondant ainsi le caractère involontaire et l'erreur.

2298 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 63, en lien avec les actes volontaires.

2299 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1538 ss. Ég. ATF 129 III 646 cons. 3.2, JT 2004 I p. 105 ; 123 III 101 cons. 3b, JT 1997 I p. 586.

2300 HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 6 ad art. 63 et réf cit.

2301 ATF 123 III 101 cons. 3a, JT 1997 I p. 586, qui parle de *condictio ob turpem vel injustam causam.*

2302 Arrêt du TF du 19 décembre 1989 cons. 2a, Pra 1991 N. 16, p. 84.

est réclamée dans l'année en intentant une action en justice (art. 63 al. 3)[2303].

1139 En pratique, l'existence d'une prestation volontaire fait **débat** lorsqu'une partie verse une somme d'argent en contrepartie du retrait par l'autre de son opposition ou de son recours contre un permis de construire. La jurisprudence est stricte et ne qualifie la transaction de contraire aux mœurs que si le projet de construction est manifestement conforme aux règles applicables, que la contrepartie pécuniaire ne compense rien et que la procédure d'opposition ou de recours est ainsi détournée de son but afin d'obtenir une somme d'argent due à aucun titre[2304]. Si l'on généralise, un paiement monnayant la renonciation à user d'un moyen de droit n'est involontaire (et la convention qui le prévoit est contraire aux mœurs) que si le paiement obtenu ne compense pas un inconvénient ou dommage dont le moyen concerné est éventuellement propre à empêcher la survenance[2305].

1140 **4°** Celui qui a payé ne doit **pas être dans l'erreur** quant à son devoir de fournir la prestation[2306]. Il s'agit d'exclure la répétition d'un paiement effectué en toute connaissance de cause. L'erreur est admise lorsque les circonstances du cas d'espèce permettent d'exclure que celui qui a presté a agi dans l'intention de donner[2307].

1141 Rappelons d'abord que le créancier ne doit prouver son erreur que dans le cas d'une **prestation volontaire**[2308] ; si la prestation est involontaire, il n'y a pas besoin d'examiner si l'appauvri était dans l'erreur[2309].

2303 ATF 123 III 101 cons. 3b, JT 1997 I p. 586. À ce sujet, cf. *infra* N. 1149.

2304 Arrêt du TF 4A_37/2008 du 12 juin 2008 cons. 3.3, avec référence aux ATF 115 II 232 cons. 4b, JT 1990 I p. 66 ; 123 III 101 cons. 2c, JT 1997 I p. 586 et à l'arrêt du TF 6P.5/2006 du 12 juin 2006 cons. 7.2.

2305 Arrêt du TF 4A_657/2011 du 8 février 2012 cons. 3. Pour une critique de cette condition, RUSCH ARNOLD F., Das Irrtumserfordernis bei der condictio indebiti, RDS 2009 I p. 131 ss, qui réduit cette condition à l'exclusion en cas d'un paiement en connaissance de l'inexistence de la dette.

2306 ATF 123 III 101 cons. 3a, JT 1997 I p. 586, tempéré toutefois par l'arrêt du TF 4A_425/2013 du 6 janvier 2014 cons. 3.1 ; arrêt du TF 5C.51/2004 du 28 mai 2004 cons. 7.1. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1533.

2307 Arrêt du TF 4D_13/2015 du 3 juin 2015 cons. 4.1. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 9a ad art. 63 ; HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 5 ad art. 63 et réf cit.

2308 Cf. *supra* N. 1136.

2309 ATF 124 II 570 cons. 4d ; 123 III 101 cons. 3a, JT 1997 I p. 586.

N'importe quelle erreur suffit. Elle peut être de fait ou de droit[2310]. Elle n'a pas besoin d'être essentielle au sens des art. 23 ss[2311]. Elle peut même être fautive et inexcusable[2312]. Il s'agit le plus fréquemment d'une erreur sur les motifs, en particulier la croyance de l'existence de la dette, mais il peut aussi s'agir d'une erreur de déclaration[2313]. Le fardeau (objectif) de la preuve de l'erreur repose sur le créancier appauvri[2314], mais le tribunal peut admettre que, dans les relations d'affaires, il n'y a en principe jamais l'intention de donner[2315]. 1142

En l'absence d'erreur sur l'existence du devoir de prester, le **motif** pour lequel l'appauvri a payé (volonté de donner, piété visant à laisser croire qu'un devoir existait, évitement d'un litige, absence de preuve quant à l'inexistence de la dette) n'est en revanche pas important et ne permet pas de fonder d'une autre manière une créance en restitution de l'indu[2316]. 1143

En matière de bail, le TF a précisé, en lien avec des montants indus payés au titre de frais accessoires, que ce qui est décisif, c'est l'**existence effective d'une erreur.** Le fait que les locataires auraient dû savoir que leur prestation n'était pas due n'est pas pertinente et ne supprime pas l'existence d'une erreur de leur part au sens de l'art. 63 al. 1. Si les locataires savaient qu'une convention spéciale était nécessaire (art. 257*a* al. 2) et qu'elle n'existait pas, ils ne sont alors pas dans l'erreur, ce qui exclut la répétition fondée sur l'art. 63 al. 1[2317]. 1144

2310 ATF 129 III 646 cons. 3.2, JT 2004 I p. 105 ; 98 Ia 187 cons. 4b ; 40 II 249 cons. 5, JT 1914 I p. 590. Ég. arrêt du TF 4A_451/2017 du 22 février 2018 cons. 5.3.

2311 Arrêt du TF 5C.51/2004 du 28 mai 2004 cons. 7.1 ; OGer Zurich, 31 août 1972, RSJ 1973, p. 55 (p. 56) qui précise que cela peut être une erreur sur les motifs. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 8 ad art. 63.

2312 ATF 129 III 646 cons. 3.2, JT 2004 I p. 105, qui précise que ce n'est pas l'erreur qui justifie l'action en restitution mais bien plus l'absence de cause de la prestation ; ATF 64 II 121 cons. 5f, JT 1938 I p. 599. Ég. arrêt du TF 4A_451/2017 du 22 février 2018 cons. 5.3.

2313 Ex. : l'appauvri verse, ensuite d'un *lapsus calami,* CHF 120.– à l'enrichi, alors que la facture était de CHF 102.– (ENGEL, Obligations, p. 592).

2314 ATF 123 III 101 cons. 3a, JT 1997 I p. 586 ; arrêts du TF 4A_48/2022 du 7 juin 2022 cons. 5.3 ; 5C.51/2004 du 28 mai 2004 cons. 7.1. Ég. HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 3 ad art. 63.

2315 Arrêts du TF 4A_451/2017 du 22 février 2018 cons. 5.3 ; 4D_13/2015 du 3 juin 2015 cons. 4.1 ; 4C.89/2004 du 9 mars 2005 cons. 5.1.

2316 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1536. D'un avis différent, RUSCH, op. cit. (n. 2305), p. 143 s.

2317 Arrêt du TF 4A_451/2017 du 22 février 2018 cons. 5.3.

1145 Dans d'autres arrêts concernant les conséquences de la non-utilisation de la **formule officielle** obligatoire – dont le but est précisément de renseigner le locataire dont on suppose qu'il peut ignorer ses droits – le TF a toutefois admis que le locataire réclamant les montants payés en trop n'a pas besoin de prouver qu'il était dans l'erreur et qu'une exclusion de son droit de répétition ne peut être admise que dans les limites étroites de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)[2318].

1146 La régime applicable à celui qui ne se trouvait pas dans l'erreur, mais avait des **doutes** quant à l'existence de son obligation, fait l'objet d'une controverse doctrinale. Le courant majoritaire nie le droit à répétition, faute d'erreur de l'appauvri qui se rendrait alors coupable d'un comportement contradictoire[2319]. Une minorité d'auteurs admet en revanche la prétention en répétition de l'appauvri qui prouve qu'il n'aurait pas exécuté la prestation si, le doute étant levé, il avait su qu'il n'était pas tenu de prester[2320]. Tout le monde s'accorde en revanche sur le fait que celui qui preste en réservant la possibilité d'en demander la restitution peut le faire sur la base de la *condictio indebiti* sans qu'on lui reproche ensuite une absence d'erreur[2321].

1147 On peut en outre faire les **commentaires suivants :**

– En supprimant la double négation du texte légal, la **formulation positive** de la règle de la répétition de l'indu est la suivante : « Si quelqu'un a payé volontairement ce qu'il ne devait pas, il peut le répéter à condition de prouver qu'il croyait par erreur qu'il le devait. » L'appauvri doit donc prouver qu'il a effectué volontairement une prestation pour exécuter une obligation, que l'obligation en question n'existait pas et qu'il était dans l'erreur quant à son devoir d'exécuter la prestation[2322].

2318 ATF 140 III 583 cons. 3.2.3 et 3.2.4 et les réf. cit. ; 130 III 504 cons. 6.2 ; 113 II 187 cons. 1a. Ég. arrêts du TF 4A_586/2018 du 5 septembre 2019 cons. 2.4b ; 4A_254/2016 du 10 juillet 2017 cons. 3.1.3.2 ; 4A_637/2016 du 3 mars 2017 cons. 2 et 3.

2319 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1535 ; HUGUENIN, N. 1808a ; BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 4 ad art. 63 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 56.07.

2320 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 9 ad art. 63 et les réf. cit., qui reprend l'avis de BUCHER, OR ; HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 3 ad art. 63 et réf cit.

2321 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1535 et les réf. cit. ; HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 3 ad art. 63.

2322 BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 9 ad art. 63.

- Les **conditions générales** de l'art. 62 doivent être remplies pour que l'art. 63 s'applique, étant donné que la seconde disposition constitue un cas particulier de la première[2323]. Par conséquent, le recours à l'art. 63 al. 1 présuppose l'existence d'un enrichissement, aux dépens d'autrui et illégitime[2324].
- La jurisprudence publiée du TF, qui a considéré, entre 1996 et 2011, que l'art. 63 était une *lex specialis* de l'art. 62 instituant un régime spécifique et exclusif pour les cas de prestations faites par l'appauvri (*Leistungskondiktion*[2325])[2326], n'est **pas convaincante.** En effet, le but de l'art. 63 est bien plus d'empêcher un comportement contradictoire du créancier appauvri qui relèverait de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), en instaurant une règle de preuve dont le contenu est le suivant[2327] : celui qui exécute une prestation qu'il ne doit pas, le fait en principe avec l'*animus donandi,* donc sur la base d'une cause légitime. Si ce n'est pas le cas, l'appauvri doit le prouver en démontrant soit le caractère involontaire de sa prestation (peu importe alors qu'il soit dans l'erreur ou non), soit le fait que sa prestation volontaire relève d'une erreur.
- L'art. 63 al. 1 utilise une formulation trop étroite en évoquant celui **« qui a payé ».** Le champ d'application de la répétition de l'indu ne se limite pas aux créances pécuniaires, mais s'étend à toute forme de prestation, pécuniaire ou non, raison pour laquelle il faut comprendre largement le concept de paiement dans le cadre de la *condictio indebiti*[2328].

2323 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1489a et les réf. cit. Sur la nature particulière de l'art. 63, cf. *supra* N. 1132.

2324 Cf. *supra* N. 1080 ss, 1085 ss et 1116 ss.

2325 Cf. *supra* N. 1089.

2326 ATF 123 III 101 cons. 3a, JT 1997 I p. 586 ; 129 III 646 cons. 3.2, JT 2004 I p. 105. Ce point de vue a partiellement persisté dans la jurisprudence non publiée, cf. arrêt du TF 4A_225/2013 du 6 janvier 2014 cons. 3.1 ; arrêt du TAF A-1462/2016 du 24 août 2017 cons. 4.5.

2327 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 2 s. ad art. 63 et les réf. doctrinales cit. Dans ce sens ég., arrêt du TF 4A_425/2013 du 6 janvier 2014 cons. 3.1, qui souligne que l'ATF 137 III 243 cons. 4.4.5, JT 2014 II p. 443 se réfère à sa jurisprudence antérieure à 1996 et n'exige plus que le créancier établisse son erreur.

2328 Arrêt du TF du 23 décembre 1993 cons. 4a/bb, SJ 1994, p. 269. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1530 ; Handkommentar-OR/HAHN, N. 1 ad art. 63 ; BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 2 ad art. 63.

1148 Deux situations méritent encore une **mention particulière :**

1149 **1°** L'**art. 63 al. 3,** qui réserve les dispositions de la LP relatives à la répétition de l'indu, renvoie plus précisément à l'art. 86 al. 1 LP[2329]. Cette disposition prévoit que « celui qui a payé une somme qu'il ne devait pas, ensuite de poursuites restées sans opposition ou d'un jugement prononçant la mainlevée, a le droit de la répéter dans l'année ». En dérogation aux conditions de l'art. 63 al. 1[2330], la preuve que la somme n'était pas due est la seule qui incombe au créancier[2331]. L'art. 86 LP concerne une prestation effectuée involontairement[2332], puisque faite sous la contrainte d'une menace de réalisation forcée[2333]. Pour que cette disposition s'applique, il faut ainsi non seulement qu'une poursuite soit en cours, mais que celle-ci ait effectivement déterminé le poursuivi à effectuer la prestation indue[2334].

1150 **2°** Les **contrats bilatéraux parfaits** (ou synallagmatiques[2335]). Si une partie effectue volontairement et sans erreur une prestation fondée sur un contrat bilatéral (parfait) inefficace, l'art. 63 al. 1 la prive du droit de réclamer la restitution fondée sur l'enrichissement illégitime. Cette solution conduit potentiellement à un résultat choquant[2336] lorsque l'autre partie, se fondant sur l'inefficacité du contrat, soit refuse d'exécuter sa propre prestation, soit parvient à la réclamer avec succès sur la base d'une revendication (art. 641 CC) ou de la *condictio indebiti* en établissant qu'elle se trouvait dans l'erreur. Pour empêcher ce résultat indésirable, l'art. 63 al. 1 ne s'applique pas et l'appauvri est autorisé à réclamer sa prestation en se fondant sur une *condictio sine causa*[2337]. Par conséquent, dans ce cas, la

---

2329 TERCIER/PICHONNAZ, N. 1977. Sur le lien entre l'art. 86 al. 1 LP et l'art. 62, cf. HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 10 ad art. 63 et réf. cit.

2330 Cf. *supra* N. 1132 ss.

2331 ATF 115 III 36 cons. 2b ; 119 II 305 cons. 1b/aa. Cf., au sujet de cette action, RUEDIN ROLAND, L'action en répétition de l'indu (art. 86 LP), FJS 981/1989, p. 2 ss.

2332 Au sujet de la prestation involontaire, cf. *supra* N. 1136 ss.

2333 ATF 123 III 101 cons. 3b, JT 1997 I p. 586 ; 129 III 646 cons. 3.2, JT 2004 I p. 105. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 16 ad art. 63.

2334 ATF 115 III 36 cons. 2c, qui renvoie à l'ATF 61 II 5 ; arrêt du TF 4C.133/2003 du 30 octobre 2003 cons. 2.2. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 17 ad art. 63.

2335 Cf. *infra* N. 1337.

2336 ATF 115 II 28 cons. 1a, JT 1989 I p. 172. Cf. HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 1 ad art. 63, qui introduisent des tempéraments.

2337 Pour une mention des diverses constructions juridiques permettant de parvenir à un tel résultat, cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1578. Ég. BK-GIGER, N. 381 ad art. 216, qui parvient à la même conclusion mais en admettant une erreur de celui qui a payé. Au sujet de la *condictio sine causa,* cf. *supra* N. 1121 ss.

restitution de l'enrichissement ne dépend pas du fait que le demandeur se soit trouvé dans l'erreur[2338].

B. La dette prescrite, le devoir moral ou l'obligation naturelle (art. 63 al. 2)

L'**art. 63 al. 2** prévoit que « ce qui a été payé pour acquitter une dette prescrite ou pour accomplir un devoir moral ne peut être répété ». Cette disposition reconnaît que la prestation n'a pas eu lieu sans cause et que l'enrichissement n'est pas illégitime[2339]. Celui qui exécute une prestation sur la base d'une cause valable ne peut ensuite en demander la restitution, même si le bénéficiaire ne pouvait pas le contraindre juridiquement à effectuer la prestation[2340]. 1151

Par conséquent, une prétention en restitution de l'enrichissement illégitime est **exclue** dans les trois cas suivants[2341] : 1152

1° Le paiement d'une **dette prescrite.** La prestation n'enrichit pas le créancier de manière illégitime. Même si le débiteur est habilité à soulever l'exception de prescription qui paralyse le droit d'action, celle-ci ne met pas fin à l'existence de la créance et n'éteint pas le droit (art. 142)[2342]. Par conséquent, le débiteur qui paie ne peut pas réclamer la restitution de sa prestation, même s'il n'avait pas connaissance de sa faculté d'invoquer la prescription au moment du paiement[2343]. Il ne peut en particulier pas invoquer son erreur, car celle-ci ne porte pas sur son devoir de fournir la prestation, mais uniquement sur l'existence d'une exception juridique[2344]. 1153

2° L'exécution d'un **devoir moral.** Il ne s'agit pas d'une dette au sens du droit des obligations. Le législateur a toutefois décidé qu'une telle 1154

2338 ATF 115 II 28 cons. 1a, JT 1989 I p. 172. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 11 ad art. 63 ; KOLLER ALFRED, Die Kondiktionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR, PJA 2006, p. 468 s.

2339 KOLLER, N. 30.30.

2340 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 12 ad art. 63.

2341 Au sujet des obligations imparfaites et du devoir moral, cf. *supra* N. 493 ss.

2342 Cf. Vol. III.

2343 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1541 et les réf. cit. *Contra :* SPIRO KARL, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Band I – Die Verjährung der Forderungen, Berne 1975, § 233, p. 564.

2344 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 13 ad art. 63.

prestation légitimait l'enrichissement[2345], car la situation s'apparente à une exécution *causa donandi.* Par conséquent, celui qui s'acquitte d'un devoir moral n'a pas de prétention en répétition[2346], y compris s'il croyait exécuter une obligation au sens strict[2347]. En revanche, s'il pensait à tort qu'un devoir moral existait alors que ce n'est pas le cas, l'art. 63 al. 2 n'est pas applicable et l'appauvri dispose d'une prétention en restitution de l'enrichissement illégitime[2348].

1155 **3°** Les **obligations imparfaites ou naturelles**[2349]. Il s'agit des obligations que leur bénéficiaire ne peut faire valoir avec succès en justice[2350]. Même si l'art. 63 al. 2 ne les mentionne pas expressément, elles suivent le même régime que les créances prescrites[2351]. Si le débiteur exécute une obligation naturelle, il ne dispose donc pas d'une prétention en restitution de l'enrichissement illégitime[2352]. On souligne qu'une limitation importante à ce principe concerne les dettes de jeu et de pari (art. 513 al. 1). En effet, l'art. 514 al. 2 prévoit qu'« il n'y a lieu à répétition de paiements volontaires que si l'exécution régulière du jeu ou du pari a été empêchée par un cas fortuit, par le fait de l'autre partie, ou si cette dernière s'est rendue coupable de manœuvres déloyales ». La répétition n'est donc exclue que dans les autres situations, notamment si l'on se trouve dans le cas d'un paiement volontaire intervenu à raison d'un jeu ou d'un pari exécuté régulièrement[2353].

C. L'impossibilité objective, subséquente et sans faute (art. 119 al. 2)

1156 Ainsi que nous avons déjà pu le souligner, le régime applicable en cas de contrat bilatéral, dont l'une des prestations est devenue objectivement impossible sans faute du débiteur (art. 119 al. 2), fait **débat**[2354].

2345 ATF 45 II 291 cons. 2, JT 1919 I p. 423. Ég. ATF 80 II 14 cons. 3, JT 1954 I p. 518.
2346 ATF 126 III 49 cons. 3a/bb, JT 2001 I p. 48 ; 45 II 474 cons. 2, JT 1916 I p. 361 (devoir moral nié en l'espèce).
2347 Arrêt du TF 4A_47/2009 du 15 septembre 2009 cons. 2.3.
2348 ATF 70 IV 193 cons. 2. Ég. ENGEL, Obligations, p. 591.
2349 Cf. *supra* N. 486 ss.
2350 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 82.
2351 HUGUENIN, N. 1810 et réf. cit. ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 1965 s.
2352 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 15 ad art. 63 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1542 ; VON TUHR/PETER, p. 482 s.
2353 CoRo-CO I-JEANDIN/TEDJANI, N. 6 s. ad art. 515.
2354 Cf. *supra* N. 1129.

En vertu de la jurisprudence la plus récente du TF, l'utilisation des règles sur l'enrichissement illégitime à la restitution de la contre-prestation déjà exécutée ne s'impose qu'**en raison de la lettre de la loi** (art. 119 al. 2 : « le débiteur ainsi libéré est tenu de restituer, selon les règles de l'enrichissement illégitime […] »), sans qu'on n'ait besoin de rattacher ce cas de figure à l'une des trois hypothèses de l'art. 62 al. 2. Cela signifie d'une part que l'art. 64[2355] s'applique à cette situation, même si l'autre partie est privée de la prestation impossible et, d'autre part, que la créance en restitution se prescrit selon l'art. 67[2356]. 1157

Le régime prévu par l'art. 119 al. 2 est toutefois **inopportun** dans le système développé par la jurisprudence fédérale[2357]. Il faudrait modifier la loi pour appliquer le rapport de liquidation contractuel[2358], comme pour la résolution du contrat en cas de demeure[2359]. 1158

D. Le rapport contractuel de fait

Lorsqu'un **contrat de durée** se révèle inefficace, parce qu'il est inexistant ou invalide, et qu'il a été exécuté pendant une longue durée, il n'est ni pratique ni satisfaisant d'imposer une restitution des prestations fondée tantôt sur les prétentions réelles tantôt sur les prestations en restitution de l'enrichissement illégitime[2360]. 1159

Par conséquent, la jurisprudence (ancienne) a développé l'institution du **rapport contractuel de fait** qui constitue une fiction selon laquelle le contrat aurait existé pendant la durée de l'exécution[2361]. Pour le contrat de travail, le législateur a même ancré cette solution dans le code (art. 320 al. 3)[2362]. Si l'on admet l'existence d'un rapport contractuel de fait, les prétentions en restitution de l'enrichissement illégitime fondées sur l'inefficacité du contrat sont exclues[2363]. 1160

2355 Cf. *infra* N. 1197 ss.
2356 CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 24 ad art. 119.
2357 ATF 137 III 243 cons. 4.4.7, JT 2014 II p. 443.
2358 ATF 137 III 243 cons. 4.4.7, JT 2014 II p. 443.
2359 Cf. *supra* N. 1066.
2360 Cf. *supra* N. 1062.
2361 Au sujet du rapport contractuel de fait, cf. Vol. II.
2362 ATF 132 III 242 cons. 4.2, JT 2006 I p. 49 ; 129 III 320 cons. 7.1.2, JT 2003 I p. 331. Ég. arrêt du TF 8C_649/2012 du 14 décembre 2012 cons. 8.3.1.
2363 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 52 ad art. 62 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1546.

1161 Plus récemment, le TF s'est distancié de cette construction juridique, tout en maintenant la même conclusion. À cette fin, il a développé une autre solution qui consiste à dire que, lorsque la restitution des prestations contredirait le besoin de protection du partenaire contractuel ou de tiers ou serait irréalisable en raison des difficultés pratiques, l'invalidation d'un contrat de durée doit être interprétée comme une **résiliation *ex nunc*** au moment de la déclaration d'invalidation[2364], ce qui exclut d'appliquer les art. 62 ss.

E. Les relations triangulaires ou multipartites

1162 Les relations triangulaires ou multipartites constituent un **cas particulier** à plus d'un titre[2365]. C'est aussi le cas lorsqu'on analyse la condition du caractère « illégitime » de l'enrichissement.

1163 Dans certains arrêts principalement liés au domaine de la construction, le TF a considéré que le sous-traitant non payé par l'entreprise générale ne peut pas agir contre le maître de l'ouvrage. En effet, les travaux exécutés par l'entrepreneur profitent certes au maître de l'ouvrage – qui se trouve donc enrichi à hauteur de la valeur des travaux effectués par le sous-traitant – mais cet enrichissement n'est **pas illégitime** au sens de l'art. 62, car il trouve sa légitimité dans les obligations contractuelles de l'entreprise générale et sa contrepartie dans les obligations du maître en faveur de l'entreprise générale[2366]. Le sous-traitant n'a donc pas de prétention en restitution de l'enrichissement illégitime contre le maître, faute de quoi celui-ci serait deux fois débiteur de la même prestation[2367].

§ 4 L'absence de cause d'exclusion de la restitution (art. 66)

1164 La prétention en restitution de l'enrichissement illégitime est exclue dans certaines circonstances. L'art. 66 prévoit qu'« il n'y a pas lieu à répéti-

---

2364 ATF 129 III 320 cons. 7.1.2 à 7.1.4, JT 2003 I p. 331, qui réserve le cas où le vice a des conséquences sur le caractère synallagmatique de l'accord. Ég. ATF 134 III 438 cons. 2.4, JT 2008 I p. 541 ; arrêt du TF 4A_335/2018 du 9 mai 2019 cons. 5.2.1. Ég. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 28.62 et 31.29.

2365 Cf. *supra* N. 1104 ss.

2366 ATF 99 II 131 cons. 2, JT 1974 I 130. Ég. arrêt du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.3.

2367 ATF 97 II 66 cons. 4. Ég. arrêt du TF 4A_470/2020 du 12 janvier 2021 cons. 4.3.

tion de ce qui a été donné **en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs** »[2368]. Il faut voir dans ce principe une application de l'adage *« nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*. Ne peut par exemple pas faire l'objet d'une action en répétition de l'enrichissement illégitime le pot-de-vin versé à un curateur en vue de l'amener à accepter l'offre d'acheter l'immeuble que la personne sous curatelle met en vente[2369].

L'art. 66 requiert la réunion des **deux conditions** suivantes : 1165

1° Le créancier doit avoir l'**intention** – qui correspond au concept du droit pénal[2370] – d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs, c'est-à-dire qu'il doit avoir voulu le résultat. Le dol éventuel suffit, il n'est donc pas nécessaire que le créancier soit assuré que le but illicite ou contraire aux mœurs se produise. Le créancier n'a pas non plus besoin d'avoir l'exercice des droits civils (art. 12 CC), mais il doit avoir la capacité de discernement (art. 16 CC). Si son intention repose sur une erreur (art. 23 ss) ou un dol (art. 28), l'art. 66 s'applique. En revanche, s'il est victime d'une crainte fondée (art. 29 s.) ou s'il ne lui était objectivement pas possible de savoir que le but visé était illicite, l'art. 66 ne s'applique pas. 1166

2° La condition du **résultat illicite ou contraire aux mœurs** a évolué. Pendant longtemps, la jurisprudence a interprété extensivement l'art. 66, en excluant la répétition non seulement de ce qui avait été remis en vue de favoriser un acte illicite ou contraire aux mœurs[2371], mais aussi toute prestation convenue ou exécutée en vertu d'un contrat illicite ou contraire aux mœurs, comme le prix payé en échange du commerce illégal de pièces d'or[2372] ou l'octroi illégal d'un crédit[2373]. Pour tempérer cette règle, le TF faisait régulièrement appel à la notion de bonne foi et au principe de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) pour imposer tout de même la restitution des prestations[2374]. 1167

Plus récemment, en tenant compte des critiques doctrinales mettant en évidence que cette solution entraînait un traitement diamétralement 1168

[2368] Pour plus de détails concernant l'art. 66, cf. BK-RÜEDI, N. 4 ss ad art. 66.
[2369] ATF 95 II 37 cons. 3, JT 1970 I p. 75 (qui parle de tuteur et de pupille selon la terminologie de l'ancien droit de la tutelle).
[2370] BK-RÜEDI, N. 216 ss ad art. 66.
[2371] ATF 82 II 72 cons. 4.
[2372] ATF 74 II 23 cons. 2 et 3, JT 1948 I p. 354. Ég. OFTINGER/JEANPRÊTRE, N. 87b.
[2373] ATF 102 II 401 cons. 4, JT 1978 I p. 492, qui contient un état des lieux détaillé.
[2374] ATF 76 II 346 cons. 5, JT 1951 I p. 522 ; 75 II 293 cons. 2, JT 1950 I p. 301.

opposé de la situation selon que le contrat était ou non exécuté[2375], le TF a modifié sa jurisprudence et **adopté une interprétation restrictive**[2376]. Il a jugé que la restitution de l'enrichissement n'est exclue que si les prestations sont faites dans le but d'inciter à un comportement illicite ou contraire aux mœurs, ou de le récompenser[2377], ce qu'on appelle le salaire du filou *(Gaunerlohn)*. Dans cet arrêt, le TF rejette l'application de l'art. 66 à une créance en restitution d'une prestation exécutée en vertu d'un contrat potentiellement nul pour violation du droit suisse des cartels ; les juges soulignent que, même si le contrat devait être nul, le paiement n'était en soi pas illicite ou contraire aux mœurs et n'a pas été fait dans le but d'inciter l'autre partie à un comportement illicite ou contraire aux mœurs[2378]. Par conséquent, l'enrichi ne peut se prévaloir de l'art. 66 et doit restituer la prestation.

1169 En revanche, les éléments suivants ne sont **pas pertinents** en relation avec l'application de l'art. 66 :

- Peu importe que le **but illicite ou immoral recherché se produise** effectivement ou non[2379]. Peu importe également qu'il se soit déjà produit ou non au moment de l'enrichissement du débiteur[2380].
- Le **comportement de l'enrichi** est indifférent. Peu importe qu'on puisse lui reprocher une attitude répréhensible, même plus grave que l'appauvri[2381]. Si l'enrichi a connaissance du but illicite ou immoral de l'attribution, l'art. 66 empêche quand même la restitution en faveur de l'appauvri, en application de l'adage *« in pari turpitudine melior est causa possidentis »*. Une exception est imaginable lorsque le comportement du débiteur enrichi est tel qu'il supprime le libre arbitre du créancier, p. ex. en menaçant celui-ci[2382]. Cette solution n'est que partiellement satisfaisante dans la

---

2375 BUCHER, Rapport, p. 297 s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1548 ss ; HUGUENIN, N. 1812 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 56.12.

2376 ATF 134 III 438 cons. 3, JT 2008 I p. 541. Ég. arrêts du TF 4A_293/2008 du 2 octobre 2008 cons. 3.3 ; 4A_146/2009 du 16 juin 2009 cons. 5.3 ; 6B_994/2010 du 7 juillet 2011 cons. 5.3.3.2 et 6B_251/2012 du 2 octobre 2012 cons. 4.2 et 4.3. Ég. TERCIER/PICHONNAZ, N. 1978 ss.

2377 ATF 134 III 438 cons. 3.2, JT 2008 I p. 541.

2378 ATF 134 III 438 cons. 3.2, JT 2008 I p. 541.

2379 ATF 95 II 37 cons. 3, JT 1970 I p. 75 ; 74 II 23 cons. 3, JT 1948 I p. 354.

2380 ATF 66 II 256 cons. 2, JT 1941 I p. 245. Ég. BK-RÜEDI, N. 438 s. ad art. 66.

2381 ATF 41 II 74 cons. 2, JT 1916 I p. 361. Ég. HUGUENIN, N. 1811.

2382 BK-RÜEDI, N. 458 ad art. 66.

mesure où l'enrichi conserve alors un avantage a priori condamné par la loi ou la morale, alors que la *ratio legis* de l'art. 66 se fonde justement sur des considérations préventives et répressives[2383].

La **conséquence légale** est que la restitution de la prestation, y compris des prestations secondaires, n'a pas lieu. Si une partie seulement de la prestation était destinée à atteindre le but illicite, alors l'interdiction de restituer ne concerne que cette partie[2384]. Si la prestation destinée à atteindre le but illégal ou immoral consistait dans la cession temporaire d'un bien ou d'une créance, l'interdiction de restituer est aussi limitée dans le temps ; une fois que cette période est écoulée, la restitution doit avoir lieu comme convenu[2385]. 1170

On peut enfin ajouter les deux **précisions** suivantes : 1171

1° Quant à la **nature** de l'art. 66. Elle est controversée[2386]. On s'accorde sur son caractère impératif[2387]. En outre, on admet que cette disposition ne supprime pas la prétention en restitution de l'enrichissement *(Bereicherungsanspruch),* mais influence uniquement le droit de la faire valoir en justice *(Klagbarkeit)*[2388]. Dans l'hypothèse où l'enrichi procède à une restitution volontaire, il faut y voir une obligation naturelle[2389]. Enfin, la jurisprudence[2390] et une partie de la doctrine considèrent – à raison – que le juge doit appliquer cette disposition d'office, alors que d'autres pensent 1172

2383 ENGEL, Obligations, p. 594.

2384 BK-RÜEDI, N. 481 ss ad art. 66, qui cite l'exemple du supplément de prix que paierait un acheteur au vendeur pour que celui-ci traverse la frontière illégalement avec le bien vendu sans le déclarer.

2385 Dans ce sens, ATF 53 II 35 cons. 3, JT 1927 I p. 331. Ég. BK-RÜEDI, N. 496 s. ad art. 66, qui cite l'exemple d'un prêt accordé gratuitement dans l'intention que l'emprunteur commette un acte illicite ou immoral. *Contra :* ATF 102 II 401 cons. 4a, JT 1978 I p. 492.

2386 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 1 ad art. 66.

2387 ATF 84 II 179 cons. 3c, JT 1959 I p. 49. Ég. HUGUENIN, N. 1813 ; BK-RÜEDI, N. 499 ss et 506 ad art. 66, qui mentionne quelques avis divergents.

2388 ATF 75 II 293 cons. 3a, JT 1950 I p. 301 ; arrêt du TF 4C.163/2002 du 9 juillet 2003 cons. 2.2. Ég. BK-RÜEDI, N. 460 ss et 469 ss ad art. 66. *Contra :* ATF 99 Ia 417 cons. 3a, JT 1974 I p. 634, qui affirme, de manière malheureuse, que « […] *eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht enstehe* ».

2389 ATF 75 II 293 cons. 3a, JT 1950 I p. 301. Ég. BK-RÜEDI, N. 19 et 506 s. ad art. 66 ; ENGEL, Obligations, p. 595, qui y voit l'accomplissement d'un devoir moral non sujet à répétition. Sur ces notions, cf. *supra* N. 520 ss et 1154.

2390 Arrêt du TF du 26 mai 1954 cons. 2, SJ 1956, p. 65. Ég. arrêts cantonaux de Schwyz et de Zurich cités par BK-RÜEDI, N. 582 ad art. 66.

qu'il s'agit d'une exception au sens strict[2391]. L'application d'office justifie de traiter l'art. 66 comme une des conditions de la créance en restitution de l'enrichissement illégitime.

1173 Le **fardeau (objectif) de la preuve** repose sur l'enrichi qui doit établir que l'appauvri a fait sa prestation dans l'intention d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs[2392].

1174 **2°** Quant au **champ d'application** de l'art. 66. Il est controversé. Si cette disposition s'applique sans aucun doute à l'action en restitution de l'enrichissement illégitime, on peut se demander si elle est également pertinente dans le cadre d'une action réelle en revendication (art. 641 CC) ou d'une action en rectification du RF (art. 975 CC). Le TF a laissé la question ouverte pour la revendication[2393]. Les solutions doctrinales en faveur d'une application par analogie souhaitent garantir la cohérence du système en évitant que les actions en restitution – réelles ou obligationnelles – soient soumises à des limites différentes[2394]. Un premier groupe d'auteurs préconisent, à notre avis à raison, l'application par analogie de l'art. 66 à l'action en revendication[2395]. Un deuxième courant n'applique pas l'art. 66 par analogie mais avance que, si une partie peut revendiquer une prestation, elle ne peut alors pas invoquer l'art. 66 contre l'autre partie qui agit en répétition de l'enrichissement illégitime[2396]. Un troisième groupe prévoit d'appliquer l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) à celui qui revendiquerait la restitution d'une prestation, tout en invoquant l'art. 66 pour la restitution de la contre-prestation[2397].

2391 Pour l'application sur requête du débiteur : VON BÜREN, p. 303 ; CoRo-CO I-PETITPIERRE, 1re éd., N. 2 ad art. 66 ; pour l'application d'office, notamment BK-RÜEDI, N. 21 et 586 ss ad art. 66 ; BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 8 ad art. 66 ; Handkommentar-OR/HAHN, N. 2 ad art. 66 ; ENGEL, Obligations, p. 595. Sur la notion d'exception au sens strict, cf. *supra* N. 470 ss.

2392 Arrêt du TF 4A_48/2022 du 7 juin 2022 cons. 5.3. Ég. BK-RÜEDI, N. 22 et 592 ss ad art. 66.

2393 Arrêt du TF 4A_293/2008 du 2 octobre 2008 cons. 3.3. Le tribunal de commerce de Berne n'a pas appliqué l'art. 66 à une revendication (RJB 1947, p. 127 ss, p. 129).

2394 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 5 ad art. 66 ; BK-RÜEDI, N. 515 ss ad art. 66.

2395 Handkommentar-OR/HAHN, N. 5 ad art. 66 ; BK-RÜEDI, N. 530 ss et 548 ad art. 66 ; VON TUHR/PETER, p. 521 n. 37.

2396 LEHNER OTHMAR, Die Nichtigkeit rechtswidriger Verträge in der neueren Rechtspraxis, RSJ 1956, p. 221.

2397 BUCHER, Rapport, p. 289 s.

Il n'est pas non plus exclu que l'appauvri, astucieusement trompé dans l'exécution d'un contrat illicite, puisse demander réparation du dommage subi à l'enrichi, en application de l'art. 41, alors qu'il ne peut pas répéter l'enrichissement en vertu de l'art. 66[2398], ce qui exclut une application par analogie de cette disposition aux **prétentions délictuelles**[2399]. Il en va de même pour les prétentions contractuelles[2400]. 1175

En outre, dans les relations juridiques triangulaires telles que l'**assignation,** l'art. 66 ne concerne que le rapport juridique frappé d'illicéité ou de contrariété aux bonnes mœurs. Ainsi, cette disposition ne permet pas à la banque destinataire assignée de s'opposer à la prétention contractuelle d'une première banque assignante à l'exécution conforme de l'ordre de virement, si le rapport de provision les unissant est valable, ceci même lorsque le rapport de valeur entre l'assignant et l'assignataire serait nul pour immoralité[2401]. 1176

Finalement, certaines **dispositions spéciales** excluent l'application de l'art. 66 pour des prestations exécutées en vertu de contrats nuls (ex. : art. 26 al. 4 let. b LFAIE[2402] ; art. 15 al. 2 LCC). 1177

[2398] ATF 117 IV 139 cons. 3d/dd et 3e, JT 1993 IV p. 44 (vente au prix du marché d'héroïne coupée).

[2399] Dans ce sens, ATF 99 Ia 417 cons. 3a, JT 1974 I p. 634 ; arrêt du TF 5A_521/2008 du 5 janvier 2009 cons. 5.2. Ég. BK-RÜEDI, N. 559 ss et 568 s. ad art. 66, qui souligne les revirements de jurisprudence.

[2400] ATF 124 III 253 cons. 3d, JT 1999 I p. 389.

[2401] ATF 124 III 253 cons. 3d, JT 1999 I p. 389.

[2402] ATF 112 II 1 cons. 7, JT 1986 I p. 633 (rendu sous l'ancien droit).

Chapitre III : La conséquence : la créance en restitution de l'enrichissement illégitime

Bibliographie spéciale :

BERGER, N. 2081 ss ; **BUCHER,** OR, p. 686 ss ; CoRo-CO I-**CHAPPUIS,** N. 1 ss ad art. 64, 65 ; **ENGEL,** Obligations, p. 596 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 16 N. 1 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 1495 ss ; **GILLIARD,** LAURENT OLIVIER, La disparition de l'enrichissement – Étude comparée des droits allemand et suisse, thèse Lausanne 1985 ; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY,** p. 227 ss ; Handkommentar-OR/**HAHN,** N. 1 ss ad art. 64, 65 ; **HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL,** N. 1 ss ad art. 64, 65 ; **HUGUENIN,** N. 1802 ss ; **KOLLER,** N. 30.45 ss, 31.01 ss, 32.01 ss ; **KELLER/SCHAUFELBERGER,** p. 69 ss ; **KREN KOSTKIEWICZ ET ALII/SCHWANDER,** N. 1 ss ad art. 64, 65 ; **OFTINGER/JEANPRÊTRE,** p. 215 ss, N. 86 ; **ROUILLER,** NICOLAS, Der widerrechtliche Vertrag : die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit – Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstösst, thèse Berne 2002 ; **RUSCH,** ARNOLD F., Der entreicherte Bereicherte, RDS 2013 I p. 563 ss ; BaK-OR I-**SCHULIN/VOGT,** N. 1 ss ad art. 64, 65 ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 58.01 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 1984 ss ; **VON TUHR/PETER,** p. 500 ss.

§ 1 Le principe

L'art. 62 prévoit que l'enrichi « est tenu à restitution ». Cette dis- 1178
position vise à déplacer l'enrichissement illégitime dans le bon patrimoine, conformément à un idéal de justice matérielle[2403]. L'expression légale « restitution » *(Rückerstattung)* est trop étroite, dans la mesure où elle n'envisage que l'hypothèse où l'enrichissement est dû à un acte du créancier appauvri[2404]. Vu les autres hypothèses possibles[2405], il serait plus adéquat de parler d'une **remise** *(Herausgabe)* de l'enrichissement[2406].

Le devoir de restitution est une **obligation légale,** dont le débiteur 1179
est l'enrichi[2407] et le créancier celui dont le patrimoine a été atteint d'une

2403 Cf. *infra* N. 1183 ss.
2404 Cf. *supra* N. 1089 ss.
2405 Cf. *supra* N. 1091 ss.
2406 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1496 ; HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 2 ad art. 64. Ég. ATF 110 II 228 cons. 7d, JT 1985 I p. 626.
2407 Cf. *supra* N. 1080 ss.

façon particulière[2408]. Le créancier a contre l'enrichi une prétention en restitution (dite aussi en répétition) de l'enrichissement illégitime, qui, suivant les cas, s'opérera en nature ou en valeur[2409]. L'action en restitution s'appelle action pour cause d'enrichissement illégitime[2410].

1180 Vu sa nature obligationnelle, la prétention est **personnelle et relative.** Celui dont le patrimoine a été particulièrement atteint ne peut réclamer la restitution de l'enrichissement que contre l'enrichi. Si la restitution porte sur une chose[2411], le créancier ne dispose que d'une créance en restitution, et non d'un droit de distraction dans la faillite de l'enrichi, ou encore d'un droit de suite contre un tiers acquéreur[2412].

1181 Lorsque le débiteur reçoit la déclaration du créancier manifestant clairement sa volonté de se voir restituer l'enrichissement, il y a **interpellation** (art. 102 al. 1) : cela provoque la demeure (simple) du débiteur si les autres conditions de cette institution sont remplies[2413].

1182 Ainsi qu'on l'a déjà vu, la prétention en restitution de l'enrichissement illégitime revêt un caractère **subsidiaire** par rapport à d'autres prétentions[2414].

§ 2 Le mode et l'étendue de la restitution

I. Le mode de restitution

1183 La restitution de l'enrichissement illégitime a lieu si possible en nature (A.), sinon en valeur (B.).

2408 Cf. *supra* N. 1085 ss.
2409 Cf. *infra* N. 1183 ss.
2410 Cf. la formulation de l'art. 67, certes maladroite car c'est la créance qui se prescrit, pas l'action.
2411 Cf. *infra* N. 1185.
2412 ENGEL, Obligations, p. 596.
2413 ATF 130 V 414 cons. 5.1. Ég. arrêts du TF 9C_308/2011 du 13 décembre 2011 cons. 6.1 ; 5A_336/2019 du 9 juin 2020 cons. 13.2.2 qui précise qu'il faut d'une part l'interpellation et, d'autre part, l'exigibilité qui existe, en l'absence de cause valable (*supra* N. 1116 ss), dès l'enrichissement. Il en va de même en cas d'enrichissement en l'absence d'un acte du créancier (*Nichtleistungskondiktion ;* arrêt du TF 5A_204/2019 du 25 novembre 2019 cons. 3.4).
2414 Cf. *supra* N. 1058.

A. La restitution en nature

En **théorie,** la restitution de l'enrichissement doit **se faire en nature**[2415]. L'enrichi remet ce qu'il a effectivement reçu, peu importe si l'on a affaire à une chose ou à une créance. 1184

S'agissant d'une **chose,** le principe voudrait que l'enrichissement soit restitué sous la même forme que celle ayant provoqué l'augmentation du patrimoine, c'est-à-dire *in natura*[2416]. Ce principe ne s'applique cependant en **pratique** que dans des cas exceptionnels, notamment : 1185

- lorsque l'appauvri n'est pas ou plus propriétaire de l'objet concerné ; en revanche, si l'appauvri peut se prévaloir de l'action réelle en revendication (art. 641 al. 2 CC) ou de l'action en rectification du RF (art. 975 al. 1 CC), celles-ci sont prioritaires[2417] ;
- lorsque, dans l'hypothèse de l'art. 119 al. 2, le débiteur – libéré d'effectuer sa prestation devenue impossible par une circonstance qui ne lui est pas imputable – est tenu de restituer ce qu'il a déjà reçu selon les règles de l'enrichissement illégitime[2418].

S'agissant d'une **créance,** la restitution tend à la rétrocession écrite de la créance transférée sans cause valable en faveur du cédant originel[2419]. Cette hypothèse n'est pertinente que si l'on admet – ce qui est controversé[2420] – la nature abstraite de la cession de créance, c'est-à-dire que la cession est valable indépendamment de sa cause, dans la mesure où elle respecte l'exigence de forme écrite (art. 165)[2421]. 1186

Une remise en nature reste **impossible** pour les prestations de services ou lorsque l'enrichi a remplacé la chose par une autre, car alors aucune subrogation réelle relative à l'objet substitué ne peut être imposée[2422]. 1187

2415 GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, p. 228 ; KOLLER, N. 30.47, en lien avec des avantages sous forme d'objets.

2416 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1513 et les réf. cit.

2417 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 8 ad art. 64. Sur le caractère prioritaire de ces actions, cf. *supra* N. 1059 ss.

2418 ATF 137 III 243 cons. 4.4.7, JT 2014 II p. 443. Ég. KOLLER, N. 30.50 pour un exemple.

2419 BERGER, N. 2082 ; KOLLER, N. 30.49 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 58.02.

2420 Cf. *supra* N. 707 s.

2421 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1504 ss et 1514.

2422 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 10 ad art. 64 et la réf. cit. *Contra :* GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, p. 228, qui étendent l'obligation de restitution au succédané.

B. La restitution en valeur

1188 Vu les possibilités limitées d'appliquer en pratique la remise en nature[2423], la **restitution en valeur,** autrement dit en argent, est aujourd'hui la **règle**[2424]. Elle s'opère notamment :

- lorsque l'enrichissement provient du versement d'une somme d'argent, d'un service rendu ou d'un travail effectué ;
- lorsque l'action réelle en revendication ne peut pas être exercée, notamment parce que la chose a été aliénée ;
- lorsque la rétrocession de créance n'est pas possible, parce que celle-ci est éteinte ou a été cédée[2425].

II. L'étendue de la restitution

A. Quelques généralités

1189 Il est parfois **difficile** de déterminer l'étendue de la restitution, car la prestation constitutive de l'enrichissement peut avoir changé de valeur depuis le déplacement de patrimoine ou même n'avoir plus aucune valeur[2426]. À cela s'ajoute le fait que, si l'enrichissement provient d'une chose, le débiteur peut en avoir tiré des profits ou avoir dû supporter des frais en lien avec elle.

1190 Les **art. 64 et 65** régissent l'étendue de la restitution, en des termes qui ne sont pas parfaitement clairs. L'art. 64 pose une règle en lui apportant immédiatement un tempérament. L'enrichi doit en principe restituer totalement ce dont il a bénéficié (B.)[2427] ; s'il est de bonne foi, il ne doit toutefois rendre que ce dont il se trouve encore enrichi au moment de la répétition (C.)[2428]. Quant à l'art. 65, il règle la question des impenses

---

2423 Cf. *supra* N. 1185.
2424 HUGUENIN, N. 1802.
2425 ENGEL, Obligations, p. 598.
2426 Cf. TERCIER/PICHONNAZ, N. 1985, qui affirment que l'étendue dépend de la bonne foi de l'enrichi au moment du dessaisissement mais son contenu se détermine en référence au moment de son exercice.
2427 Cf. *infra* N. 1191 ss.
2428 Cf. *infra* N. 1197 ss.

occasionnées ; nous y associerons celle des fruits produits (D.)[2429]. Nous traiterons enfin le thème de la responsabilité de l'enrichi en cas de perte ou d'endommagement de l'objet à restituer (E.)[2430].

B. Le principe : la restitution totale

Vu que les art. 62 ss visent à replacer l'enrichissement illégitime dans le bon patrimoine[2431], le débiteur doit en principe restituer la **totalité de l'enrichissement** dont il a bénéficié lors du déplacement de patrimoine. À cette fin, on compare l'état actuel du patrimoine de l'enrichi avec celui, hypothétique, qui existerait si l'enrichissement n'était pas survenu[2432]. 1191

En réalité toutefois, le principe de restitution totale s'applique uniquement au **débiteur de mauvaise foi,** alors que la loi apporte un important tempérament pour l'enrichi de bonne foi[2433]. 1192

Lorsque la restitution se fait en **nature**[2434], le débiteur doit remettre l'objet constituant l'enrichissement sous la même forme que celle qui a provoqué l'augmentation illégitime de son patrimoine. 1193

Lorsque la restitution se fait en **valeur**[2435], l'étendue de la restitution dépend de la nature de la prestation : 1194

- lorsqu'il s'agit d'une **somme d'argent,** l'enrichi doit restituer ce montant ;
- lorsqu'il s'agit d'une prestation dont la valeur doit être évaluée, par exemple une **prestation de service,** il faut apprécier objectivement

---

2429 Cf. *infra* N. 1211 ss.

2430 Cf. *infra* N. 1216 ss. Nous n'abordons pas ici les règles particulières de protection du consommateur, en particulier l'art. 15 al. 2 LCC, qui prévoient un régime spécial de restitution en cas de nullité du contrat (à ce sujet, cf. CARRON BLAISE, La protection du consommateur lors de la formation du contrat, in Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis, Carron Blaise/Müller Christoph (édit.), Neuchâtel/Bâle 2013, p. 95 ss, N. 171 et réf. cit.). Ég. FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 16 N. 31.

2431 Cf. *supra* N. 1049.

2432 ATF 129 III 646 cons. 4.2, JT 2004 I p. 105. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 5 ad art. 64.

2433 Cf. *infra* N. 1197 ss.

2434 Cf. *supra* N. 1184 ss.

2435 Cf. *supra* N. 1188.

l'enrichissement : la prétention en restitution correspond en principe à la valeur marchande de celui-ci (valeur vénale ; *Marktwert*)[2436]. Par exemple, le locataire d'un café qui continue d'utiliser le matériel d'exploitation après l'extinction du bail en sachant que le bailleur n'entendait pas lui en céder l'usage gratuitement, doit payer une indemnité correspondant à la valeur locative objective de ce matériel pour la période d'utilisation effective[2437]. L'application de l'art. 42 al. 2 est envisageable lorsque le créancier n'arrive pas à prouver l'enrichissement de l'autre partie[2438] ;

– lorsqu'il s'agit de prestations effectuées en vertu d'un **contrat invalide,** le prix contractuel – qui correspond à la valorisation subjective des prestations – n'est en principe pas pertinent, il faut adopter un point de vue objectif[2439] ;

– cependant, le point de vue objectif n'est pas toujours pertinent ; il faut parfois lui substituer la **valeur subjective** de l'enrichissement, soit l'utilité subjective que représente la prestation pour l'enrichi. Cette démarche s'applique en particulier à l'hypothèse d'un enrichissement imposé, où le patrimoine du débiteur augmente sans intervention de sa part[2440]. En outre, il faut aussi faire usage de l'évaluation subjective lorsqu'il s'agit de restituer l'enrichissement découlant de prestations de service *(facere)* ou d'abstention *(non facere)* déjà effectuées en exécution d'un con-

---

2436 ATF 132 III 489 cons. 3.3.2. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1517a ; HUGUENIN, N. 1804.

2437 ATF 119 II 437 cons. 3b/cc. Ég. arrêt du TF 4A_276/2018 du 22 juillet 2019 cons. 3.1.

2438 Arrêt du TF 4A_128/2020 du 3 septembre 2020 cons. 4.1.2 et 4.2.

2439 ATF 106 II 36 cons. 4 ; 48 II 235 cons. 3, SJ 1922, p. 389. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1517a. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 13 ad art. 64 se fonde sur une interprétation très extensive de l'ATF 129 III 320 cons. 7.1.3, JT 2003 I p. 331 et considère que le point de vue objectif est dépassé en raison des développements figurant au paragraphe suivant. Pour les particularités relatives aux contrats illicites, cf. ROUILLER NICOLAS, Der widerrechtliche Vertrag : die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit – Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstösst, Berne 2002, p. 244 ss.

2440 Arrêt du TF 4A_376/2016 du 2 décembre 2016 cons. 5.2, dans le cas de travaux de goudronnage non commandés effectués par un entrepreneur. Cf. aussi la règle de l'art. 672 al. 3 CC. Pour une discussion critique, HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 16 ad art. 64.

trat bilatéral de durée, finalement nul, à condition que le vice ne concerne pas le caractère synallagmatique de l'accord[2441].

La valeur totale comprend également celle découlant des **possibilités d'utilisation** durant la période d'enrichissement. Par exemple, celui qui achète une voiture doit, en cas de nullité du contrat, non seulement restituer le véhicule mais également rembourser ce qu'il a économisé en raison de son utilisation. Cet enrichissement ensuite d'une économie de dépenses correspond à l'amortissement, c'est-à-dire à la baisse de valeur que la voiture aurait subie pendant la durée de la possession en cas de validité du contrat[2442]. 1195

La restitution en valeur ne comprend pas la restitution des **profits** obtenus par l'enrichi[2443], au contraire de la règle applicable aux fruits[2444]. Cette question se pose dans le cadre de l'utilisation non autorisée de droits absolus, tels que ceux de la personnalité et de la propriété intellectuelle. Notons qu'une prétention en restitution des profits obtenus doit se fonder sur l'art. 423 al. 1 (gestion d'affaires sans mandat), à l'exclusion des art. 62 ss qui ne visent qu'à compenser l'enrichissement[2445]. 1196

C. L'exception pour l'enrichi de bonne foi : l'enrichissement au moment de la réclamation (art. 64)

L'art. 64 – qui est le pendant pour les obligations personnelles des art. 936 et 938 ss CC régissant les conséquences de la possession sans droit[2446] – apporte un **tempérament important** au principe de restitution totale[2447]. Selon cette disposition, favorable à l'enrichi de bonne foi, celui- 1197

2441 ATF 134 III 438 cons. 2.4, JT 2008 I p. 541. Pour une critique, SCHMID JÖRG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, RJB 147/2011, p. 884 s.

2442 KOLLER, N. 30.77, qui critique le cas où l'indemnité d'utilisation a été fixée selon la valeur locative.

2443 ATF 119 II 437 cons. 3b/cc. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1517c.

2444 La distinction entre les deux catégories est complexe (HUGUENIN, N. 1806). Au sujet de la règle applicable aux fruits, cf. *infra* N. 1215 ss.

2445 ATF 129 III 422 cons. 4, JT 2004 I p. 56 ; arrêt du TF 4A_211/2016 du 7 juillet 2016 cons. 2. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1517a ; KOLLER, N. 30.80. Sur le but visé par l'enrichissement illégitime, cf. *supra* N. 1191 ss.

2446 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 4 ad art. 64, qui se réfère à PETITPIERRE.

2447 Cf. *supra* N. 1191 ss.

ci ne doit en effet pas remettre ce dont « il n'est plus enrichi lors de la répétition »[2448].

1198 Le **fondement** de cette règle repose sur le fait que l'enrichi de bonne foi ne doit pas se trouver dans une position patrimoniale moins avantageuse que celle qui serait la sienne s'il n'avait pas été enrichi[2449], le but poursuivi par les art. 62 ss étant de rétablir un déplacement patrimonial dénué de cause[2450].

1199 Du point de vue **personnel,** ce régime favorable profite uniquement au débiteur de **bonne foi** au moment de l'enrichissement[2451]. Est de bonne foi le débiteur qui ignorait sans sa faute le caractère illégitime de l'augmentation de son patrimoine. L'art. 64 i.f. prévoit en effet que la règle s'applique « à moins que [l'enrichi] ne se soit dessaisi de mauvaise foi de ce qu'il a reçu ou qu'il n'ait dû savoir, en se dessaisissant, qu'il pouvait être tenu à restituer ». La bonne foi est certes présumée selon l'art. 3 al. 1 CC, mais le débiteur ne peut s'en prévaloir que s'il ne savait pas et n'aurait pas dû savoir que son enrichissement était illégitime[2452]. L'enrichi supporte le fardeau (objectif) de la preuve de sa bonne foi[2453].

1200 Est de **mauvaise foi,** au sens de l'art. 64, l'enrichi qui pouvait, au moment de son enrichissement, s'attendre à son obligation de restituer, parce qu'il savait, ou devait savoir en faisant preuve de l'attention requise (art. 3 al. 2 CC), que la prestation était indue ou pouvait l'être[2454]. La notion est entendue ici largement et l'on devrait plutôt parler d'un débiteur enrichi

---

2448 Cette règle n'est pas valable en droit public lorsque l'État doit restituer un enrichissement illégitime : ATF 143 II 37 cons. 8.4.2, JT 2018 I p. 84.

2449 ATF 102 V 91 cons. III.2 ; 82 II 430 cons. 9b, JT 1957 I p. 144 ; arrêts du TF 4C.162/2003 du 8 septembre 2003 cons. 2.1 et 4A_296/2012 du 12 novembre 2012 cons. 5.

2450 RUSCH ARNOLD F., Der entreicherte Bereicherte, RDS 2013 I p. 571. Sur le but des art. 62 ss, cf. *supra* N. 1049 et 1191.

2451 Le débiteur doit se laisser imputer le comportement de tiers dont il répond (dans ce sens, KOLLER, N. 30.88 qui propose d'appliquer les règles de la représentation ou la responsabilité civile ou contractuelle).

2452 ATF 130 V 414 cons. 4.3 ; 93 II 373 cons. 2, JT 1969 I p. 249 ; arrêt du TF 4C.162/2003 du 8 septembre 2003 cons. 2.1.

2453 HUGUENIN, N. 1807.

2454 ATF 130 V 414 cons. 4.3 ; 93 II 373 cons. 2, JT 1969 I p. 249 pour un vendeur sachant que le bois qu'il a vendu ne lui appartenait pas ; arrêts du TF 4C.162/2003 du 8 septembre 2003 cons. 2.1 ; 9C_319/2013 du 27 octobre 2013 cons. 2.2. Ég. ATF 115 V 115 cons. 3 i.f., où l'enrichi était informé et « tout assuré était censé savoir » que le versement effectué était provisoire.

qui n'est pas de bonne foi[2455]. Dans cette hypothèse, il ne peut pas invoquer l'art. 64. Par exemple, celui qui a reçu un prêt qui se révèle ensuite être nul doit le rembourser même s'il n'est pas de mauvaise foi, parce qu'il devait s'attendre à devoir rembourser la somme prêtée[2456]. Par ailleurs, si un enrichi est de bonne foi lors d'un premier dessaisissement mais ne peut ensuite plus se prévaloir de celle-ci lors d'un second, il demeure protégé pour les actes accomplis tant qu'il était de bonne foi, mais ne l'est plus pour la période postérieure[2457].

Du point de vue **temporel,** le moment pertinent pour déterminer l'enrichissement subsistant est celui de la simple réclamation adressée par le créancier au débiteur[2458]. Il s'agit de l'instant où celui-là fait simplement valoir son droit à répétition pour la première fois envers celui-ci, sans qu'une démarche judiciaire soit nécessaire[2459]. Ce moment sera donc au plus tard celui de l'introduction de l'instance[2460] ; dans la faillite, ce sera le moment de la production de la créance[2461]. Par conséquent, le débiteur de bonne foi ne répond pas des éventuels dessaisissements ayant eu lieu jusqu'à la répétition. En revanche, il répond tant des dessaisissements survenant postérieurement que des risques et aléas conjoncturels, telles des pertes de change pouvant survenir entre le moment où la demande de répétition lui est adressée et celui auquel il restitue effectivement l'enrichissement[2462]. 1201

[2455] Dans ce sens, CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 35 ad art. 64 qui souligne qu'il s'agit d'une acception plus large que la mauvaise foi au sens strict ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1523 s.

[2456] KOLLER, N. 30.63.

[2457] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1524.

[2458] Cf. ATF 106 II 36 cons. 4 (notification du commandement de payer) ; 87 II 137 cons. 7d, JT 1961 I p. 604 (dépôt de la demande) ; arrêts du TF 4A_296/2012 du 12 novembre 2012 cons. 5 et 4A_600/2014 du 12 mars 2015 cons. 4.2.2. D'un avis apparemment différent, HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 6 ad art. 64, pour qui une interpellation ne suffit pas. Notons que le régime de l'action en réduction de libéralités entre vifs (art. 528 al. 1 CC ; *supra* N 1074) constitue une *lex specialis :* le moment pertinent est celui de l'ouverture de la succession (art. 537 al. 2 CC) ; à ce sujet, cf. ATF 110 II 228 cons. 7d, JT 1985 I p. 626.

[2459] ENGEL, Obligations, p. 598 s. ; RUSCH, op. cit. (n. 2450), p. 564.

[2460] ATF 87 II 137 cons. 7d, JT 1961 I p. 604, qui parle d'*« Einreichung der Klage ».*

[2461] ATF 53 II 111 cons. 4a.

[2462] ATF 106 II 36 cons. 4. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 64.

1202 Du point de vue **quantitatif,** le débiteur doit restituer l'enrichissement existant au moment de la demande ; il peut donc prouver qu'il n'est plus enrichi du tout ou qu'il ne l'est que dans une moindre mesure[2463]. L'enrichissement pouvant être réclamé est celui directement lié à la prestation en cause, en faisant abstraction des autres éléments du patrimoine de l'enrichi[2464]. En effet, celui-ci ne doit pas, après restitution, être moins bien placé que si l'enrichissement n'avait pas eu lieu. Autrement dit, celui qui, se fiant au caractère définitif de la libéralité, prend une mesure qui diminue son patrimoine ou n'en prend pas une qui aurait évité sa diminution, doit pouvoir puiser dans la libéralité reçue, même si aucune faute n'incombe à l'autre partie[2465]. De même, les montants à restituer doivent être diminués des coûts d'acquisition (ex. : frais de notariat, de douane), d'exploitation (ex. : impôts) ou de restitution (ex. : frais administratifs bancaires) des prestations reçues illégitimement. Il en va de même d'un éventuel dommage subi par l'enrichi lors de la restitution[2466].

1203 Il y a **dessaisissement** lorsque l'enrichi transfère, aliène, donne ou consomme l'objet de la restitution. Le dessaisissement est une objection[2467], c'est-à-dire un fait allégué par une partie qui empêche la formation d'un droit à son encontre ou qui y met fin[2468] et dont le juge doit tenir compte d'office s'il est prouvé. Juridiquement, le débiteur n'est tenu de restituer que l'enrichissement qui subsiste au moment pertinent. Si un objet n'est plus en sa possession, cela ne signifie pas encore qu'il y a eu dessaisissement : en effet, l'enrichissement demeure – et avec lui l'obligation de le restituer – si l'enrichi continue d'en profiter économiquement au moment où la répétition a lieu. Le critère déterminant est le fait que l'enrichi ait utilisé la prestation à des fins qui laissent subsister un enrichissement ou, au contraire, sans qu'elle laisse de traces dans son patrimoine.

2463 ENGEL, Obligations, p. 599.
2464 ATF 102 V 91 cons. III.2 ; arrêt du TF du 23 décembre 1993 cons. 5, SJ 1994, p. 26.
2465 ATF 82 II 430 cons. 9b, JT 1957 I p. 144.
2466 ATF 82 II 430 cons. 9b, JT 1957 I p. 144 ; 64 II 121 cons. 5f, JT 1938 I p. 599. Ég. ATF 107 II 255 cons. 5, JT 1982 I p. 73 (rejeté en l'espèce).
2467 Sur la notion d'objection, cf. *supra* N. 476 ss.
2468 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 20 et N. 36 ad art. 64.

L'enrichissement à restituer varie donc selon le sort réservé aux biens reçus à tort. Il faut ainsi **admettre un dessaisissement** et donc une libération de l'obligation de restituer, faute d'enrichissement lors de la répétition : 1204

- si l'enrichissement provient d'une chose qui a ensuite été donnée, volée ou détruite avant la répétition, sauf si une contre-valeur l'a remplacée (ex. : une indemnité d'assurance ou des dommages-intérêts)[2469] ;
- si l'enrichissement provient d'une somme d'argent que l'enrichi a consacrée à des dépenses non nécessaires ou à des avantages non durables (ex. : des loisirs, un voyage) avant la répétition[2470] ;
- si l'enrichi – confiant sur le caractère définitif de l'acquisition de la chose dont il a été mis en possession – a effectué des actes entraînant la diminution de son patrimoine, tels que la donation d'un objet équivalent moins précieux, ou n'a pas pris de mesures qui auraient évité sa diminution (ex. : en ne se procurant pas une autre chose dont le prix a entretemps augmenté)[2471] ; c'est ce que l'on appelle le dommage d'enrichissement ou de restitution *(Bereicherungs- oder Rückforderungsschaden) ;*
- si, dans le cas d'un enrichissement imposé, la valeur subjective est nulle pour l'enrichi, de telle sorte qu'il faut rapprocher cette situation d'un dessaisissement[2472].

En revanche, faute de dessaisissement au sens de l'art. 64, l'enrichi de bonne foi est **tenu à totale restitution :** 1205

- si les valeurs dont il s'est enrichi ont été utilisées pour effectuer des dépenses nécessaires (ou sous forme d'économies de dé-

[2469] Dans ce sens, KOLLER, N. 30.57. Ég. arrêt du TF du 23 décembre 1993 cons. 5, SJ 1994, p. 26.

[2470] Arrêt du TF 4A_296/2012 du 12 novembre 2012 cons. 5 ; arrêt du TF du 23 décembre 1993 cons. 5, SJ 1994, p. 26. Ég. ENGEL, Obligations, p. 600.

[2471] ATF 82 II 430 cons. 9b, JT 1957 I p. 144 ; 73 II 108, JT 1947 I p. 408 ; arrêt du TF 4A_296/2012 du 12 novembre 2012 cons. 5 et les réf. cit. Ég. ENGEL, Obligations, p. 600.

[2472] SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 58.14. En utilisant une évaluation subjective, on peut aussi considérer qu'il n'y a simplement pas eu d'enrichissement (*supra* N. 1194).

penses), telles que s'acquitter d'une dette ou payer des frais d'entretien courant ou de soins[2473] ;

- si l'enrichi a reçu des valeurs de remplacement *(Surrogat)* en échange des éléments patrimoniaux constituant l'enrichissement (ex. : un prix de vente, une prestation d'assurances ou des dommages-intérêts)[2474], à hauteur toutefois de la valeur objective de remplacement[2475] ;
- si l'enrichi est détenteur d'une prétention en enrichissement illégitime contre un tiers en faveur duquel il s'est dessaisi de tout ou partie du montant à restituer (ex. : le vendeur doit certes restituer un acompte à l'acheteur mais il peut réclamer d'un courtier ou d'un notaire la commission de courtage ou les honoraires qu'il leur avait versés en lien avec la conclusion de la vente)[2476] ;
- si l'argent a été investi à l'étranger dans l'achat d'une maison, peu importe les difficultés liées à la réalisation de l'immeuble en Suisse[2477].

1206 Si des **prestations de services** ont été exécutées en faveur de l'enrichi, elles ne peuvent par nature pas faire l'objet d'un dessaisissement de la part de celui-ci. Toutefois, il faut retenir une application par analogie de l'art. 64 et voir dans l'utilisation de services une situation semblable à celle

---

2473 ATF 130 V 414 cons. 4.2.3 pour l'utilisation d'un versement anticipé supérieur à l'avoir de vieillesse effectif de l'assuré en paiement du prix d'un logement ; ATF 45 II 447 cons. 2 i.f. pour le paiement d'une dette au moyen du montant à restituer ; ATF 71 II 147 cons. 6, JT 1945 I p. 612 pour l'utilisation d'un acompte sur un legs (qui a par la suite été réduit à zéro) pour payer des soins médicaux ; arrêt du TF 4A_296/2012 du 12 novembre 2012 cons. 5 pour le paiement de dettes ou pour l'entretien ; arrêt du TF 2C_534/2013 du 17 octobre 2013 cons. 5.4 pour l'utilisation par un étudiant d'une bourse d'études perçue indûment (plus de droit à la bourse) pour son entretien. Ég. KOLLER, N. 30.55. Sur la question de l'enrichissement sous la forme de l'économie de dépenses, cf. GILLIARD LAURENT OLIVIER, La disparition de l'enrichissement – Étude comparée des droits allemand et suisse, thèse Lausanne 1985, p. 138 ss.

2474 ENGEL, Obligations, p. 600 ; HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 8 ad art. 64.

2475 KOLLER, N. 30.73 ss, qui précise en outre que la valeur de remplacement est due peu importe que l'enrichi soit de mauvaise ou de bonne foi.

2476 Pour plus de détails, notamment en cas d'insolvabilité du tiers, cf. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 24 s. ad art. 64, qui mentionne la jurisprudence parfois équivoque aux ATF 45 II 447 cons. 2 ; 87 II 137 cons. 7d, JT 1961 I p. 604 (le TF a confirmé cette position dans un arrêt plus récent 9C_308/2011 du 13 décembre 2011 cons. 5.1).

2477 Arrêt du TF du 19 décembre 1989 cons. 2b, Pra 1991 N. 16, p. 84, (achat d'une maison en Yougoslavie).

du dessaisissement. Autrement dit, s'il s'agit de prestations de services courantes, il n'y a pas dessaisissement et l'enrichi devra restituer la valeur de son enrichissement. Si les prestations vont au-delà, l'art. 64 le dispensera de restitution.

1207 L'art. 64 est applicable en cas d'**impossibilité subséquente objective** survenant dans un contrat bilatéral, en vertu de la référence explicite contenue à l'art. 119 al. 2[2478]. On peut alors se demander si celui qui a reçu une prestation et n'a pas exécuté la sienne peut invoquer le dessaisissement pour ne pas restituer ce qu'il a reçu. La réponse est négative, dans la mesure où une partie doit toujours s'attendre à devoir restituer la prestation reçue du cocontractant tant que l'exécution du contrat n'est pas achevée : elle ne peut donc s'en dessaisir de bonne foi avant que l'exécution du contrat ne soit parfaite[2479].

1208 Fait l'objet d'une **controverse doctrinale,** non encore tranchée par le TF[2480], la question de l'étendue de la restitution entre des partenaires à un **contrat bilatéral inefficace** qui ont déjà tous deux échangé des prestations[2481] :

- Pour certains auteurs, défenseurs de la **théorie des deux prétentions** *(Zweikondiktionentheorie),* chaque prétention en enrichissement doit être considérée séparément ; l'un des cocontractants peut donc exiger la restitution de l'enrichissement dont a profité l'autre, même s'il est lui-même dispensé de restituer le sien parce qu'il n'est par exemple plus enrichi en vertu de l'art. 64 *in initio*[2482]. Chaque débiteur peut certes opposer à l'autre la compensation (art. 120 ss), mais on est en présence de deux prétentions distinctes, chacune étant soumise aux exceptions et objections qui lui sont propres.
- Pour d'autres, favorisant la **théorie du solde** *(Saldotheorie),* les transferts de patrimoine doivent être considérés comme un tout ; seule est enrichie celle des parties dont le patrimoine est effective-

---

2478 Cf. *supra* N. 1157.

2479 PICHONNAZ PASCAL, Impossibilité et exorbitance – Étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM), thèse Fribourg 1997, N. 1154 s. ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 30 et 38 ad art. 64.

2480 ATF 63 II 252 cons. 3, JT 1938 I p. 2.

2481 Pour une présentation de la controverse, cf. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 14 ss ad art. 64 ; HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 11 ss ad art. 64.

2482 Dans ce sens, KOLLER, N. 31.125 ; VON TUHR/PETER, p. 507 ss et n. 39.

ment augmenté, après déduction de l'autre prestation[2483]. Il en découle l'existence d'une seule prétention en enrichissement illégitime, dont le titulaire est la partie ayant reçu le moins lors des transferts[2484]. Si l'invalidité du contrat découle d'un vice de capacité (art. 19 CC) ou d'un dol (art. 28 et 31), les tenants de la théorie du solde renoncent toutefois à l'appliquer si cela est dans l'intérêt de la victime, qui doit être totalement libérée en vertu de la théorie des deux prétentions, pour autant que les conditions de l'art. 64 sont remplies[2485].

1209 En **théorie,** la différence entre ces deux conceptions est importante. Selon la théorie des deux prétentions, une partie pourrait faire valoir l'art. 64 pour se libérer de son obligation de restitution et exiger la restitution de ce qu'elle a elle-même fourni alors que, selon la théorie du solde, il faut d'abord apprécier quelle partie est globalement enrichie avant d'appliquer éventuellement l'art. 64.

1210 L'utilité **pratique** de ce débat demeure toutefois limitée, dans la mesure où ce sont souvent les règles des droits réels qui régissent la restitution des prestations (en vertu du principe de la causalité du transfert de propriété) ; en outre, le champ d'application de l'enrichissement illégitime se voit également limité par l'application des normes contractuelles dans la restitution des prestations échangées dans le cadre de contrats inefficaces (ex. : en cas de résolution suite à une demeure)[2486].

D. La question des impenses et des fruits

1211 La notion d'**impenses** est connue en droit des successions (ex. : art. 485 al. 2 CC) et en droits réels (ex. : art. 939 al. 1 et 2 CC, art. 940 al. 2 CC)[2487]. Dans le contexte de l'enrichissement illégitime, la notion est la même qu'en droit civil : il s'agit des dépenses faites par l'enrichi en faveur du créancier ou d'une chose appartenant à celui-ci, notamment les frais d'entretien[2488].

2483 ATF 92 II 168 cons. 6c, JT 1967 I p. 130 ; 64 II 132 cons. 4. Dans ce sens, BUCHER, OR, p. 690 ; HONSELL, Besonderer Teil, p. 55 ; HUGUENIN, N. 1817.

2484 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 16 ad art. 64.

2485 Pour un exemple, cf. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 58.20. Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1527, qui cite la jurisprudence allemande.

2486 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 19 ad art. 64.

2487 Pour une définition générale, cf. STEINAUER I, N. 675.

2488 Dans ce sens, CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 2 ad art. 65.

L'**art. 65** accorde à celui qui doit restituer son enrichissement certaines contre-prétentions, en prévoyant notamment que : « [1] Le défendeur a droit au remboursement de ses impenses nécessaires ou utiles ; néanmoins, s'il était déjà de mauvaise foi lors de la réception, les impenses utiles ne lui sont remboursées que jusqu'à concurrence de la plus-value existant encore au moment de la restitution. [2] Les autres impenses ne lui donnent droit à aucune indemnité, mais il a la faculté d'enlever, avant toute restitution, ce qu'il a uni à la chose et qui en peut être séparé sans dommage pour elle, si le demandeur ne lui offre la contre-valeur de ses impenses ». Conformément à cette disposition, c'est à l'enrichi de prouver la nature des impenses et leur montant[2489]. 1212

On peut préciser le **champ d'application** de l'art. 65 de la manière suivante : 1213

- Cette disposition ne traite que des **restitutions en nature**[2490]. Si le créancier dispose d'une action réelle en revendication[2491], ce sont l'art. 939 CC pour le possesseur de bonne foi, et l'art. 940 CC pour le possesseur de mauvaise foi qui s'appliquent[2492]. En revanche, l'art. 65 est pertinent pour la cession de créances (art. 164 ss). Si le cessionnaire doit restituer la créance en vertu des règles de l'enrichissement illégitime, il peut notamment réclamer les frais de poursuite et de procès contre le débiteur cédé, qui constituent des impenses remboursables[2493].
- Cette disposition s'applique uniquement en lien avec une **prétention en restitution de l'enrichissement illégitime.** L'art. 65 ne fonde donc pas une créance indépendante, mais constitue une exception au sens strict[2494], qui permet à l'enrichi de s'opposer totalement ou partiellement au créancier[2495].

2489 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 3 ad art. 65.
2490 Cf. *supra* N. 1184 ss.
2491 Cf. *supra* N. 1159 ss.
2492 BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 1a ad art. 65 ; Handkommentar-OR/HAHN, N. 1 ad art. 65.
2493 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 1 ad art. 65 ; BaK-OR I-SCHULIN/VOGT, N. 1a ad art. 65. Le contenu est semblable à celui de l'art. 939 al. 1 CC, cf. STEINAUER I, N. 680.
2494 Sur la notion d'exception, cf. *supra* N. 466 ss et 470 ss.
2495 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 5 ad art. 65 et les réf. cit. ; KOLLER, N. 30.93, qui mentionne des avis divergents.

– Cette disposition règle **exhaustivement** la question des impenses. L'art. 64 ne trouve pas application, même en cas de disparition de l'enrichissement[2496].

1214 En usant des distinctions traditionnelles en matière d'impenses, on peut mettre en évidence le **régime juridique** suivant[2497] :

– Pour les impenses **somptuaires** – l'art. 65 al. 2 parle des « autres impenses » pour décrire cette catégorie qui rassemble les dépenses ni nécessaires ni même utiles, ne servant qu'à embellir la chose, à en améliorer l'aspect ou à en rendre l'usage plus aisé[2498] –, l'enrichi qui doit remettre la chose n'a pas le droit d'être remboursé. En revanche, il peut enlever ce qu'il a uni à la chose, à la double condition que cela ne provoque pas de dommage et que le demandeur ne lui offre pas la contre-valeur de ses impenses.

– Pour les impenses **utiles** – concept qui rassemble les dépenses qui, sans être nécessaires, augmentent la valeur de la chose ou améliorent son rendement ou son utilité[2499] –, il faut différencier selon la bonne ou mauvaise foi de l'enrichi[2500]. Dans la première hypothèse, le remboursement est exigible. Dans la seconde, l'enrichi n'a pas droit à une indemnité, mais il peut tout de même obtenir le remboursement de la plus-value provoquée par les impenses utiles qui subsistent au moment de la restitution[2501]. Si la mauvaise foi apparaît alors que l'enrichi possède déjà la chose à restituer, il peut réclamer le remboursement des impenses encourues jusqu'à disparition de sa bonne foi, c'est-à-dire jusqu'au moment où il aurait pu ou dû savoir, en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances, qu'il devait restituer.

– Pour les impenses **nécessaires** – concept qui rassemble les dépenses nécessaires au maintien de la valeur et de l'utilité de la

2496 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 65 et les réf. cit.

2497 CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 4 ad art. 65 et les réf. cit. ; ENGEL, Obligations, p. 601 ; KREN KOSTKIEWICZ ET ALII/SCHWANDER, N. 1 ad art. 65.

2498 STEINAUER I, N. 676. Ég. ATF 73 II 108, JT 1947 I p. 408, selon lequel l'expression « autres impenses » doit être interprétée restrictivement, car il s'agit d'une exception.

2499 STEINAUER I, N. 676.

2500 Cf. *supra* N. 1197 ss.

2501 Comparer avec l'art. 940 al. 2 CC qui est plus sévère à l'égard du possesseur de mauvaise foi en ne lui accordant aucune possibilité de remboursement.

chose ainsi que pour une saine exploitation de celle-ci[2502] –, l'enrichi peut réclamer leur remboursement total, peu importe sa bonne ou mauvaise foi (art. 65 al. 1 *a contrario*)[2503].

La loi, en particulier l'art. 65, ne règle pas la question des **fruits** perçus par le débiteur enrichi entre le moment de l'acquisition de la chose et celui de sa restitution. Selon la jurisprudence, l'enrichissement comprend non seulement le capital, mais aussi les fruits naturels et civils, y compris les éventuels intérêts, loyers, redevances[2504]. L'enrichi doit donc restituer non seulement les montants indûment reçus mais également les **intérêts** qu'ils ont rapportés entre le moment où l'enrichi a reçu la prestation et celui où il la restitue ; on parle du droit aux intérêts sur l'enrichissement. Le créancier doit prouver le montant des fruits effectivement perçus et ne peut pas invoquer par défaut le taux légal de 5 % (art. 73 ou 104 al. 1). Ainsi qu'on l'a déjà vu[2505], il ne faut pas confondre les fruits de l'enrichissement et le gain réalisé par l'enrichi sur la base de l'enrichissement illégitime ; ce dernier ne peut en principe pas être réclamé[2506]. 1215

E. La responsabilité de l'enrichi en cas de perte ou d'endommagement de l'objet à restituer

Il s'agit de déterminer la **responsabilité de l'enrichi** s'il perd ou endommage l'objet à restituer. 1216

2502 STEINAUER I, N. 676.

2503 Sur la définition des impenses, cf. STEINAUER I, N. 675 s.

2504 ATF 143 II 37 cons. 5.4, JT 2018 I p. 84 ; 116 II 689 cons. 3b/bb, JT 1992 I p. 197 ; 84 II 179 cons. 4, JT 1959 I p. 49 ; 64 II 132 cons. 1 ; 61 II 12 cons. 4, JT 1935 I p. 484 ; arrêt du TF 4A_59/2009 du 7 septembre 2009 cons. 5.3.3.2. Cette règle diverge de l'art. 938 al. 1 CC qui prévoit que le « possesseur de bonne foi qui a joui de la chose conformément à son droit présumé » ne doit aucune indemnité (à ce sujet, cf. STEINAUER I, N. 668 ss). *Contra :* SCHAUFELBERGER, op. cit. (n. 2151), p. 212 s., qui refuse la répétition des fruits perçus par l'enrichi par analogie avec l'art. 938 CC.

2505 Cf. *supra* N. 1196.

2506 GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, p. 229 et réf. cit. ; NIETLISPACH, op. cit. (n. 2049), p. 184 s., toutefois p. 407 ss sur la possibilité de recourir à l'art. 62 al. 1 pour justifier une créance en restitution du gain. Cf. aussi l'arrêt du TF 4C.290/2005 du 12 avril 2006 cons. 3.1, où le tribunal condamne l'enrichi de bonne foi en lien avec la violation d'un brevet à restituer le gain réalisé selon les règles de l'enrichissement illégitime.

1217 Il faut distinguer **deux hypothèses**[2507] :

1218 **1°** Si l'enrichi est de **bonne foi,** on a vu qu'en vertu de l'art. 64[2508], il n'est pas responsable de la perte ou d'un endommagement de l'objet avant répétition et qu'il doit le restituer dans l'état dans lequel il se trouve. En revanche, une fois qu'il sait devoir restituer la prestation, l'enrichi doit répondre envers le créancier de tout préjudice découlant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de son obligation de restituer. L'art. 97 s'applique. En outre, l'enrichi est en demeure, et doit le cas échéant des dommages-intérêts moratoires (art. 104 ss), dès que le créancier l'a interpellé (art. 102) en manifestant de quelque manière sa volonté d'exiger la restitution de l'enrichissement[2509]. Enfin, l'enrichi qui est fautivement en retard pour la restitution de la prestation répond également d'une impossibilité survenue fortuitement, en vertu de l'art. 103[2510].

1219 **2°** Si l'enrichi est de **mauvaise foi,** il faut appréhender la situation où l'enrichissement a subi des détériorations avant le moment où le créancier fait valoir son droit à répétition[2511]. Selon que l'enrichi viole fautivement ou non son obligation de diligence en prévision de la restitution[2512], on applique l'art. 97 ou l'art. 119 ; dans le premier cas uniquement, l'enrichi peut être tenu de réparer le préjudice en lien de causalité avec la violation fautive de cette obligation[2513].

2507 Pour les développements qui suivent, cf. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 42 ss ad art. 64 et les réf. cit.

2508 Cf. *supra* N. 1197 ss.

2509 Cf. ég. *supra* N. 1201.

2510 ATF 106 II 36 cons. 4 et réf. cit., pour une perte liée à la dépréciation d'une monnaie entre le moment de la répétition et celui du jugement.

2511 Pour les détériorations postérieures à la répétition, l'enrichi répond des éventuelles pertes jusqu'à la restitution effective (cf. *supra* N. 1218).

2512 La faute ne se recoupe pas nécessairement avec la mauvaise foi.

2513 KOLLER, N. 30.61.

Chapitre IV : La prescription en matière d'enrichissement illégitime

Bibliographie spéciale :

BERGER, N. 2091 SS ; **BOUVERAT,** DAVID/**WESSNER,** PIERRE, Quelques questions choisies liées à la prescription extinctive : un état des lieux en droit suisse et quelques regards de droit comparé, PJA 2010, p. 951 ss ; **CARRON,** BLAISE/**FAVRE,** NIELS, 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 Le nouveau droit de la prescription, Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (édit.), Neuchâtel/Bâle 2019, N. 167 ss ; CoRo-CO I-**CHAPPUIS,** N. 1 ss ad art. 67 ; **ENGEL,** Obligations, p. 602 ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 1555 SS ; Handkommentar-OR/**HAHN,** N. 1 ss ad art. 67 ; **HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL,** N. 1 ss ad art. 67 ; **HUGUENIN,** N. 1814 s. ; BaK-OR I-**HUWILER,** N. 1 ss ad art. 67 ; **KELLER/SCHAUFELBERGER,** p. 87 ss ; **KOLLER,** N. 33.01 ss ; **KREN KOSTKIEWICZ ET ALII/SCHWANDER,** N. 1 ss ad art. 67 ; **SIEBER,** LORENZ, Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten, Berne 2015 ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 1981 SS.

§ 1 Les délais de l'action en restitution

Selon l'**art. 67 al. 1,** « l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition et, dans tous les cas, par dix ans à compter de la naissance de ce droit ». 1220

Le **champ d'application** de cette disposition concerne en principe toutes les créances en restitution de l'enrichissement illégitime découlant du **droit privé**[2514]. Il s'agit d'une *lex specialis* par rapport aux art. 127 ss, qui règlent la prescription des prétentions contractuelles. L'art. 67 s'applique en particulier à la répétition fondée sur l'art. 423 al. 2[2515], sur 1221

[2514] Dans ce sens, ATF 134 III 243 cons. 4.1, JT 2014 II p. 443 ; 133 III 356 cons. 3, JT 2008 I p. 91 (prestations dépassant ce qui est dû en vertu d'un contrat) ; 129 III 264 cons. 4.1 (convention conclue sous condition suspensive qui ne s'est pas réalisée).

[2515] Cf. *supra* N. 1074.

l'art. 119 al. 2[2516], ou sur les art. 672 et 726/727 CC[2517]. En revanche, certaines dispositions (ex. : art. 26 al. 4 let. b LFAIE) connaissent un régime de prescription exceptionnel. En **droit public,** la situation est complexe, faute de connaître une règle unifiée : on applique en priorité les dispositions des lois spéciales et, à défaut, la règle générale de l'enrichissement illégitime[2518].

1222 L'art. 67, tout comme l'art. 60 en matière de responsabilité extracontractuelle, connaît un **double délai,** relatif et absolu[2519]. Il suffit qu'un seul des délais expire pour que la créance soit soumise à l'exception de prescription ; si le débiteur la soulève à juste titre[2520], le juge doit rejeter l'action en restitution de l'enrichissement illégitime.

1223 S'agissant du **délai relatif,** sa **durée** est passé d'un à trois ans lors de la révision du droit de la prescription entrée en vigueur le 1er janvier 2020[2521].

2516 Cf. *supra* N. 1074 et 1156 ss.

2517 Pour l'art. 423 al. 2, ATF 86 II 18 cons. 7 ; arrêt du TF 4A_679/2012 du 1er mai 2013 cons. 2.5. Pour l'art. 119 al. 2, ATF 63 II 252 cons. 3, JT 1938 I p. 2 ; ég. ATF 137 III 243 cons. 4.4.7, JT 2014 II p. 443, qui confirme l'application des art. 62 ss pour les créances découlant de l'art. 119 al. 2 ; question laissée ouverte dans l'ATF 114 II 152 cons. 2d, JT 1988 I p. 523. Pour l'art. 672 CC, ATF 81 II 431 cons. 3 s., JT 1956 I p. 194. Pour les art. 726 et 727 CC, ATF 81 II 431 cons. 3, JT 1956 I p. 194.

2518 ATF 124 I 247 cons. 5 (prescription de la loi fiscale) ; 126 II 54 cons. 7, JT 2000 I p. 789 (délai de cinq ans créé de façon prétorienne), 138 V 426 cons. 5.1 (application des art. 62 ss). Ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1563 ; CoRo-CO I-PICHONNAZ, N. 13 s. ad art. 127.

2519 Arrêt du TF 4A_267/2011 du 29 juin 2011 cons. 2.3.1. Ég. KREN KOSTKIEWICZ ET ALII/SCHWANDER, N. 2 ad art. 67 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 1981 ss.

2520 La réserve de l'abus de droit s'applique (arrêt du TF 4A_29/2013 du 6 juin 2013 cons. 4 et réf.).

2521 Sur le droit transitoire, cf. art. 49 Tfin. CC et CARRON BLAISE/FAVRE NIELS, 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 Le nouveau droit de la prescription, Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (édit.), Neuchâtel/Bâle 2019, N. 167 ss. Dans l'ATF 141 IV 71 cons. 8, le TF a exclu une application anticipée de ce délai et a jugé qu'il convenait d'appliquer le délai relatif bref d'une année *stricto sensu* jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition.

Son **point de départ** dépend de la connaissance subjective du créancier, qui doit être effective et suffisante pour intenter l'action en justice[2522]. 1224

La connaissance est **effective** lorsque le créancier connaît à la fois l'étendue approximative de l'enrichissement, l'absence de cause de celui-ci et la personne de l'enrichi[2523]. Le créancier, qui a conscience des éléments essentiels de sa prétention, ne peut rester inactif et doit aller à la recherche des détails et des informations précises nécessaires à la conduite du procès[2524]. Il n'en demeure pas moins qu'on se fonde sur le moment de la connaissance effective et non sur le moment où le créancier aurait pu ou dû avoir rassemblé ces éléments en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances[2525]. 1225

Par **exemple,** dans le cas d'un locataire dont le loyer est nul faute d'avoir reçu la formule officielle, la connaissance effective intervient lorsqu'il sait réellement que l'absence de cette formule entraîne la nullité du loyer initial, que le loyer versé est trop élevé et qu'il est abusif ; le moment où il aurait pu ou dû le savoir n'est pas pertinent[2526]. 1226

La connaissance est **suffisante** pour intenter l'action lorsque, selon les règles de la bonne foi, on peut dire que, d'une part, le créancier n'a plus de motif ni de possibilité de chercher des informations complémentaires et que, d'autre part, il dispose de suffisamment d'éléments pour ou- 1227

2522 ATF 135 II 289 cons. 7.1, JdT 2010 I 720 ; 129 III 503 cons. 3.4, JT 2004 I p. 35 ; 127 III 421 cons. 4b, JT 2002 I p. 318 ; 110 II 335 cons. 2 en cas de refus d'autorisation d'acquisition d'un immeuble par une personne à l'étranger qui a versé le prix de vente ; arrêts du TF 4A_286/2018 du 5 décembre 2018 cons. 2.3.2 et les réf. cit. ; 4A_192/2016 du 22 juin 2016 cons. 6.2 et les réf. cit. ; 4A_517/2014 du 2 février 2015 cons. 4.1.2 ; 4A_267/2011 du 29 juin 2011 cons. 2.3.1 ; 1C_53/2010 du 15 avril 2010 cons. 3.4.

2523 ATF 129 III 503 cons. 3.4, JT 2004 I p. 35, qui souligne que cette règle est différente de celle de l'art. 26 en cas d'erreur essentielle. Ég. arrêts du TF 4A_286/2018 du 5 décembre 2018 cons. 2.3.2 et 4A_192/2016 du 22 juin 2016 cons. 6.2 et les réf. cit.

2524 ATF 129 III 503 cons. 3.4, JT 2004 I p. 35 ; 109 II 433 cons. 2, JT 1984 I p. 314 ; arrêt du TF 4A_286/2018 du 5 décembre 2018 cons. 2.3.2.

2525 ATF 146 III 82 cons. 4.1.3 ; 129 III 503 cons. 3.4, JT 2004 I p. 35 ; 109 II 433 cons. 2, JT 1984 I p. 314 ; arrêt du TF 4A_286/2018 du 5 décembre 2018 cons. 2.3.1 et 2.3.2. Ég. HUGUENIN, N. 1814 *(« Kennenmüssen genügt nicht »).*

2526 ATF 148 III 63 cons. 6.2 ; 146 III 82 cons. 4.1.3 ; 140 III 583 cons. 3.2.2.

vrir action et motiver sa demande[2527]. L'action n'a pas besoin d'être déjà chiffrée[2528].

1228 Le point de départ du délai relatif varie selon le **type d'absence de cause légitime**[2529] :

- En cas d'absence de cause valable (*condictio sine causa*[2530]) ou de répétition de l'indu (*condictio indebiti*[2531]), le délai débute lorsque le créancier a effectivement conscience d'avoir exécuté une prestation sans cause légitime.
- En cas de cause qui ne s'est pas réalisée (*condictio ob causam futuram*[2532]), le point de départ est le moment où le créancier prend conscience que la cause qu'il attendait ne se réalisera pas ou qu'elle ne peut plus se réaliser[2533]. Dans le cas d'une condition suspensive, ce ne peut pas être avant le dernier jour où celle-ci peut se produire[2534]. Dans le cas d'un acte juridique soumis à autorisation, il s'agit du moment où le créancier sait effectivement que cette autorisation ne pourra pas être obtenue ou que les parties ont renoncé à la demander[2535].
- En cas de cause qui a cessé d'exister (*condictio ob causam finitam*[2536]), le point de départ est le moment où le créancier a effectivement connaissance de la disparition de la cause.
- En cas d'absence d'acte du créancier (*Nichtleistungskondiktion*[2537]), le point de départ est le moment où le créancier a effectivement conscience qu'un tiers s'est immiscé dans sa sphère juridique et s'est procuré un avantage patrimonial à ses dépens *(Ein-*

[2527] ATF 135 III 289 cons. 7.1 ; 129 III 503 cons. 3.4, JT 2004 I p. 35 ; 113 V 180 cons. 3b.
[2528] ATF 146 III 82 cons. 4.1.2, qui fait référence à l'art. 85 CPC.
[2529] BaK-OR I-HUWILER, N. 9b ad art. 67.
[2530] Cf. *supra* N. 1121 ss.
[2531] Cf. *supra* N. 1130 ss.
[2532] Cf. *supra* N. 1124 ss.
[2533] ATF 129 III 503 cons. 3.5, JT 2004 I p. 35 ; 119 II 20 cons. 2, JT 1994 I p. 34.
[2534] ATF 129 III 264 cons. 3.2.2 et 4.2. Ég. arrêt du TF 4C.394/2002 du 28 mars 2003 cons. 4.2.
[2535] ATF 129 III 503 cons. 3.4 et 3.7, JT 2004 I p. 35 ; 110 II 335 cons. 2c.
[2536] Cf. *supra* N. 1127 ss.
[2537] Cf. *supra* N. 1057 et 1091 ss.

griffskondiktion) ou qu'un acte de la nature a provoqué un enrichissement illégitime d'un tiers *(Zufallskondiktion)*.

Le **délai absolu** a une **durée** de dix ans. Ce délai vaut également en cas de restitution de prestations périodiques payées en trop, p. ex. suite à une majoration de loyer nulle faute d'utilisation de la formule officielle (art. 269*d*). En effet, l'art. 67 institue un régime spécifique et ne contient aucune règle particulière pour les prestations périodiques, contrairement à l'art. 128 ch. 1[2538]. 1229

Vu qu'il s'agit d'un délai absolu, son **point de départ** ne dépend pas de la connaissance subjective du créancier et court dès « la naissance du droit » à répétition, ce qui correspond à l'exigibilité de la créance (art. 130 al. 1 et 75)[2539]. Il faut donc que tous les éléments fondant l'obligation de restituer l'enrichissement soient réunis[2540]. 1230

Le point de départ du délai absolu varie selon le **type d'absence de cause légitime**[2541] : 1231

- en cas d'absence de cause valable (*condictio sine causa*[2542]) ou de répétition de l'indu (*condictio indebiti*[2543]) ou d'absence d'acte du créancier (*Nichtleistungskondiktion*[2544]), le point de départ est le moment de l'exécution de la prestation litigieuse[2545] ;
- en cas de cause qui ne s'est pas réalisée (*condictio ob causam futuram*[2546]), le point de départ est le moment où il est établi que la cause ne se réalisera pas ou qu'elle ne pourra plus se réaliser[2547] ; par exemple, lorsque des prestations ont été effectuées en prévi-

---

2538 ATF 140 III 583 cons. 3.2.3 ; 130 III 504 cons. 6.2, par opposition à une créance en restitution partielle du loyer en raison d'une réduction de loyer fondée sur l'art. 259*d*. Ég. arrêt du TF 4A_254/2016 du 10 juillet 2017 cons. 3.1.3.1 pour un loyer initial nul faute de formule officielle (art. 270 al. 2).

2539 ATF 119 II 20 cons. 2b, JT 1994 I p. 34.

2540 ATF 146 III 82 cons. 4.3.1.

2541 BaK-OR I-HUWILER, N. 3 ad art. 67.

2542 Cf. *supra* N. 1121 ss.

2543 Cf. *supra* N. 1130 ss.

2544 Cf. *supra* N. 1057 et 1191 ss.

2545 ATF 146 III 82 cons. 4.1.1 ; 143 II 37 cons. 6.3.1, JT 2018 I p. 84 ; 114 II 131 cons. 3b et 3c, JT 1988 I p. 508 ; arrêt du TF 4C.134/2001 du 18 octobre 2001 cons. 4b. Ég. KOLLER, N. 33.12. Critiques : cf. *infra* N. 1232.

2546 Cf. *supra* N. 1124 ss.

2547 ATF 119 II 20 cons. 2b, JT 1994 I p. 34 ; KOLLER, N. 33.12.

sion d'un contrat qui n'a jamais été conclu, la prescription ne commence à courir que lorsque les négociations ont été interrompues ou ont définitivement échoué[2548] ;

– en cas de cause qui a cessé d'exister (*condictio ob causam finitam*[2549]), le point de départ est le moment où la cause vient à disparaître[2550].

1232 Les règles applicables au point de départ du délai absolu sont parfois **critiquables,** notamment en cas d'invalidation pour vice du consentement. Cette situation a été mise en évidence dans le fameux arrêt Picasso[2551] : en raison de la théorie de l'invalidité[2552], la naissance du droit à répétition se produit dès l'exécution des prestations et le délai de prescription absolu commence alors à courir. Dans le cas d'un contrat de vente invalidé pour erreur essentielle par l'acheteur plus de dix ans après l'exécution des prestations, celui-ci se voit opposer l'exception de prescription lorsqu'il réclame la restitution du prix, alors que le vendeur peut toujours exercer une action réelle en revendication, par nature imprescriptible.

1233 En cas de restitution de **prestations périodiques** payées en trop, p. ex. suite à un loyer payé en dépit d'une nullité initiale faute d'utilisation de la formule officielle (art. 270 al. 2), le délai de prescription absolu de l'action en restitution des montants payés indûment à titre de loyer commence à courir séparément lors de chaque versement effectué[2553].

1234 Dans le cadre d'une **chaîne de prestations** *(Leistungskette),* un nouveau délai de prescription absolu commence à chaque fois que la prestation est exécutée. Par conséquent, le créancier appauvri peut disposer de deux prétentions indépendantes, l'une contre l'intermédiaire dont le délai de prescription commence lorsque celui-ci reçoit la prestation sans cause

---

2548 ATF 129 III 264 cons. 4.2, JT 2004 I p. 35, qui renvoie à l'ATF 119 II 20 cons. 2b, JT 1994 I p. 34. Ég. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 5 ad art. 67.

2549 Cf. *supra* N. 1127 ss.

2550 ATF 143 II 37 cons. 6.3.1, JT 2018 I p. 84 ; 119 II 20 cons. 2b, JT 1994 I p. 34, qui parle de *causa data non secuta ;* 115 II 28 cons. 1b, JT 1989 I p. 172. Ég. KOLLER, N. 33.12.

2551 ATF 114 II 131 cons. 3, JT 1998 I p. 508. Pour une présentation des critiques doctrinales, cf. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 6 ad art. 67 ; BaK-OR I-HUWILER, N. 5 ad art. 67 et les réf. cit. ; BOUVERAT DAVID/WESSNER PIERRE, Quelques questions choisies liées à la prescription extinctive : un état des lieux en droit suisse et quelques regards de droit comparé, PJA 2010, p. 959 qui parlent de résultats choquants.

2552 Cf. *supra* N. 1122.

2553 ATF 146 III 82 cons. 4, en particulier 4.3.4.

légitime, et l'autre contre l'enrichi final dont le délai de prescription débute plus tard lorsqu'il reçoit la prestation sans cause[2554].

Les délais relatif et absolu, dont la durée et le point de départ varient, font l'objet d'une **computation** selon la règle générale de l'art. 132. 1235

Comme tout délai de prescription, les délais de l'art. 67 peuvent être **suspendus** (art. 134) et **interrompus** (art. 135 ss)[2555]. 1236

Plusieurs auteurs affirment que l'**art. 60 al. 2** s'applique par analogie à l'enrichissement illégitime découlant d'un acte pénal[2556]. Les motifs avancés – il serait illogique que le créancier perde ses droits contre l'enrichi tant que ce dernier demeure exposé à une poursuite pénale ainsi que la similitude entre les deux régimes de prescription – pourraient être convaincants[2557]. En revanche, le fait que la révision législative entrée en vigueur au 1er janvier 2020 n'ait pas concrétisé ces appels à appliquer l'art. 60 al. 2 aux créances découlant de l'enrichissement illégitime, parle plutôt en défaveur d'un tel élargissement. 1237

§ 2 L'exception d'enrichissement illégitime

Selon l'**art. 67 al. 2,** « si l'enrichissement illégitime consiste en une créance contre la partie lésée, celle-ci peut en refuser le paiement lors même que ses droits seraient atteints par la prescription ». 1238

Cette disposition régit l'hypothèse où l'enrichissement est constitué d'une **créance** de l'enrichi contre la partie lésée[2558]. Celle-ci peut alors refuser le paiement, même si sa propre créance découlant de l'enrichissement illégitime est prescrite[2559]. Autrement dit, le délai de prescription de l'art. 67 al. 1 ne s'applique pas[2560]. 1239

2554 BaK-OR I-HUWILER, N. 3a ad art. 67 ; SIEBER LORENZ, Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten, Berne 2015, p. 148 s. Sur la détermination du créancier et du débiteur dans les chaînes de prestations, cf. *supra* N. 1110.

2555 ATF 123 III 213 cons. 6a (pour l'interruption).

2556 BaK-OR I-HUWILER, N. 4 ad art. 67 et les réf. cit.

2557 À ce sujet, cf. CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 7 ad art. 67 et les réf. cit. ; BaK-OR I-HUWILER, N. 4 ad art. 67 et les réf. cit.

2558 Arrêt du TF 2C_631/2009 du 22 février 2010 cons. 2.2.3.

2559 BERGER, N. 20952 ; CoRo-CO I-CHAPPUIS, N. 8 ad art. 67.

2560 Arrêt du TF 2C_650/2009 du 22 février 2010 cons. 2.2.3.

1240 L'exception dérivée de l'enrichissement est **imprescriptible,** en ce sens où l'appauvri peut l'opposer en tout temps à l'enrichi qui a obtenu une créance dénuée de cause valable contre lui[2561].

1241 L'art. 67 al. 2 aurait pleinement sa place si le droit suisse admettait la **nature (matériellement) abstraite** des créances, point de vue que certains auteurs défendent en lien avec l'art. 17[2562]. Cette disposition permettrait à l'appauvri – qui ne peut plus réclamer la restitution de la créance sur la base de l'enrichissement illégitime en raison de la prescription – de s'opposer quand même à l'enrichi qui voudrait exiger l'exécution de cette créance abstraite en paiement contenue dans la reconnaissance de dette.

1242 Par **exemple,** si A, héritier de X, constate que le défunt devait CHF 1000.– à B, il lui délivre une reconnaissance de dette pour ce montant. Ultérieurement, il découvre que X avait acquitté la dette et reçu quittance de B. L'enrichissement illégitime consiste dans la créance de B contre l'héritier, résultant de la reconnaissance. En vertu de l'art. 67 al. 2, même plus de trois ans après la découverte de la quittance, A pourrait opposer l'exception d'enrichissement illégitime à l'action de B tendant au paiement de la créance[2563].

1243 Comme plusieurs auteurs le soulignent[2564], l'art. 67 al. 2 est toutefois **sans véritable application pratique** dans le système causaliste suisse[2565]. En effet, de deux choses l'une : soit la créance repose sur une cause valable, et la partie débitrice n'est pas appauvrie (« lésée » selon les termes de l'art. 67 al. 2) ; soit la créance ne repose pas sur une cause valable, et la partie créancière n'est pas enrichie[2566]. En dépit de ce constat, le législateur a curieusement renoncé à supprimer l'art. 67 al. 2 lors de la révision du droit de la prescription de 2018[2567].

2561 ENGEL, Obligations, p. 602 et l'exemple cité ; BaK-OR I-HUWILER, N. 12 ad art. 67.

2562 BaK-OR I- HUWILER, N. 10 ss ad art. 67. Au sujet du débat sur la nature – abstraite ou causale – de la reconnaissance de dette, cf. *supra* N. 401 ss.

2563 Exemple inspiré d'ENGEL, Obligations, p. 602.

2564 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1561 s. ; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, p. 230 ; Handkommentar-OR/HAHN, N. 8 ad art. 67 ; HONSELL/OBERHAMMER/FRAEFEL, N. 10 ad art. 67. *Contra :* BaK-OR I- HUWILER, N. 10 ss ad art. 67.

2565 ATF 119 II 452 cons. 1d ; 105 II 183 cons. 4a et réf. cit. ; arrêt du TF 4A_482/2019 du 10 novembre 2020 cons. 3.

2566 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1560.

2567 Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 221 ss (ch. 13.100), p. 243.

Sixième partie : Le contrat : généralités et relation précontractuelle

Chapitre I : Quelques généralités

Bibliographie spéciale :

BELSER, EVA MARIA, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, thèse Fribourg 2000 ; **BÖHRINGER,** PETER/**MÜLLER,** ROGER/**MÜNCH,** PETER/**WALTENSPÜHL,** ALEX, Prinzipien des Vertragsrechts, 3e éd., Zurich 2015 ; **BUCHER**, OR, p. 40 s., 87 ss ; **BUCHER,** Rapport, p. 316 ss ; **ENGEL**, Obligations, p. 94 ss, 158 ss ; **ENGEL,** Rapport, p. 35 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** not. Chap. 3 ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 222 ss, 611*a* ss ; **GEISSBÜHLER,** N. 116 ss ; CoRo-CO I-**GUILLOD/STEFFEN,** N. 1 ss ad art. 19, 20 ; **HONSELL,** Rapport, p. 21 ss ; **HUGUENIN,** N. 1 ss, 20, 45 ss, 140 ss ; **KADNER GRAZIANO,** THOMAS, Le contrat en droit privé européen, Bâle 2006 ; **KOLLER,** N. 3.41 ss et 75 ss ; **KRAMER/PROBST,** N. 40 ss, 137 ss ; BK-**KRAMER/SCHMIDLIN,** Introd. gén. N. 43 ss, 152 ss ; **MARCHAND** SYLVAIN/**CHAPPUIS** CHRISTINE/**HIRSCH** LAURENT (édit.), Recueil de contrats commerciaux. Modèles commentés selon le droit suisse, Bâle 2013 ; **MERZ,** Vertrag, N. 44 ss, 81 ss ; CoRo-CO I-**MORIN,** N. 1 ss ad art. 1 ; **MORIN,** ARIANE, La liberté contractuelle, in Propriété et liberté d'entreprendre, Foëx Bénédict/Hottelier Michel (édit.), Zurich 2016, p. 15 ss ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 84 ss ; **MÜLLER,** Contrats, N. 1 ss ; **MÜNCH** PETER/**BÖHRINGER** PETER/**KASPAR** SABINA/**PROBST** FRANZ (édit.), Schweizer Vertragshandbuch. Musterverträge für die Praxis, 2e éd., Bâle 2010 ; **SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF,** N. 1 ss ; ZK-**SCHÖNENBERGER/JÄGGI,** Rem. prél. art. 1 N. 187 ss, N. 62 ss ad art. 1 ; **SCHÖNLE,** HERBERT, Les fondements constitutionnels de la liberté contractuelle, in Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 61 ss ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 4.01 ss, 4.06 ss, 25.01 ss ; **STÖCKLI,** HUBERT, Das Synallagma im Vertragsrecht, thèse d'habilitation Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2008 ; **STREIFF,** ULLIN/**PELLEGRINI,** BRUNO/**VON KAENEL,** ADRIAN, Vertragsvorlagen. Eine Sammlung kommentierter Vertragsmuster für die Praxis, 4e éd., Zurich 2008 ; **TERCIER,** PIERRE, Le prix abusif. Vers une nouvelle conception de la liberté contractuelle, DC 1/98, p. 71 ss ; **TERCIER,** PIERRE, Quels fondements pour le contrat au XXIe siècle ?, in Le contrat dans tous ses états, Bellanger François/Chaix François/Chappuis Christine/Lachat-Héritier Anne (édit.), Berne 2004, p. 209 ss ; **TERCIER/BIERI/CARRON,** N. 1 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 237 ss, 1008 ss ; **VON TUHR/PETER,** p. 143 ss, 247 s. ; **WEBER,** ROLF H., Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen, RDS 1987 I p. 403 ss ; **WOLF,** ERNST, Vertragsfreiheit – Eine Illusion ?, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Forstmoser Peter/Giger Hans/Heini Anton/Schluep Walter R. (édit.), Zurich 1989, p. 359 ss ; BaK-OR I-**ZELLWEGER-GUTKNECHT,** Introd. art. 1-40*f* N. 1 ss.

§ 1 La notion

I. Une définition et des caractéristiques

A. Une définition

1244 Le contrat *(Vertrag)* est un **acte juridique** bi- ou multilatéral consistant dans l'échange réciproque de manifestations de volonté concordantes de deux ou plusieurs personnes[2568].

1245 L'**effet juridique** en question est tout à la fois formateur du rapport liant les parties et obligatoire de l'engagement qu'elles ont pris[2569]. Il présuppose la conclusion du contrat, au sens des art. 1 à 40*f* ; à cet égard, le contrat générateur d'obligations se situe dans la ligne de mire du législateur[2570].

1246 Historiquement, le contrat représente un instrument essentiel de l'**autonomie privée,** un concept qui a connu son apogée au XIX^e^ siècle, à l'époque où fleurissait un libéralisme idéalisé[2571]. Selon ce concept, « l'être humain trouve en lui-même le fondement de sa conduite »[2572] ; capable, il dispose de la faculté d'agir en fonction de son autodétermination, dans les limites de la loi (not. art. 27 CC, 19 et 20)[2573].

1247 En ce sens, l'autonomie privée constitue le **fondement de la liberté personnelle.** La liberté contractuelle en est une composante, qui englobe la liberté de conclure ; nous y reviendrons plus bas[2574].

B. Des précisions

1248 La notion de contrat exprime **plusieurs sens**[2575].

1249 **1°** Cette notion désigne l'**acte juridique** *(Rechtsgeschäft),* plus précisément, puisque celui-ci implique un échange de manifestations de

---

2568 ZK- SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 62 ad art. 1 ; ENGEL, Obligations, p. 158 ; MERZ, Vertrag, N. 44.
2569 Cf. *infra* N. 1269 ss.
2570 Cf. *infra* N. 1284.
2571 Cf. *supra* N. 56, *infra* N. 1286 ss.
2572 ENGEL, Obligations, p. 94 ; cf. aussi VON TUHR/PETER, p. 143.
2573 MERZ, Vertrag, N. 49 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1-40*f* N. 2.
2574 Cf. *infra* N. 1286 ss. Cf. aussi *supra* N. 56, 149, 151 s., 562.
2575 Sur cette problématique, cf. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 187 ss ; BUCHER, OR, p. 97 ss ; MERZ, Vertrag, N. 44 s. ; MÜLLER, Contrats, N. 2 ss.

volonté, un acte bilatéral ou multilatéral[2576]. C'est le processus de formation du contrat qui est visé (art. 1 ss). En franc-parler : les parties ont conclu un contrat.

2° Cette notion regarde aussi la **relation juridique** *(Rechtsverhältnis*), en clair la relation contractuelle *(Vertragsverhältnis),* soit un ensemble de droits et d'obligations découlant de l'accord conclu. Un tel sens imprègne notamment les régimes contractuels spéciaux[2577]. En franc-parler : le travailleur résilie le contrat le liant à l'employeur (art. 335 al. 1) ; le locataire se prévaut d'une diminution de loyer (art. 259*a* al. 1 let. *b*). 1250

3° Au sens figuré, cette notion fait référence à un **document contractuel** *(Vertragsurkunde),* écrit, électronique, notarié, selon une prescription légale (art. 11) ou la volonté des parties (art. 16 al. 1). Il peut s'agir du texte de base, éventuellement d'un avenant qui modifie ultérieurement celui-ci, également d'autres pièces, telles des conditions générales préformulées, un dossier technique ou comptable, un cahier des charges, etc. En franc-parler : une personne déclare envoyer le contrat pour signature, le consommateur en reçoit un exemplaire (art. 9 al. 1 LCC), le mandant s'en fait remettre une copie (art. 406*e* al. 1). 1251

D'autres termes couvrent la notion de contrat, le plus souvent dans les sens mentionnés ci-dessus, comme convention, stipulation, entente, arrangement, transaction, pacte[2578] ; le mot « police » désigne le document de base dans les assurances privées (ainsi : art. 13 al. 1 et 73 al. 1 et 2 LCA). 1252

Pour s'en tenir à la Partie générale du Code, elle utilise parfois les termes de « convention » et « stipulation » comme de véritables **synonymes** à « contrat » (ainsi : art. 22 al. 1, 73 al. 1, 122 dans le titre marginal). Ailleurs, elle leur donne un **sens plus étroit,** compris comme une disposition particulière à l'acte, qui complète le régime contractuel applicable ou y déroge (ainsi : art. 12 al. 1, 78 al. 2, 81 al. 2, 100 al. 1, 116 al. 2, 117 al. 3) ; cette remarque vaut également pour le mot « clause » (ainsi : art. 20 al. 2, 82, 100 al. 2). 1253

2576 Cf. *supra* N. 663 s. et les exemples cités. C'est dire que notre exposé sur les caractéristiques de l'acte juridique et ses distinctions (générateur d'obligations/de disposition, causal/abstrait) est pleinement valable pour le contrat.

2577 Cf. *supra* N. 21 s. et 104.

2578 ENGEL, Obligations, p. 158 ; KOLLER, N. 3.79 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 248. S'agissant du terme « pacte », cf. art. 216 al. 2 et 3 et 216*a* à 216*e*.

C. Des délimitations

1254 L'exposé de cette partie de l'ouvrage s'attachera à étudier le contrat comme **institution fondamentale** du droit des obligations. Le système légal s'y rapportant, le modèle de référence et les classifications des multiples catégories seront examinés. Le phénomène de formation du contrat sera l'occasion d'une analyse en profondeur.

1255 C'est dans le deuxième volume de l'ouvrage que seront traités la forme et l'objet du contrat, ainsi que les questions liées à l'exécution et à l'inexécution, au travers des obligations en découlant. Le transfert, l'adaptation et la résiliation extraordinaire du contrat seront examinés dans le troisième volume.

1256 Autre délimitation : l'exposé se limitera à l'étude du **contrat de droit privé,** qui appréhende les relations entre particuliers (ou celles qui engagent une collectivité ou un établissement public agissant comme un particulier). C'est dire que le **contrat de droit administratif** est exclu de nos réflexions. Tout au plus faut-il rappeler qu'il met aux prises un sujet de droit public et un particulier (voire deux sujets de droit public). Il vise l'exécution d'une tâche publique, comme peut l'être l'emploi de personnel ou la fourniture de prestations générales (soins, énergies). C'est parfois la loi qui détermine le régime applicable, public ou privé, et la juridiction compétente[2579]. À défaut, le critère est fonction de la tâche exercée et de sa finalité, pourvu qu'elle s'intègre à un rapport conventionnel[2580]. Des zones grises demeurent. Il n'est pas rare que le droit public s'inspire des règles de droit privé, quand il ne les déclare pas applicables par analogie[2581].

II. Les éléments constitutifs

A. Une présentation générale

1257 La lecture des art. 1 à 40*f* du Code – sous réserve des art. 32 à 40 régissant la représentation – permet d'inférer que le contrat comprend né-

---

[2579] Cf. ainsi art. 8 al. 1 LF du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération, RS 172.220.1 ; art. 56 al. 1 LTV.

[2580] MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif, II, 3e éd., Berne 2011, p. 453 ss ; arrêt du TF 2C_132/2017 du 16 octobre 2018 cons. 5.1.

[2581] MOOR/POLTIER, op. cit. (n. 2580), p. 459 s. Cf. aussi *supra* N. 99 et 113.

cessairement **quatre éléments,** qui en représentent des conditions d'existence et de validité (personnelle, consensuelle, matérielle, formelle)[2582].

1. Les parties

Le contrat implique l'échange et la réciprocité des manifestations de volonté d'au moins **deux personnes,** que la loi appelle « parties » (art. 1 al. 1). La question primordiale les concernant est celle de la capacité (art. 11 ss et 52 ss CC). Elle ressortit au droit des personnes ; elle ne sera pas traitée ici. 1258

Soulignons au passage que certains groupements ou entités, comme la société simple (art. 530), la succursale (art. 935) ou la communauté héréditaire (art. 560 al. 1 et 602 CC), n'ont pas qualité de sujet de droit et se trouvent donc dépourvus de la capacité de contracter. Sans être dotées de la personnalité juridique, les sociétés en nom collectif (art. 562) et en commandite (art. 602) peuvent néanmoins, en tant que communautés d'associés, s'engager sous leur raison sociale[2583]. Quant à la communauté des propriétaires d'étages, elle ne représente pas non plus une personne morale ; elle est pourtant titulaire de droits et d'obligations et admise à agir en son nom pour ce qui touche la gestion de l'immeuble (art. 712*l* CC)[2584]. 1259

2. Le consentement

L'existence et la validité du contrat dépendent aussi du consentement des parties qui nécessite, au-delà de la volonté de s'obliger ou de disposer, la concordance des manifestations de volonté (art. 1 à 10, 18) et l'exigence d'intégrité (art. 21, 23 à 31)[2585]. 1260

[2582] ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 187 et 195 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 33 ad art. 1.
[2583] HUGUENIN, N. 142 ; RUEDIN ROLAND, Droit des sociétés, 2e éd., Berne 2007, N. 790 ss.
[2584] STEINAUER, I, N. 1833 ss. Cf. ég. N. 727 ss, not. 768 s.
[2585] Sur le consentement, cf. Vol. II.

3. L'objet

1261 La validité du contrat dépend également de l'objet sur lequel les parties se mettent d'accord, soit l'ensemble des **prestations promises** ou **des droits dont il est disposé.** L'objet doit notamment être conforme à la loi et aux bonnes mœurs (art. 27 CC, 19 al. 2 et 20)[2586].

4. La forme

1262 La validité du contrat dépend enfin du **mode** par lequel les parties manifestent leur volonté, étant entendu que tout acte juridique épouse une certaine forme, fût-elle tacite. Il est fréquent que le mode d'expression des volontés soit prescrit par la loi (art. 11) ou explicitement réservé par la convention des cocontractants (art. 16 al. 1)[2587].

B. Quelques remarques complémentaires

1263 Bien que le principe de la causalité ne soit pas exprimé en termes généraux dans le Code, il empreint le droit contractuel. Comme déjà souligné, la plupart des contrats, singulièrement ceux qui sont générateurs d'obligations, reposent sur une **cause** qui en constitue le fondement. Quant aux contrats tenus pour abstraits, la cause n'en est pas une condition ; elle n'en demeure pas moins un élément sous-jacent[2588].

1264 Il arrive que la validité d'un contrat soit subordonnée à l'existence d'une **condition ou d'une formalité supplémentaire** à celles mentionnées ci-dessus. Nous renvoyons sur ce point à notre exposé sur l'acte juridique[2589].

1265 Il est possible que plusieurs personnes forment ensemble une partie au contrat, dès sa conclusion ou ultérieurement. On parle de **contrat commun** *(gemeinsamer Vertrag),* soit d'un rapport juridique uniforme qui n'existe que comme un tout, et pour tous les participants[2590]. Ainsi en est-il d'époux qui se portent acquéreurs d'un immeuble ou d'amis qui prennent à

2586 Sur l'objet du contrat, cf. Vol. II.
2587 Sur la forme du contrat, cf. Vol. II.
2588 Cf. *supra* N. 691 ss.
2589 Cf. *supra* N. 567. Cf. aussi CoRo-CO I-MORIN, N. 33 ad art. 1.
2590 VON TUHR/ESCHER, p. 290 ss ; ENGEL, Obligations, p. 162 s. ; arrêt du TF du 20 juin 1994 cons. 5a, SJ 1995, p. 53 ; ATF 136 III 131 cons. 3.1 ; 140 III 598 cons. 3.2.

bail un logement. Le cas échéant, la perfection de l'acte découle des déclarations de volonté réciproques et concordantes de tous les cocontractants, lors même qu'elles ne sont pas exprimées ensemble ou en même temps[2591]. S'agissant des actes formateurs résultant du contrat, ils doivent en principe être exercés conjointement par toutes les personnes constituant une seule et même partie, ou contre toutes ces personnes[2592]. Pour s'en tenir à l'exemple de l'extinction d'un bail commun liant deux colocataires, ceux-ci doivent y procéder par une résiliation conjointe, sous peine de nullité ; il n'y a pas de place pour un congé partiel. En telle occurrence, l'acte formateur résolutoire reste unilatéral, même s'il est exercé par plusieurs individus[2593]. Quant au bailleur, il est tenu de notifier le congé à chacun des locataires[2594]. Au stade procédural, ces derniers forment une consorité matérielle nécessaire, de sorte qu'ils doivent normalement agir ensemble pour demander l'annulation du congé qui leur a été signifié (art. 273 al. 1, art. 70 al. 1 CPC)[2595].

C. La théorie de la transparence

Le contrat implique au moins deux parties[2596]. L'affirmation ques- 1266
tionne dans certaines éventualités déjà évoquées lors de l'examen de la re-

2591 VON TUHR/ESCHER, p. 294.

2592 VON TUHR/ESCHER, p. 296 ; ZK-HIGI/BÜHLMANN/WILDHISEN, Rem. prél. art. 253-273*c* N. 120 et 124 ; arrêt du TF du 20 juin 1994 cons. 5a, SJ 1995, p. 53 ; ATF 136 III 431 cons. 3.1.

2593 VON TUHR/ESCHER, p. 144 n. 7 ; WEBER ROGER, Der gemeinsame Mietvertrag, thèse Zurich 1993, p. 170 ; DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Le bail d'habitation des concubins, Bâle 2014, p. 108 ; cette auteure est d'avis que les concubins colocataires forment une société simple (p. 95 et les réf. cit.). Cf. aussi VIONNET (op. cit. n. 842, p. 414), qui précise que les règles régissant la communauté des personnes formant une partie sont ici significatives. Cf. également *supra* N. 660.

2594 ZK-HIGI/BÜHLMANN/WILDHISEN, Rem. prél. art. 253-273*c* N. 120 ; DIETSCHY-MARTENET, op. cit. (n. 2593), p. 97 ; selon ces auteurs, il suffit d'utiliser une seule formule officielle (art. 266*l* al. 2), qui porte le nom des colocataires de l'habitation.

2595 ATF 140 III 598 cons. 3.2 et la jurisprudence citée. Dans cet arrêt, le TF a apporté un tempérament au principe posé, dans l'hypothèse où les locataires sont en désaccord ; l'un d'entre eux peut agir seul en annulation du congé, à la condition d'assigner, aux côtés du bailleur, celui qui n'entend pas s'opposer à la résiliation ; notre haute cour invoque le besoin de protection sociale du logement. Cf. aussi ATF 137 III 455 cons. 3.4 et 5.

2596 On ne saurait voir un mandat dans des prestations de soins qu'un médecin s'administre à lui-même (ATF 133 V 416 cons. 2 à 4).

présentation, qu'il s'agisse du contrat avec soi-même ou de la double représentation[2597]. D'autres situations interpellent dans l'hypothèse où l'une des parties exerce une **dépendance déterminante** sur l'autre, par son poids économique ou au travers de relations familiales voire amicales. Le cas typique – que nous ne ferons qu'effleurer ici – appartient au domaine des sociétés, notamment lorsque la totalité (ou la majeure partie) de l'actif d'une société anonyme est propriété d'une même personne (physique ou morale), directement ou par un tiers interposé.

1267 Le principe commande a priori de traiter l'actionnaire unique (ou majoritaire) et la société comme deux sujets de droit distincts, dotés de patrimoines séparés[2598]. Des tempéraments ont été apportés par la jurisprudence, au nom de la **théorie de la transparence** *(Durchgriffstheorie),* déduite de l'art. 2 al. 2 CC. Cette théorie repose sur le constat que, dans certaines circonstances, l'indépendance formelle entre la personne morale et l'actionnaire qui la domine constitue une fiction juridique permettant d'en faire abstraction[2599]. Ainsi le voile peut-il être levé *(piercing the corporate veil)* quand la société est en main de l'actionnaire et qu'il existe une confusion dans les rapports qui se tissent entre eux et avec les tiers. Ce sera le cas chaque fois que le fait d'invoquer la dualité des sujets (une personne physique et une personne morale, une société-mère et sa filiale, deux sociétés-sœurs) constitue un **abus de droit** (art. 2 al. 2 CC), notamment en portant atteinte à des intérêts légitimes[2600].

1268 La jurisprudence est riche de **jugements** appliquant la théorie de la transparence. Par exemple, lorsque la dualité juridique de sociétés-sœurs conduit à éluder un contrat (en l'occurrence le droit d'option d'un sous-locataire à la prolongation du bail, par substitution d'une partie)[2601] ; ou lorsque les sphères d'une société-mère et de sa filiale se confondent au point de tromper les tiers[2602] ; ou encore lorsque l'actionnaire majoritaire

2597 Cf. *supra* N. 879 ss.

2598 ATF 128 II 329 cons. 2.4 ; arrêt du TF 4C.15/2004 du 12 mai 2004 cons. 5.2.

2599 ATF 112 II 503 cons. 3, JT 1987 I p. 167 ; 121 III 319 cons. 5a ; 132 III 489 cons. 3.2 ; 137 III 550 cons. 2.3.1 ; ZK-BAUMANN, N. 327 ss ad art. 2 CC ; PICHONNAZ, Rapport, p. 169, y voit plutôt une application de l'art. 2 al. 1 CC (bonne foi en affaires).

2600 ATF 112 II 503 cons. 3b, JT 1987 I p. 167 ; arrêts du TF 4A_384/2008 du 9 décembre 2008 cons. 4.1, SJ 2009 I p. 424 ; TF 4A_58/2011 du 17 juin 2011 cons. 2.4.1.

2601 ATF 113 III 31 cons. 2c, JT 1988 I p. 20.

2602 ATF 137 II 550 cons. 2.3.

d'une société au bord de la faillite se rembourse le prêt à elle consenti par une compensation qui lèse les intérêts des autres créanciers[2603].

III. L'effet contractuel

A. L'efficacité du contrat

Le contrat est **parfait** lorsqu'il est conclu au sens de l'art. 1 al. 1 du Code, plus précisément lorsqu'il réalise les éléments constitutifs décrits plus haut, y compris une éventuelle condition supplémentaire, comme peut l'être le consentement d'un tiers (en cas de cautionnement, art. 494) ou la remise d'une chose (en cas de donation manuelle, art. 242 al. 1)[2604]. Encore faut-il que l'acte ne soit pas entaché d'un vice qui en affecte la validité, telle une incorrection formelle[2605]. 1269

Le cas échéant, le contrat est **efficace,** en ce sens qu'il développe un effet contractuel *(Vertragswirkung),* et cela à un double titre[2606]. 1270

1° Le contrat produit un **effet formateur** *(Gestaltungswirkung)* – rétroactif pour les contrats entre absents, selon la règle dispositive de l'art. 10 – en ce sens qu'une relation juridique lie les parties. Ainsi en est-il lorsqu'une vente est passée (art. 184 al. 1), ou une créance est cédée (art. 164 al. 1), ou encore une dette est remise (art. 115)[2607]. 1271

2° Le contrat génère un **effet obligatoire** *(Bindungswirkung)* en ce sens que les parties sont tenues de respecter leur engagement. On parle de **fidélité contractuelle** *(pacta sunt servanda)*[2608]. C'est dire qu'un partenaire ne saurait en règle générale se délier unilatéralement de sa promesse, sauf si une telle faculté est prévue par la loi ou réservée par la convention. 1272

2603 Arrêt du TF 5A_175/2010 du 25 mai 2010 cons. 3.3.4.

2604 Cf. *supra* N. 1257 ss et 1264. Sur la conclusion du contrat, cf. Vol. II.

2605 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 196 ss ; CoRo-CO I-MORIN, N. 33 ad art. 1.

2606 Dans ce sens : ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 89 ss ad art. 1 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 34 ad art. 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 257 ss. Cf. art. 13 al. 1 Projet CO 2020.

2607 VON TUHR/PETER, p. 143 et 147 s. ; ENGEL, Obligations, p. 158 ss.

2608 Cf. art. 2 al. 1 de la version allemande du Code qui utilise l'expression *Verbindlichkeit des Vertrages.* Cf. ENGEL, Obligations, p. 97 et 787 ; BaK-OR I-WIEGAND, N. 97 ad art. 18 ; ATF 144 III 120 cons. 5.1 (la fidélité contractuelle est une valeur de l'ordre public matériel). Cf. également l'emblématique art. 1134 al. 1 CCfr. dans sa version originaire, 1103 dans la version révisée.

Il suffit de penser à la révocation du contrat (art. 40*a ss*, 406*e*, 2*a* et 2*b* LCA), à sa résolution (art. 109, 205) ou à sa résiliation (art. 257*d*, 404 al. 1)[2609]. C'est dire également que le contrat développe une force exécutoire ; en ce sens, il oblige chaque partie à accomplir la prestation due, sous peine de dommages-intérêts et d'exécution forcée (art. 97)[2610].

1273 Sous réserve de questions en rapport avec la validité du consentement, on ne saurait arguer d'un effet contractuel lorsque l'une des parties n'affiche pas sa **volonté** de respecter l'engagement auquel elle s'est liée. Ainsi en est-il d'une promesse de remplir un devoir purement moral[2611] ; également en cas de *culpa in contrahendo* ou d'acte de complaisance, lors même que de tels actes sont propres à entraîner des effets juridiques[2612].

1274 On ne saurait confondre la perfection du contrat et sa **prise d'effet** (son « entrée en vigueur », selon l'expression consacrée dans le langage législatif) ; celle-ci peut être différée, comme il en va souvent dans les baux immobiliers, les contrats d'assurance ou les prêts hypothécaires.

B. La relativité du contrat

1275 Selon le principe de la relativité des conventions, non énoncé dans le Code[2613], le **contrat ne déploie ses effets qu'entre les parties**[2614]. À cet égard, le TF a-t-il jugé qu'une filiale n'est pas admise à se prévaloir d'une convention passée entre la société-mère et un employé, à laquelle elle n'est pas partie[2615] ; jugé également qu'un sous-traitant est malvenu d'invoquer

---

2609 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 232 ; KOLLER, N. 3.87. Les parties sont en principe libres de mettre fin conventionnellement au contrat ; on parle de contrat résolutoire *(Aufhebungsvertrag).* Cf. aussi *supra* N. 154.

2610 Cf. *supra* N. 282 et 285 ss. Cf. aussi BUCHER, OR, p. 95.

2611 ATF 45 II 43 cons. 2, JT 1919 I p. 263 ; ATF 45 II 291 cons. 2, JT 1919 I p. 423. Sur le devoir moral, cf. *supra* N. 304 ss.

2612 MERZ, Vertrag N. 46. Sur la *culpa in contrahendo,* cf. *infra* N. 1505 ss, not. 1510 ss ; sur l'acte de complaisance, cf. *supra* N. 553 et 578, *infra* N. 1672 ss.

2613 Cf. en contraste le fameux art. 1165 CCfr. dans sa version originaire, 1199 al. 1 dans sa version révisée : Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties, de même l'adage latin qui exprime le principe : *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest.*

2614 VON TUHR/PETER, p. 149 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.06.

2615 Arrêt du TF 4A_331/2015 du 13 octobre 2015 cons. 4.3. Cf. *supra* N. 1266 ss.

le contrat conclu entre le maître et l'entrepreneur général pour asseoir sa prétention en paiement des travaux effectués[2616].

Le principe en question découle du principe plus fondamental de la **liberté contractuelle,** d'après lequel – en particulier – chacun est habilité à choisir son partenaire. En clair : un tiers ne saurait normalement se faire imposer un devoir (not. une dette), ni déduire un droit (not. une créance), en tirant parti d'un contrat auquel il n'est pas partie[2617]. 1276

C'est une opportunité de rappeler le **caractère personnel et relatif de la créance**[2618]. C'est aussi l'occasion d'illustrer à nouveau le propos par l'exemple de la vente non exécutée. L'acheteur n'est en mesure de faire valoir son droit à la livraison de la chose qu'à l'encontre du vendeur (art. 184 al. 1) ; et si ce dernier a transféré la propriété à une autre personne, il est dépourvu de tout moyen contractuel contre elle[2619]. Tout au plus faut-il réserver – en dehors du dispositif spécial prévu par la réglementation contre la concurrence déloyale (not. art. 4 let. *a* et art. 9 LCD) – l'hypothèse inscrite dans le droit délictuel (art. 41 al. 2). Cette disposition permet au créancier d'actionner en dommages-intérêts le tiers qui a incité intentionnellement le débiteur à violer le contrat, afin de nuire à l'ayant droit ou de se procurer un avantage d'une façon contraire aux mœurs. La doctrine majoritaire et la jurisprudence font de la règle une application exceptionnelle[2620]. Un courant d'opinion minoritaire plaide en faveur d'une interprétation plus large. Avec raison, il se montre même favorable à considérer le principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) comme une norme protectrice générale de la responsabilité délictuelle, et en conséquence à faire du comportement incriminé au tiers étranger au contrat un acte illicite, au sens de l'art. 41 al. 1[2621]. Une telle proposition avait été suggérée par les auteurs de 1277

2616 ATF 136 III 14 cons. 2.3 ; le sous-traitant dispose il est vrai d'un droit de gage légal sur l'immeuble en cause (art. 837 ch. 3 CC).

2617 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 44 s. ; ENGEL, Obligations, p. 103 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 40 ad art. 1.

2618 Cf. *supra* N. 265 ss.

2619 Cf. *supra* N. 270 s., 676, 682, 685 et 706.

2620 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 55 ; ENGEL, Obligations, p. 454 s. ; KOLLER, N. 2.24 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 41 ad art. 1 ; ATF 114 II 91 cons. 3, JT 1988 I p. 310 ; 124 III 297 cons. 5e, JT 1999 I p. 268.

2621 GROSSEN JACQUES-MICHEL, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat, in Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, p. 131 ss. Cf. aussi SCHLUEP WALTER R., Schuldrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Fortsmoser Peter/Giger Hans/Heini Anton/Schluep Walter R. (édit.), Zurich 1989, p. 282 ss.

l'Avant-projet de révision du droit de la responsabilité, qui n'a pas trouvé grâce aux yeux du Conseil fédéral[2622].

1278 Le principe de la relativité des conventions n'est pas absolu. Il connaît de **multiples exceptions** prévues par la loi. Certaines sont d'application directe (ex. : la succession des héritiers à titre universel, art. 560 CC), d'autres sont laissées à l'initiative des parties (ex. : la stipulation pour autrui parfaite, art. 112 al. 2) ou de l'une d'entre elles (ex. : le droit d'intervention du bailleur à l'encontre du sous-locataire, art. 262 al. 2, ou celui du mandant à l'encontre du mandataire substitué, art. 399 al. 3). Par ailleurs, rien n'empêche a priori les cocontractants de stipuler avec un tiers la cession de leur convention[2623].

1279 Nous ne développerons pas ici la question de l'**intervention de tiers** dans le contrat. Nous en débattrons ultérieurement, dans les rubriques de l'ouvrage réservées au transfert des obligations et des contrats, ainsi qu'aux rapports entre les cocontractants et les tiers. Nous développerons plus bas des aspects de la problématique liée à l'intervention de tiers dans le contrat, comme il en va notamment de la stipulation pour autrui (art. 112) et du transfert du contrat. Nous ferons aussi une brève allusion à la théorie du contrat avec effet protecteur de tiers dans l'examen de l'inexécution des obligations contractuelles. Cette théorie est controversée en doctrine et le TF ne l'a jamais vraiment approuvée[2624].

§ 2 Les fondements du droit des contrats

I. La présentation de l'exposé

1280 L'exposé traitera d'un double sujet. Il s'attachera d'une part à présenter le **système légal** que nous appellerons « droit formel des contrats » (II.). Le pluriel s'impose puisque sont visés le concept du contrat et les mécanismes qui en caractérisent le fonctionnement, également les espèces particulières considérées dans leur ensemble. L'exposé s'attellera d'autre

---

2622 Cf. art. 46 al. 2 AP ; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 100 ss.

2623 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 59 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 42 ad art. 97 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 1722 ss.

2624 Cf. pour l'heure sur ce point BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén., N. 57 ss et 143 ss ; KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, thèse Fribourg 2000 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 173 ss ; CoRo-CO I-MORIN, N. 43 s. ad art. 1 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 47 ss ad art. 97 et les réf. cit.

part à l'examen de la **liberté contractuelle,** un principe de base en la matière (III.).

Cela dit, nous sommes conscients que la doctrine et la jurisprudence contribuent de façon substantielle à la construction sans cesse rénovée du droit des contrats[2625]. De même, nous n'ignorons pas que d'autres principes jouent un rôle significatif dans ce domaine. De nombreuses allusions, voire des développements, leur ont déjà été consacrés. Nous pensons de prime abord aux **principes de la fidélité et de la relativité contractuelle**[2626]. Nous pensons aussi au **principe de la bonne foi** (ou de la confiance), avec le critère de l'apparence efficace qui souvent se révèle être un facteur décisif pour juger de l'accord des parties comme de la portée de leurs engagements, notamment lorsque l'une d'entre elles est soumise à l'emprise de l'autre[2627]. À côté d'instruments législatifs spécifiques, ce principe a contribué à l'avènement d'un droit privé social, qui a modifié le modèle contractuel classique. Le constat a été posé à maintes reprises[2628] ; il sera confirmé tout au long de cette partie de l'ouvrage. 1281

II. Le droit formel des contrats

Au sens large, le droit formel des contrats comprend l'ensemble des règles applicables aux contrats. C'est de **sources légales** qu'il s'agit ici[2629]. Sont visées les dispositions générales concernant tous les contrats et celles spéciales qui n'appréhendent que des figures déterminées. Dans leur immense majorité, elles sont contenues dans des lois fédérales (CC, CO et lois spéciales)[2630], rarement dans des ordonnances d'exécution (ex. : en matière de bail)[2631] et dans des conventions internationales (ex. : CVIM)[2632]. Le droit cantonal reste marginal[2633]. 1282

[2625] Cf. *supra* N. 165 ss.
[2626] Cf. *supra* N. 154 et 1272.
[2627] PICHONNAZ, Rapport, p. 148 ss. Cf. aussi *supra* N. 216, 350, 653 ss ; cf. aussi *infra* N. 1580, 1648 et 1652.
[2628] Cf. *supra* N. 104, 140, 150, 155 ss, 162, 184, 195 ss, 346 et 562.
[2629] Cf. *supra* N. 118 ss.
[2630] Cf. *supra* N. 102 ss, 121 ss et 137 ss.
[2631] Cf. *supra* N. 107.
[2632] Cf. *supra* N. 126 ss.
[2633] Cf. *supra* N. 70 ss, 102 et 124 s.

1283 La plupart des règles de la Partie générale sont **applicables indirectement** à tous les contrats[2634]. Ces dispositions concernent en effet les obligations qui résultent d'un contrat et certains mécanismes typiquement contractuels, telles les obligations conditionnelles (art. 151 ss) et la clause pénale (art. 160 ss)[2635]. S'y ajoutent des normes qui n'ont de signification pratique que pour les obligations contractuelles, comme celles qui concernent l'inexécution (art. 97 ss et 119)[2636]. Un premier constat s'impose : dans la Partie générale, le contrat est souvent traité par le biais de l'obligation[2637].

1284 Certaines règles générales sont **applicables directement à tous les contrats.** Ce sont celles qui en régissent la conclusion (art. 1 à 10, 40*a* à 40*f*), les conditions de validité (art. 11 à 31) et, pour les types synallagmatiques, l'exécution (art. 82 s. et 95) et l'inexécution (art. 107 à 109 et 119 al. 2)[2638]. Un second constat est de mise : le contrat comme tel ne fait pas l'objet d'une réglementation systématique dans la Partie générale, sinon dans son processus de formation. On attribue cependant au concept « une certaine autonomie »[2639]. La remarque vaut prioritairement pour les contrats générateurs d'obligations *(Schuldverträge),* qui représentent le modèle retenu aux art. 1 à 40*f* et dans la Partie spéciale[2640]. On admet pourtant une application des normes en question à tous les contrats, y compris aux contrats de disposition *(Verfügungverträge),* telles la remise de dette (art. 115) ou la cession de créance (art. 164 ss)[2641].

1285 Certaines règles sont **applicables directement à certains contrats déterminés.** Il s'agit de dispositions qui, pour une bonne part, sont réunies dans la deuxième partie du Code (art. 184 à 551)[2642]. Elles visent

---

2634 Cf. *supra* N. 21 et 233.

2635 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 4 et 104.

2636 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 90.

2637 Cf. *supra* N. 232.

2638 Cf. *supra* N. 21 s., *infra* N. 1339.

2639 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 5.

2640 CoRo-CO I-MORIN, N. 48 ad art. 1 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 237 et 245 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 140 s. et 155.

2641 ENGEL, Obligations, p. 159 ; KOLLER, N. 3.57 ss. Précision : la distinction entre acte générateur d'obligation et acte de disposition, opérée plus haut (N. 672 ss), vaut également pour les contrats correspondants ; cf. BUCHER, OR, p. 99 s. ; MERZ, Vertrag, N. 57.

2642 Cette partie ne réglemente pas exclusivement des contrats spéciaux ; cf. ainsi les normes relatives à la gestion d'affaires (art. 419 ss) ou aux fondés de procuration et autres mandataires commerciaux (art. 458 ss).

les « grands contrats classiques ». D'autres espèces particulières trouvent assise ailleurs, soit :

- **dans des dispositions de la Partie générale :** ainsi en va-t-il de la promesse de porte-fort (art. 111), ainsi que de la cession de créance (art. 164 ss) et de la reprise de dette (art. 175 ss)[2643] ;
- **dans des dispositions du Code civil :** tel est le cas du contrat de mariage (art. 182 ss), du pacte successoral (art. 494 ss) ou du contrat constitutif de gage immobilier (art. 799)[2644] ;
- **dans des dispositions d'autres parties du Code :** on citera le contrat de société en nom collectif (art. 552) et l'engagement cambiaire (art. 990) ;
- **dans des lois spéciales :** comme déjà relevé, les domaines sont multiples, par exemple l'assurance (LCA), le crédit à la consommation (LCC), le voyage à forfait (LVF) ou encore le bail à ferme agricole (LBFA)[2645].

III. La liberté contractuelle

A. Le principe

La liberté contractuelle *(Vertragsfreiheit)* confère à toute personne dotée de la capacité civile active (art. 12 ss, 54 s. CC) la faculté de conclure un contrat avec un tiers. Elle représente un **principe fondamental** du droit des obligations[2646]. On en trouve l'expression à l'art. 19 al. 1, qui fait référence de façon trop étroite à l'objet du contrat. Le principe doit être compris comme une composante de la personnalité (art. 28 CC), sans parler des rattachements constitutionnels[2647]. 1286

2643 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 92 ; MÜLLER, Contrats, N. 9.

2644 ENGEL, Obligations, p. 159 ; CoRo-CO I-GUILLOD/STEFFEN, N. 52 ad art. 19, 20. Cf. aussi *supra* N. 121.

2645 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 116 ss ; HUGUENIN, N. 8 et 18. Cf. aussi *supra* N. 104, 122 s., 139 ss et 158 ss, *infra* N. 1305 et 1317.

2646 BK-KRAMER, N. 20 ad art. 19-20 ; ENGEL, Obligations, p. 107 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 612 ; ATF 80 II 26 cons. 5a, JT 1955 I p. 136 ; 129 III 276 cons. 3.1, JT 2003 I p. 346.

2647 Cf. *infra* N. 1289 ss. Cf. aussi ATF 80 II 26 cons. 5a, JT 1956 I p. 136 ; CoRo-CO I-GUILLOD/STEFFEN, N. 2, 9 ss et 30 ad art. 19, 20.

1287 La liberté contractuelle concrétise le **concept d'autonomie privée** *(Privatautonomie),* cardinal en droit civil, soit « la faculté concédée par l'ordre juridique à chaque individu de régler lui-même ses conditions d'existence »[2648]. On parle aussi d'autonomie de la volonté, une distinction terminologique qui, selon nous, ne développe pas de portée pratique[2649]. Ce concept implique à tout le moins l'autodétermination de la personne. Il couvre d'autres libertés appréhendées par des normes de droit privé, telle la liberté de disposer de ses biens, entre vifs (art. 641 al. 1 CC) ou à cause de mort (art. 481 al. 1 CC)[2650].

1288 Les institutions et les mécanismes qui régulent le fonctionnement du droit des obligations sont empreints des idées qui ont pénétré les codifications du XIX[e] siècle et, parmi elles, le libéralisme au service des échanges commerciaux. En bref, l'autonomie privée constitue à n'en pas douter un **postulat libéral**[2651]. Ce postulat s'est notamment nourri des enseignements de l'École du droit naturel, puis des théories économiques anglaises, celle professée par Adam Smith notamment, enfin de la philosophie d'Emmanuel Kant, à la fin du XIX[e] siècle[2652].

B. Les rattachements constitutionnels

1289 À côté de la norme attributive de compétence législative inscrite à l'art. 122 al. 1 Cst. féd.[2653], le principe de la liberté contractuelle trouve une assise constitutionnelle. Depuis plusieurs décennies, la jurisprudence y voit en effet une émanation de la **liberté économique,** proclamée à l'art. 27 Cst. féd. (anciennement liberté du commerce et de l'industrie,

---

2648 CoRo-CO I-MORIN, N. 35 ad art. 1. Cf. aussi ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 112 ad art. 1 ; BELSER EVA MARIA, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, thèse Fribourg 2000, p. 50 s. ; ATF 129 III 35 cons. 6.1, JT 2003 I p. 127. Cf. également *supra* N. 151 s., 562, 1246 s.

2649 Cf. les expressions utilisées par ENGEL, Obligations, p. 94 ; MERZ, Vertrag, N. 1 ; CoRo-CO I-GUILLOD/STEFFEN, N. 4 et 5 ad art. 19, 20.

2650 ENGEL, Obligations, p. 94 ss ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 25.02.

2651 Cf. *supra* N. 56, 149, 195 et 1246. Cf. aussi VON TUHR/PETER, p. 143 et 247 s. ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 25.04.

2652 ENGEL, Obligations, p. 94 s. ; WOLF ERNST, Vertragsfreiheit – Eine Illusion ?, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Forstmoser Peter/Giger Hans/Heini Anton/Schluep Walter R. (édit.), Zurich 1989, p. 366 ss ; BELSER, op. cit. (n. 2648), p. 11 ss ; HONSELL, Rapport, p. 23. On relate que la pensée kantienne influença considérablement les réflexions d'Eugen Huber ; cf. *supra* N. 47 ss.

2653 Cf. *supra* N. 119.

art. 31 aCst. féd.). Cette disposition garantit le droit d'exercer une activité lucrative privée, en conséquence celui de passer des conventions[2654]. C'est dire que des restrictions relevant de mesures étatiques se conformeront aux principes auxquels toutes les restrictions des libertés fondamentales doivent obéir selon l'art. 36 Cst. féd. (notamment : existence d'une base légale claire ; justification d'un intérêt public ; respect du principe de la proportionnalité)[2655].

1290 La référence à l'art. 26 Cst. féd., qui couvre la **garantie de la propriété,** est ici également invoquée[2656]. Il suffit de penser aux multiples conventions qui portent sur une chose, telles la vente, le bail ou les contrats constitutifs d'usufruit ou de gage.

1291 Le rattachement de la liberté contractuelle à des principes constitutionnels satisfait le souci de **cohérence de l'ordre juridique.** Une telle préoccupation ne peut que contribuer à résoudre les litiges civils « dans le respect des valeurs fondamentales de la société »[2657]. C'est d'ailleurs le mandat qu'adresse le constituant au législateur et aux autorités d'application de la loi (art. 35 al. 3 Cst. féd.) : en clair, concrétiser les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers (ce qu'on appelle l'effet horizontal indirect)[2658].

2654 ATF 102 Ia 533 cons. 10, JT 1978 I p. 647 ; 131 I 333 cons. 4 ; 136 I 197 cons. 4.4.1 ; AUBERT/MAHON, op. cit. (n. 161), N. 7 s. ad art. 27 Cst. féd. ; BELSER, op. cit. (n. 2648), p. 29 ; CoRo-CO I-GUILLOD/STEFFEN, N. 9, 14 ss et 41 ad art. 19, 20.

2655 ATF 113 Ia 126 cons. 8a ; 135 I 233 cons. 2.1, 3.2, 5.4 et 8 ; AUBERT/MAHON, op. cit. (n. 161), N. 7 ad art. 27 Cst. féd. ; CoRo-CO I-GUILLOD/STEFFEN, N. 32 ad art. 19, 20.

2656 SCHÖNLE HERBERT, Les fondements constitutionnels de la liberté contractuelle, in Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 67 s. ; AUBERT/MAHON, op. cit. (n. 161), N. 5 et 8 ad art. 26 Cst. féd. ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 25.03 ; ATF 113 Ia 126 cons. 8b. Cf. aussi CoRo-Co I-GUILLOD/STEFFEN, N. 13, 17 s. et 20 ad art. 19, 20 ; ces auteurs regrettent que la liberté contractuelle soit rattachée à des principes constitutionnels garantissant des valeurs économiques plutôt que l'épanouissement de la personne.

2657 SCHÖNLE, op. cit. (n. 2656), p. 80 (de même, p. 67 ss et 73 ss).

2658 AUBERT/MAHON, op. cit. (n. 161), N. 12 ad art. 35 Cst. féd. ; MORIN ARIANE, La liberté contractuelle, in Propriété et liberté d'entreprendre, Foëx Bénédict/Hottelier Michel (édit.), Zurich 2016, p. 17 ss ; ATF 111 II 245 cons. 4, JT 1985 I p. 2 : dans le cadre d'une interprétation conforme à la Constitution de l'art. 337 (congé immédiat signifié à un travailleur), le juge civil doit tenir compte des effets que pourrait avoir une garantie constitutionnelle du droit de grève sur les rapports contractuels de travail.

C. Les aspects

1292 Le principe de la liberté contractuelle comprend **plusieurs aspects,** soit la liberté de conclure et de choisir son partenaire, la liberté de déterminer le contenu et la forme du contrat, ainsi que la liberté de modifier le contrat ou d'y mettre fin[2659]. Ces prérogatives peuvent se révéler contraignantes ; ainsi la liberté de conclure devient parfois obligation de conclure. Elles peuvent également connaître des restrictions imposées par la loi ou voulues par les parties.

1293 La liberté contractuelle comprend aussi la faculté réservée aux parties de choisir le **droit applicable** à leur convention (clause d'élection de droit, art. 116 LDIP), et celle de soumettre leur litige à un tribunal arbitral (clause compromissoire, art. 177 LDIP)[2660].

1294 Nous nous bornerons ici à énoncer brièvement les **quatre aspects** de la liberté contractuelle.

1295 **1°** La **liberté de conclure** *(Abschlussfreiheit)* permet de contracter ou de s'y refuser, dans l'affirmative de **choisir son partenaire** *(Partnerwahlschaftsfreiheit)*[2661]. C'est dire qu'il est loisible à une personne de faire une mauvaise affaire ou de renoncer à une bonne affaire. C'est aussi dire que le refus de contracter est normalement légitime, sauf dans des hypothèses relevant de stipulations conventionnelles ou de prescriptions légales, sans parler de la *culpa in contrahendo.* Nous y reviendrons[2662].

1296 **2°** La **liberté de déterminer l'objet du contrat** *(Inhaltsfreiheit)* est exprimée à l'art. 19 al. 1. Elle couvre notamment la fixation des prestations dont les parties sont débitrices. La question des limitations que pose l'ordre juridique est considérable (art. 19 al. 2 et 20). Elle touche d'ailleurs également la faculté de s'écarter d'un type légal de contrat (dit nommé) pour adopter un modèle sur mesure ou consacré par la pratique (dit in-

---

2659 ENGEL, Obligations, p. 97 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 614 ss ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1-40*f* N. 5 ss ; ATF 129 III 35 cons. 6.1, JT 2003 I p. 127.

2660 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 125 ss et 214 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1-40*f* N. 10.

2661 BUCHER, OR, p. 90 ; ENGEL, Obligations, p. 98 ; WOLF, op. cit. (n. 2652), p. 359 ss ; ATF 80 II 26 cons. 5a, JT 1955 I p. 136 ; 102 Ia 533 cons. 10a, JT 1978 I p. 647.

2662 Sur l'obligation de conclure, cf. Vol. II. Sur la *culpa in contrahendo,* cf. *infra* N. 1505 ss, not. 1510 ss.

nommé). C'est l'occasion de souligner que le droit des contrats se caractérise en principe par la liberté des types *(Typenfreiheit)*[2663].

1297 **3°** La **liberté de déterminer la forme du contrat** *(Formfreiheit)* confère aux parties le droit de choisir le mode d'expression de leur volonté, sauf dans les hypothèses où un mode particulier s'avère obligatoire par l'effet de la loi (art. 11 al. 1) ou d'un accord préalable (art. 16)[2664].

1298 **4°** La **liberté de modifier ou d'éteindre le contrat** *(Änderungs- oder Aufhebungsfreiheit)* autorise les parties à apporter une modification matérielle à leur convention (on parle parfois d'avenant) ou à décider d'y mettre fin. Ces questions ne font pas l'objet d'une réglementation systématique dans la Partie générale du Code. Elles seront examinées ultérieurement. Tout au plus faut-il rappeler que la modification et l'extinction d'un rapport juridique par l'exercice d'un droit formateur ont déjà été débattues[2665].

D. Les limites

1299 Le principe de la liberté contractuelle connaît des bornes contenant toutes ses composantes, principalement celle qui concerne l'objet du contrat. À cet égard, l'art. 19 al. 1 déploie une **portée générale**[2666]. Il énonce qu'en la matière, l'autonomie privée s'exerce « dans les limites de la loi ».

1300 Une telle règle ne figurait pas dans le Code de 1881. Elle s'avère symbolique. Elle exprime en effet le souci du législateur d'encadrer la liberté contractuelle, plus précisément d'y poser des **limites générales,** valables pour tous les contrats. L'objectif tend à sauvegarder des intérêts privés et publics jugés prépondérants. La soumission à l'ordre public et au droit impératif est visée – y compris les multiples prescriptions fixées par le droit public[2667] ; de même le respect des bonnes mœurs et des droits de la person-

2663 Sur ce point particulier, cf. *infra* N. 1334 et 1389 ss. Sur l'objet du contrat, cf. Vol. II.
2664 Sur la forme du contrat, cf. Vol. II.
2665 Cf. *supra* N. 435 ss.
2666 Cf. *supra* N. 1286.
2667 Cf. *supra* N. 110 ss, 160, 207 et 301. Cf. aussi ENGEL, Rapport, p. 62 ; MERZ, Vertrag, N. 108 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 68 ss ; HUGUENIN, N. 394 ss.

nalité (art. 27 CC, 19 al. 2 et 20) ; sans oublier les exigences de loyauté et de confiance qu'impose le principe de la bonne foi (art. 2 CC)[2668].

1301 La **protection spécifique de la partie faible** n'est pas absente des préoccupations du législateur. On en trouve notamment l'expression à l'art. 27 CC, qui permet de remettre en cause des engagements excessifs, ainsi qu'aux art. 21 et 28 (et en particulier à l'art. 199), qui sont propres à sanctionner des comportements lésionnaires ou dolosifs[2669].

1302 Dès la seconde moitié du XX^e^ siècle, l'objectif en question devient **postulat.** L'idée s'installe que, dans certaines circonstances caractéristiques d'un déséquilibre structurel entre les parties, la liberté formelle des conventions doit céder le pas à une conception matérielle de la justice contractuelle[2670].

1303 Cette politique juridique se met en place au coup par coup, d'abord à l'égard de **catégories socioprofessionnelles particulièrement vulnérables** (les locataires et les fermiers, les travailleurs, les agents, les cautions)[2671]. Puis, sous l'influence européenne[2672], elle vise sectoriellement les **consommateurs** en tant que destinataires finals des transactions commerciales. Le concept de droit de la consommation fait son entrée dans le vocabulaire juridique, comme celui de droit privé social[2673].

1304 L'intervention législative a lieu très modestement dans la **Partie générale** du Code, en appréhendant des opérations relativement marginales qui exposent le client à des pratiques abusives lors de la formation du contrat (art. 6*a*, 40*a ss*)[2674]. Elle se manifeste en revanche considérablement dans la **Partie spéciale,** par la refonte de contrats classiques (bail à loyer et à ferme, art. 253 ss ; travail, art. 319 ss ; cautionnement, art. 492 ss) et

2668 Cf. *supra* N. 57, 153, 165, 171, 195 ss, 306 et 345 s. Cf. aussi ENGEL, Rapport, p. 45 et 54 ss ; MERZ, Vertrag, N. 49, 87 et 90 ; GAUCH, op. cit. (n. 231), p. 15 s.

2669 Cf. *supra* N. 57, 153 et 196. Cf. aussi CoRo-CO I-MORIN, N. 38 ad art. 1 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 128 ; ATF 121 III 292 cons. 2e, JT 1998 I p. 586.

2670 Cf. *supra* N. 150, 196 s., 202 et 210. Cf. aussi BRUNNER, op. cit. (n. 367), p. 7 s. ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 25.07 ; CoRo-CO I-GUILLOD/STEFFEN, N. 22 ss ad art. 19, 20 ; ATF 121 III 292 cons. 2e, JT 1988 I p. 586.

2671 Cf. *supra* N. 146, 157 et 197. Cf. aussi BELSER, op. cit. (n. 2648), p. 41 ss.

2672 Cf. *supra* N. 182 ss.

2673 Cf. *supra* N. 140, 145, 150, 157, 195 ss et 204 ss.

2674 Cf. *supra* N. 135, 150 et 198 s.

par l'adoption de nouvelles espèces (courtage matrimonial, art. 406*a* ss ; agence, art. 418*a* ss)[2675], sans parler de révisions ponctuelles[2676].

L'intervention se révèle également impressionnante **en dehors du Code.** Le législateur y affiche certes sa volonté de protéger plus efficacement des acteurs connus de la vie juridique, l'assuré (LCA) ou le fermier agricole (LBFA) par exemple. Mais surtout, c'est le **consommateur,** figure polymorphe, qui est expressément désigné dans de nouvelles lois spéciales, qu'il s'agisse entre autres du preneur d'un petit crédit (LCC), ou du voyageur au bénéfice d'un forfait (LVF)[2677]. 1305

Pour s'en tenir au droit privé, plusieurs instruments de la science juridique – déjà mentionnés – sont requis au service de l'objectif posé, soit : 1306

- la prescription de **dispositions impératives et formalistes** dans la réglementation de nombreux contrats (ainsi : art. 256 al. 2, 273*c*, 361 s., 493 ; 97 s. LCA ; 9 ss, 15 et 37 LCC ; 4, 6, 9 et 19 LVF), avec cette particularité de la formule officielle en matière de bail (art. 266*l* al. 2, 269*d*), qui rappelle au locataire les prérogatives que lui confère la loi[2678] ;
- l'instauration d'un **devoir renforcé d'information** imposé au fournisseur professionnel de biens et de services dans des situations particulières (art. 40*d,* 406*d* ; 3 s. LCA ; art. 3 ss et 9 LVF ; 9 ss LCC ; 3 al. 1 let. *s* LCD)[2679] ;
- l'introduction d'un **droit de révocation** concédé au client, qui lui permet dans certains cas de revenir sur son engagement de façon discrétionnaire (art. 40*a* ss, 406*e*, 16 LCC, 2*a* et 2*b* LCA)[2680] ;
- la compétence conférée au juge d'opérer un **contrôle de validité des conditions générales d'affaires** (art. 8 LCD)[2681].

2675 Cf. *supra* N. 137 ss, 156 s. et 199.
2676 Ex. : dans le droit de la vente ; cf. *supra* N. 139. Cf. aussi N. 160.
2677 Cf. *supra* N. 141, 160, 162, 200 et 209.
2678 Cf. *supra* N. 201 et 213, *infra* N. 1317 et 1534 s.
2679 Cf. *supra* N. 201, 212, et 346, *infra* N. 1317 et 1534 s. Cf. aussi BELSER, op. cit. (n. 2648), p. 40 ss.
2680 Cf. *supra* N. 214 et les réf. cit. Sur les art. 40*a* ss, cf. *infra* Vol. II.
2681 Cf. *supra* N. 184, 202 et 209. Sur la problématique des conditions générales d'affaires, cf. Vol. II.

1307 De tels instruments conduisent à ce qu'on nomme parfois un recul de la liberté contractuelle[2682]. Nous préférons y voir un encadrement plus contenu, qui s'avère nécessaire lorsque l'autonomie privée devient un moyen de contrainte, propre à en comprimer voire à en pervertir l'exercice[2683]. C'est donc plutôt en termes de **« conditions-cadre »** qu'il faut parler[2684], en insistant sur leur vocation à réguler tant soit peu le fonctionnement des conventions entre particuliers.

§ 3 Le modèle contractuel

I. Le modèle classique

1308 Notre droit des contrats s'inscrit dans le courant de la doctrine libérale qui a fleuri au XIX^e^ siècle. C'est dire qu'il obéit à une idéologie empreinte d'individualisme, qui pose en dogme fondamental la **liberté personnelle.** Cette idéologie a logiquement cristallisé sur le régime des contrats le concept d'autonomie privée, que concrétise la liberté contractuelle[2685].

1309 Le Code de 1911 institue un **modèle de contrat individuel.** La convention est censée être négociée entre des partenaires placés sur un pied d'égalité qui, par leur consentement volontaire, sont supposés s'engager en connaissance de cause. C'est d'une égalité formelle qu'il s'agit : elle fait a priori abstraction de leur situation réelle. En ce sens le contrat apparaît comme un instrument qui a vocation de garantir un résultat équitable. « Qui dit contractuel dit juste », proclame FOUILLÉE[2686]. En dépit de quelques dispositions générales affichant une préoccupation sociale[2687], le Code traduit l'expression d'une justice commutative[2688].

1310 Dans la logique de la pensée libérale, la liberté ne va pas sans la **responsabilité.** C'est un corollaire qui comporte une double signification

---

2682 Cf. *supra* N. 153. Cf. aussi ENGEL, Rapport, p. 12, 18 s. et 37 ; GAUCH, op. cit. (n. 231), p. 15 s. ; BELSER, op. cit. (n. 2648), p. 31 ss ; HONSELL, Rapport, p. 23.

2683 Cf. *supra* N. 151 ss.

2684 CoRo-CO I-GUILLOD/STEFFEN, N. 25 ad art. 19, 20.

2685 Cf. *supra* N. 1246 s. et 1286 ss.

2686 FOUILLÉE ALFRED, La science sociale contemporaine, Paris 1880, p. 410.

2687 Cf. *supra* N. 1301 et les réf. cit. Cf. aussi la déclaration quelque peu emphatique du rapporteur Virgile Rossel devant le Conseil national (BO CN 1909, p. 479).

2688 BK-KRAMER, N. 23 ad art. 19-20 ; BUCHER, OR, p. 95 ; TERCIER, op. cit. (n. 232), p. 210 s. ; BELSER, op. cit. (n. 2648), p. 1, 13, 19 ss et 25.

pour la personne qui s'oblige : elle n'a pas à attendre une aide de l'État[2689] ; elle est tenue de respecter la parole donnée[2690].

II. L'évolution récente

1311 Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, des **mutations profondes** – déjà mises en évidence[2691] – ont bouleversé la société. La concentration des entreprises, la rationalisation des procédés de fourniture de biens et de services, de nouveaux modes de communication et de publicité, l'essor du commerce électronique sont autant de facteurs qui ont contribué à transformer la pratique contractuelle.

1312 Un constat est bientôt posé. Dans certaines circonstances, la liberté contractuelle devient un moyen systématique de **contrainte,** voire d'asservissement, de certains acteurs de la vie juridique ; le contrat marque un déséquilibre structurel entre les partenaires. En clair, l'un d'eux profite d'une position de puissance propre à péjorer la situation de l'autre[2692]. La nécessité de **réponses législatives** s'impose. Leur but tend à améliorer les conditions-cadre des échanges économiques et à favoriser une application équitable de certains régimes contractuels.

1313 Le modèle classique du contrat s'en trouve forcément ébranlé. **Trois facteurs majeurs** jouent un rôle décisif, tous empreints de l'influence grandissante du droit international, singulièrement du droit européen.

1314 **1°** L'installation d'un dispositif destiné à favoriser le **bon fonctionnement de l'économie de marché.** Au fil des décennies, toutes sortes de lois sont adoptées qui, de façon générale, poursuivent cet objectif. À certaines conditions, elles visent à réprimer des abus, comme ceux que constituent les actes de concurrence déloyale (LCD), les conséquences nuisibles de pratiques cartellaires (LCart), l'attribution préférentielle de mar-

---

2689 ATF 80 II 26 cons. 6c, JT 1995 I p. 136.

2690 Sur le principe de la fidélité contractuelle, cf. *supra* N. 1272 ss.

2691 Cf. *supra* N. 146 et 151.

2692 Cf. *supra* N. 210 et 1302 ss. Cf. aussi ENGEL, Obligations, p. 96 ; BRUNNER, op. cit. (n. 367), p. 7 ss ; BELSER, op. cit. (n. 2648), p. 32 s. ; KRAMER/PROBST, N. 41 (qui parlent de *Vertragsdiktat*) ; CARRON, op. cit. (n. 382), N. 17 ; CoRo-CO I-GUILLOD/STEFFEN, N. 22 ss ad art. 19, 20 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 40 ss.

chés publics (LMP) ou encore des prix excessifs (LSPr). C'est d'un droit économique qu'il s'agit, à forte connotation administrative[2693].

1315 Certains domaines retiennent spécifiquement l'attention du législateur. Ainsi en est-il du **droit de la propriété foncière,** qu'il s'agisse de son acquisition ou de son utilisation (LDFR, LFAIE, LBFA, dont les art. 42 ss instituent un contrôle des fermages agricoles)[2694]. Ainsi en est-il également du **droit de la consommation,** une autre matière-conglomérat, qui comporte un volet administratif ; de multiples prescriptions encouragent une information sur les biens et les services offerts, et sur les prix exigés, propres à faire du consommateur un acteur avisé de la vie économique (art. 16 ss LCD, LIC, LMétr)[2695].

1316 L'**influence du droit public** n'est guère à démontrer[2696]. Elle poursuit deux objectifs principaux : d'une part réguler la concurrence économique et encadrer certaines activités (comme celles de la banque et de l'assurance), en assortissant la réglementation de sanctions administratives et pénales[2697] ; d'autre part, établir des normes de comportement tendant principalement à fortifier la sécurité des individus et à protéger leur santé (comme les exigences requises pour la mise sur le marché d'un produit, art. 3 ss LSPro)[2698].

1317 **2°** L'**aménagement coercitif de contrats spéciaux.** L'intervention du législateur dans certains régimes spéciaux se révèle percutante, assortie d'un formalisme impératif et informatif déjà mis en évidence[2699]. Mais elle demeure sectorielle, limitée aux situations où l'une des parties est typiquement en position de faiblesse, que ce soit dans des espèces appréhendées par le Code (art. 253 ss, 319 ss, 406*a* ss, 418*a* ss, 492 ss) ou par des lois spéciales (LCA, LTBC, LCC, LVF, LBFA)[2700]. L'intervention

---

2693 Cf. *supra* N. 160, 189 et 207. Cf. aussi MERZ, Vertrag, N. 92 ; TERCIER PIERRE, Le prix abusif. Vers une nouvelle conception de la liberté contractuelle, DC 1/98, p. 76 s. ; PICHONNAZ, Rapport, p. 139.

2694 Cf. *supra* N. 139 et 160. Cf. aussi ENGEL, Rapport, p. 36 ; TERCIER, op. cit. (n. 2693), p. 76.

2695 Cf. *supra* N. 204 ss.

2696 Cf. de manière générale *supra* N. 110 ss, 160, 207 et 301. Cf. aussi ENGEL, Rapport, p. 62 ; MERZ, Vertrag, N. 108 ss ; HUGUENIN, N. 394 ss, not. 406.

2697 Cf. *supra* N. 110 et 301. Cf. aussi TERCIER/BIERI/CARRON, N. 70 ; HONSELL, Rapport, p. 25.

2698 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 71. Cf. aussi *supra* N. 110, 160, 207 et 301 ; *infra* N. 1491.

2699 Cf. *supra* N. 1306 et les réf. cit.

2700 Cf. *supra* N. 1304 s. et les réf. cit.

touche aussi des modalités liées à la formation du contrat (art. 6*a*, 40*a* ss, *406d* et *e*, 9 ss, 16, 22 ss et 37 LCC, 3 ss et 19 LVF, not. 2*a* ss LCA, 3 al. 1 let. *s* et 8 LCD)[2701].

3° L'introduction de règles destinées à contenir l'**utilisation de conditions générales d'affaire abusives.** Ce sont les contrats d'adhésion qui sont dans la ligne de mire, soit des conventions où le client, face à une alternative (à prendre ou à laisser !), se voit proposer un ensemble de clauses préformulées par un fournisseur professionnel de biens et de services. Une telle pratique peut conduire à une péjoration de sa situation, quant à l'accord donné et au contenu – tacitement – accepté. Comme nous le verrons, la réponse législative du droit suisse, inscrite à l'art. 8 LCD, fait pâle figure au regard de celle fournie par le droit européen[2702]. 1318

À l'analyse, on observe que la **politique juridique** discutée ici a conduit à des résultats pour le moins contrastants. La Partie générale du Code est restée très stable, et son « noyau dur » intact[2703]. En revanche, bon nombre de contrats spéciaux ont subi des modifications en profondeur, alors que d'autres ont vu le jour, pour une part rangés en dehors du Code. On peut parler d'une certaine décodification et d'un éclatement du système, qui nuit assurément à son homogénéité[2704]. 1319

Parallèlement, on remarque que le droit contractuel se caractérise par une **distorsion croissante** entre la Partie générale, qui assied un modèle censé être librement négocié entre deux partenaires juridiquement sur le même pied, et certains régimes particuliers qui ont vocation de protéger de façon contraignante une partie contre l'autre, avec en appui un dispositif de normes administratives et pénales. Les principes de base en la matière, que représentent la liberté et la fidélité contractuelle, s'en trouvent écornés[2705]. 1320

Dans les domaines visés, le législateur paraît courir après l'évolution d'une réalité sans cesse en changement. Sa volonté de réajuster des rapports déséquilibrés conduit pourtant en fin de compte, plutôt qu'à sacri- 1321

2701 Cf. *supra* N. 1306 et les réf. cit.

2702 Cf. *supra* N. 1306 et les réf. cit. Sur l'exposé général relatif aux conditions générales d'affaires, cf. Vol. II.

2703 CoRo-CO I-THÉVENOZ/WERRO, Introd. gén. N. 2. Cf. aussi PICHONNAZ, Rapport, p. 179 et *supra* N. 149.

2704 Cf. *supra* N. 141 et 158 ss. Cf. aussi TERCIER, op. cit. (n. 232), p. 221 ; HUGUENIN, N. 8 ; CARRON/RISKE, op. cit. (n. 2763), p. 185 s. et 190 ss.

2705 Cf. *supra* N. 1306 s, 1310 et 1312 ss.

fier l'autonomie privée, à en sauvegarder l'exercice. On peut y voir la recherche d'une **conception matérielle de la justice contractuelle ;** la jurisprudence n'est d'ailleurs pas en reste à contribuer à la réalisation d'un tel objectif[2706].

1322 Ce bref « tableau contractuel » ne saurait s'achever sans relever le **recul du volontarisme** observé depuis quelques décennies. Plusieurs facteurs y participent, au premier chef l'interprétation très objectivée des déclarations de volonté et la multiplication des normes impératives qui corsettent l'autonomie de la volonté[2707]. S'y ajoute le pouvoir octroyé au juge de corriger des engagements excessifs (art. 27 CC)[2708], par exemple des prix abusifs dans certaines circonstances contractuelles (ainsi : art. 21, 163 al. 3, 269 ss et 417)[2709]. De même l'effet de standardisation du contrat, auquel l'influence internationale et européenne n'est pas étrangère, ni d'ailleurs le recours considérable aux conditions générales d'affaires[2710].

§ 4 La classification des contrats

I. L'utilité d'une classification

1323 Liberté contractuelle oblige, les contrats appréhendent une infinité d'états de faits, dont certains font l'objet de prévisions législatives ; on les appelle « contrats nommés ». Des **catégories** sont formées, des **distinctions** sont tirées. Les unes et les autres résultent de la systématique légale comme des enseignements de la pratique.

1324 La classification des contrats s'avère pédagogiquement intéressante et surtout **pratiquement utile.** Elle repose d'abord sur le constat que certaines espèces présentent des caractéristiques suffisamment communes pour en tirer des conséquences juridiques. Ainsi en est-il par exemple du bail à loyer (art. 253 ss) et du prêt à usage (305 ss). Et le TF d'admettre une application analogique de l'art. 306 al. 3 lorsque la chose louée a été en-

---

2706 Cf. *supra* N. 202, 1302 et 1307.

2707 TERCIER, op. cit. (n. 232), p. 217 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 145 ss et 196.

2708 Cf. *supra* N. 165, 344, 527 ss et 1300 s.

2709 TERCIER, op. cit. (n. 2693), p. 72 ss, qui cite également les outils permettant de contrer les actes de concurrence déloyale ou des pratiques cartellaires nuisibles. Cf. aussi *supra* N. 1314 s.

2710 Cf. *supra* N. 182 ss, 215 et 1318. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 622 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 197 ss.

dommagée fortuitement, à la suite d'une utilisation non conforme à la location[2711]. Ensuite, nous le voyons à propos des contrats bilatéraux, certaines dispositions générales ne s'appliquent qu'à certaines catégories. Enfin, les caractères d'un type permettent d'en définir la nature juridique. On a déjà beaucoup dit de la vente immobilière lorsqu'on résume qu'elle est un contrat d'aliénation, nommé et formel (art. 216 al. 1), de discussion, générateur d'obligations, bilatéral parfait, commutatif, à exécution plus ou moins différée.

II. La distinction légale fondée sur les prestations caractéristiques

Au regard de la qualité des personnes qui concluent et du contenu accepté, tout contrat appartient à un domaine et fonde des **prestations caractéristiques.** 1325

S'agissant du **domaine,** la référence est généralement faite par le biais de la systématique légale. En ce sens, le CC comprend des contrats liés au droit de la famille (ex. : le contrat de mariage, art. 181 ss CC), au droit des successions (ex. : le pacte successoral, art. 494 ss CC) ou aux droits réels (ex. : le contrat constitutif de servitude, art. 732 CC)[2712]. Quant au CO (sans oublier les lois spéciales attachées à la matière), il appréhende une multitude d'espèces : les **contrats du droit des obligations** *(schuldrechtliche Verträge)*[2713]. C'est à ce domaine de contrats que notre exposé se limitera, plus précisément à ceux qui sont couverts par le droit privé suisse[2714], à l'exclusion de contrats internationaux soumis à d'autres ordres juridiques. 1326

Les dispositions régissant les contrats, notamment celles de la Partie spéciale du Code, instituent des distinctions fondées sur les **prestations caractéristiques** qui y sont prévues. Ainsi différencie-t-on principalement : 1327

2711 ATF 103 II 330 cons. 2. Cette jurisprudence paraît discutable ; cf. WESSNER PIERRE, Le devoir de diligence du locataire dans les baux d'habitations et de locaux commerciaux, in 14e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2006, N. 95.

2712 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 409 ss.

2713 Cf. BK-MÜLLER, Introd. N. 109 ss.

2714 Sur le contrat de droit administratif, cf. *supra* N. 1256.

- les contrats d'aliénation *(Veräusserungsverträge),* qui portent sur le transfert d'une chose ou d'un droit (ex. : la vente, art. 184 ss ; la donation, art. 239 ss) ;
- les contrats d'usage *(Gebrauchsüberlassungsverträge),* qui portent sur la cession temporaire de l'usage d'une chose, d'un droit ou d'une valeur (ex. : le bail à loyer, art. 253 ss ; le bail à ferme, art. 275 ss et LBFA ; le prêt à usage, art. 305 ss ; le prêt de consommation, art. 312 ss et LCC) ;
- les contrats de service *(Dienstleistungsverträge),* qui portent sur une activité déterminée, exercée à titre dépendant (ex. : le contrat de travail, art. 319 ss) ou indépendant, avec obligation de résultat (ex. : le contrat d'entreprise, art. 363 ss) ou de moyens (ex. : le mandat, art. 394 ss)[2715] ;
- les contrats de garantie ou de sûreté *(Sicherungsverträge),* qui portent sur la fourniture d'une sûreté (ex. : le cautionnement, art. 492 ss ; le contrat de garantie bancaire, innommé) ;
- les contrats d'assurance *(Versicherungsverträge),* qui portent sur la couverture d'un risque aléatoire (ex. : le contrat d'assurance directe, LCA ; le contrat de réassurance, innommé) ;
- les contrats d'entretien *(Unterhaltsverträge),* qui portent sur la fourniture de prestations de ce genre (ex. : le contrat de rente viagère, art. 516 ss ; le contrat d'entretien viager, art. 521 ss) ;
- les contrats de société *(Gesellschaftsverträge),* qui portent sur la fourniture de prestations en vue d'un but commun (ex. : la société simple, art. 530 ss).

III. Le rappel d'une distinction fondamentale : les contrats générateurs d'obligations et de disposition

1328 La distinction entre l'une et l'autre catégories a déjà été faite, en renvoyant pour l'analyse à celle opérée entre les actes générateurs d'obligations et les actes de disposition[2716]. Elle touche le **contenu de la conven-**

[2715] Sur la distinction entre obligations de résultat et de moyens, cf. *supra* N. 367 ss.

[2716] Cf. *supra* N. 672 ss et 1284. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 236 s. ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 435 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 140 s. et 155 ss.

tion, plus particulièrement l'effet que l'acte produit sur le patrimoine de son titulaire.

Les **contrats générateurs d'obligations** s'inscrivent dans le modèle institué par le législateur, dans la réglementation générale concernant la formation du contrat (art. 1 à 40*f*) et dans les dispositions regardant les espèces particulières, sans parler des contrats innommés. 1329

Dans notre domaine, les **contrats de disposition** sont souvent prévus spécifiquement par le Code. Ainsi en est-il de la remise de dette (art. 115), de la cession de créance (art. 164 ss) et de la reprise de dette externe (art. 176). On citera également la convention résolutoire qui vise l'extinction d'un contrat antérieur (art. 115 par analogie) ou la convention de sursis (qui diffère l'exigibilité d'une obligation)[2717]. 1330

Une opération économique peut **combiner** un contrat générateur d'obligations et un contrat de disposition. Tel est le cas du transfert conventionnel de créance, qui se réalise par une promesse de céder (art. 165 al. 2) et par la cession proprement dite (art. 165 al. 1)[2718]. 1331

On notera encore que certains contrats ne s'insèrent pas dans la distinction bipartite mentionnée ci-dessus. Il s'agit des **contrats relatifs à un statut** *(Statusverträge),* telles la conclusion du mariage (art. 101 s. CC) ou l'adhésion dans la société simple (art. 542)[2719]. 1332

IV. D'autres distinctions

A. L'énoncé

D'autres distinctions permettent de **classifier** utilement les contrats relevant du droit des obligations. Elles seront décrites succinctement, sans prétention d'exhaustivité. 1333

[2717] KOLLER, N. 3.59 s., N. 39.52 et N. 63.07 ss.
[2718] Sur le caractère causal ou abstrait de l'institution, cf. *supra* N. 708 s.
[2719] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 239 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 438.

B. Les catégories proposées

1. Les contrats nommés et innommés

1334 La **loi** réglemente certains types de contrats sous une dénomination spéciale[2720]. Ce sont les contrats nommés. On les oppose aux contrats innommés, qui ne font pas l'objet d'une réglementation législative directe. Nous reviendrons plus bas sur cette distinction[2721].

2. Les contrats unilatéraux, bilatéraux et multilatéraux

1335 Le critère de distinction entre les contrats en discussion réside dans la **relation entre les prestations,** selon que l'acte impose des obligations à une seule partie, aux deux ou à plusieurs. La distinction ne va pas sans faire référence aux actes uni-, bi- ou multilatéraux[2722]. On rappellera aussi qu'en cas de contrat commun, une pluralité de personnes forme une seule partie[2723].

1336 Les **contrats unilatéraux** *(einseitige Verträge)* – des actes juridiques bilatéraux ![2724] – obligent une seule partie, sans contreprestation, comme il en va du donateur (art. 239 ss), de la caution (art. 492) ou du débiteur cambiaire (art. 990). Il s'agit souvent de contrats gratuits[2725]. Les contrats de disposition, telles la remise de dette (art. 115) et la convention de sursis, entrent également en ligne de compte[2726].

1337 Les **contrats bilatéraux** *(zweiseitige Verträge)* obligent les deux parties. Une sous-distinction s'ajoute, selon que les prestations caractéristiques se trouvent ou non dans un rapport d'échange.

1338 Les **contrats bilatéraux parfaits** *(vollkommende zweiseitige Verträge)* ou synallagmatiques mettent en jeu des prestations qui sont dans un rapport d'échange, peu importe qu'elles ne soient pas d'égales va-

---

2720 Cf. *supra* N. 1282 ss.
2721 Cf. *infra* N. 1389 ss.
2722 Cf. *supra* N. 659 ss.
2723 Cf. *supra* N. 1265.
2724 Cf. *supra* N. 663 s.
2725 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 341 ss ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.19.
2726 BUCHER, OR, p. 100.

leurs[2727]. Chaque partie est simultanément débitrice et créancière de l'autre, par exemple le vendeur tenu de transférer la propriété de la chose à l'acheteur, et légitimé à en exiger le prix (art. 184). La prestation typique représente généralement la contrepartie du paiement d'une somme d'argent, qu'il s'agisse d'un prix à l'entrepreneur, d'un loyer au bailleur, d'un salaire au travailleur, d'une rémunération au mandataire ou encore d'une prime à l'assureur. En pratique, les contrats de ce type constituent le groupe le plus important.

1339 Le Code attache **certains effets** à la corrélation des prestations dans les dispositions générales relatives à l'exécution (art. 82 et 83), à l'inexécution (art. 107 à 109) ou à l'extinction de la convention (art. 119 al. 2). On ne saurait exagérer la portée de tels effets ; selon les circonstances, ceux-ci peuvent toucher d'autres contrats que ceux synallagmatiques[2728].

1340 Les **contrats bilatéraux imparfaits** *(unvollkommende zweiseitige Verträge)* mettent en jeu des prestations qui ne se trouvent pas dans un rapport d'échange. L'une des parties est tenue d'une obligation principale, l'autre d'une obligation qui en dépend (ex. : la restitution de la chose prêtée, art. 305) ou qui est accessoire (ex. : le remboursement des frais dans le mandat gratuit, art. 402 al. 1)[2729]. Comme on le constate, certains contrats sont bilatéraux parfaits ou imparfaits selon qu'ils sont onéreux ou gratuits (art. 312, 394, 472). Contrairement à la doctrine, le TF voit dans le prêt de consommation portant intérêts (art. 313) un contrat bilatéral imparfait[2730].

1341 À relever que certaines conventions se trouvent à mi-chemin entre les contrats unilatéraux et bilatéraux. Tel est le cas de la « vente à prix d'ami », qu'on appelle fréquemment **donation mixte**[2731].

[2727] ENGEL, Obligations, p. 161 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 257 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 335 ss. Sur la notion spécifique de rapport d'échange, cf. STÖCKLI HUBERT, Das Synallagma im Vertragsrecht, thèse d'habilitation Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2008, N. 41 ss et 114 ss.

[2728] BUCHER, OR, p. 100 s. ; ENGEL, Obligations, p. 162 ; ATF 94 II 263 cons. 3 et 4, JT 1970 I p. 41.

[2729] KOLLER, N. 3.102 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 131.

[2730] ATF 93 II 189, 192, JT 1967 I p. 633 ; 136 III 247 cons. 5. Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 257 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.21.

[2731] TERCIER/BIERI/CARRON, N. 1506 ; KOLLER, N. 3.104 s. ; ATF 98 II 352 cons. 5, JT 1973 I p. 322 et la note de Paul Piotet (p. 333) ; 116 II 225 cons. 3e, JT 1991 I p. 226 ; 117 II 382 cons. 2, JT 1993 I p. 130.

1342 Les **contrats multilatéraux** *(mehrseitige Verträge)* mettent en jeu des prestations qui sont réunies – non pas échangées dans une logique de contrepartie – en vue de réaliser un but commun. Ainsi en va-t-il des apports des associés liés par un rapport de société simple (art. 530)[2732]. Toutes sortes de figures de la pratique des affaires illustrent une telle hypothèse, tels un consortium de construction, une entente cartellaire ou une entreprise commune *(joint venture)* visant la mise au point d'une application technologique[2733].

3. Les contrats momentanés et durables

1343 On distingue les contrats momentanés ou durables selon la **relation au temps** de la prestation caractéristique.

1344 Les **contrats momentanés** portent sur une obligation instantanée ; on parle aussi de contrats simples (*einfache Verträge)*[2734]. La prestation typique s'exécute l'espace d'un moment, en principe en une fois, comme il en va du vendeur qui transfère à l'acheteur la propriété de la chose individualisée (art. 184). Bien que divisible, la dette d'argent est instantanée quand le paiement consiste dans une prestation unique. À noter que le contrat reste momentané lors même que l'accomplissement est différé ; ainsi en est-il d'une vente immobilière, qui prévoit le transfert de la propriété du bien-fonds une année après la conclusion[2735].

1345 Les **contrats manuels** *(Handgeschäfte)* représentent une sous-catégorie particulière. Ils sont à exécution immédiate ; leur importance pratique dans la vie quotidienne n'est guère à démontrer[2736]. À côté de la vente au comptant, la donation manuelle (art. 242 al. 1) en constitue le prototype. Elle se caractérise par la simultanéité entre l'accord des parties et l'attribution de la libéralité au donataire, « de sorte que la naissance du contrat coïncide avec son extinction par l'exécution »[2737]. À notre avis, de tels actes intègrent le modèle des contrats générateurs d'obligations. Ils fondent

---

2732 ENGEL, Obligations, p. 162 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 260 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 347. Pour la distinction entre contrats de service et contrats de société simple, cf. ATF 104 II 108 cons. 2, JT 1980 I p. 77.

2733 Cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 6854 ss.

2734 TERCIER/PICHONNAZ, N. 283 ; HUGUENIN, N. 58. Cf. aussi *supra* N. 351 ss.

2735 ATF 104 II 198, JT 1979 I p. 80. Cf. aussi TERCIER/BIERI/CARRON, N. 364.

2736 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 267 ; MÜLLER, Contrats, N. 51.

2737 ATF 136 III 142 cons. 3.3.

des engagements qui, ne fût-ce que le temps d'une seconde logique, précèdent l'accomplissement des prestations, même immédiatement[2738]. L'opinion d'une partie de la doctrine, qui considère ce raisonnement comme une fiction, ne nous inspire pas[2739]. Au surplus, l'enjeu pratique de la question ne saute pas aux yeux.

Les **contrats durables** ou de durée *(Dauerverträge)* comprennent – au moins – une prestation caractéristique, qui s'exécute sur un certain laps de temps continu ou périodique[2740]. L'étendue de la prestation dépend de la durée, déterminée ou indéterminée, pendant laquelle elle doit être fournie[2741]. L'échéance résulte de la durée convenue lorsqu'elle n'est pas provoquée par l'une des parties (ex. : résiliation), voire par les deux (contrat résolutoire). 1346

Les contrats sont à **durée continue** lorsque la prestation principale s'accomplit de façon ininterrompue, comme il en est de la location d'une chose (art. 253), du prêt d'une somme d'argent (art. 312) ou du travail d'un être humain (art. 319). Sans parler des contrats innommés, par exemple du leasing, du sponsoring ou de la conciergerie[2742]. 1347

Les contrats sont à **durée périodique** lorsque la prestation principale s'exécute par tranches ou par phases successives. On parle parfois de contrats à exécution échelonnée[2743]. La vente de boissons à un restaurateur ou la fourniture de courant électrique en sont des exemples. 1348

La distinction entre contrats momentanés et durables soulève de **multiples questions.** Comme déjà souligné[2744], ce sont surtout les contrats de – longue – durée qui focalisent la discussion, eu égard notamment aux effets découlant d'un changement important, voire imprévisible, des circonstances et au sort des prestations exécutées, réglées dans un rapport de liquidation. Cette problématique fera l'objet d'un examen ultérieur. 1349

2738 MERZ, TDP VI/1, p. 101 n. 1 ; MÜLLER, Contrats, N. 51.

2739 Sur la question, cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 268 s.

2740 Sur l'obligation durable, cf. *supra* N. 353 ss.

2741 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 159 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 94 et 263 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 359 ; ATF 128 III 428 cons. 3b, JT 2005 I p. 284. À noter qu'un contrat d'entreprise n'est en principe pas considéré comme un contrat durable, quand bien même son exécution peut s'étendre dans le temps ; cf. TERCIER/PICHONNAZ, N. 284.

2742 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 3.26 ; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 91.

2743 TERCIER/PICHONNAZ, N. 283 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 137.

2744 Cf. *supra* N. 356. Cf. aussi SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 95 ss.

4. Les contrats onéreux et gratuits

1350 On distingue les contrats onéreux ou gratuits selon que la prestation caractéristique fait ou non l'objet d'une rémunération, qu'il s'agisse d'un prix, d'un loyer, d'un salaire ou d'une prime d'assurance. Le critère réside dans l'existence d'une **contreprestation principale** à celle qui est typique ; le cas échéant, on a affaire à une convention synallagmatique[2745].

1351 Lié à un **contrat onéreux** *(entgeltlicher Verträge),* le débiteur de la prestation caractéristique s'oblige en vue d'obtenir un avantage *(causa credendi),* le plus souvent sous la forme d'une somme d'argent[2746]. À cet égard, l'acte en question peut être onéreux par définition, comme dans les exemples mentionnés ci-dessus, ou alors par la volonté des parties (ex. : art. 312, 394 et 472). Cette volonté est présumée dans le prêt de consommation en matière commerciale (art. 313 al. 2). Une telle affirmation vaut aussi pour les mandats professionnels[2747].

1352 Partie à un **contrat gratuit** ou désintéressé *(unentgeltlicher Verträge),* le débiteur de la prestation principale la promet ou en dispose dans le but de procurer à un tiers un avantage gratuit *(causa donandi).* La donation en représente le cas d'école (art. 239, 242 et 243), comme le prêt à usage (art. 305). Le cas échéant, le contrat est unilatéral ou bilatéral imparfait[2748].

1353 L'enjeu de la distinction décrite ici vise les **règles particulières applicables aux contrats gratuits,** par exemple celles protectrices de l'auteur de l'attribution et de tiers (proches, créanciers) en matière de donation (art. 243, forme de l'engagement ; art. 249 s., révocation ; art. 248, responsabilité atténuée) ; également les dispositions générales prévues à l'art. 99 al. 2 pour l'obligation de réparation du débiteur et aux art. 171 al. 1 et 3 pour l'obligation de garantie du créancier cédant[2749].

2745 Cf. *supra* N. 1338.

2746 ENGEL, Obligations, p. 163. La dette de remboursement de frais qui pèse sur le mandant (art. 402 al. 1) ou le déposant (art. 473 al. 1) ne suffit pas à faire des conventions en question des contrats synallagmatiques.

2747 CoRo-CO I-WERRO, N. 38 ss ad art. 394. Ég. ATF 82 IV 145 cons. 2a, JT 1957 IV 71.

2748 Cf. *supra* N. 1336 et 1340. Sur la donation mixte, cf. *supra* N. 713 et 1341.

2749 ENGEL, Obligations, p. 163 ; MÜLLER, Contrats, N. 64.

5. Les contrats formels et non formels

1354 Les contrats sont formels ou non formels selon que leur validité dépend ou non de **l'observation d'une forme particulière.**

1355 Une telle exigence peut être **prescrite par la loi** (art. 11 al. 1), comme c'est le cas du crédit à la consommation (art. 9 LCC : forme écrite) ou de la vente immobilière (art. 216 al. 1 : forme authentique). Elle peut aussi être **réservée par les parties** (art. 16 al. 1). Ainsi en est-il usuellement dans de nombreux domaines, par exemple dans la banque et l'assurance, la location d'immeubles, les rapports de travail ou encore la fourniture de biens de consommation durables. Cette problématique fera l'objet d'un examen approfondi[2750].

6. Les contrats commutatifs et aléatoires

1356 Le critère de distinction des types en question touche l'une des prestations principales (voire les deux), selon qu'elle dépend ou non d'un **événement incertain.**

1357 Les **contrats commutatifs** *(Verträge mit gleichweitigen beiderseitigen Leistungen)* mettent en jeu des prestations qui sont certaines et prévisibles à la conclusion de l'acte[2751]. Tel est le cas des contrats classiques que sont la vente (art. 184), le bail à loyer (art. 253) ou encore les contrats de travail (art. 319) ou d'entreprise (art. 363).

1358 Les **contrats aléatoires** *(gewagte oder aleatorische Verträge)* donnent naissance à une prestation caractéristique (au moins) qui dépend d'un événement incertain, voire du seul hasard. Ils comportent un élément de spéculation. Ainsi en est-il du risque garanti dans le contrat d'assurance (LCA), de la durée de vie du créancier dans le contrat d'entretien viager (art. 521 ss) et de l'obtention du gain dans le jeu et le pari (art. 513)[2752].

[2750] Sur l'exposé général réagissant la forme du contrat, cf. Vol. II.
[2751] ENGEL, Obligations, p. 165.
[2752] Sur la dette de jeu de de pari, cf. *supra* N. 504 ss.

7. Les contrats simples et composés

1359 Les contrats sont simples ou composés selon que les prestations relèvent d'un **seul contrat** ou de **plusieurs contrats** – nommés ou innommés – en eux-mêmes distincts, mais qui forment une unité juridique et économique indissociable[2753].

1360 Les **contrats composés** (ou complexes ou couplés ; *zusammengesetzte oder gekoppelte Verträge*) se caractérisent par l'existence d'une convention qui regroupe des contrats dépendants, constituant un tout[2754]. Il en résulte que la même question – par exemple celle liée à l'extinction de la convention – ne saurait être réglée différemment, mais elle doit être soumise aux dispositions et principes régissant un seul et même contrat. À cet effet, « il convient de rechercher le centre de gravité des relations contractuelles, appréhendées comme un accord global unique »[2755].

1361 Il n'est pas toujours aisé de déterminer si telle ou telle **opération complexe** met en présence un seul contrat doté de plusieurs objets ou plusieurs contrats liés entre eux d'une manière ou d'une autre ; l'interprétation prendra en compte l'importance des prestations, l'adéquation des règles applicables, ainsi que la volonté des partenaires[2756].

1362 De même n'est-il pas toujours facile de décider si on a affaire à un **contrat composé,** dont certains affirment qu'il n'est pas innommé[2757], ou à un **contrat innommé mixte**[2758]. Dans l'une et l'autre figure, les parties s'obligent par une convention unique, dont les prestations relèvent de di-

---

2753 SCHLUEP WALTER R., Zusammengesetzte Verträge : Vertragsverbindung oder Vertragsverwirrung, in Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter (édit.), Zurich 2003, p. 288 ; HUGUENIN, N. 3676 ; MÜLLER, Contrats, N. 3930 ss ; ATF 107 II 144 cons. 2 : vente d'une jument, avec obligation d'entretien et de monte (question laissée ouverte).

2754 ATF 94 II 355 cons. 4 : vente, licence, courtage ; 115 II 452 cons. 3b, JT 1990 I p. 330 : bail et collaboration médicale ; 139 III 49 cons. 3.3, JT 2014 II p. 217 : commission et prêt de consommation. Cf. aussi arrêt du TF 4A_219/2020 du 12 mars 2020 cons. 3.1.

2755 ATF 131 III 528 cons. 7.1.1. Cf. aussi ATF 118 II 157 cons. 3, JT 1993 I p. 641 ; 136 III 65 cons. 2.4.1.

2756 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 194 et 319 ; ATF 131 III 528 cons. 7.1.1.

2757 SCHLUEP, op. cit. (n. 2753), p. 288 ; HUGUENIN, N. 3678.

2758 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2463 ; MÜLLER, Contrats, N. 3938 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 275. Cf. à ce sujet *infra* N. 1410 ss.

verses espèces. D'ailleurs, le TF détermine selon les mêmes critères les règles qui trouvent application de cas en cas[2759].

8. Les contrats principaux et accessoires

Les contrats sont principaux ou accessoires selon qu'ils ont une existence juridique **indépendante ou non.** 1363

Les **contrats principaux** *(Hauptverträge)* se caractérisent par une existence propre ; autrement dit, ils existent pour eux-mêmes, à l'instar de la plupart des espèces répertoriées[2760]. 1364

Les **contrats accessoires** *(Nebenverträge)* n'existent que par rapport à une relation juridique, généralement par rapport à un autre contrat (principal), dont ils dépendent. Cette dépendance tient avant tout à leur nature, et non pas tant à la volonté des parties, comme dans l'hypothèse des contrats composés[2761]. Ainsi en est-il de contrats portant sur une sûreté, comme le sont le cautionnement (art. 492 ss) et le nantissement (art. 884 ss CC)[2762] ; également de la clause pénale (art. 160 ss). 1365

En règle générale, le contrat accessoire **suit le sort** du contrat principal, notamment en cas d'extinction (art. 114 al. 1 ; art. 509 al. 1 pour le cautionnement ; art. 889 al. 1 CC pour le nantissement)[2763]. 1366

9. Les contrats de discussion et d'adhésion

Les contrats sont de discussion ou d'adhésion selon que les parties **négocient librement ou non** les clauses de leur convention. 1367

Parmi les **contrats de discussion,** on citera la vente immobilière, qui est l'objet d'inévitables pourparlers, avant d'être conclue sous l'autorité d'un notaire (art. 216 al. 1). Il en va également du contrat d'entreprise 1368

2759 ATF 118 II 157 cons. 3a, JT 1993 I p. 641 ; 131 III 528 cons. 7.1.1 ; 139 III 49 cons. 3.3, JT 2014 II p. 217. Cf. aussi *infra* N. 1417 et 1439 ss.

2760 ENGEL, Obligations, p. 180.

2761 Cf. *supra* N. 1360 s.

2762 D'autres contrats de garantie, telle la promesse de porte-fort (art. 111) ou de garantie, n'entrent pas dans cette catégorie, à défaut de caractère accessoire ; cf. HUGUENIN, N. 1174 et 1177.

2763 CoRo-CO I-PIOTET, N. 13 ss ad art. 114, en particulier sur la « renaissance » de l'effet accessoire. Cf. aussi ENGEL, Obligations, p. 180.

(art. 363) portant sur la construction d'une machine ou sur la confection d'un costume sur mesure. On parle parfois de contrats de gré à gré.

1369 Au sens strict, les **contrats d'adhésion** visent le client – l'adhérent – qui accepte en bloc le contenu prédéterminé par le fournisseur autorisé ou concessionné de prestations offertes au public (contrats de masse, par exemple en matière de transport ou de distribution d'eau et d'énergies). Selon les cas, l'acte relève du droit privé ou du droit administratif[2764].

1370 Au sens large, le contrat d'adhésion regarde toute convention qui englobe des **conditions générales d'affaires** proposées par un professionnel de la branche. Le texte préformulé n'est généralement pas négociable ; il est « à prendre ou à laisser » *(take or leave it).* Cette problématique, déjà évoquée en rapport avec la protection de la partie faible du contrat, fera l'objet d'un examen ultérieur[2765].

10. Les contrats civils, commerciaux et de consommation

1371 Les contrats sont civils, commerciaux ou de consommation selon la **qualité des personnes** qui y sont parties. Comme telle, cette distinction n'est pas exprimée de façon systématique dans la législation. Elle se déduit de dispositions du Code, ainsi que de certaines lois spéciales[2766]. À cet égard, un double rappel s'impose.

1372 Le premier rappel se rapporte à la politique juridique qui, à la fin du XIX^e^ siècle, a conduit le législateur à adopter un **code unique,** censé s'appliquer aux relations civiles comme à celles commerciales. Une telle option laissait pourtant une large place à un droit commercial, comprenant quelques régimes contractuels spécifiques[2767].

1373 Le second rappel regarde les interventions du législateur, souvent décidées au coup par coup dès la seconde moitié du XX^e^ siècle ; celles-ci ont visé à protéger certaines catégories socioprofessionnelles particulièrement vulnérables, puis, sous l'influence européenne, les **consommateurs.** Les concepts de droit de la consommation et de contrats de consommation ont alors fait leur entrée dans le vocabulaire juridique[2768].

2764 Cf. *supra* N. 1256.
2765 Cf. *supra* N. 1306 et 1318 et les réf. cit. Sur l'exposé général, cf. Vol. II.
2766 Cf. *supra* N. 1282 ss.
2767 Cf. *supra* N. 63 ss.
2768 Cf. *supra* N. 1303 et 1311.

Les **contrats civils** sont ceux, « historiques », qui figuraient dans les premières versions du Code. À première vue, ils concernent toute opération, peu importe la qualité des parties. Autrement dit, ils sont civils par défaut, lorsqu'ils ne sont pas commerciaux ou de consommation. On pense à des figures qui appréhendent la construction ou la location d'un chalet de vacances, ou à l'activité des médecins et des avocats, ou encore à toutes sortes de contrats manuels[2769]. 1374

Les **contrats commerciaux** *(Handelsverträge)* appartiennent à la vie des affaires. Ils mettent en présence des commerçants – non forcément inscrits au RC – liés à une opération qui ne satisfait pas directement un besoin « personnel, familial ou domestique », pour reprendre les qualificatifs de la Convention de Vienne (art. 2 let. *a* CVIM). Les protagonistes sont censés se trouver sur un pied d'égalité pour discuter de leur convention et y donner librement leur accord. C'est dire que les dispositions générales prévues aux art. 27 CC et art. 19 al. 2, 20 et 21 ont aussi vocation à protéger la partie vulnérable du rapport juridique[2770]. Leur examen prendra place ultérieurement[2771]. 1375

Les **règles commerciales** en la matière sont parfois présentes dans les régimes couvrant des contrats classiques, tels la vente ou le bail à loyer[2772]. D'autres règles s'appliqueront à une espèce contractuelle qui revêt, du moins pratiquement, un caractère commercial ; ainsi les contrats de courtage (art. 412 ss), d'agence (art. 418*a ss*), de commission (art. 425 ss) ou d'entrepôt (art. 482 ss)[2773]. Sans parler des modèles innommés liés au monde des affaires, comme le leasing financier et les contrats d'affacturage, de franchise ou de licence ; sans parler non plus des usages commerciaux, qui jouent ici un rôle important, notamment dans les échanges internationaux, ne serait-ce que par un renvoi à la *lex mercatoria*[2774]. 1376

Comme ailleurs, les **contrats de consommation** *(Konsumenten- oder Verbraucherverträge)* font l'objet en Suisse d'une catégorie spécifique[2775]. Ils sont caractérisés par un déséquilibre structurel entre les 1377

[2769] Cf. *supra* N. 1345.
[2770] Cf. *supra* N. 1300 s. et les réf. cit.
[2771] Cf. Vol. II.
[2772] Cf. *supra* N. 68.
[2773] BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 12 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 97 ss ; PICHONNAZ, Rapport, p. 131.
[2774] Cf. *supra* N. 69, 86 ss et not. sur la *soft law,* N. 215 ss (et le renvoi aux INCOTERMS). Cf. aussi art. 1.9 PU, 9 CVIM.
[2775] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 244a ; PICHONNAZ, Rapport, p. 196 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 147 ss.

cocontractants et marqués de la volonté du législateur d'accorder à la partie faible – le plus souvent désignée – une protection particulière servie par de multiples instruments juridiques[2776].

1378 Il n'y a **pas de définition uniforme** du contrat de consommation. Certaines normes font référence de façon intelligible au consommateur, comme il en va du destinataire d'un crédit à la consommation (art. 3 LCC) ou d'un voyage à forfait (art. 2 al. 3 LVF)[2777]. D'autres dispositions définissent le contrat de consommation. Ainsi l'art. 32 al. 2 CPC y voit un contrat portant sur une prestation de consommation courante destinée aux besoins personnels ou familiaux du consommateur et qui a été offerte par l'autre partie dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale[2778].

1379 Les règles qui appréhendent les contrats de consommation sont éparpillées dans la **législation**. On en trouve dans le Code, qu'il s'agisse de la Partie générale (art. 6*a*, 40*a ss*) ou de la Partie spéciale (art. 216*k* et 406*a* ss)[2779]. On en trouve également dans des lois spéciales (LCC, LVF, art. 8 LCD)[2780]. Les contrats innommés ne sont pas en reste, comme ceux qui découlent de la pratique bancaire[2781]. Un tel constat permet une déduction : la notion de contrat de consommation s'interprétera souvent de cas en cas, certes au vu de la qualité des parties et de la nature de l'opération, mais également au regard du degré de protection sociale visée par la norme applicable[2782].

V. Les contrats-cadres, contrats-types et contrats collectifs

A. Des concepts particuliers

1380 Les contrats-cadres, contrats-types et contrats collectifs affichent une **particularité systématique.** En clair, ils occupent une place à part

---

2776 Cf. *supra* N. 204 ss, 1303 ss et 1317.
2777 Cf. *supra* N. 206 et les réf. cit. Cf. aussi art. 16 LCD et 2 al. 2 OIP.
2778 Cf. aussi les définitions exprimées à l'art. 40*a* al. 1 (arrêt du TF 5A_545/2011 du 24 octobre 2011 cons. 4.2), à l'art. 120 al. 1 LDIP, à l'art. 15 al. 1 CL (ATF 121 III 336 cons. 5a, JT 1996 I p. 78). Cf. aussi ATF 132 III 268 cons. 2.2.2, JT 2006 I p. 564, rendu en application de l'ancienne LFors. Cf. également BELSER, op. cit. (n. 2648), p. 44 s. ; MÜLLER, Contrats, N. 65.
2779 Cf. *supra* N. 198, 208, 1304 et 1317.
2780 Cf. *supra* N. 200, 206, 209, 1305 s. et 1317.
2781 Cf. les arrêts du TF cités en n. 2778.
2782 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 244b ; ATF 121 III 336 cons. 5e ; 132 III 269 cons. 2.2.4.

dans la hiérarchie des normes, plus précisément une « place intermédiaire » entre les dispositions étatiques (qui visent un nombre indéterminé de figures) et les règles conventionnelles (qui ne valent que pour un rapport individuel)[2783]. Les expressions qui les couvrent ne sont pas toujours entendues de manière uniforme. Nous nous bornons à énoncer ici quelques définitions succinctes.

B. Le contrat-cadre

Le contrat-cadre *(Rahmenvertrag)* est un **contrat général,** qui définit un contenu global que les parties reproduiront – en le complétant éventuellement – dans des conventions particulières à passer ultérieurement[2784]. On y voit un instrument de rationalisation de relations juridiques envisagées pour une certaine durée, qui implique tout à la fois des facteurs de stabilité et de flexibilité[2785]. Ainsi en est-il d'un contrat d'assurance général couvrant les risques du transport de marchandises et qui sert de cadre à des transports assurés de cas en cas[2786], ou du contrat d'affacturage[2787]. 1381

De tels contrats ne sauraient être confondus avec les contrats-cadres passés entre des organisations représentatives d'une branche, tel l'ancien contrat-cadre romand de baux à loyer comportant un effet obligatoire, qui entrent dans le concept de contrats collectifs. 1382

C. Le contrat-type

Le contrat-type *(Normalvertrag)* est en réalité un **acte réglementaire** émanant d'une autorité, qui régit des rapports juridiques relevant d'un secteur particulier. Les dispositions qu'il contient dérogent à la loi, ou la complètent. Elles s'appliquent à titre supplétif aux parties qui passent un contrat individuel dans le domaine concerné. Nous précisons pourtant que, 1383

2783 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 225.

2784 TERCIER/PICHONNAZ, N. 984 ; MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 55 s.

2785 WEBER ROLF H., Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen, RDS 1987 I p. 403 ss, p. 419 ss pour les clauses typiques de tels actes.

2786 ATF 82 II 452, JT 1957 I p. 360. On citera aussi l'exemple du contrat de représentation exclusive.

2787 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 7444 ss.

s'agissant des CTT qui régissent des salaires minimaux d'une branche économique ou d'une profession (art. 360*a*), une dérogation ne saurait induire une portée qui serait défavorable au travailleur (art. 360*d* al. 2)[2788].

1384 Une telle institution imprègne certaines branches du **monde du travail,** dans lesquelles, a priori, les employés sont peu organisés et particulièrement vulnérables. Le Code pose en la matière quelques principes (art. 359 à 360*f*)[2789]. Ainsi, l'art. 359 al. 2 prescrit aux cantons d'édicter des CTT pour les travailleurs agricoles et le service de maison[2790]. Le CF a lui-même promulgué quelques contrats-types, par exemple pour les éducateurs de foyer et internats et pour les médecins-assistants[2791].

1385 Les actes dont il est question doivent être distingués de **modèles de contrats,** que ceux-ci soient portés à la connaissance des juristes par leur publication dans des recueils[2792] ou recommandés spécialement par des associations à leurs membres en prévision de la conclusion de conventions particulières. Le cas échéant, la formule contractuelle ne s'applique aux parties que si elles y ont donné leur accord[2793].

D. Le contrat collectif

1386 Le contrat collectif *(Gesamtvertrag)* est une convention qui, le plus souvent, est passée par des **organisations socioprofessionnelles** représentatives d'un domaine économique. Il définit les rapports entre les parties contractantes et ceux qui seront établis par leurs membres lors de contrats individuels. Il faut y voir un **instrument d'autorégulation,** propre

---

2788 TERCIER/PICHONNAZ, N. 985 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 3449.

2789 Cf. not. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 3441 ss. Les CTT adoptés par les cantons en exécution des art. 359*a* al. 1 et 360*a* sont des réglementations de droit privé cantonal (arrêt du TF 4C_1/2019 du 6 mai 2019 cons. 1.1).

2790 Ex. : l'Arrêté du 3 avril 2000 établissant un CTT pour l'agriculture, édicté par le Conseil d'État du canton de Vaud (RS Vaud 8.2.c.).

2791 RS 221.215.324.1 et 221.215.328.1.

2792 Cf. ainsi MÜNCH PETER/BÖHRINGER PETER/KASPER LEHNE SABRINA/PROBST FRANZ (édit)., Musterverträge für die Praxis, 2e éd., Bâle 2010 ; Éditions WEKA, Modèles de contrats pour toutes les opérations commerciales (sur feuillets mobiles) ; MARCHAND SYLVAIN/CHAPPUIS CHRISTINE/HIRSCH LAURENT (édit.), Recueil de contrats commerciaux, Bâle 2013 ; VON KAENEL ADRIAN/LENZLINGER ANNETTE/CARCAGNI ROESLER ROMINA, Vertragsvorlage – Eine Sammlung kommentierter Vertragsmuster für die Praxis, 5e éd., Zurich 2021.

2793 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 240.

à installer un esprit de collaboration durable entre les partenaires sociaux, eu égard aux particularités du domaine considéré.

En Suisse, c'est le **secteur du travail** qui a connu les premières CCT. Leur succès s'est révélé considérable à l'échelon cantonal comme au niveau fédéral. Le Code fait un sort à cette institution, en posant quelques principes généraux (art. 356 à 358). Il est complété par une loi spéciale qui permet à la Confédération ou à un canton d'étendre le champ d'application d'une convention de façon obligatoire à tous les acteurs de la branche[2794]. En ce sens, la CCT devient une source de droit privé « quasi législative »[2795]. 1387

Le secteur de la **location immobilière** a connu une telle évolution à la fin du siècle passé par l'adoption de la loi sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire[2796]. Ainsi le CF a-t-il prononcé en 2001 la force obligatoire générale du contrat-cadre pour la Suisse romande, signé le 18 décembre 2000 par les organisations représentatives ; l'effet obligatoire du contrat a été prolongé jusqu'au 30 juin 2020[2797]. Il est devenu caduc à cette date, faute de demande de reconduction des parties contractantes[2798]. 1388

§ 5 Les contrats innommés

Bibliographie spéciale :

BaK-OR I-**Amstutz/Morin,** Introd. art. 184 ss N. 1 ss ; **Berger,** N 295 ss ; **Bucher,** OR, p. 91 ss ; **Corboz,** Bernard, La réception du contrat par le juge : la qualification, l'interprétation et le complètement, in Le contrat dans tous ses états, Bellanger François/Chaix François/Chappuis Christine/Héritier-Lachat Anne (édit.), Berne 2004, p. 269 ss ; **Dasser,** Félix, Vertragstypenrecht im Wandel, thèse d'habilitation Zurich 2000 ; **Dessemontet,** François, Les contrats de service, RDS 1987 II p. 95 ss ; **Engel,** Obligations, p. 103 s., 175 ss ; **Engel,** Contrats, p. 733 ss ; **Fenners,** Henk/**Küffer,**

2794 Cf. LECCT du 28 septembre 1956, RS 221.215.311. Le Secrétariat d'État à l'économie tient la liste des CCT étendues (www.seco.admin.ch/themes).

2795 Tercier/Bieri/Carron, N. 3380.

2796 LCBD du 23 juin 1995, RS 221.213.15. Cf. sur ce point Rossinelli Michel, Les contrats-cadres de baux à loyers : force obligatoire et champ d'application, in 16e Séminaire sur le droit du bail, Bohnet François/Wessner Pierre (édit.), Zurich 2010, p. 161 ss.

2797 Arrêtés du CF du 5 septembre 2001 (FF 2001 5508) et du 20 juin 2014 (FF 2014 5087).

2798 Communication de l'Office fédéral du logement du 28 avril 2020 (FF 2020 3555).

ERROL, Gerichtliche Anwendung bei Innominatverträgen, ius.full 1/02, p. 4 ss ; **FORSTMOSER,** PETER/**TERCIER,** PIERRE/**ZÄCH,** ROGER (édit.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zurich 1988 (diverses contributions) ; **GAUCH,** PETER, Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge, in Besonderes Vertragsrecht – Aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (édit.), Zurich 2003, p. 3 ss. ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 250 ss, 626 s. ; CoRo-CO I-**GUILLOD/STEFFEN,** N. 50 ss ad art. 19, 20 ; **HONSELL,** Besonderer Teil, p. 25 ss et 457 ss ; **HUGUENIN,** N. 3660 ss. ; **KOLLER,** N. 3.94 s., 10.37 ss ; BK-**KRAMER,** N. 49 ss ad art. 19-20 ; BK-**KRAMER/SCHMIDLIN,** N. 255 ss ad art. 18 ; **LEUENBERGER,** CHRISTOPH, Dienstleistungsverträge, RDS 1987 II p. 1 ss ; **MEIER-HAYOZ,** ARTHUR, Contrats non prévus par la loi, FJS 1134 et 1135, Genève 1965 ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 119 ss ; **MÜLLER,** Contrats, N. 41 ss, 3918 ss ; **PICHONNAZ,** PASCAL, Les contrats innommés : quelques questions récurrentes, in La pratique contractuelle : actualité et perspectives, Pichonnaz Pascal/Werro Franz (édit.), Zurich 2009, p. 21 ss ; **PIOTET,** PAUL, Le complètement judiciaire des contrats, RDS 1961 I p. 367 ss ; **SCHLUEP,** WALTER R., Innominatverträge, SPR VII/2, Bâle 1979, p. 763 ss ; **SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF,** N. 2444 ss ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 3.15 ss, 26.21 ss ; **STEINAUER,** TDP II/I, N. 558 ss ; **TERCIER,** PIERRE, Des législateurs innommés, in Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Forstmoser Peter/Tercier Pierre/Zäch Roger (édit.), Zurich 1988, p. 45 ss ; **TERCIER/BIERI/CARRON,** N. 303 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 272 ss ; CoRo-CO I-**THÉVENOZ/DE WERRA,** Introduction à la partie spéciale du CO – Contrats innommés (cité : CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés) ; BaK-OR I-**ZELLWEGER-GUTKNECHT,** Introd. art. 1-40*f* N. 12 ss, 41 ss.

I. Des généralités

A. L'approche du législateur

1389 La loi réglemente, notamment dans la Partie spéciale du Code, certains modèles contractuels sous une dénomination formelle. Ce sont les **contrats nommés** *(Nominatverträge*, *benannte Verträge)*[2799]. Ils correspondent à un type légal.

1390 Les **motifs** qui ont incité le législateur à régir des contrats déterminés sont multiples. Ils tiennent tout à la fois à des considérations historiques, pratiques et politiques.

1391 Les **motifs historiques** s'inscrivent dans la tradition romaniste qui, à l'origine, ne conférait un caractère obligatoire et déductible en justice qu'aux contrats reconnus comme tels. Relayés par la pensée pandectiste,

[2799] Cf. *supra* N. 1282 et 1285 et les réf. cit.

les types en question ont projeté leur influence dans les codifications du XIX^e^ siècle[2800].

L'**importance pratique** d'espèces courantes et commerciales, tels les contrats de vente, de bail, de travail, d'entreprise, de mandat ou d'assurance, a évidemment joué un rôle dans la décision du législateur d'arrêter des prototypes de la volonté des parties ; en fin de compte, celles-ci n'ont qu'à se mettre d'accord sur les éléments essentiels de leur convention ; les échanges de biens et services s'en trouvent facilités[2801]. 1392

Enfin, des **facteurs politiques** ont contribué à l'amplification du phénomène législatif, en particulier dans l'avènement de ce que nous avons appelé un droit privé social. Qu'on pense à la protection accordée aux agents en 1949 ou aux investisseurs dans des placements collectifs en 1966, et plus tard, sous l'influence européenne, aux consommateurs[2802]. 1393

B. La définition et le fondement des contrats innommés

1. La définition

Les contrats innommés sont « ceux dont tout ou partie des éléments constitutifs ne sont pas ordonnés par la loi ou ne le sont pas dans leur synthèse spécifique »[2803]. Pour reprendre une distinction générale bipartite, soit ils ne se retrouvent pas dans un type légal (on parle ici de **contrats de nature propre,** comme le contrat d'affrètement[2804]), soit ils empruntent à 1394

[2800] BUCHER, OR, p. 15 ss, 91 s. et 102 ; BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 1 ; DASSER Félix, Vertragstypenrecht im Wandel, thèse d'habilitation Zurich 2000, N. 235 et 241 ; PICHONNAZ Pascal, Les contrats innommés : quelques questions récurrentes, in La pratique contractuelle : actualité et perspectives, Pichonnaz Pascal/Werro Franz (édit.), Zurich 2009, p. 22 s.

[2801] MEIER-HAYOZ Arthur, Contrats non prévus par la loi. Généralités – Contrats *sui generis*, FJS 1134, p. 2 ss ; Contrats mixtes, FJS 1135, Genève 1965. Cf. aussi ENGEL, Contrats, p. 734.

[2802] Cf. ainsi les lois spéciales en faveur des voyageurs à forfait (LVF) et des preneurs de crédit à la consommation (LCC). Cf. *supra* N. 158, 160, 162, 189, 200, 1305 s. et 1317.

[2803] MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1134, p. 1.

[2804] ATF 115 II 118 cons. 4.

des types légaux ou non (on parle là de **contrats mixtes,** comme le contrat d'hôtellerie ou de franchise[2805]).

1395 Les contrats innommés représentent le plus souvent des **figures reconnues** de la vie des affaires, parfois d'inspiration anglo-américaine. Qu'on pense aux contrats de *leasing* (crédit-bail), de *franchising* (franchise), de *factoring* (affacturage), comme aux contrats de licence, de transaction et de compte-courant[2806]. Certains modèles relèvent du droit de la consommation, tels les contrats d'abonnement téléphonique[2807] et de chèque de voyage[2808].

1396 Le développement des contrats innommés tient également au **déverrouillage de l'art. 394 al. 2,** opéré il y a quelques décennies par la jurisprudence. En clair, les rapports de service qui ne sont pas assujettis à un régime légal, notamment aux art. 319 ss et aux art. 363 ss, ne sont plus forcément soumis – à titre subsidiaire – aux art. 394 ss. Une telle jurisprudence a pour effet d'exclure un *numerus clausus* dans les conventions qui portent sur un travail et, par une fuite en dehors du droit du mandat[2809], d'ouvrir la porte à des contrats innommés, *sui generis* ou mixtes[2810]. Elle permet aussi d'éviter l'application de la « règle-épouvantail » inscrite à l'art. 404. La doctrine majoritaire y a donné son approbation[2811].

1397 À n'en pas douter, la problématique des contrats non régis directement par la loi constitue un **sujet à la mode.** Il n'y a guère d'ouvrages traitant de droit contractuel qui ne consacrent une place substantielle aux « innommés ». Et souvent la matière se trouve enrichie de catalogues révé-

---

2805 Sur la typologie et la classification bipartite des contrats innommés, cf. *infra* N. 1407 ss.

2806 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 117 ad art. 1 ; DASSER, op. cit. (n. 2800), N. 198 s. ; FENNERS HENK/KÜFFER ERROL, Gerichtliche Anwendung bei Innominatverträgen, ius.full 1/02, p. 4 ss ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 31 ; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2465 s.

2807 ATF 129 III 604 cons. 2.2.

2808 ATF 130 III 417 cons. 2.1.

2809 GAUCH, op. cit. (n. 231), p. 16 : *« Flucht aus dem Auftragsrecht ».*

2810 ATF 115 II 108 cons. 4 : contrat d'affrètement ; 109 II 462 cons. 3d, JT 1984 I p. 210 : contrat d'architecte global ; 131 III 528 cons. 7.1.1 : contrat de management d'hôtel.

2811 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 4321 ss ; HOFSTETTER, TDP VII/II, 1, p. 26 s. ; DASSER, op. cit. (n. 2800), N. 199. Nuancé : CoRo-CO I-WERRO, N. 32 s. ad art. 394.

-lateurs du champ illimité du phénomène[2812]. Un hommage particulier revient à SCHLUEP qui, en Suisse, a eu le mérite de poser les fondements modernes d'une véritable étude théorique et pratique des contrats innommés[2813].

2. Le fondement

La faculté réservée aux parties de s'écarter d'un type légal pour adopter un modèle sur mesure ou consacré par la pratique, en fonction de leurs besoins spécifiques, découle de la **liberté contractuelle,** en particulier de la liberté de déterminer le contenu de l'acte (art. 19 al. 1)[2814]. 1398

On parle de **liberté des types** *(Typenfreiheit).* Le principe est expressément énoncé à l'art. 1322 al. 2 du CCit. ; il est caractéristique du système contractuel relevant du droit des obligations[2815]. Il contredit l'**obligation des types** *(Typenzwang),* qui existait en droit romain[2816]. De manière générale, un tel principe commande un choix entre des institutions définies par le législateur, selon un *numerus clausus*[2817]. Il trouve une justification dans des domaines caractérisés par des exigences de sécurité des transactions, d'intérêt public et de protection des tiers (notamment des créan- 1399

[2812] Cf. ainsi MEIER-HAYOZ ARTHUR, Contrats non prévus par la loi, FJS 1134 s., Genève 1965 ; SCHLUEP, SPR VII/2, p. 815 ss ; ENGEL, Contrats, p. 739 ss ; LEUENBERGER CHRISTOPH, Dienstleistungverträge, RDS 1987 II p. 54 ss ; DESSEMONTET FRANÇOIS, Les contrats de service, RDS 1987 II p. 124 ss ; Innominatverträge, Divers auteurs, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Fortmoser Peter/Tercier Pierre/Zäch Roger (édit.), Zurich 1988 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 7119 ss ; BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 59 ss ; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2479 ss ; MÜLLER, Contrats, N. 3954 ss ; HUGUENIN, N. 3720 ss.

[2813] SCHLUEP, SPR VII/2, p. 763 ss.

[2814] Cf. *supra* N. 1296. Cf. aussi MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1134, p. 2 s. ; BUCHER, OR, p. 91 s. ; ENGEL, Obligations, p. 103 s.

[2815] BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 1 ; HUGUENIN, N. 392, 3660 et 3681 s. ; ATF 129 III 604 cons. 2.2. Cf. aussi art. 1322 al. 2 CCit : *« Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ».*

[2816] Cf. *supra* N. 1391 et les réf. cit. Cf. aussi MEIER-HAYOZ, op cit. (n. 2801), FJS 1134, p. 2 s. et les réf. cit. en n. 6 ; HONSELL, Besonderer Teil, p. 25 et 457.

[2817] BK-KRAMER, N. 52 s. ad art. 19-20.

ciers). On pense avant tout aux droits du mariage, des successions, des biens et des sociétés[2818].

1400 L'existence d'un **système ouvert** en droit contractuel se justifie par les principes fondamentaux qui caractérisent ce domaine, telles l'autonomie de la volonté et la relativité des conventions[2819] ; ces principes accordent une large place à l'intérêt des parties, et moins à celui de la collectivité publique ou de tiers[2820]. Au surplus, un constat reste implacable : le législateur ne peut, ni ne veut, régir directement toutes les figures contractuelles nées des besoins de la pratique commerciale. Par la force des choses, son approche reste lacunaire et les propositions doctrinales demeurent hétérogènes, en particulier pour ce qui touche le traitement juridique des contrats mixtes[2821].

1401 Un tel constat ne saurait être interprété comme une exhortation à une fuite dans le champ illimité des contrats innommés. S'agissant des opérations les plus courantes, à tout le moins classiques, les types légaux offrent généralement des réponses qui s'avèrent satisfaisantes d'un point de vue pratique, tout en restant garantes d'une certaine sécurité. Au surplus, on ne peut méconnaître que les conventions affranchies d'un type légal demeurent soumises aux **dispositions générales du Code,** notamment à celles qui interdisent des actes contraires au droit impératif et aux mœurs (art. 19 al. 2 et 20) ou qui représentent une fraude à la loi, au sens de l'art. 2 al. 2 CC[2822]. Les parties ne sauraient en effet se prévaloir de l'autonomie de la volonté pour concevoir une espèce contractuelle prohibée par la loi ou portant atteinte à une norme protectrice des intérêts d'une partie[2823].

2818 HOFSTETTER, SPR VII/II, 1, p. 27 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 26.22 ; CoRo-CO I-GUILLOD/STEFFEN, N. 50 et 52 ad art. 19, 20.

2819 Cf. *supra* N. 1275 ss et 1286 ss.

2820 ENGEL, Obligations, p. 103.

2821 SCHLUEP, SPR VII/2, p. 815 s. ; GAUCH, op. cit. (n. 231), p. 10 et 24 ss ; TERCIER PIERRE, Des législateurs innommés, in Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Forstmoser Peter/Tercier Pierre/Zäch Roger (édit.), Zurich 1988, p. 58 ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 36 ss ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 9 et 11.

2822 Cf. *supra* N. 1299 ss.

2823 BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 2 ; MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1134, p. 2 et 4 ; TERCIER, op. cit. (n. 2821), p. 48 s. ; DASSER, op. cit. (n. 2800), N. 200 ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 29 ; ATF 118 II 157 cons. 4, JT 1993 I p. 648 : application au franchisé de dispositions protectrices du travailleur ; 134 III 497 cons. 4.4 : admission de l'indemnité de clientèle due à l'agent (art. 418*u* al. 1) dans un contrat de distribution excluant les règles sur le contrat d'agence.

3. Quelques précisions

La **distinction** entre contrats nommés et innommés ne résulte pas de la dénomination de l'acte en cause, mais de sa relation à la loi, mieux dit du sort explicite que lui réserve ou non la loi. Cette distinction est importante : elle conduit en effet à la question de la qualification du contrat considéré et donc à celle de la détermination des règles applicables, avec l'attention particulière que requièrent celles qui sont impératives[2824]. 1402

Le **critère de distinction** s'avère a priori clair. La réalité peut se révéler assez complexe. Comme nous le verrons, le recours à l'interprétation et au complètement du contrat est loin d'être exceptionnel. Le constat conduit la doctrine à souligner que la distinction entre contrats nommés et innommés doit être **relativisée,** pour plusieurs raisons[2825]. 1403

D'abord, le champ d'application et la densité normative des contrats réglés par la loi sont variables. Expression d'un code ouvert, les règles dispositives sont nombreuses, notamment dans les espèces classiques que sont la vente, l'entreprise et le mandat. Elles permettent donc des **accommodements sur mesure**[2826]. D'où l'éventualité de la question : s'agit-il d'une variété de contrat nommé ou d'un contrat innommé ? Un exemple parlant est fourni par le contrat d'enseignement qui, selon la nature et l'importance des prestations offertes, est qualifié de mandat typique ou de contrat apparenté au mandat, ou encore de contrat innommé, *sui generis* ou mixte[2827]. 1404

Ensuite, on observe de **multiples imbrications** entre les types de contrats. Ainsi les contrats innommés mixtes empruntent le plus souvent à des espèces régies par la loi. Il se trouve aussi des contrats mixtes nommés, qui entrent dans les prévisions du législateur, comme celui qui porte sur la livraison d'ouvrage, réunissant des éléments de la vente et de l'entreprise (art. 365 al. 1)[2828]. Il existe également des espèces qui sont partiellement 1405

2824 Cf. *infra* N. 1429.

2825 MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1134, p. 1 ; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2454 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 329 ss.

2826 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2452 s. ; DASSER, op. cit. (n. 2800), N. 533 ss ; BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 6.

2827 WESSNER PIERRE, Le contrat d'enseignement : nature juridique et caractéristiques, RDS 2013 I p. 167 ss et les réf. cit.

2828 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2458 ; MÜLLER, Contrats, N. 3925 s. Cf. aussi MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1135, p. 1, qui cite d'autres exemples de ce genre.

nommées, dans les cas où une variété déterminée fait l'objet d'une appréhension législative. Ainsi en est-il du *leasing* qui porte sur une chose mobilière servant à un usage privé, considéré comme un contrat de crédit à la consommation (art. 1 al. 2 let. *a* LCC), alors que le *leasing* financier est comme tel ignoré du législateur ; de même du contrat de voyage à forfait, réglementé par une loi spéciale (LVF), au contraire d'autres arrangements excluant le forfait, laissés à la liberté des parties[2829].

1406 Enfin, on remarque que bon nombre de contrats ne font l'objet que d'une **mention allusive** dans la loi. Qu'il suffise de penser à la convention constitutive d'une servitude (art. 732 CC), à la licence de brevet (art. 34 al. 1 LBI), au compte-courant (art. 117) ou encore au jeu et au pari (art. 513). À défaut d'une réglementation tant soi peu détaillée, la doctrine se montre encline à les considérer comme des figures innommées[2830]. Une telle opinion appuie l'affirmation que la distinction entre les espèces nommées et innommées est une « question de degré, et non de nature »[2831].

II. La typologie des contrats innommés

A. Une classification bipartite

1407 Comme déjà relevé, il est usuel d'opérer une **distinction générale** entre les contrats de nature propre et les contrats mixtes[2832]. Les catégories ne sont pas clairement circonscrites. Des sous-catégories ne sont pas rares, comme dans le contrat de franchise[2833]. La terminologie est loin d'être uniforme[2834].

2829 MÜLLER, Contrats, N. 3923 ; HUGUENIN, N. 3665.

2830 ENGEL, Obligations, p. 178, qui parle de contrats « balbutiés » ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 30 s. ; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2449.

2831 CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 11 ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 31.

2832 Cf. *supra* N. 1394 et les exemples cités. Cf. aussi MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1134, p. 1 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 313 ss ; HUGUENIN, N. 3684 ss ; ATF 120 V 299 cons. 4a.

2833 Arrêt du TF 4A_148/2011 du 8 septembre 2011, JT 2012 II p. 264 : franchise de subordination ou de partenariat.

2834 ENGEL, Contrats, p. 740 ; LEUENBERGER, op. cit. (n. 2812), p. 59.

L'objectif de la distinction est essentiellement **typologique**[2835]. Le critère repose sur la relation de la prestation caractéristique à tel ou tel régime légal. C'est dire que la qualification est souvent affaire d'interprétation. Qu'on pense au contrat de « station-service », qui peut comporter des traits de plusieurs espèces, nommées ou innommées[2836] ; ou encore au contrat d'enseignement[2837]. 1408

B. Les contrats de nature propre

Selon MEIER-HAYOZ, les contrats de nature propre *(Verträge eigener Art, sui generis)* sont ceux « qui comportent exclusivement ou en partie des éléments constitutifs ne se retrouvant dans aucun des types de contrats prévus par la loi »[2838]. Autrement dit, ils constituent une « entité autonome propre »[2839], qui ne s'insère **dans aucun modèle légal**[2840]. Qu'on pense au contrat de licence, conférant au preneur, contre une redevance, le droit d'exploiter un brevet concédé par le titulaire qui jouit de l'exclusivité[2841] ; ou à la transaction – judiciaire ou non –, par laquelle les parties mettent fin par des concessions réciproques à un litige portant sur un rapport de droit[2842] ; ou encore à d'autres créations hétérogènes de la pratique, comme le contrat d'affrètement[2843], le *leasing* financier[2844], le contrat d'abonnement téléphonique[2845], ou le contrat de chèque de voyage[2846], sans parler d'autres figures du monde des affaires, tels les contrats de compte-courant, d'affacturage, de *joint venture,* de représentation exclusive et de réassurance[2847]. 1409

2835 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2455.
2836 PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 33.
2837 Cf. *supra* N. 1404.
2838 MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1134, p. 1.
2839 ATF 120 V 305 cons. 4a.
2840 ENGEL, Contrats, p. 741 ; BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 11 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 12.
2841 ATF 92 II 299 cons. 3a ; 133 III 360 cons. 7 s.
2842 ATF 105 II 273 cons. 3a, JT 1980 I p. 358.
2843 ATF 115 II 118 cons. 4.
2844 ATF 118 II 150 cons. 4, JT 1994 II p. 98.
2845 ATF 129 III 604 cons. 2.2.
2846 ATF 130 III 417 cons. 2.1.
2847 SCHLUEP, SPR VII/2, p. 771 ; BK-KRAMER, N. 65 s. ad art. 19-20 ; MÜLLER, Contrats, N. 3940. Cf. aussi les catalogues mentionnés plus haut : *supra* N. 1397 et les réf. cit. en n. 2812.

C. Les contrats mixtes

1410 **Au sens strict,** les contrats mixtes *(gemischte Verträge, mixti generis)* sont ceux qui réunissent en une même convention les éléments constitutifs de deux ou plusieurs types légaux[2848]. Ils forment une **combinaison de prestations caractéristiques** – principales ou accessoires selon les cas –, qui sont dépendantes l'une de l'autre par la volonté des parties ; cette combinaison ne s'insère pas dans un modèle institué par le législateur[2849]. Ainsi en est-il du contrat d'architecture global, impliquant les règles du contrat d'entreprise et du mandat[2850] ; ou du contrat d'achat, de garde et de gestion de titres (prestations de commission, de dépôt et de mandat)[2851] ; ou encore du contrat d'hôtellerie (selon les circonstances, prestations de bail, vente, mandat)[2852].

1411 **Au sens large,** les contrats mixtes réunissent des éléments appartenant à des contrats nommés et de nature propre[2853]. Tel peut être le cas du contrat de franchise, un assemblage de prestations relevant du mandat, de la société simple et du bail, ainsi que des contrats *sui generis* que sont la licence et la représentation exclusive[2854].

1412 La doctrine propose de classer les contrats mixtes dans des **sous-catégories**. L'exercice se révèle avant tout pédagogique. Il ne saurait masquer le fait que les questions de qualification et d'interprétation de chaque convention se résolvent de cas en cas, au regard des circonstances concrètes[2855]. Nous nous en tenons ici à une **classification tripartite.**

1413 **1°** Les **contrats combinés** *(Kombinationverträge).* Ce sont des espèces par lesquelles la même partie promet plusieurs prestations relevant de modèles différents ; le plus souvent, l'autre partie est tenue d'une con-

---

2848 SCHLUEP, SPR VII/2, p. 771 ; BK-KRAMER, N. 58 ss ad art. 19-20 ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 32 ; ATF 120 II 237 cons. 4a, JT 1996 I p. 35 ; 131 III 528 cons. 7.1.1.

2849 MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1135 p. 1 s. ; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2456 ; HUGUENIN, N. 3684 ; ATF 120 V 299 cons. 4a ; arrêts du TF 4C.373/2006 du 29 janvier 2007 cons. 4 ; 4A_219/2020 du 12 mars 2021 cons. 3.1.

2850 ATF 109 II 462 cons. 3d, JT 1984 I p. 210 ; 127 III 543 cons. 2a.

2851 ATF 101 II 121 cons. 1, JT 1976 I p. 281.

2852 ATF 120 II 237 cons. 4, JT 1996 I p. 35. Cf. aussi les catalogues mentionnés plus haut : *supra* N. 1397 et les réf. cit. en n. 2812.

2853 ENGEL, Contrats, p. 740 ; BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 9.

2854 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 7377 ss ; ATF 118 II 157 cons. 3a, JT 1993 I p. 648.

2855 MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1135 p. 3.

treprestation uniforme, de nature pécuniaire[2856]. Les contrats d'architecture globale et de gestion de titres ont été cités plus haut[2857]. On y ajoutera le contrat d'enseignement, avec mise à disposition de matériel didactique, qui comporte des éléments de vente et, en prépondérance, de mandat[2858].

2° Les **contrats à double nature** *(doppeltypische Verträge)*. Ce sont des espèces par lesquelles les partenaires s'obligent à échanger des prestations relevant de modèles contractuels identiques ou différents[2859]. Ainsi en est-il du contrat de conciergerie, qui combine des prestations liées à l'activité en question (contrat de mandat ou de travail) et à la mise à disposition d'un logement de service[2860]. 1414

3° Les **contrats avec fusion de contrats nommés** *(Verträge mit Typenverschmelzung oder Typenvermengung)*. Ce sont des espèces dans lesquelles une prestation principale – généralement pécuniaire – tombe sous le coup de plusieurs régimes contractuels[2861]. La donation mixte en représente l'exemple classique, qui prévoit un prix inférieur à la valeur réelle de la chose[2862]. Le cas échéant, la rémunération comporte une part de libéralité ; et l'attribution cumule plusieurs causes[2863]. 1415

D. La distinction avec les contrats composés

Les contrats composés, déjà définis[2864], couplent **plusieurs contrats** – nommés ou innommés – en eux-mêmes distincts, mais qui forment, par la volonté des parties, une unité juridique et économique indissociable. 1416

2856 MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1135 p. 3 ; MÜLLER, Contrats, N. 3939 ; HUGUENIN, N. 3687.

2857 Cf. *supra* N. 1410.

2858 Arrêt du TF 4A_141/2011 du 6 juillet 2011 cons. 2.2. Cf. aussi WESSNER, op. cit. (n. 2827), p. 168.

2859 MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1135 p. 3 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 317 ; HUGUENIN, N. 3688, qui évoque également l'hypothèse d'un seul modèle contractuel.

2860 ATF 131 III 566 cons. 3.1. Dans l'arrêt 4A_375/2008 du 18 novembre 2008 cons. 3.1, le TF qualifie – sans examen approfondi – le contrat de conciergerie de « contrat composé » (cf. *infra* N. 1416).

2861 HUGUENIN, N. 3689.

2862 MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1135, p. 3 et 7 ; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2459 ; ATF 98 II 352 cons. 3.1 ; 117 II 382 cons. 2b, JT 1993 I p. 130.

2863 Cf. *supra* N. 673, 687 et 713.

2864 Cf. *supra* N. 1359 ss et les réf. cit. Cf. aussi BK-KRAMER, N. 64 ad art. 19-20 ; ENGEL, Contrats, p. 741.

Qu'on pense par exemple au bail à loyer lié à une remise de commerce ou à une collaboration médicale[2865].

1417 Les contrats composés ne sont pas à proprement parler des contrats innommés[2866]. Comme nous l'avons souligné plus haut[2867], il est parfois malaisé de les distinguer des contrats innommés mixtes ; ces derniers présentent la caractéristique de créer une nouvelle espèce contractuelle[2868]. Mais le TF ne laisse de répéter que, pour chaque catégorie (contrats composés d'une part, contrats mixtes d'autre part), la convention doit être appréhendée « comme un **accord global unique** »[2869]. Il précise néanmoins que chaque question, par exemple celle de l'extinction des rapports juridiques, sera soumise aux dispositions légales régissant un seul et même contrat, au risque sinon de réponses contradictoires. Autrement dit, ce seront les règles présentant aux yeux des parties un aspect prépondérant qui trouveront application[2870].

III. L'appréhension juridique

A. La problématique

1418 Les contrats innommés ne font pas l'objet d'un modèle législatif spécifique. Le problème essentiel regarde la **désignation des règles** qui leur sont applicables. L'appréhension juridique s'opère prioritairement d'après la convention voulue par les parties[2871]. C'est dire que les principes régissant l'interprétation et le complètement des contrats sont appelés à jouer un rôle significatif. On s'accorde à admettre que les préceptes méthodologiques retenus en la matière valent autant pour les contrats nommés

---

2865 Arrêt du TF 4C.84/2007 du 5 juillet 2007 cons. 3.3 (il est vrai que, dans cette décision, le TF a jugé que la résiliation du bail n'affectait pas l'indemnité de clientèle versée au bailleur) ; ATF 115 II 452 cons. 3b, JT 1990 I p. 303. Couplage nié dans l'ATF 136 III 65 cons. 2.4.1, au sujet du lien entre l'appartenance à une société coopérative d'habitation et la qualité de locataire d'un logement.

2866 Cf. *supra* N. 1362 et les réf. cit.

2867 Cf. *supra* N. 1362 et 1414, n. 2860.

2868 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2456.

2869 ATF 131 III 528 cons. 7.1.1 (p. 532). Cf. aussi ATF 118 II 157 cons. 3a, JT 1993 I p. 641. Cf. ég. *infra* N. 1439.

2870 ATF 131 III 528 cons. 7.1.1.

2871 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2471 ; MÜLLER, Contrats, N. 3942.

que pour les contrats innommés[2872]. Nous renvoyons également sur ce point à d'autres passages de l'ouvrage[2873].

En raison de leur relation à la loi, les contrats innommés réclament pourtant une **approche spécifique** de la question relative à l'application du droit. Une pluralité de théories ont été proposées, dont aucune ne s'est réellement imposée. Le TF paraît s'en tenir à une méthodologie pluraliste, qui se veut pragmatique. Nous y reviendrons[2874]. 1419

À vrai dire, la problématique principale concerne l'**application directe ou par analogie** des dispositions légales, selon qu'elles sont d'une part impératives, d'autre part supplétives ; cette dernière hypothèse s'envisage avant tout pour le complètement d'un contrat mixte lacunaire[2875]. Ces problèmes seront brièvement examinés plus bas, en renvoyant pour le reste à la littérature spécialisée[2876]. 1420

Nous soulignons encore que, dans certains cas, la problématique décrite ici soulève une question préalable : celle de la **qualification de la convention considérée.** L'enjeu consiste à détecter les dispositions applicables évoquées ci-dessus, également à décider de la juridiction compétente *ratione materiae* et du droit applicable à un contrat international[2877]. 1421

B. Une question préalable : la qualification du contrat

En présence d'une convention, la première question est de déterminer si elle correspond par sa nature et ses caractères à un type contractuel légal ou si elle y déroge à tel point qu'elle puisse être considérée comme un contrat innommé. Autrement dit, la qualification d'un contrat revient à lui 1422

2872 MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1134, p. 5 ss ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 255 ad art. 18 ; ENGEL, Contrats, p. 740 ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 35 s. ; ATF 107 II 144 cons. 3.

2873 Sur l'interprétation de la manifestation de volonté, cf. *supra* N. 647 ss ; sur l'interprétation et le complètement du contrat, cf. Vol. II.

2874 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2471 ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 40 ss. Cf. *infra* N. 1438 ss.

2875 HUGUENIN, N. 3696.

2876 Cf. *infra* N. 1432 ss.

2877 PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 24 ss ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 21 ss ; arrêt du TF du 14 janvier 2003 cons. 2.2, SJ 2003 I p. 312.

« coller une étiquette »[2878]. Le problème, à vrai dire, ne se pose pas très fréquemment[2879]. Le cas échéant, il implique le passage par l'**interprétation de l'acte** et conduit le juge à rechercher dans un premier temps la réelle et commune intention des parties, au sens de l'art. 18 al. 1 (théorie subjective) ; si cette volonté ne peut être établie ou si elle est divergente, le juge interprétera les comportements et déclarations en cause, selon le principe de la confiance (théorie objective). À cet égard, le TF rappelle que la dénomination d'une convention n'est pas déterminante pour décider de sa nature juridique[2880]. Et la doctrine insiste sur la nécessité de circonscrire les velléités d'une fuite dans le champ illimité des contrats innommés, au nom de la sécurité juridique[2881].

1423 Plus précisément, la mission confiée au juge consiste à « déterminer librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle, sans être lié par la qualification même concordante donnée par les parties »[2882]. L'examen des **éléments essentiels** de l'acte s'avère ici primordial, au regard de l'accord – au besoin interprété selon le principe de la confiance – et des usages commerciaux de la branche[2883].

1424 À cet égard, la pondération de l'**importance des prestations caractéristiques** prend tout son sens[2884]. Ainsi, s'agissant de la vente d'une machine avec obligation de mise en service, il convient d'apprécier si celle-ci est purement accessoire au transfert de propriété, se limitant par exemple à la seule installation et au branchement de l'objet, ou si elle réclame un travail sophistiqué comprenant un montage complet et des tests de rendement ; dans cette dernière hypothèse, la convention sera qualifiée de contrat mixte réunissant des éléments de la vente et du contrat d'entreprise[2885].

2878 CORBOZ BERNARD, La réception du contrat par le juge : la qualification, l'interprétation et le complètement, in Le contrat dans tous ses états, Bellanger François/Chaix François/Chappuis Christine/Héritier-Lachat Anne (édit.), Berne 2004, p. 270. Cf. aussi SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2472.

2879 Gauch, op. cit. (n. 231), p. 5 ss.

2880 ATF 129 III 664 cons. 3.1 ; 131 III 606 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 cons. 4.1.1 et 2. Ainsi le TF a-t-il admis l'octroi d'une indemnité de clientèle prévue dans le contrat d'agence (art. 418*u*), lors même que les parties liées par une convention de distribution exclusive avaient exclu un tel contrat (ATF 134 III 497 cons. 4.3 et 4.4).

2881 BK-KRAMER, N. 83 ad art. 19-20 ; DESSEMONTET, op. cit. (n. 2812), p. 154 ss. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2473. Cf. aussi *supra* N. 1401.

2882 Arrêt du TF 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 cons. 4.1.3 et les réf. cit.

2883 SCHLUEP, SPR VII/2, p. 770 s. et 789 s. ; DESSEMONTET, op. cit. (n. 2812), p. 152 ss ; ENGEL, Contrats, p. 742 s.

2884 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2472.

2885 HUGUENIN, N. 3667 s.

Quant au contrat d'enseignement, on vérifiera s'il se réduit principalement à des prestations intellectuelles ou s'il s'accompagne de la fourniture substantielle de supports didactiques, propre à en faire un contrat mixte combinant des caractères du mandat et de la vente[2886].

1425 En pratique, la jurisprudence s'en remet souvent à une **qualification par défaut.** En clair, si la convention considérée ne correspond pas à un modèle appréhendé par la loi, elle entre dans la catégorie des contrats innommés. Le TF précise néanmoins qu'il ne saurait être exclu de lui appliquer **par analogie,** selon le problème posé, certaines dispositions d'un type légal, par exemple celles des contrats de bail et d'entreprise à une convention d'abonnement téléphonique[2887], ou celles des contrats de travail et d'agence à une convention de franchise de subordination[2888]. Encore faut-il que, sur le point litigieux, il existe une correspondance significative des éléments à prendre en compte, par exemple de la problématique liée à l'extinction des contrats de durée[2889].

C. Le droit applicable

1. Les questions pertinentes

1426 Les contrats innommés ne sont pas appréhendés spécialement par la loi. La **détermination du droit applicable** est une question incontournable. Cette question se pose à un double titre : d'une part pour l'application des règles impératives ; d'autre part pour l'application des règles dispositives, notamment dans l'hypothèse d'un contrat lacunaire[2890].

1427 Il va sans dire que, sauf stipulation contraire, la **Partie générale** du Code couvre sans autre les contrats innommés[2891].

2886 WESSNER, op cit. (n. 2827), p. 167 ss. Cf. aussi *supra* N. 1404 et 1413.
2887 ATF 129 III 604 cons. 2.2.
2888 Arrêt du TF 4A_148/2011 du 8 septembre 2011 cons. 4.3, JT 2012 II p. 264.
2889 DESSEMONTET, op. cit. (n. 2812), p. 148 s. ; GAUCH, op. cit. (n. 231), p. 23 ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 1473), p. 42.
2890 CORBOZ, op. cit. (n. 2878), p. 270 ; HUGUENIN, N. 3696 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 126 ; arrêt du TF 4C.290/2002 du 14 janvier 2003 cons. 2.2, SJ 2003 I p. 313. Cf. aussi *supra* N. 1402 et 1420 s.
2891 BK-KRAMER, N. 68 ad art. 19-20 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 26.23. Cf. aussi *supra* N. 1401.

2. L'application des règles impératives

1428 La question soulevée ici revient à savoir si les normes **impératives** sont applicables à un contrat innommé.

1429 Cette question appelle sans surprise une **réponse affirmative** lorsque la norme impérative, matérielle ou formelle, appartient à la Partie générale du Code (notamment art. 11, 19 al. 2, 20, 21, 127 combiné avec 129)[2892]. Entrent également en ligne de compte les art. 2 et 27 CC, ainsi que certains principes généraux contraignants, comme celui qui permet la résiliation d'une convention de durée pour de justes motifs[2893]. C'est d'une **application directe** qu'il s'agit[2894].

1430 La réponse s'avère en revanche **nuancée** lorsque la norme impérative visée relève d'un type spécial. La jurisprudence en admet l'**application par analogie** au contrat innommé en cause[2895]. À juste titre, elle a fait un usage modéré de cette méthode, eu égard à la signification particulière que prend la liberté contractuelle dans le domaine examiné[2896].

1431 L'application analogique suppose l'existence d'une norme impérative spéciale, qui a vocation à assurer une **protection spécifique** aux parties, ou à l'une d'elles, soit par son caractère social (on pense avant tout aux dispositions des contrats de bail, de travail et d'agence), soit par la nature de la prestation caractéristique (on songe au rapport de confiance particulier qui caractérise le mandat et à la « règle-couperet » inscrite à l'art. 404)[2897]. Ainsi le TF a-t-il admis l'application analogique :

2892 BK-KRAMER, N. 68 ad art. 19-20 ; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 2474 ; MÜLLER, Contrats, N. 3947. Cf. aussi *supra* N. 1401.

2893 ATF 92 II 299 cons. 3b ; 128 III 428 cons. 3, JT 2005 I p. 284 ; arrêt du TF 4A_484/2014 du 3 février 2015 cons. 3.2, JT 2016 II p. 154. Cf. aussi STEINAUER, TDP II/1, N. 163 s ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 44.

2894 À noter que le TF a nié que le *leasing* immobilier soit soumis à l'exigence d'une règle de forme (art. 11), en l'espèce de la forme authentique (art. 216 al. 1, art. 657 al. 1 CC) : ATF 132 III 549 cons. 2.1, JT 2008 I p. 52.

2895 ATF 118 II 157 cons. 3, JT 1993 I p. 641 ; 134 III 497 cons. 4. Cf. aussi PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 29 et 39 ; HUGUENIN, N. 3710 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 26.24.

2896 CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 52 et 54 s.

2897 SCHLUEP, SPR VII/2, p. 793 s. ; GAUCH, op. cit. (n. 231), p. 24 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 53a et 54. Sur le caractère impératif de l'art. 404, cf. ATF 98 II 305 cons. 2a, JT 1973 I p. 536 ; 115 II 464 cons. 2a, JT 1990 I p. 312.

- des règles protectrices du logement de la famille (art. 266*m* et *n*) à l'extinction d'un bail mixte portant sur des locaux commerciaux et d'habitation[2898] ;
- des dispositions sanctionnant les congés abusifs dans les rapports de travail (art. 336 ss) au contrat de franchise[2899] ;
- de la norme couvrant l'indemnité de clientèle de l'agent (art. 418*u*) à une convention de représentation exclusive[2900] ;
- de l'art. 404 sur la résiliation du mandat à la dénonciation d'un contrat mixte d'architecte global[2901].

3. L'application des règles dispositives et le complètement du contrat

1432 L'application des règles dispositives (ou supplétives) s'envisage essentiellement dans l'hypothèse d'un **contrat lacunaire.** Nous nous bornons ici à exposer quelques principes qui régissent le complètement d'une convention innommée[2902].

1433 L'exercice présuppose l'existence d'une lacune contenue dans un contrat valable. La lacune se constate par interprétation. Elle porte sur un **point secondaire.** Elle est hors de propos lorsque le point en question fait l'objet d'une norme impérative[2903].

1434 A priori, la méthode de complètement d'un contrat nommé s'applique à un contrat innommé, qu'il s'agisse d'un contrat mixte ou de nature propre[2904]. Néanmoins, le contrat innommé ne s'inscrit pas dans un modèle réglé par la loi. Le cas échéant, le processus de complètement réclame une **approche spécifique**[2905]. Celle-ci oblige le juge à une certaine retenue dans

---

2898 ATF 137 III 208 cons. 2.3.
2899 ATF 118 II 157 cons. 4, JT 1993 I p. 648.
2900 ATF 134 III 497 cons. 3.4, JT 2009 I p. 94.
2901 ATF 109 II 462 cons. 3d, JT 1984 I p. 210 ; 127 III 543 cons. 2a.
2902 Sur le complètement du contrat en général, cf. Vol. II.
2903 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N. 547 ad art. 18 ; ENGEL, Contrats, p. 744 ; HUGUENIN, N. 3706.
2904 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 255 ad art. 18 ; HUGUENIN, N. 3707 ; ATF 107 II 144 cons. 3.
2905 ENGEL, Contrats, p. 743 ; BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 13 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 29.

la prise en considération des dispositions supplétives spéciales. Elle lui accorde aussi un plus large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC) et, en dernière analyse, la faculté créatrice d'une règle prétorienne (art. 1 al. 2 CC par analogie).

1435 Dans l'hypothèse envisagée, la première démarche consiste à rechercher si la lacune du contrat considéré peut être complétée par une **règle dispositive de la Partie générale,** tels les art. 74 al. 1 et 75 sur le lieu et l'époque de l'exécution, ou les art. 143 ss sur les obligations solidaires. Le cas échéant, l'application est **directe**[2906].

1436 Le complètement peut s'opérer également par une norme supplétive d'un type légal, applicable **par analogie** *(entsprechend),* c'est-à-dire en prenant en considération les circonstances particulières du cas d'espèce. Encore faut-il que le modèle de référence présente une correspondance avec la convention litigieuse – souvent de nature mixte – et que la règle applicable s'accorde avec le but de cette convention et l'intérêt des parties[2907]. Ainsi le TF a-t-il jugé, en présence d'une livraison d'un système informatique *(hardware* et *software),* considérée comme un contrat innommé mixte, que la prestation caractéristique se rapprochait d'un rapport unique d'échange et que l'application analogique des règles sur la garantie des défauts prévue dans le droit de la vente (art. 197 ss) s'avérait justifiée[2908].

1437 Dans le but de déterminer les dispositions entrant en ligne de compte, la doctrine a proposé **différentes théories**, dont aucune ne s'est imposée en pratique[2909]. De manière succincte, la question se pose en ces termes : faut-il soumettre le contrat considéré à un modèle légal (théorie de l'absorption), ou appliquer à chacun de ses éléments caractéristiques les dispositions supplétives des différents types (méthode de la combinaison), ou encore s'en remettre à une prise en considération de l'ensemble des normes appréhendant des intérêts comparables (méthode de l'application analogique), ou enfin laisser le juge exercer son pouvoir de

---

2906 Cf. *supra* N. 1427. Cf. aussi PIOTET PAUL, Le complètement judiciaire des contrats, RDS 1961 I p. 389 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 36.

2907 BK-KRAMER, N. 74 ss ad art. 19-20 ; SCHLUEP, SPR VII/2, p. 797 et 802 ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 42 ; BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 34.

2908 ATF 124 III 456 cons. 4a et b, JT 2000 I p. 172. Cf. aussi ATF 94 II 167 cons. 2 : application des règles du mandat au contrat mixte de dépôt et compte joint.

2909 MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1135, p. 3 ss ; MÜLLER, Contrats, N. 3945 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 26.25, qui vont jusqu'à affirmer que ces théories sont sources de confusion.

concevoir une règle (art. 1 al. 2 et 3 CC par analogie ; théorie de la création)[2910] ?

1438 De manière générale, on observe que la jurisprudence fait actuellement preuve en la matière d'une approche qui se veut **pragmatique**[2911], voire pluraliste[2912], sans être pour autant désordonnée.

1439 À l'analyse, on note une désaffection de la théorie de l'absorption, qui n'est guère compatible avec la nature des contrats innommés. On souligne l'attrait que représente aujourd'hui la théorie de la combinaison[2913], en particulier pour le comblement des lacunes des contrats mixtes et composés[2914]. À cet égard, le TF commande au juge de rechercher « le centre de gravité des relations contractuelles appréhendées comme un accord global unique »[2915]. Chaque question sera soumise aux dispositions légales régissant un seul et même contrat. Autrement dit, ce sont les règles présentant pour les parties un **aspect prépondérant** qui seront significatives. Une illustration est fournie par la jurisprudence relative au contrat d'architecte global, caractérisé par une coupure : les dispositions du contrat d'entreprise (pour l'établissement du projet et des plans) et du mandat (pour la direction des travaux) s'appliquent à l'exécution des prestations de service ; mais uniquement l'art. 404 à la résiliation du contrat, eu égard au rapport spécifique de confiance liant le maître et l'architecte[2916].

2910 Sur l'exposé des théories en question, cf. SCHLUEP, SPR VII/2, p. 800 ss ; MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1135, p. 3 ss ; BK-KRAMER, N. 75 ss ad art. 19-20 ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 36 ss ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 18 ss ; BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 17 ss.

2911 PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 40 ss ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 19 et 19a ; BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 31.

2912 HUGUENIN, N. 2696.

2913 CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 19.

2914 S'agissant des contrats composés, cf. *supra* N. 1417 et les réf. cit. Cf. sur ce point HUGUENIN, N. 3714 s. ; BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 50 ss.

2915 ATF 131 III 528, 532. Cf. aussi 118 II 157 cons. 3a, JT 1996 I p. 641 ; 139 III 49 cons. 3.3, JT 2014 II p. 217 ; arrêts du TF 4A_129/2017 du 11 juin 2018 cons. 5.1 ; 4A_219/2020 du 12 mars 2021 cons. 3.1.

2916 ATF 109 II 462 cons. 3d et e, JT 1984 I p. 210 ; 127 III 543 cons. 2a ; cf. aussi *supra* N. 1431. Cf. également ATF 131 III 566 cons. 3.1 : contrat de conciergerie ; prépondérance des règles du bail ou du contrat de travail ; 118 II 157 cons. 3, JT 1993 I p. 641 : caractère accessoire du bail dans un rapport de franchise.

1440 Dans les éventualités où aucune disposition ne trouve application, le juge doit rechercher « ce dont les contractants seraient convenus de bonne foi s'ils avaient envisagé l'hypothèse non réglée ; il s'inspire de l'économie du contrat et de son but, et tient compte de l'ensemble des circonstances »[2917]. En clair, il lui incombe de se fonder sur la **volonté hypothétique des parties**[2918]. En ce sens, l'approche se veut subjective ; elle insiste sur la prise en considération des intérêts des partenaires et des particularités du cas, en bref de la « nature de l'affaire », selon les termes qu'énonce l'art. 2 al. 2[2919]. C'est ce critère qui a incité le TF à combler une lacune touchant l'extinction d'une convention portant sur le déversement de matériaux dans une carrière, en jugeant que l'échéance pouvait être décidée unilatéralement par le propriétaire du fonds, mais moyennant un avertissement préalable adressé à l'autre partie[2920].

1441 Le cas échéant, le juge aura également égard aux **usages commerciaux** de la branche, qui sont d'importance dans le comblement des lacunes observées dans les contrats innommés, notamment dans les contrats typiques, prenant parfois la forme de contrat-cadre, tels le *leasing,* le *franchising,* le *factoring* ou encore la représentation exclusive[2921].

1442 S'agissant de la démarche judiciaire, une **controverse tenace** existe : elle concerne le devoir du juge de combler le point lacunaire du contrat en recherchant de prime abord l'application d'une norme supplétive du droit (approche objective) ou s'en tenir prioritairement à la volonté hypothétique des parties (approche subjective). Cette problématique concerne a priori tous les contrats. Toutefois elle sollicite un regard particulier pour les contrats innommés. Nous nous bornons ici à quelques remarques lapidaires[2922].

2917 ATF 107 II 144, 149. Cf. aussi ATF 134 V 328 cons. 4.3.

2918 MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1134, p. 7 ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 36 et 40 s. ; STEINAUER, TDP II/1, N. 562 s.

2919 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 238 et 258 ad art. 18 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 32 ss, not. 34 et 51 ; BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss, N. 40 ss.

2920 ATF 107 II 411 cons. 7, JT 1982 I p. 162.

2921 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 242 et 257 ad art. 18 ; MÜLLER, Contrats, N. 3953 ; BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 46. Cf. aussi *supra* N. 1381 et 1395.

2922 Sur le complètement des contrats en général, cf. Vol. II.

Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire[2923], il incombe au juge de procéder en premier lieu à l'**examen du droit dispositif,** en vertu du principe de la primauté de la loi dans la recherche de la règle applicable (art. 1 al. 1 CC). On argue notamment que le droit dispositif est caractéristique d'un statut de réserve[2924], qui offre une sécurité juridique ; il constitue aussi d'une certaine manière l'expression de la volonté des contractants, d'autant lorsque les usages de la branche y font référence[2925]. 1443

Un courant minoritaire de la doctrine entend donner la priorité à la recherche de la **volonté hypothétique des parties**[2926]. Cette opinion met l'accent sur le principe de l'autonomie de la volonté. Elle s'appuie également sur l'art. 2 al. 2 qui conduit à la même solution, dans l'hypothèse où les contractants ont réservé un point secondaire, sur lequel le juge se prononcera « selon la nature de l'affaire ». 1444

D'une manière générale, nous sommes d'avis qu'il paraît erroné de confronter les deux approches. Celles-ci sont en réalité **complémentaires**[2927]. On ne saurait nier que la recherche d'une règle supplétive permettant de combler un élément non prévu par la convention constitue un passage obligé de l'intervention judiciaire. Le cas échéant, on n'oubliera pas que l'application reste contenue en pratique, liée à l'existence d'une correspondance significative avec le point litigieux[2928]. À défaut, le tribunal s'efforcera d'établir la volonté des parties si, conscientes du point en question, elles avaient agi selon les règles de la bonne foi. Une telle option n'évince pas pour autant le droit supplétif[2929]. C'est dire qu'un regard circonstancié s'impose. Nous y reviendrons[2930]. Tout au plus faut-il concéder ici que la caractéristique essentielle des conventions innommées – celle de 1445

2923 ATF 107 II 144 cons. 3 ; 137 V 278 cons. 4.3 ; VON TUHR/PETER, p. 52 ; TERCIER PIERRE, La clausula rebus sic stantibus en droit suisse des obligations, JT 1979 I p. 204 ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 65 ad art. 2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1255 ; PICHONNAZ, op. cit. (n. 2800), p. 40 ss ; STEINAUER, TDP II/1, N. 560, n. 116 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 31 ss.

2924 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 232 ad art. 18 : *« Reserveordnung ».*

2925 Cf. *supra* N. 1441. Cf. aussi CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 45.

2926 PIOTET, op. cit. (n. 2906), p. 386 ss ; MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1134, p. 7 ; MERZ, Vertrag, N. 185.

2927 TERCIER, op. cit. (n. 2923), p. 204 s. ; BaK-OR I-WIEGAND, N. 71 ss ad art. 18.

2928 Cf. *supra* N. 1417 et 1434 ss.

2929 DESCHENAUX, TDP II, I, p. 163. Cf. aussi BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 230 ss ad art. 18.

2930 Cf. *infra* N. 1447.

ne pas s'inscrire dans un type légal – devrait inciter davantage le juge à privilégier une approche individualisée de la solution adéquate[2931].

1446 Il arrive exceptionnellement que le tribunal constate qu'aucune règle supplétive ne permet de combler la lacune du contrat considéré, tout en se révélant incapable de déterminer quelle aurait été sur ce point la volonté hypothétique des parties. En telle occurrence – et en l'absence d'une coutume dont on peine à trouver un exemple dans notre domaine[2932] – le juge décide « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». En ce sens, il opère une **application analogique de l'art. 1 al. 2 CC** et complète le contrat « en élaborant une règle adaptée au cas d'espèce »[2933]. D'aucuns considèrent que la démarche conduit pratiquement à se prononcer en équité[2934].

1447 S'agissant en particulier des contrats innommés, il peut s'avérer complexe de savoir si le tribunal ambitionne de poser un **principe général** sur telle ou telle question ou de se contenter de trancher un cas particulier[2935]. La volonté de concevoir une norme applicable à des situations semblables ou analogues s'envisage d'abord pour les contrats typiques[2936]. Quant à d'autres contrats – qu'on appelle parfois « singuliers » – ils n'échapperont guère à une solution individualisée[2937].

§ 6 Les normes contractuelles et leur hiérarchie

Bibliographie spéciale :

ABEGG, ANDREAS, Die zwingende Inhaltsnormen des Schuldrechts, thèse Fribourg, Zurich 2004 ; **AUBERT,** JEAN-FRANÇOIS, La hiérarchie des règles, RDS 1974 II p. 193 ss ; **BUCHER,** OR, p. 244 ss ; **ENGEL,** Obligations, p. 87 ss, 104 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 624 ss, 638 ss ; CoRo-CO I-**GUILLOD/STEFFEN,** N. 60 ss ad art. 19, 20 ; **HUGUENIN,** N. 9, 4094 ; **KLETT,** KATHRIN, Vertragsrecht und dispositives Gesetzrecht, in Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Tercier Pierre/Amstutz Marc/Koller Alfred/Schmid Jörg/Stöckli Hubert (édit.), Zurich 2004,

2931 MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2801), FJS 1134, p. 7 ; HUGUENIN, N. 316.
2932 STEINAUER, TDP II/I, N. 560.
2933 STEINAUER, TDP II/I, N. 561. Cf. aussi MEIER-HAYOZ, op. cit. (n. 2831), FJS 1134, p. 7 ; MÜLLER, Contrats, N. 3953.
2934 VON TUHR/PETER, p. 52.
2935 CoRo-CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Contrats innommés, N. 50.
2936 ENGEL, Contrats, p. 145. Cf. aussi *supra* N. 1395 et 1441.
2937 BaK-OR I-AMSTUTZ/MORIN, Introd. art. 184 ss N. 49.

p. 459 ss ; **KRAMER/PROBST,** N. 1, 40 ss, 141, 203 ss ; **MARCHAND,** Clauses contractuelles, p. 7 ss, 63 ss ; **MÜLLER,** Contrats, N. 3, 12 ss, 19 ss, 28 ; **PICHONNAZ,** PASCAL/**ZUFFEREY,** JEAN-BAPTISTE, Les normes de la construction : un état des lieux, in Journées du droit de la construction, Fribourg 2005, p. 3 ss ; **SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF,** N. 56 ss ; **STÖCKLI,** HUBERT, Private Baunormung – Ein Streifzug, in Baurechtstagung, Fribourg 2005, p. 2 ss ; **SCHWANDER,** IVO, Was macht ein Rechtsatz zwingend oder dispositif ? Eine Skizze, in Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Honsell Heinrich/Zäch Roger/Hasenböhler Franz/Harrer Friedrich/Rhinow René (édit.), Bâle 2004, p. 399 ss ; **TERCIER,** PIERRE, La loi, les normes et leurs compléments, DC 1983/4, p. 63 ss ; **TERCIER/BIERI/CARRON,** N. 14 ss, 32 ss, 54 ss, 72 ss, 189 ss, 219 ss, 265 ss, 286 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 19 ss, 35 s., 943 s. ; **VON TUHR/PETER,** p. 249 ss ; **WESSNER,** PIERRE, L'obligation de sécurité du bailleur à l'égard des usagers de l'immeuble, in 16e Séminaire sur le droit du bail, Bohnet François/Wessner Pierre (édit.), Neuchâtel/Zurich 2010, p. 65 ss ; **YUNG,** WALTER, La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse, Rapport présenté aux Journées françaises de l'Association Henri Capitant, Paris et Dijon 1960, in Études et articles publiés par la Faculté de droit de Genève, Genève 1971, p. 128 ss.

I. Les normes contractuelles

A. Des distinctions préalables

Les normes contractuelles sont des règles applicables aux contrats. Elles sont de diverses natures. Elles génèrent **plusieurs distinctions,** dont deux principales seront retenues de prime abord. 1448

La première distinction touche les normes conventionnelles et les normes légales. Les **normes conventionnelles** s'imposent au premier chef, puisqu'elles résultent de l'autonomie privée des parties, un concept cardinal du droit des contrats[2938]. Quant aux **normes légales,** ce sont celles qui, impératives ou dispositives, entrent dans les prévisions du législateur ; elles trouvent principalement ancrage dans le Code[2939]. Nous les définirons prioritairement. 1449

En tant que source subsidiaire du droit privé, la **coutume** joue un rôle insignifiant dans notre domaine[2940]. 1450

2938 Cf. *supra* N. 1246 s. et 1286 ss, *infra* N. 1455.

2939 Cf. *supra* N. 1282 ss.

2940 BaK-ZGB I-HONSELL, N. 21 ad art. 1 CC, qui cite comme exemple le principe du nominalisme appliqué au paiement des dettes d'argent. Cf. aussi *infra* N. 1455.

1451 La seconde distinction vise les **normes légales,** lorsque le contrat considéré appartient à un type appréhendé par la loi. L'exposé a dressé plus haut la liste des différentes catégories de dispositions applicables aux contrats[2941], en relevant implicitement qu'une même question puisse être visée par une règle générale comme par une règle spéciale. Dans ce contexte aussi, l'interprétation est appelée à jouer un rôle[2942]. C'est dire qu'aucune réponse générale ne s'impose a priori. Sous réserve de l'hypothèse d'une disposition impérative, **quatre éventualités** sont envisageables.

1452 **1°** L'**application exclusive de la règle spéciale.** Tel est le cas lorsque la disposition spéciale a le pas sur la norme générale, à laquelle elle déroge. Le principe est résumé par l'adage *lex specialis derogat generali.* Un exemple académique est fourni par l'art. 185 al. 1 sur le transfert des risques à l'acheteur, qui évince l'art. 119 al. 2 (cf. al. 3)[2943].

1453 **2°** L'**application exclusive de la règle générale.** Tel est le cas dans l'hypothèse où le type de contrat entrant en ligne de compte ignore le point litigieux. Ainsi en est-il de la réglementation du mandat (art. 394 ss), qui est muet sur la prescription des créances découlant du contrat en question ; les art. 127 ss trouvent alors application[2944].

1454 **3°** L'**application cumulative des règles significatives.** Tel est le cas lorsqu'une disposition spéciale ne fait que répéter le principe posé par une norme générale. Les art. 82 et 184 al. 2 sont cités en exemple[2945].

1455 **4°** L'**application alternative des règles significatives.** Tel est le cas lorsque le demandeur est libre d'invoquer à son choix un moyen général ou un moyen spécial pour obtenir le résultat escompté. De très longue date, au point d'y voir une règle coutumière[2946], le TF accorde à l'acheteur le concours alternatif entre l'invalidité du contrat pour cause d'erreur qua-

2941 Cf. *supra* N. 1282 ss.
2942 MÜLLER, Contrats, N. 17 s.
2943 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 37 et 269 ; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 60.
2944 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 62.
2945 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 57 s. ; MÜLLER, Contrats, N. 18.
2946 ATF 98 II 15 cons. 3, JT 1972 I p. 547. STEINAUER (TDP II/1, N. 398) rétorque avec raison que la confirmation durable d'une pratique judiciaire ne suffit pas à en faire une coutume.

lifiée sur les motifs (art. 24 al. 1 ch. 4) et le régime de la garantie en raison des défauts de la chose vendue (art. 197 ss)[2947].

Les **normes légales** – générales ou spéciales – font partie de ce que nous avons appelé le droit formel des contrats, essentiellement fédéral[2948]. On différencie celles qui sont impératives d'autres qualifiées de dispositives. Les premières présentent la caractéristique essentielle de limiter l'autonomie privée, dans la mesure où, en principe, les parties ne sauraient y déroger valablement[2949]. 1456

B. Les normes légales

1. Les normes impératives

L'art. 19 al. 1 pose le principe fondamental de la liberté contractuelle, exprimé de façon trop étroite par référence à l'objet de l'acte[2950]. Le principe trouve application **« dans les limites de la loi ».** Parmi ces limites, l'art. 19 al. 2 mentionne les règles de droit strict (*zwingende Vorschriften, jus cogens*[2951]), puis les mœurs, l'ordre public et les droits rattachés à la personnalité ; de telles limites, déjà évoquées, seront examinées ultérieurement[2952]. 1457

Les **règles de droit strict** sont impératives en ce sens que la loi l'emporte sur la volonté des cocontractants[2953]. Toute dérogation conventionnelle s'avère a priori illicite et donc nulle au sens de l'art. 20 al. 1 ; 1458

2947 ATF 114 II 131 cons. 1, JT 1988 I p. 508 ; 127 III 83 cons. 1b, JT 2001 I p. 140. Cette jurisprudence fait l'objet d'une controverse tenace en doctrine (cf. les réf. cit. dans les arrêts ; cf. aussi TERCIER/BIERI/CARRON, N. 648 ; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N. 63 s.).

2948 Cf. *supra* N. 1282 ss.

2949 Sur l'autonomie privée et la liberté contractuelle, cf. *supra* N. 1246 s. et 1286 ss, et les réf. cit. Cf. aussi TERCIER/BIERI/CARRON, N. 16 ss et 72 s. ; HUGUENIN, N. 4 ss ; MÜLLER, Contrats, N. 13.

2950 Cf. *supra* N. 1286 et 1292 ss. Cf. aussi CoRo-CO I-GUILLOD/STEFFEN, N. 61 ad art. 19, 20.

2951 VON TUHR/PETER, p. 249 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 646.

2952 Sur l'objet du contrat, cf. *supra* N. 1299 s. Sur l'exposé des limites posées à l'art. 19 al. 2, cf. Vol. II.

2953 ABEGG ANDREAS, Die zwingende Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, thèse Fribourg, Zurich 2004, p. 164 ; SCHWANDER IVO, Was macht ein Rechtssatz zwingend oder dispositiv?, in Festschrift für Ernst A. Kramer, Honsell Heinrich/Zäch Roger/Hasenböhler Franz/Hasler Friedrich/Rhinow René (édit.), Bâle 2004, p. 408.

l'illicéité est comprise comme une contravention à l'ordre juridique suisse[2954].

1459 Le juge **examine d'office** la question de la nullité de l'acte. Il n'empêche que les parties peuvent exécuter leur convention, en dépit du vice qui l'affecte, par exemple lorsque celle-ci porte sur un commerce de stupéfiants ou sur une opération de blanchiment d'argent. Des sanctions administratives pourront s'ajouter à des sanctions pénales. Sans parler des sanctions civiles appréhendant la restitution des prestations effectuées sans cause, conformément aux dispositions régissant la revendication (art. 641 al. 2 CC) et l'enrichissement illégitime (art. 62, 66)[2955].

1460 La **sanction de nullité** de la convention n'est pas forcément radicale. Elle peut être pondérée par le juge, qui en restreint l'application à une clause particulière (art. 20 al. 2) ou qui en corrige le montant abusif (ex. : art. 21, 163 al. 3, 269 ss, 406*h* et 417)[2956].

1461 La question du **caractère impératif** d'une règle se détermine par interprétation. La réponse peut être expresse, découlant du texte même de la loi, ou être déduite d'une présomption que pose celle-ci, ou encore représenter le résultat d'une analyse plus fouillée de la norme applicable[2957].

1462 Pour s'en tenir au **droit des obligations,** d'innombrables dispositions – matérielles et formelles – en soulignent explicitement la nature impérative[2958]. Sans citer ici les principes fondamentaux figurant aux art. 19 al. 2 et 20, ainsi qu'à l'art. 27 CC[2959], on mentionnera des règles de la Partie générale (ex. : art. 11, 34 al. 2, 40*a* ss, 100 al. 1, 129, 141 al. 1, 163 al. 2, 165 al. 1), d'autres règles de la Partie spéciale (ex. : art. 199, 216, 243 al. 1 et 2, 249, 266*l* à *o*, 269 al. 2, 314 al. 3, 406*d*) et d'autres règles encore comprises dans des lois spéciales (art. 9 ss, 15 et 37 LCC, 6 et 19 LVF, 97 s. LCA et 8 LCD).

2954 ENGEL, Obligations, p. 106 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 287 ; ATF 133 III 61 cons. 2.2.2, 3.1 et 3.2.2 (prise en considération du taux hypothécaire comme facteur de fixation du loyer, art. 269, 269*a* et 270*a*). La question de savoir si toute contravention au droit impératif rend le contrat illicite se discute ; cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 646.

2955 ENGEL, Obligations, p. 111 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 73 et 292.

2956 Cf. *supra* N. 1322. Cf. aussi ABEGG, op. cit. (n. 2953), p. 181 ss, 213 ss et 225 ss.

2957 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 647 ; ABEGG, op. cit. (n. 2953), p. 276 ss ; SCHWANDER, op. cit. (n. 2953), p. 399 ss.

2958 Cf. le répertoire imposant dressé par MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 7 ss. Cf. aussi KRAMER/PROBST, N. 43.

2959 Cf. *supra* N. 1299 ss et 1457, *infra* N. 1467.

S'agissant des normes impératives, le législateur oblige à distinguer celles qui sont **absolument impératives** de celles qui ne sont que **relativement impératives**[2960]. Dans la première catégorie sont comprises les dispositions auxquelles il est exclu de déroger, au nom de la protection d'un intérêt jugé supérieur, général ou inhérent à chaque contractant (ainsi en est-il de l'art. 361 pour le contrat de travail et de l'art. 97 LCA pour le contrat d'assurance). Dans la seconde catégorie figurent des règles auxquelles on ne saurait déroger au détriment d'une partie nommément désignée, qui est considérée comme faible dans le rapport juridique ; il s'agit du locataire (art. 256 al. 2), du travailleur (art. 362), de l'agent (art. 418*k* al. 2), de l'assuré (art. 98 LCA) ou du consommateur d'un crédit (art. 37 LCC)[2961]. 1463

Pour ce qui touche certains types contractuels spéciaux marqués d'un caractère social[2962], la loi pose la **présomption** que la partie faible ne saurait renoncer par avance au régime applicable, à moins qu'une disposition ne l'y autorise expressément. Ainsi en est-il de la réglementation sur la protection des congés dans les baux d'habitation et de locaux commerciaux (art. 271 à 273*c*) ; ces règles sont de droit strict, sauf l'art. 272*b* al. 2, qui permet au locataire de ne pas se prévaloir d'une deuxième prolongation durant les pourparlers devant conduire à l'extinction du contrat[2963]. 1464

Il est des normes dont le caractère impératif ne ressortit pas directement de leur texte, tout en s'imposant au terme d'une **interprétation** permettant d'en définir le sens. Le juge est alors appelé à vérifier l'existence d'un intérêt privé ou/et public prépondérant à ceux qui sont réservés à l'autonomie privée[2964]. À cet effet, plusieurs critères entrent en ligne de compte, tels des facteurs historiques, téléologiques et systématiques qui ont influencé la règle applicable, et également la nature et le but de la convention litigieuse. L'évolution du droit des contrats n'est pas en reste. On pense notamment au postulat de protection de la partie faible dans certaines cir- 1465

2960 Certains auteurs parlent de règles semi-impératives ; cf. YUNG WALTER, La renonciation au bénéfice de la loi en droit privé suisse, Rapport présenté aux Journées françaises de l'Association Henri Capitant, Paris et Dijon 1960, in Études et articles publiés par la Faculté de droit de Genève, Genève 1971, p. 150 ; ENGEL, Obligations, p. 110.

2961 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 647 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 32.14 ; MÜLLER, Contrats, N. 14.

2962 Cf. *supra* N. 198 ss, 206, 280 s., 1301 ss et 1317.

2963 CoRo-CO I-LACHAT/BOHNET, N. 3 ss ad art. 272. Cf. aussi art. 492 al. 4 et 19 LVF.

2964 ENGEL, Obligations, p. 107 ; ATF 88 II 511 cons. 3b.

constances déjà évoquées et caractérisées par un formalisme impératif[2965]. On songe également à l'emprise grandissante que prend le droit public en la matière[2966].

1466 L'examen de la jurisprudence démontre que la détermination du caractère impératif d'une norme peut être le fruit d'une **approche pluraliste.** Ainsi dans des affaires jugeant de la nature de l'art. 417, qui permet la réduction du salaire excessif du courtier, le TF conclut que cette disposition ne protège pas seulement le vendeur inexpérimenté face à un professionnel ; elle obéit également à des considérations d'intérêt public, notamment au souci de tempérer des profits injustifiés, qui auraient des répercussions sur le marché immobilier[2967]. Dans un jugement se prononçant sur le caractère impératif de la réglementation des loyers abusifs (art. 269, 269*a* et 270*a*), notre haute cour en invoque l'historique (« fruit d'un long processus d'élaboration ayant débouché sur un compromis entre les intérêts antagonistes »), le but (la protection du locataire), la sécurité des relations juridiques dans un domaine éminemment sensible et complexe, ainsi que la systématique légale (art. 270*a* et art. 3 al. 4 let. b LCBD)[2968].

1467 Sous réserve des multiples normes protectrices de la partie faible souvent mentionnées[2969], on peut classer les règles et principes impératifs du droit des contrats en **trois catégories :**

- Les normes qui ont vocation de **garantir l'authenticité et l'intégrité de la volonté ;** elles sont formelles (ainsi art. 11 et 216) ou matérielles (ainsi art. 23 ss sur les vices du consentement)[2970].
- Les normes qui tendent à **sauvegarder des valeurs juridiques fondamentales déterminant l'objet du contrat,** notamment les bonnes mœurs et les droits de la personnalité (art. 19 al. 2 et 20,

---

2965 Sur l'évolution du modèle contractuel, cf. *supra* N. 153 ss, 195 ss, 211 ss, 1301 ss, 1317 et 1362.

2966 Cf. *supra* N.112, 160, 207, 301, 1316, *infra* N. 1490 ss.

2967 ATF 88 II 511 cons. 3b ; 111 II 366 cons. 3a, JT 1986 I p. 499.

2968 ATF 133 III 61 cons. 3.2.2.1 et 3.2.2.2.

2969 Cf. *supra* N. 1465 et les renvois cités.

2970 ENGEL, Obligations, p. 107 s. ; VON TUHR/PETER, p. 251 n. 18 et p. 329 n. 4. La question de savoir si une partie est admise à renoncer à l'avance au droit de se prévaloir d'une erreur se discute.

27 CC)[2971]. On peut y ajouter le principe de la bonne foi en affaires (art. 2 al. 1 CC, 100 al. 1)[2972].

– Les normes qui visent **à protéger la nature et l'objet du contrat, y compris son équilibre**[2973]. La lésion constitue un exemple marquant (art. 21)[2974], de même que l'application rigoureuse – et controversée – que fait le TF de l'art. 404, une disposition qui prohibe la limitation ou l'exclusion du droit de résilier le mandat conféré à chaque partie, eu égard à la relation de confiance caractérisée qui empreint le contrat en question[2975]. Dans ce contexte, on mentionnera encore le principe jurisprudentiel qui permet à chaque partie de se prévaloir d'une résiliation extraordinaire d'un contrat de durée, pour de justes motifs. Notre haute cour accorde une portée générale au principe, qui a trouvé son inspiration dans certains types contractuels (art. 266*g*, 337, 418*r*, 545 al. 2)[2976].

2. Les normes dispositives

Les normes légales contractuelles comprennent également les bien nommées règles dispositives *(dispositive Vorschriften)*. De telles règles sont en effet **à disposition des parties,** qui ont la faculté d'y déroger dans les limites posées par les principes généraux énoncés à l'art. 19 al. 2 ou par une prescription particulière comme l'art. 199[2977]. 1468

Une **clause dérogatoire** au droit dispositif peut conduire les partenaires à rejeter le régime légal concernant tel ou tel effet du contrat, ou à 1469

2971 YUNG, op. cit. (n. 2960), p. 148 et 159 ; ABEGG, op. cit. (n. 2953), p. 171 ; KELLER/SCHÖBI, I, p. 143. Cf. *supra* N. 153, 527 ss, 1300, 1401 et 1429. Cf. aussi l'approche divergente de BUCHER, OR, p. 246 ; BK-KRAMER, N. 168 ad art. 19-20.

2972 ABEGG, op. cit. (n. 2953), p. 148 ; STEINAUER, TDP II/1, N. 463, 470 et 505. Cf. aussi *supra* N. 196, 1300, 1401 et 1429.

2973 ENGEL, Obligations, p. 109.

2974 Cf. *supra* N. 1429.

2975 ATF 115 II 464 cons. 2, JT 1990 I p. 312 ; 117 II 466 cons. 5d ; arrêt du TF 4A_294/2012 du 8 octobre 2012 cons. 7.1. Cf. aussi *supra* N. 1396, 1431 et 1467.

2976 ENGEL, Obligations, p. 109 s. ; MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 9 ; ATF 122 III 263 cons. 2a, JT 1997 I p. 13 ; 128 III 428 cons. 3, JT 2005 I p. 284 ; arrêt du TF 4A_484/2014 du 3 février 2015 cons. 3.2, JT 2016 II p. 162 ; art. 145 CO 2020. L'application de l'art. 27 CC n'est pas absente de la solution retenue. Cf. aussi *supra* N. 1429.

2977 BUCHER, OR, p. 246 ; BK-KRAMER, N. 168 ad art. 19-20 ; MÜLLER, Contrats, N. 15.

concevoir une solution sur mesure qui s'en écarte[2978]. On pense par exemple à la renonciation à la créance d'intérêts moratoires en cas de demeure du débiteur (art. 104 al. 1). En toute hypothèse, les contractants feront montre de clarté dans l'énoncé d'une telle clause[2979]. C'est à celui qui s'en prévaut d'en prouver le caractère dérogatoire[2980].

1470 À son origine, le droit fédéral des obligations se révèle **essentiellement dispositif.** Il le demeure largement aujourd'hui, en dépit de l'émergence au fil du temps d'un droit privé social qui, sectoriellement, s'est doté d'un nombre considérable de prescriptions impératives visant essentiellement à protéger le contractant faible ou vulnérable[2981]. La Partie générale, il est vrai, a échappé à une telle évolution, le droit de révocation prévu aux art. 40*a* ss constituant l'exception la plus significative[2982].

1471 Ici et là, sans que l'on en connaisse toujours la raison – si tant est qu'elle existe – le législateur a jugé opportun d'**exprimer le caractère dispositif** d'une règle, en réservant les « conventions contraires » ; ainsi en est-il des art. 74 al. 2, 75 et 78 al. 2, qui appréhendent le lieu et l'époque de l'exécution des obligations[2983].

1472 Le droit dispositif est caractéristique de ce qu'on peut appeler un **statut de réserve** *(Reserveordnung)*[2984]. De manière générale, il offre une sécurité juridique et des solutions équilibrées censées prendre en compte les intérêts légitimes des parties, lorsque celles-ci ont renoncé ou omis de régler un point conventionnel[2985]. Le cas échéant, il a pour effet de favoriser la conclusion des accords.

1473 En ce sens, le droit dispositif remplit une **fonction subsidiaire**[2986], plus précisément et au premier chef, une **fonction supplétive,** en ce sens

---

2978 YUNG, op. cit. (n. 2960), p. 149.

2979 KLETT KATHRIN, Vertragsrecht und dispositives Gesetzrecht, in Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Tercier Pierre/Amstutz Marc/Koller Alfred/Schmid Jörg/Stöckli Hubert (édit.), Zurich 2004, p. 467 ; ATF 119 II 368 cons. 4b, JT 1996 I p. 274.

2980 ENGEL, Obligations, p. 105.

2981 Cf. *supra* N. 4, 1301 ss et 1457 ss et les réf. cit.

2982 Cf. *supra* N. 150 et 1306. Pour un exposé général, cf. Vol. II.

2983 Cf. ENGEL, Obligations, p. 106 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 83. Pour des exemples de la Partie spéciale, cf. art. 185 al. 1, 188 al. 1, 189, 213 al. 1, 327 et 364 al. 3 ; cf. aussi art. 19 al. 1 et 42 al. 4 LCA.

2984 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 232 ad art. 18.

2985 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 77 ; MÜLLER, Contrats, N. 15. Cf. aussi *supra* N. 1401.

2986 VON TUHR/PETER, p. 250 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 26 et 35 ; KLETT, op. cit. (n. 2979), p. 459.

que la norme applicable sert à combler une lacune du contrat considéré, par exemple lorsque vendeur et acheteur n'ont pas convenu lequel d'entre eux prendra en charge les frais de transport de la chose (art. 189 al. 1). Encore faut-il que la norme en question n'ait pas été évincée par les contractants[2987]. La fonction du droit dispositif peut aussi être **interprétative** de la volonté des parties, si la clause litigieuse manque de clarté[2988].

1474 La doctrine opère depuis quelques décennies une distinction selon que les normes dispositives le sont **absolument** ou **relativement**[2989]. Dans l'hypothèse de la première catégorie, les contractants disposent de la faculté de s'écarter de la loi par une simple manifestation de volonté, fût-elle tacite. Dans l'hypothèse de la seconde catégorie, la clause dérogatoire devra respecter une forme particulière, en général la forme écrite, censée satisfaire aux exigences de réflexion des parties et de clarté de la stipulation. Ainsi en est-il d'une convention portant sur la rétribution du travail supplémentaire (art. 321*c* al. 3) ou dérogeant au principe de l'exclusivité de l'activité de l'agent (art. 418*f* al. 3)[2990].

C. Les normes conventionnelles

1. La notion

1475 Comme déjà dit, une *summa divisio* distingue les normes contractuelles entre celles qui sont légales et d'autres qui sont conventionnelles. S'agissant de ces dernières, on parle parfois de **normes privées,** en ce sens qu'elles ne résultent pas a priori de l'ordre étatique, mais d'un accord entre les parties qui les rend obligatoires[2991]. Expression de la liberté contractuelle, en particulier celle de déterminer l'objet du contrat (art. 19 al. 1)[2992],

---

2987 KLETT, op. cit. (n. 2979), p. 463 ; HUGUENIN, N. 9 ; ATF 125 III 363 cons. 2.

2988 Sur le complètement et l'interprétation des contrats, cf. Vol. II. Sur la fonction supplétive du droit dispositif pour les contrats innommés, cf. *supra* N. 1420, 1434 et 1436.

2989 ENGEL, Obligations, p. 105 s. ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 79 ss.

2990 Cf. aussi art. 198, 340*b* al. 3, 347*a* al. 2, 360 al. 2.

2991 Sur l'effet obligatoire et le caractère relatif du contrat, cf. *supra* N. 1269 ss, 1275 ss et 1280 s.

2992 Cf. *supra* N. 1246, 1286 ss et 1296.

elles constituent la loi des parties, selon l'énoncé historique de l'emblématique art. 1134 al. 1 CCfr.[2993].

1476 Les normes conventionnelles affichent une **importance fondamentale** en droit des contrats. Dans les limites prescrites par la loi (not. art. 19 al. 2 et 20), les partenaires jouissent de la faculté de décider de leur convention, en prévoyant des règles particulières qui répondent à leurs objectifs et à leurs intérêts, quitte à s'en remettre à des modèles éprouvés par la pratique.

1477 Les normes conventionnelles peuvent épouser une forme particulière, comme la forme écrite, et faire l'objet d'un texte complet, signé par l'une et l'autre des parties. Elles peuvent aussi être consignées dans un texte fondamental – l'**accord de base** – comprenant au moins les éléments essentiels[2994]. Il n'est pas rare que ce texte renvoie à des **documents accessoires,** qui précisent le contenu de l'accord. Ainsi en va-t-il d'un dossier technique ou comptable, de plans, d'une liste de prix ou d'un cahier des charges, sans parler ici de conditions générales d'affaires. Encore faut-il que de tels documents aient fait l'objet d'une incorporation au contrat proprement dit[2995].

1478 Parmi les normes conventionnelles, on opère une **distinction** entre les normes individuelles (2.) et d'autres normes qui affichent un caractère général, quelquefois consacré par la loi (3.).

2. Les normes individuelles

1479 Les normes individuelles sont **proprement particulières,** dans la mesure où elles expriment par excellence l'autonomie de la volonté des parties. Elles sont le plus souvent l'objet de discussions, même de façon sommaire dans bon nombre de contrats manuels[2996]. Elles permettent des accommodements sur mesure, notamment dans des affaires négociées point par point. En ce sens, elles reflètent le modèle classique envisagé par le législateur aux art. 1 ss[2997]. Les contrats innommés conçus de toutes

---

2993 Art. 1103 CCfr. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », selon la version révisée restée identique.

2994 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 32 ss ad art. 2 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 196 ; ATF 103 II 190 cons. 2 et 3.

2995 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 219 s ; MÜLLER, Contrats, N. 24 s. Cf. aussi *supra* N. 1251.

2996 Cf. *supra* N. 1345.

2997 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N. 176 ad art. 1. Cf. aussi *supra* N. 60 ss.

pièces en représentent l'illustration, quand bien même les figures commerciales correspondent fréquemment à des types façonnés par la pratique ; il suffit de penser aux contrats de franchise ou de *leasing* financier[2998].

On ajoutera encore que les normes individuelles comprennent souvent des **clauses dérogatoires** au droit relativement impératif et au droit dispositif (supplétif)[2999]. 1480

3. Les normes conventionnelles à caractère général

Il s'agit de normes qui ont un **caractère général,** quelquefois consacré par la loi. Elles ont vocation de s'appliquer à un nombre indéterminé de contrats. Les conditions générales d'affaires en représentent l'exemple le plus en vue. 1481

De telles normes tendent à **compléter la loi** dans des domaines réglementés de manière indigente, tel le contrat d'entreprise (art. 363 ss). Elles proposent également des **modèles de contrat** largement diffusés par les milieux professionnels, qui ont pour effet de standardiser les relations commerciales[3000]. En ce sens, et dans une certaine mesure, on peut y voir une sorte de catégorie intermédiaire entre les normes individuelles et légales[3001]. 1482

De ce point de vue, les **contrats collectifs** passés entre des organisations représentatives d'un domaine socio-économique illustrent cette particularité systématique[3002]. Nous pensons avant tout aux CCT, propres à faire l'objet d'une décision autoritaire d'extension à tous les acteurs de la branche[3003]. Sans oublier les contrats-cadres portant sur des baux à loyers, avec en exergue le modèle romand doté d'une force obligatoire générale, caduque depuis le 1er juillet 2020[3004]. 1483

2998 Cf. *supra* N. 1395, 1409 et 1441. Cf. aussi PICHONNAZ, Rapport, p. 143.
2999 Cf. *supra* N. 1463 et 1469, et les dispositions citées.
3000 PICHONNAZ, Rapport, p. 142.
3001 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 225 et 271. Ces auteurs parlent aussi de « normes autonomes », dans le sens où elles sont élaborées par la pratique, en dehors de procédures législatives.
3002 Cf. *supra* N. 1380 et 1386.
3003 Cf. *supra* N. 1386 s.
3004 Cf. *supra* N. 1388.

1484 Quant aux **conditions générales d'affaires**, elles sont des clauses préformulées qui énoncent tout ou partie une convention. Elles ne développent en elles-mêmes pas de portée contractuelle, sauf intégration par la volonté des parties, exceptionnellement par renvoi légal. C'est dire qu'a priori elles appartiennent à la *soft law* dans leur forme classique[3005], c'est-à-dire lorsqu'elles sont rédigées par une seule partie – le fournisseur professionnel de biens et de services – ou par l'association dont il est membre[3006].

1485 Les conditions générales jouent aujourd'hui un **rôle considérable** en pratique, notamment par la prolifération des contrats d'adhésion et le développement du commerce en ligne[3007]. Elles exercent un effet régulateur indéniable dans certaines branches, en particulier dans la banque, l'assurance, le commerce de gros et de détail, la location en tous genres, les transports et les voyages, au point d'évincer le droit supplétif[3008].

1486 Nous reviendrons plus bas sur cette problématique, non sans illustrer immédiatement le phénomène par le **domaine de la construction et de la sécurité des bâtiments,** qui est révélateur du caractère ambivalent des normes en question[3009].

1487 Dans ce domaine, les règles établies par la **Société des ingénieurs et architectes** (SIA) ont connu un essor remarquable. On pense notamment à la fameuse Norme 118 sur les conditions générales pour l'exécution des travaux de construction et aux Règlements 102 et 103 visant les mandats d'architectes et d'ingénieurs[3010]. En règle générale, le TF ne voit pas dans les normes en question l'expression d'un usage[3011].

1488 Dans ce registre, on parle aussi de **normes techniques,** qui posent des exigences relatives à l'art de construire et à la sécurité des bâtiments. Elles sont le plus souvent l'œuvre d'associations privées ; parmi une multitude, on citera en exemple la Norme SIA 358 sur les garde-corps (balus-

---

3005 Sur l'exposé des conditions générales d'affaires, cf. Vol. II.

3006 Cf. *supra* N. 1306, 1318, 1370, 1481.

3007 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1119 ; MÜLLER, Contrats, N. 25.

3008 TERCIER/BIERI/CARRON, N. 228.

3009 Cf. aussi *supra* N. 1484 et les réf. cit.

3010 PICHONNAZ PASCAL/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Les normes de la construction : un état des lieux, Fribourg 2005, p. 1 ss ; STÖCKLI HUBERT, Private Baunormen – Ein Streifzug, Fribourg 2005, p. 1 ss.

3011 ATF 118 II 295 cons. 2b, JT 1993 I p. 400 ; arrêt du TF 4C.261/2005 du 9 décembre 2005 cons. 2.3. Sur les usages commerciaux, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 150 ss ; cf. aussi *supra* N. 86 ss.

trades, balcons)[3012]. Leur élaboration peut aussi être le fait d'organismes parapublics (comme le Bureau suisse de prévention des accidents ou la SUVA) et quelquefois même par des services publics[3013].

Précisons encore que la **réglementation européenne** exerce une forte influence dans la diffusion des normes techniques. Au niveau mondial, l'Organisation internationale de normalisation (ISO) a publié des milliers de normes couvrant toutes sortes de secteurs. En matière de construction, il incombe à la SIA, par délégation de l'Association suisse de normalisation, de procéder à leur implémentation dans notre pays[3014]. 1489

D. Quelques observations sur l'influence du droit public

Comme cela a été souligné à maintes reprises, on observe une influence grandissante du **droit public** sur le droit des obligations, en particulier sur le droit des contrats, qui s'ajoute à une contractualisation du droit public[3015]. 1490

Les dispositions significatives, de droit fédéral ou cantonal (art. 6 CC)[3016], jouent un rôle de régulation dans toutes sortes de domaines déjà mentionnés[3017]. Elles sont **impératives**[3018], c'est-à-dire de droit strict ou d'ordre public, au sens de l'art. 19 al. 2[3019]. En ce sens, elles posent des limites à la liberté contractuelle[3020] ; elles ont pour effet de rendre les règles civiles plus contraignantes, en y ajoutant souvent des sanctions administratives (ex. : art. 18 ss LCart ; art. 10 LSPro ; art. 25 ss LFAIE) et pénales (ex. : art. 54 ss LCart ; art. 16 ss LSPro ; art. 28 ss LFAIE)[3021]. Elles participent également à l'exercice d'interprétation des contrats. 1491

3012 WESSNER PIERRE, L'obligation de sécurité du bailleur à l'égard des usagers de l'immeuble, in 16e Séminaire sur le droit du bail, Bohnet François/Wessner Pierre (édit.), Neuchâtel/Zurich 2010, N. 40 et 48.

3013 WESSNER, op. cit. (n. 3012), N. 35 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 142, et les réf. cit. ; cf. aussi art. 6 al. 1 LSPro.

3014 WESSNER, op. cit. (n. 3012), N. 35.

3015 Cf. *supra* N. 110 ss, 160, 207, 1316 et 1465.

3016 Cf. *supra* N. 70 ss.

3017 Cf. *supra* N. 110 et 160. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 651 ; MARCHAND, Clauses contractuelles, p 35 s.

3018 ABEGG, op. cit. (n. 2953), p. 144 s. ; MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 15 et 35.

3019 Cf. N. 153, 1299 s., 1457 ss et 1467. Sur les limites posées à l'art. 19 al. 2, cf. Vol. II.

3020 Cf. *supra* N. 1300 et 1457 ss.

3021 Cf. *supra* N. 160 et 1316.

1492 L'intervention du législateur poursuit **deux objectifs** principaux[3022].

1493 Le premier objectif tend à **encadrer** des activités, soumises à autorisation et à surveillance. Outre les domaines bien connus de la banque et de l'assurance, une multitude de secteurs économiques entrent en ligne de compte, comme le transport des voyageurs (LTV), la mise sur le marché de produits thérapeutiques (LPTh) ou encore l'exercice des professions d'avocats (LLCA) et médicales (LPMed). À noter que bon nombre de normes administratives ont vocation de protéger le consommateur, par exemple en imposant aux professionnels des obligations d'information sur les prestations offertes et sur les prix exigés (ainsi : art. 16 ss LCD, LIC, OIP, LMétr)[3023].

1494 Le second objectif du législateur entend **prescrire** des comportements à certains acteurs de la vie juridique. Cet objectif vise prioritairement à protéger la sécurité et la santé des individus, et à favoriser des pratiques loyales dans les affaires[3024]. Ainsi des législations, parfois abondantes, posent de multiples injonctions et interdictions dans les domaines que sont la concurrence économique (LCD, LCart, LMP), le travail (notamment protection de la santé des travailleurs et égalité de traitement entre femmes et hommes, LTr, LEg) et la sécurité des produits (LSPro, LPTh). On peut citer aussi d'autres activités, comme l'exercice du métier d'avocat (art. 12 ss LLCA : devoirs professionnels) ou le transport des voyageurs (art. 12 ss LTV : prescriptions sur les services, horaires et tarifs).

II. La hiérarchie des normes

A. Des remarques générales

1495 La notion de hiérarchie des normes implique l'idée de supériorité et d'infériorité. Elle doit être comprise ici dans un **sens fonctionnel**[3025].

1496 Cette problématique a déjà été effleurée. S'agissant des **normes conventionnelles,** on admet qu'une norme principale (ex. : un accord de base) prime une norme accessoire (ex. : un document technique)[3026] ; en

3022 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 153 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N. 68 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 648 ss.
3023 Cf. *supra* N. 207 et 1465, *infra* N. 1531 ss.
3024 Cf. *supra* N. 110 et 1316.
3025 AUBERT JEAN-FRANÇOIS, La hiérarchie des règles, RDS 1974 II p. 193 ss.
3026 Cf. *supra* N. 1477.

cas de modification d'un point du contrat, la clause la plus récente évince une stipulation antérieure[3027]. Quant aux **dispositions légales,** le principe veut que la règle spéciale ait le pas sur la règle générale à laquelle elle déroge[3028], à tout le moins lorsque les deux règles ont été adoptées simultanément, ou lorsque la règle spéciale est postérieure à la règle générale[3029].

B. Les catégories de normes contractuelles au regard de leur hiérarchie

Les **normes contractuelles** viennent d'être définies. Elles ont fait l'objet de distinctions par leur nature et leur importance pratique, ainsi que par les effets qu'elles entraînent sur les parties. 1497

Une **première distinction** – que nous avons appelée *summa divisio* – a différencié les normes conventionnelles et les normes légales, impératives ou dispositives. 1498

Une **seconde distinction** a opposé les normes individuelles aux normes générales, hétérogènes. 1499

Au regard de leur hiérarchie, nous opérons une **classification** des normes contractuelles en quatre catégories, en partant du critère de la supériorité : 1500

1° Les **normes légales impératives**[3030] ont la priorité sur toutes les autres normes (notamment les règles légales dispositives, les normes conventionnelles individuelles et les conditions générales d'affaires). 1501

2° Les **normes conventionnelles individuelles**[3031] ont le pas sur les règles légales dispositives et sur les conditions générales d'affaires ; il en va de même des clauses dérogatoires au droit relativement impératif[3032] et des renvois contractuels aux usages commerciaux[3033]. 1502

[3027] Cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N. 298.
[3028] Cf. *supra*, N. 1451 s.
[3029] STEINAUER, TDP II/1, N. 283. Cf. aussi MÜLLER, Contrats, N. 28.
[3030] Cf. *supra* N. 1457 ss.
[3031] Cf. *supra* N. 1469 et 1479 s.
[3032] Cf. *supra* N. 1474 et 1480.
[3033] DESCHENAUX, TDP II, I, p. 160.

1503 **3°** Les **normes conventionnelles à caractère général**[3034] priment les règles légales dispositives dont il faut répéter la fonction subsidiaire et supplétive[3035]. On pense d'abord aux conditions générales d'affaires ou à des modèles contractuels ; encore faut-il que ces textes aient été incorporés à la convention considérée[3036]. On pense ensuite aux contrats collectifs passés dans le domaine du travail et de la location immobilière[3037]. Toutefois, l'extension obligatoire de leur champ d'application à tout ou partie des acteurs de la branche concernée brouille quelque peu la hiérarchie des normes ; elle rappelle la particularité systématique des contrats en question[3038]. Qu'il suffise de penser à la législation concernant les contrats-cadres de baux à loyer[3039] qui, sur autorisation du Conseil fédéral, permettait de déroger à des dispositions impératives du droit du bail (art. 3 LCBD)[3040].

1504 **4°** Les **normes légales dispositives** s'appliquent par défaut, une dérogation des partenaires étant admise.

3034 Cf. *supra* N. 1481 ss et les réf. cit.
3035 Cf. *supra* N. 1473.
3036 Cf. *supra* N. 1318, 1370, 1381 et 1384 s.
3037 Cf. *supra* N. 1386 ss.
3038 Cf. *supra* N. 1380.
3039 Cf. *supra* N. 1388 et 1483.
3040 Pour le contrat-cadre romand et ses dispositions paritaires dotées de force obligatoire, cf. BOHNET FRANÇOIS/DIETSCHY PATRICIA, in Droit du bail à loyer et à ferme – Commentaire pratique, Bohnet François/Carron Blaise/Montini Marino (édit.), 2e éd., Bâle 2016, Introd. gén. N. 8 ss. À titre de rappel, la déclaration de force obligatoire du contrat en question n'a pas été reconduite au-delà du 30 juin 2020 ; cf. *supra* N. 1388.

Chapitre II : La relation précontractuelle

Bibliographie spéciale (sans la responsabilité fondée sur la confiance) :

ANEX, JEAN, L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, thèse Lausanne 1977 ; **BAUMANN,** MAX, Vertraulichkeit und Geheimhaltung von Vertragshandlungen, RSJ 1992, p. 77 ss ; ZK-**BAUMANN**, N. 144 ss ad art. 2 CC ; **BERGER,** N. 1953 ss ; **BRUNNER,** ALEXANDER, Zur Konsumenteninformation im schweizerischen Recht, in Droit de la consommation – Liber amicorum Bernd Stauder, Thévenoz Luc/Reich Norbert (édit.), Zurich/Baden-Baden 2006, p. 51 ss ; **BUCHER,** OR, p. 277 ss. ; **CHAPPUIS,** CHRISTINE, La compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux, in Le contrat dans tous ses états, Bellanger François/Chaix François/Chappuis Christine/Lachat Héritier Anne (édit.), Berne 2004, p. 305 ss ; **CHAPPUIS**, CHRISTINE, La responsabilité pour l'information à titre professionnel : vers un droit subjectif absolu à être informé, in La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 11 ss ; **ENGEL,** Obligations, p. 184 ss, 747 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 18 N. 98 ss ; **GONZENBACH,** RAINER, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, thèse Berne 1987 ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 946 ss, 962*a* ss, 989 ss ; **HARTMANN,** STEPHAN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, klassiches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, thèse Fribourg 2001 ; **HEHLI,** CHRISTOPH, Die alternativen Rechtsbehelfe des Käufers unter besonderer Berücksichtigung der Haftung aus der culpa in contrahendo, thèse Lucerne, Zurich/Bâle/Genève 2008 ; **HUGUENIN,** N. 1524 ss ; **KOLLER,** N. 27.01 ss, 28.01 ss ; BK-**KRAMER,** N. 5 ss ad art. 22 ; **KRAMER/PROBST,** N. 124 ss ; BK-**KRAMER/SCHMIDLIN,** Introd. gén. N. 61 ss, 132 ss ; **KUHN,** MORITZ, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Erteilung, RSJ 1986, p. 346 ss ; **KUONEN,** NICOLAS, La responsabilité précontractuelle, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2007 ; **KUONEN,** NICOLAS/**LIÉGEOIS,** FABIEN, Rupture des négociations et perte d'une chance de conclure, SJ 2008 II p. 249 ss ; **LÜCHINGER,** NIKLAUS, Schadenersatz im Vertragsrecht, thèse Fribourg 1999 ; **MABILLARD,** RAMON, Gesellschaftrechtliche Aspekte der Vertragsverhandlung – Eine Untersuchung der Culpa in contrahendo, thèse Fribourg, Bâle/Genève/Munich 2004 ; **MARCHAND,** Clauses contractuelles, p. 49 ss ; **MERZ,** Vertrag, N. 118 ss ; **MONN,** VALENTIN, Die Verhandlungsabrede, thèse Fribourg, Zurich 2010 ; CoRo-CO I-**MORIN,** N. 120 ss ad art. 1 ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 295 ss ; **PIOTET,** PAUL, Culpa in contrahendo, Berne 1963 ; **PIOTET,** PAUL, Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle, RDS 1975 I p. 253 ss ; **PIOTET,** PAUL, Développement récents de la théorie de la culpa in contrahendo, in Mélanges Guy Flattet, Dutoit Bernard/Hofstetter Joseph/Piotet Paul (édit.), Lausanne 1985, p. 363 ss ; **RISKE,** OLIVIER, La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit européen, thèse Neuchâtel, Bâle 2016 ; **ROUILLER,** NICOLAS, Culpa in contrahendo et liberté de rompre les négociations : existe-t-il des devoirs précontractuels hors de l'obligation d'information ? L'identité exacte du devoir violé et ses conséquences, JT 2006 I p. 163 ss ; **SCHLOSSER,** RALPH, Les lettres d'intention : portée et sanction des accords précontractuels, in Responsabilité et assurance. Études en l'honneur de Baptiste Rusconi, Lausanne 2000, p. 345 ss ; ZK-

SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 566 ss, N. 583 ss ad art. 1 ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 47.01 ss ; **STEINAUER,** TDP II/1, N. 536 ss, 549 ss, 1481 ss ; **TERCIER,** PIERRE, La culpa in contrahendo, in Premières journées yougoslavo-suisses, Zurich 1984, p. 225 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 638 ss, 676 ss ; CoRo-CO I-**THÉVENOZ,** Intro. art. 97-109, N. 19 ss ; **VON TUHR/PETER,** p. 181 ss ; **VIGNERON-MAGGIO-APRILE,** SANDRA, L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2006 ; **WALTER,** HANS-PETER, La responsabilité fondée sur la confiance et le devoir d'information : 10 ans après, in La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Genève 2009, p. 153 ss ; **WESSNER,** PIERRE, Quelques figures libres et imposées du devoir d'information durant la période précontractuelle : user, abuser, méduser, in Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 513 ss ; **WIDMER,** CORINNE, Umfang des Schadenersatzes bei nicht zur Perfektion gelangten Verträge : dargestellt anhand der Willensmängel und des Abbruchs der Vertragsverhandlungen, thèse Bâle 2003 ; **WYLER,** RÉMY/**HEINZER,** BORIS, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, p. 54 ss, 324 ss ; BaK-OR I-**ZELLWEGER-GUTKNECHT,** Introd. art. 1 ss, N. 88 ss.

§ 1 Les pourparlers précontractuels

I. La notion et le fondement

A. La notion

1505 Hormis bon nombre d'opérations courantes de la vie quotidienne[3041], la plupart des contrats – peu importe leur sort – font l'objet d'une **négociation préliminaire** entre les interlocuteurs ou leurs représentants. Ainsi en est-il en particulier d'affaires complexes, qui portent sur la fourniture de biens et de services et dont la validité est soumise à une forme particulière[3042].

1506 De telles figures représentent des **contrats de discussion.** Elles s'inscrivent dans le modèle classique, dont le législateur a réglé le mécanisme de conclusion aux art. 3 à 10 du Code[3043].

3041 Cf. *supra* N. 1344 s. et 1349.

3042 ENGEL, Obligations, p. 185 ; HUGUENIN, N. 1525. Cf. aussi *supra* N. 1343, 1346 ss, 1355, 1375 s., 1395.

3043 Cf. *supra* N. 1309, 1368 et 1479. Sur la durée et le déroulement des pourparlers, cf. not. KUONEN NICOLAS, La responsabilité précontractuelle, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2007, N. 741 ss.

La **phase des pourparlers** commence au plus tard lors du dépôt de l'offre par l'un des partenaires. Elle s'achève soit par la rupture des négociations, soit par la conclusion du contrat. C'est déjà dire que, sauf obligation légale ou contractuelle de conclure[3044], chaque partie est en droit de mettre fin aux tractations, même sans en fournir la justification[3045]. Dans le but de prévenir le caractère aléatoire et désécurisant d'une telle situation, il n'est pas rare qu'un contrat de négociation encadre la phase des pourparlers ; nous y reviendrons[3046]. 1507

B. L'importance cardinale du principe de la bonne foi

De l'avis quasi unanime, les pourparlers créent entre les sujets impliqués une relation juridique spéciale *(rechtliche Sonderverbindung),* plus précisément un **rapport particulier de confiance** qui leur impose des devoirs spécifiques de diligence et de loyauté[3047]. 1508

Cette relation trouve son fondement dans le **principe fondamental de la bonne foi** (art. 2 al. 1 CC). En ce sens, les règles de la bonne foi expriment tout à la fois une fonction limitative de la liberté contractuelle dévolue aux interlocuteurs[3048] et une « fonction complétive » de la loi dans les cas où ceux-ci n'ont pas passé un contrat de négociation[3049]. Elles génèrent des devoirs qui, en eux-mêmes, sont généraux, mais qui deviennent significatifs lorsqu'ils se concrétisent dans un rapport de personne à personne. Comme tel, le principe ancré à l'art. 2 al. 1 CC ne constitue pas une source d'obligations. Il se limite à imposer des devoirs de comportement dans l'exercice d'obligations et de droits préexistants. Sauf exception, il ne 1509

3044 Sur l'obligation de conclure, cf. Vol. II.

3045 ATF 105 II 75 cons. 2a, JT 1980 I p. 66 ; arrêt du TF 4A_615/2010 du 14 janvier 2011 cons. 4.1.1, JT 2012 II p. 259. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 947 et 989 ss ; CoRo-CO I-MORIN, N. 121 s. ad art. 1.

3046 Cf. *infra* N. 1516 ss.

3047 ATF 120 II 331 cons. 5a, JT 1995 I p. 359 ; 130 III 345 cons. 2.2, JT 2004 I p. 207 ; 134 III 39 cons. 4.3.2, JT 2010 I p. 143. Cf. aussi MERZ, Vertrag, N. 118 ; STEINAUER, TDP II/1, N. 538 et 549 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 128 ss ad art. 1 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 462 ; un courant minoritaire de la doctrine voit dans la relation précontractuelle une relation sociale de fait, comme KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1304 ss.

3048 TERCIER/PICHONNAZ, N. 640 et 676 ; ZK-BAUMANN, N. 161 ad art. 2 CC ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 464 et 1190. Cf. aussi § 311 al. 1 BGB, art. 1337 CCit.

3049 STEINAUER, TDP II/1, N. 536.

représente pas non plus une norme protectrice dans le droit délictuel de la responsabilité[3050].

II. La culpa in contrahendo

A. Une institution prétorienne

1510 La contravention fautive – fût-ce par négligence – aux devoirs précontractuels est propre à engendrer une créance compensatoire à l'encontre de l'auteur. Une telle responsabilité fondée sur une *culpa in contrahendo,* selon l'appellation usuelle, est indépendante du sort du contrat. C'est dire qu'elle peut trouver application même en cas de conclusion de la convention. Il n'empêche qu'elle est surtout significative dans l'hypothèse où la négociation a été rompue contrairement aux règles de la bonne foi, au détriment d'un partenaire privé des moyens du droit contractuel.

1511 La responsabilité précontractuelle a fait l'objet, ici et là, d'innombrables controverses, en balançant notamment entre les régimes réparatoires contractuel (art. 97 ss, qui sanctionnent la violation d'un devoir relatif découlant d'un rapport particulier consenti) et délictuel (art. 41 ss, qui sanctionnent la transgression d'un devoir général s'imposant à chacun). Constatant implicitement l'existence d'une lacune de la loi, le TF en fait un **chef d'imputation autonome** d'un troisième type, rattaché aux règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC)[3051]. Depuis quelques décennies, la *culpa in contrahendo* est entrée dans le concept allemand plus large de **responsabilité fondée sur la confiance,** auquel elle a servi de modèle[3052]. La jurisprudence semble aujourd'hui stabilisée, quand bien même les débats sur le fondement dogmatique et sur les modalités de l'action réparation demeurent tenaces[3053].

3050 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 114 s., N. 574 s. ad art. 1 ; PIOTET PAUL, Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle, RDS 1975 I p. 255 s. ; OFTINGER/STARK, II/1, § 16 N. 114 ; BK-BREHM, N. 53 ss ad art. 41 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1190 et 1196 ; ATF 108 II 305 cons. 2b, JT 1983 I p. 609 ; 121 III 350 cons. 6b ; 124 III 297 cons. 5c, JT 1999 I p. 269.

3051 Cf. *infra* N. 1571 ss.

3052 Pour le répertoire des arrêts publiés, cf. *infra* N. 1641 s.

3053 BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 92b et c. Cf. *infra* N. 1641 ss, 1685 ss.

La théorie de la *culpa in contrahendo* a été élaborée par VON IHERING[3054]. L'auteur part de l'idée que chaque sujet impliqué dans des pourparlers s'engage à conclure un contrat valable, notamment un contrat dépourvu d'une erreur fautive portant préjudice à l'interlocuteur. Il donne une **orientation contractuelle** à l'obligation de réparer, compte tenu de la conception étroite du délit civil et de la volonté de circonscrire la portée de la responsabilité pour faute principalement aux cas où le partenaire, qui a cru à la conclusion d'une convention dénuée de vice, mérite protection. 1512

La théorie de VON IHERING exercera une influence décisive lors des codifications entreprises à la fin du XIX^e^ siècle. Les Codes suisses de 1881 et de 1911 ne la consacrent pas expressément. Mais notre cour suprême y donne son aval au début du XX^e^ siècle[3055]. Dans son principe, l'institution bénéficie de nos jours d'une **reconnaissance générale**[3056]. D'ailleurs, le législateur la prend en considération dans des cas particuliers prévus dans le CC (art. 19*b* al. 2, 452 al. 3) et dans le CO (art. 26, 36 al. 2 et 39)[3057]. Ces dispositions présentent une caractéristique commune : elles supposent la conclusion d'un contrat, qui se révèle par la suite vicié, au point de décevoir la confiance légitime investie par le partenaire lésé[3058]. Ainsi en est-il lorsqu'un individu se donne faussement pour capable (art. 19*b* al. 2 CC). 1513

B. Quelques précisions

La *culpa in contrahendo* ne constitue pas la seule sanction à la violation des devoirs précontractuels. En ce sens, il est possible que le comportement répréhensible représente un **acte dommageable illicite** (art. 41) 1514

3054 VON IHERING RUDOLF, *Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträge, in Gesammelte Aufsätze I, Jena 1881, p. 327 ss. Sur la description de la théorie, cf. not. BUCHER, OR, p. 278 s. ; TERCIER PIERRE, La *culpa in contrahendo*, in Premières journées yougoslavo-suisses, Zurich 1984, p. 225 s. ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 55 ss ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 89 ss ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 521 ss, 616 et 676 ss.

3055 ATF 36 II 193 cons. 4. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 963 ; HUGUENIN, N. 1529.

3056 MERZ, Vertrag, N. 118 ; STEINAUER, TDP II/1, N. 555 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 136 ad art. 1.

3057 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 963 ; HUGUENIN, N. 1529 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 300.

3058 KOLLER, N. 28.03.

ou un **dol** qui permette à la partie qui en est victime d'invalider la convention et de demander réparation à l'auteur (art. 28 et 31)[3059].

1515 Certaines prévisions législatives interfèrent dans le processus des pourparlers précontractuels. Les plus significatives touchent la conclusion de **contrats de consommation.** On pense par exemple à la réglementation inscrite aux art. 40*a* ss régissant le droit de révocation d'opérations démarchées en dehors du lieu de l'établissement du fournisseur de certains biens et services[3060] ; de même au devoir renforcé d'information imposé à certaines catégories de professionnels[3061].

III. L'encadrement contractuel des pourparlers

A. Une introduction

1516 Dans la vie des affaires, il est fréquent que les parties conviennent par écrit du déroulement des négociations précontractuelles, lorsque celles-ci s'avèrent complexes et durables. Il faut y voir un double souci de **prévisibilité** et de **sécurité.** D'une part, il s'agit de marquer les intentions des partenaires et de définir l'objectif de leurs pourparlers. D'autre part, il peut se révéler opportun de contenir le droit réservé en principe à chaque interlocuteur de mettre fin aux tractations en tout temps, même sans fournir de justification[3062].

1517 La phase précontractuelle peut être ponctuée de **divers actes,** qui vont de l'engagement d'honneur *(gentlemen's agreement),* dépourvu a priori de tout effet obligatoire[3063], à la promesse de contracter qui oblige les parties à passer un contrat principal[3064].

1518 Dans ce domaine, on observe que les instruments et les figures conçus par la pratique – sauf la promesse de contracter, art. 22 – ne font pas l'objet d'une compréhension unanime ; la terminologie est caractérisée

---

3059 ENGEL, Obligations, p. 752 ; KOLLER, N. 28.02, qui cite aussi des particularités du droit de la vente, telles celles prévues aux art. 199 et 203. Cf. aussi *infra* N. 1549 ss et 1628 ss.
3060 TERCIER/PICHONNAZ, N. 642.
3061 Cf. *supra* N. 1304 ss et 1317, *infra* N. 1531 ss.
3062 Cf. *supra* N. 1507.
3063 KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1010 ss.
3064 Sur la promesse de contracter, cf. Vol. II.

par une certaine inconstance[3065]. Et il n'est pas rare que le degré d'engagement exprimé dans un document précontractuel oblige à recourir à l'interprétation. La **lettre d'intention** constitue un exemple parlant. Couramment utilisée, elle déclare la volonté ferme d'un ou des partenaire(s) d'initier des négociations en vue de la conclusion d'un contrat (avec la sanction éventuelle d'une *culpa in contrahendo*). En principe, elle n'emporte pas une obligation de contracter sauf à y voir une promesse[3066].

Il n'est pas question d'examiner ici les **différents instruments** auxquels recourt la pratique lors de négociations contractuelles. Nous nous bornerons à quelques remarques succinctes sur le contrat de négociation, qui par excellence a vocation à encadrer les pourparlers. 1519

B. Le contrat de négociation

Le contrat de négociation *(Verhandlungsvertrag)* représente une convention qui régit de façon plus ou moins complète le **déroulement et les modalités des pourparlers** qu'entendent mener des personnes en vue de la conclusion éventuelle d'un contrat principal. On parle parfois d'accord-cadre de négociation *(Vorfeldsvereinbarung)*[3067]. Un tel préalable s'impose dans des affaires marquées par de gros enjeux financiers, qui se veulent discrètes, tels un transfert de technologie ou de patrimoine entre deux entreprises, un *joint venture* portant sur la mise au point d'un médicament ou encore un accord de coassurance couvrant un risque considérable[3068]. 1520

[3065] BK-KRAMER, N. 54 ad art. 22 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 856 ; MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 49 ; MONN VALENTIN, Die Verhandlungsabrede, thèse Fribourg, Zurich 2010, N. 357, 361 s. et 434.

[3066] BK-KRAMER, N. 56 ad art. 22 ; MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 49 s. ; SCHLOSSER RALPH, Les lettres d'intention : portée et sanction des accords précontractuels, in Responsabilité civile et assurance. Études en l'honneur de Baptiste Rusconi, Lausanne 2000, p. 351, 356 s. et 360 ; arrêt du TF 4C.409/2005 du 21 mars 2006 cons. 2.3.

[3067] MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 51 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 322 et N. 258 ad art. 1.

[3068] KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 876 ; TERCIER/PICHONNAZ (N. 640 et 676) soulignent qu'un contrat de négociation est indispensable en cas d'appel d'offres.

1521 Le contrat de négociation est un **contrat innommé**[3069]. Il confère un caractère contractuel à la relation précontractuelle. Le devoir général de bonne foi (art. 2 al. 1 CC), inhérent aux pourparlers[3070], se trouve ici renforcé par plusieurs obligations spéciales, dont certaines commandent un résultat, comme le sont les devoirs de confidentialité ou d'exclusivité[3071]

1522 L'**objet principal** du contrat porte sur l'ouverture, la poursuite et le terme des pourparlers. En principe, aucune des parties ne saurait en déduire le droit de conclure un contrat principal, en faisant valoir une option unilatérale ou une promesse de contracter[3072].

1523 Le contrat de négociation peut contenir une **multitude de stipulations** imposant des devoirs particuliers aux parties. Nous nous bornerons à dresser un inventaire des clauses les plus fréquentes[3073], soit :

- la **clause de confidentialité** (devoir de ne pas divulguer à des tiers des éléments relevant de l'objet du contrat ; cf. art. 5 LCD) ;
- la **clause d'information réciproque** (devoir de renseigner l'autre partie sur des faits significatifs, souvent consignés dans des documents techniques, comptables ou juridiques) ;
- la **clause d'exclusivité** (interdiction de mener des pourparlers parallèles avec des tiers) ;

3069 CoRo-CO I-MORIN, N. 123 ad art. 1. Contrairement à l'avis d'une partie de la doctrine (ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 569 ad art. 1 ; MABILLARD RAMON, Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Vertragsverhandlungen – Eine Untersuchung der Culpa in contrahendo, thèse Fribourg, Bâle 2004, p. 111 ss), il nous paraît erroné de ranger la relation précontractuelle dans un contrat de société (art. 530 ss), compte tenu de l'existence d'intérêts antagonistes entre les parties et du fait que les règles sur la fin de la société (art. 545 ss) semblent en l'occurrence inadaptées ; cf. KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1135 ss ; MONN, op. cit. (n. 3065), N. 359 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1186 ss.

3070 Cf. *supra* N. 1508 s.

3071 KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 903 et 907. Sur les obligations de moyens et de résultat, cf. *supra* N. 367 ss.

3072 BK-KRAMER, N. 61 s. ad art. 22 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 123 s. ad art. 1 ; MONN, op. cit. (n. 3065), N. 148 ss.

3073 Cf. sur ce point BK-KRAMER, N. 61 ad art. 22 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 883 ss ; CoRo-CO I-MORIN, N.125 ad art. 1 ; MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 51 s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 985 ss.

– la **clause de répartition des frais** (ex. : ceux liés à des déplacements ou à des études conduites par un spécialiste, qu'il s'agisse d'un avocat fiscaliste ou d'un architecte de la construction ; faute d'un tel accord, les partenaires se partagent à parts égales les frais engagés conjointement, chacun d'eux gardant à sa charge ses dépenses personnelles[3074]. Cette précision est d'importance lorsque l'auteur d'un devis ou d'un projet ne se fait pas confier l'affaire[3075]. Tout au plus faut-il réserver l'éventualité où un entrepreneur mène une étude préliminaire allant bien au-delà des travaux nécessaires à l'établissement d'une simple offre. On admettra alors l'existence d'un contrat, exprès ou tacite, à défaut, celle d'un enrichissement illégitime (art. 62 ss) ou d'une gestion d'affaires imparfaite (art. 423) si l'autre partie a utilisé de mauvaise foi la prestation à son profit[3076].

1524 En cas de **violation d'une obligation** découlant d'un contrat de négociation, la réglementation générale en la matière trouve application (art. 97 ss). Le plus souvent, c'est la réparation d'un préjudice qui sera invoquée, tant s'avère illusoire l'exécution forcée de telle prestation de faire (ex. : poursuivre des négociations) ou de ne pas faire (ex. : s'abstenir de mener des pourparlers parallèles)[3077]. Précision : le cas échéant, le débiteur est tenu à des dommages-intérêts positifs, qui consistent à replacer le créancier dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté (ex. : si des secrets d'affaires n'avaient pas été divulgués à des tiers). On ne saurait donc arguer du préjudice lié à une responsabilité précontractuelle, qui est en principe négatif[3078]. La difficulté à chiffrer l'indemnisation incite souvent les cocontractants à prévoir une clause pénale (art. 160 ss) dans leur convention[3079].

3074 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 580 s. ad art. 1.

3075 ATF 119 II 40 cons. 2a et b. Il faut réserver l'hypothèse d'une *culpa in contrahendo* à l'encontre de l'autre partie.

3076 ATF 119 II 40 cons. 2b et d, ainsi que la note de TERCIER DC 4/93, p. 101. Cf. aussi arrêt du TF 4A_42/2010 du 19 mars 2010 cons. 2.1, ainsi que la note de PICHONNAZ, DC 1/2010, p. 59 ; de même CoRo-CO I-HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, N. 2 et 14 ad art. 423.

3077 KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 923 ss ; CoRo-CO I-MORIN, N. 126 ad art. 1.

3078 Cf. *infra* N. 1605 ss. Cf. aussi MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 51.

3079 BK-KRAMER, N. 62 ad art. 22 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 934.

§ 2 Les devoirs précontractuels

I. Le devoir général de loyauté et de diligence

1525 La relation précontractuelle impose aux interlocuteurs des devoirs de loyauté et de diligence, dont la vocation est générale[3080]. Comme déjà mis en évidence, leur fondement trouve son assise dans le **principe de la bonne foi** (art. 2 al. 1 CC)[3081].

1526 Les **devoirs spécifiques** qui en découlent sont multiples. Nous les rangerons dans trois catégories, soit le devoir de se comporter sérieusement, le devoir de renseigner et le devoir de ne pas porter atteinte aux droits absolus du partenaire. Dans une certaine mesure, les devoirs en question s'ébauchent sur les modèles des devoirs accessoires contractuels[3082] ; autre est la sanction en cas de violation : l'indemnisation de la personne lésée obéit à des régimes différents, précontractuel ou contractuel, éventuellement délictuel.

1527 La **distinction** entre les devoirs discutés ici ne s'avère pas toujours franche. Ainsi le devoir d'information interfère dans le champ d'application du devoir de se comporter de façon sérieuse, par exemple dans le cas où la personne concernée tait sa volonté de ne pas conclure[3083].

II. Les devoirs spécifiques

A. Le devoir de se comporter sérieusement

1528 De l'avis unanime, chaque partie est tenue de négocier conformément à ses **véritables intentions et aptitudes.** En clair, elle ne saurait engager ou poursuivre des tractations sans avoir la volonté ou la capacité (ainsi art. 19*b* al. 2 CC) ou encore le pouvoir (ainsi art. 39 al. 2) de contracter. Autrement dit, elle est malvenue d'éveiller chez l'autre « l'espoir

---

3080 BK-KRAMER, N. 19 ad art. 22 ; ATF 120 II 331 cons. 5a, JT 1995 I p. 359.

3081 Cf. *supra* N. 1508 s. et les réf. cit. À noter que KUONEN, op. cit. (n. 3043) N. 1432, juge superflu le recours au principe de la bonne foi.

3082 MERZ, Vertrag, N. 120. Cf. aussi *supra* N. 334 ss.

3083 ROUILLER NICOLAS, *Culpa in contrahendo* et liberté de rompre les négociations : existe-t-il des devoirs précontractuels hors de l'obligation d'information ? L'identification exacte du devoir violé et ses conséquences, JT 2006 I p. 170 et 177.

illusoire qu'une affaire sera conclue »[3084]. Comme déjà dit, elle reste pourtant libre de mettre fin aux pourparlers[3085]. Le cas échéant, une telle décision ne peut engendrer une *culpa in contrahendo* que dans des circonstances exceptionnelles[3086].

1529 La volonté de se comporter sérieusement implique au premier chef le devoir de **préparer la négociation,** de manière à afficher des intentions suffisamment claires. À cet effet, on attend de chaque participant qu'il s'informe sur les éléments accessibles de la convention visée[3087]. Celui d'entre eux qui négligerait une telle exigence et entendrait finalement invalider l'acte en raison d'un consentement vicié (art. 26 et 31) pourrait devoir indemniser l'autre, en se faisant imputer une *culpa in contrahendo*[3088].

1530 La volonté de se comporter sérieusement implique également l'obligation de ne pas procéder à des **discussions vouées à l'échec**. On pense à un contrat qui se révélerait nul quant à son objet (art. 20), par exemple lorsque la livraison d'une chose individualisée s'avère pratiquement impossible en raison de sa destruction accidentelle, ou illicite en raison de sa provenance (ainsi un recel)[3089]. On peut aussi songer au cas où l'un des partenaires donne sans réserve son accord à une convention formelle, en refusant postérieurement de respecter l'exécution de la forme prescrite, sans raison pertinente ou pour une raison dissimulée[3090]. Certes il convient de réserver l'hypothèse où

3084 ATF 77 II 135 cons. 2a ; 140 III 200 cons. 5.2, JT 2014 II p. 401. Cf. aussi ATF 105 II 75 cons. 2a, JT 1980 I p. 66 : succursale bancaire qui discute en vain pendant des mois d'octroi de crédits à des clients d'une entreprise, alors qu'elle est privée de la compétence de signer ; arrêt du TF 4A_615/2010 du 14 janvier 2011 cons. 4.1, JT 2012 II p. 259. Cf. aussi KOLLER, N. 28.08 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 951 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 535.

3085 Cf. *supra* N. 1507 et les réf. cit.

3086 BK-KRAMER, N. 13 ad art. 22 ; ROUILLER, op. cit. (n. 3083), p. 163 ; arrêt du TF 4C.409/2005 du 21 mars 2006 cons. 3.2. Cf. aussi *infra* N. 155 et 1562.

3087 TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 232 s. ; ROUILLER, op. cit. (n. 3083), p. 174 ss ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 585 et 588.

3088 CoRo-CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, N. 3 ad art. 26 ; BK-KRAMER, N. 26 ad art. 22 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1504 ss.

3089 KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1465 et 1502 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 132 ad art. 1 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 94 ; ATF 36 II 193 cons. 4 : choses interdites au commerce.

3090 BUCHER, OR, p. 281 s ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 583 et 953 ; ROUILLER, op. cit. (n. 3083), p. 173 ; arrêt du TF du 29 octobre 2001 cons. 3a, SJ 2002 I p. 164 ; TC Valais, 18 janvier 1996, RVJ 1996, p. 232 cons. 6a (dissimulation par l'acheteur immobilier de sa capacité financière). Cf. aussi arrêt du TF 4A_313/2019 du 19 mars 2020 cons. 4.2 et 3, et note Blaise CARRON in DB 2020 N. 1 (en l'espèce, pas de violation du devoir retenue).

la forme solennelle tend à éviter des engagements irréfléchis, comme lors de la passation d'actes immobiliers[3091]. Au surplus doit-on préciser qu'il n'y a aucune place pour une *culpa in contrahendo* lorsque les contractants sont l'un et l'autre conscients d'un vice de forme[3092].

B. Le devoir de renseigner le partenaire

1. Le principe et sa justification

1531 En règle générale, chaque partenaire est tenu de renseigner correctement l'autre « **dans une certaine mesure,** sur les circonstances propres à influencer sa décision de conclure le contrat ou de le conclure à certaines conditions »[3093].

1532 Ce devoir revêt une **importance primordiale** dans la phase de négociation, où l'on observe que les exigences se sont accrues au fil du temps. Cette tendance se manifeste au-delà des mandats classiques à l'égard des fournisseurs professionnels de biens et de services en tous genres[3094]. Elle s'exprime de manière particulière, impérative et formaliste, dans les contrats de consommation appréhendés par le législateur[3095]. C'est

---

3091 Arrêt du TF 4A_615/2010 du 14 janvier 2011 cons. 4.1.2, JT 2012 II p. 259. Dans un arrêt récent, le TF confirme sa jurisprudence, selon laquelle une partie ne commet pas un abus de droit, en invoquant la nullité pour vice de forme d'un précontrat de vente immobilière non exécuté (ATF 140 III 200 cons. 4, JT 2014 II p. 401).

3092 CoRo-CO I-XOUDIS, N. 48 ad art. 11 ; ATF 106 II 41 cons. 5.

3093 ATF 92 II 328, 333 ; 105 II 75 cons. 2a, JT 1980 I p. 71 ; arrêt du TF 4C.247/2005 du 17 mars 2005 cons. 3.1, JT 2006 I p. 163. Cf. aussi KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1354 et 1511 ; HUGUENIN, N. 1543.

3094 BK-KRAMER, N. 28 et 33 ad art. 22 ; WESSNER, op. cit. (n. 288), N. 3 et 9 ss. Cf. not. plusieurs contributions répertoriées dans l'ouvrage collectif, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Zurich 2009. Cf. aussi *supra* N. 171, 212 et 346.

3095 Cf. *supra* N. 201 et 1306 ss. Cf. aussi VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA, L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, thèse Genève, Bruxelles/Zurich 2006 ; BRUNNER ALEXANDRE, Zur Konsumenteninformation im schweizerischen Recht, in Droit de la consommation – Liber amicorum Bernd Stauder, Thévenoz Luc/Reich Norbert (édit.), Zurich/Baden-Baden 2006, p. 51 ss. Au niveau européen, le texte emblématique est la Directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, qui accentue le devoir d'information imposé au professionnel, notamment dans les contrats à distance et qui généralise le droit de rétractation du client. Cf. *supra* N. 213 et 629, *infra* N. 184, 214 et 1317. Sur le droit de révocation du contrat, cf. Vol. II.

évidemment un **souci de transparence** qui nourrit le phénomène, plus spécialement celui de favoriser un consentement acquis en connaissance de cause et dépourvu de vice. Le besoin de protection de la partie réputée faible n'est pas absent des préoccupations en question, y compris la volonté d'en faire une actrice avisée de la vie des affaires[3096].

2. Le fondement

1533 À l'instar de la relation précontractuelle qui en constitue la base, le devoir de renseigner est le plus souvent fondé sur le principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC)[3097]. Il y a pourtant lieu de réserver l'existence d'un contrat de négociation[3098], et surtout quelques **dispositions légales,** sans parler des normes déontologiques d'associations professionnelles et de prescriptions de droit administratif déjà mentionnées (art. 16 ss LCD, LIC, OIP, LMétr, LDAI)[3099].

1534 Les règles les plus significatives sont influencées par le **droit de la consommation européen,** qui imposent l'utilisation d'une forme écrite pointilliste, comme il en va dans les contrats de crédit à la consommation (art. 9, 15 s. et 37 LCC) et de voyages à forfait (art. 3 ss et 9 LVF) ou dans des opérations offrant des biens et des services en dehors de l'établissement du fournisseur (art. 40*a* ss) ou au moyen du commerce électronique (art. 3 al. 1 let. *s* LCD). Dans ces hypothèses, les points sur lesquels porte l'information sont précontractuels dans un premier temps, puis, le cas échéant, contractuels[3100].

1535 D'autres dispositions poursuivent également un objectif de **protection d'une partie.** Ainsi en est-il des nouveaux art. 3 et 3*a* LCA et des normes qui régissent le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406*a* ss).

1536 La violation du devoir d'information prévu à l'art. 381 al. 3 peut ouvrir la voie à la *culpa in contrahendo*[3101]. En revanche, l'hypothèse en-

---

3096 Cf. *supra* N. 171, 197, 210, 1305 ss et 1317.
3097 Cf. *supra* N. 1509 et 1525.
3098 Cf. *supra* N. 1516 ss.
3099 Cf. *supra* N. 1315 s., 1465 et 1493. Cf. aussi BK-MÜLLER, Introd. N. 320 ; HUG, op. cit. (n. 393), N. 864 ss.
3100 TERCIER/PICHONNAZ, N. 685 ; WESSNER, op. cit. (n. 288), N. 35.
3101 CoRo-CO I-CHERPILLOD, N.13 ad art. 381.

visagée à l'art. 5 al. 3 doit être comprise dans le sens d'une incombance, et non de la violation d'un devoir précontractuel[3102].

3. Le contenu

1537 Le devoir de renseigner *(Aufklärungspflicht)* est essentiel à la relation précontractuelle. On n'y voit pourtant pas un devoir uniforme. La jurisprudence et la doctrine ne laissent de sermonner que chacun est le gardien de ses propres intérêts. C'est bien d'un **devoir à géométrie variable** qu'il faut parler[3103].

1538 Comme déjà énoncé[3104], le devoir en question doit s'exercer **correctement** et, dans une certaine mesure, même spontanément. On en déduit qu'il portera sur les circonstances propres à influencer la décision de l'interlocuteur de conclure le contrat ou de le conclure à certaines conditions. Il s'agit de circonstances d'une certaine importance, que le partenaire ne connaît pas ou n'est pas tenu de connaître[3105]. Elles dépendent notamment de la nature du contrat négocié (la durabilité et la personnalisation des prestations accentuent les exigences), de même que de la qualité des parties (professionnels, concurrents, profanes) et des connaissances dont elles peuvent se prévaloir[3106] (comme celles attribuées aux « mandataires classiques », et aussi, p. ex., à des commerçants de l'informatique ou du marché de l'art). Concrètement parlant, le vendeur ou le bailleur d'une surface commerciale n'a pas à révéler les composantes du prix discuté ou les exigences de la forme authentique de l'acte ; en revanche, il est tenu de dévoiler l'installation d'un commerce concurrent ou le projet d'un gros chantier de construction dans le voisinage.

3102 KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 839 et 1498.

3103 ATF 92 II 328 cons. 3b ; 106 II 36 cons. 5 ; BK-KRAMER, N. 23 ad art. 22 ; KOLLER, N. 28.14 ; WESSNER, op. cit. (n. 288), N. 9 ss.

3104 Cf. *supra* N. 1531 et les réf. cit.

3105 ATF 102 II 81 cons. 2, JT 1977 I p. 210 ; 116 II 431 cons. 5, JT 1991 I p. 45 ; 125 III 86 cons. 3c, JT 2001 I p. 73 ; arrêt du TF 4A_42 2021 cons. 5.3 (vente impliquant un courtier dans le commerce de l'art) ; BK-KRAMER, N. 23 ad art. 22 ; GONZENBACH RAINER, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, thèse Berne 1987, p. 104 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1496 et 1501 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 957 s.

3106 ATF 102 II 81 cons. 2, JT 1977 I p. 210 ; 105 II 75 cons. 2a, JT 1980 I p. 66 ; 116 II 431 cons. 3a, JT 1991 I p. 45 ; MERZ, Vertrag, N. 124 ; HUGUENIN, N. 1546 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 592.

Ainsi l'**examen de la jurisprudence** enseigne qu'un concessionnaire téléphonique n'a pas à informer de son propre chef un abonné des coûts du service du « téléphone rose »[3107] ; il en va de même d'un proposant d'assurance, qui est dispensé de rappeler à l'assureur des éléments provenant de contrats ou de sinistres antérieurs[3108]. En revanche, un devoir d'information s'impose à une société de courtage portant sur des opérations boursières que projette un client[3109], à la personne qui est intéressée à un achat immobilier[3110] ou à l'exploitant d'un garage sur le coût de réparation d'un camion, au regard de l'avantage escompté[3111]. 1539

Dans le prolongement, chaque partie est tenue d'adopter un comportement évitant la survenance d'un **vice du consentement** (art. 23 ss), propre à compromettre l'existence du contrat discuté[3112]. Une telle obligation implique à l'évidence celle de ne pas tromper le partenaire, en lui fournissant de faux renseignements, par exemple en fourvoyant l'acheteur d'une voiture sur l'année de fabrication[3113] ou le locataire par une surévaluation abusive du rendement du commerce remis à bail[3114]. Elle implique également le devoir de détromper le partenaire, c'est-à-dire de redresser une erreur qu'il pourrait commettre en rapport avec un point essentiel de la convention discutée, telle la nature d'un placement d'épargne auprès d'une banque[3115] ou l'ignorance de la démission d'un dirigeant d'une société qui avait conduit jusqu'alors la négociation[3116]. Une telle obligation contraint à répondre aux questions de l'interlocuteur, mais non à découvrir des égarements portant sur des points qu'il incombe à ce dernier d'investiguer[3117]. 1540

Des questions restent controversées. Ainsi, le **devoir de détromper** une partie est-il exigible lorsqu'il touche un élément de l'affaire qu'elle 1541

3107 ATF 129 III 604 cons. 4.
3108 ATF 90 II 449 cons. 4, JT 1965 I p. 275.
3109 ATF 124 III 155 cons. 3, JT 1999 I p. 125.
3110 TC Valais, 18 janvier 1996 cons. 6b, RVJ 1996, p. 232.
3111 ATF 92 II 328 cons. 3.
3112 BK-KRAMER, N. 31 ad art. 22 ; HARTMANN STEPHAN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, klassiches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, thèse Fribourg 2001, p. 28 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 956 et 959 ; ATF 101 Ib 422 cons. 4a.
3113 ATF 116 II 431 cons. 3, JT 1991 I p. 45 (cas envisagé sous l'angle du dol, art. 28 et 31).
3114 ATF 108 II 419 cons. 5, JT 1983 I p. 204.
3115 ATF 68 II 295 cons. 5, JT 1943 I p. 263.
3116 ATF 106 II 346 cons. 4a, JT 1982 I p. 77.
3117 ATF 102 II 81 cons. 2, JT 1977 I p. 210 (mauvais calcul de prix unitaires de construction de la part d'un entrepreneur).

connaît, ou est censée connaître[3118] ? Nous sommes enclins à préconiser une position nuancée, qui dépend notamment de la nature des rapports en jeu (professionnels, individualisés, empreints de confiance), y compris de la manière dont les pourparlers sont menés. De même, un **devoir de conseiller** peut-il être imposé à l'une des parties ? Ici aussi, les circonstances mentionnées plus haut pourront conduire à une réponse positive, qui se veut exceptionnelle, au regard du principe selon lequel une personne qui participe à la négociation d'une convention n'a normalement pas à sauvegarder les intérêts de son interlocuteur[3119]. Le TF a pourtant fait violence à ce principe, en particulier dans quelques affaires bancaires, en mettant en exergue la relation particulière de confiance des partenaires et l'inexpérience du client[3120].

1542 Une autre question demeure discutée. Elle est revenue sur la table par une proposition générale tendant à faire de l'information, non pas une créance, mais un **droit absolu**[3121], plus précisément un droit de la personnalité opposable à quiconque (art. 28 CC)[3122]. À notre connaissance, une telle proposition n'a pas trouvé un écho dans la jurisprudence. Elle se fonde sur l'importance qu'a prise l'information dans de nombreux domaines, et évidemment la relation soignant-soigné est mise en exergue[3123]. On invoque la nécessité que l'intéressé soit en mesure de prendre au besoin une « décision éclairée »[3124]. Ce dernier serait ainsi légitimé à imposer un certain comportement au professionnel qui possède la maîtrise des connaissances dans le domaine considéré, ce qui peut être intéressant lorsqu'il

---

3118 Pour une réponse positive : BK-KRAMER, N. 25 ad art. 22 ; GONZENBACH, op. cit. (n. 3105), p. 108. *Contra :* TERCIER, op. cit. (n. 487), p. 230 s. ; arrêt du TF du 10 mai 1960, SJ 1961, p. 127.

3119 Cf. *supra* N. 1537. Cf. aussi ZK-SCHÖNENBERGER/JAGGI, N. 577 ad art. 1 ; WESSNER, op. cit. (n. 288), N. 9 ss.

3120 ATF 68 II 295 cons. 5, JT 1943 I p. 263 ; arrêt du TF du 23 juin 1998 cons. 3c, SJ 1999 I p. 205. En revanche, le tribunal de commerce de Zurich a nié un devoir de mise en garde de la banque à l'égard d'un investisseur expérimenté (arrêt du 4 mai 2009, ZR 2009, p. 202 n° 48, JT 2010 I p. 58).

3121 Sur les notions de droits relatifs et absolus, cf. *supra* N. 265 ss.

3122 CHAPPUIS CHRISTINE, La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel : vers un droit subjectif absolu à être informé ?, in La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2009, p. 11 ss, qui y voit un aspect de la liberté personnelle (p. 30 s.) ; WERRO FRANZ, Le droit à l'information : un droit fondamental de la personne, publié dans le même ouvrage, p. 229 ss, qui considère une telle prérogative comme une composante de la dignité humaine (p. 231 et 233).

3123 Cf. ainsi ATF 133 III 121 cons. 4.1.1.

3124 CHAPPUIS, op. cit. (n. 3122), p. 14, 17 et 29.

s'agit d'une personne morale ou de celui qui recourt aux services d'auxiliaires. En raison de l'effet *erga omnes* du droit en question, sa violation pourrait faire l'objet d'une action en dommages-intérêts à l'égard de quiconque se voit imputer un manquement fautif (art. 28*a* al. 3 CC, art. 41 ss). Nous reviendrons sur ce point lors de l'examen de la nature juridique de la responsabilité en cause[3125].

4. Des exceptions au devoir de vérité

1543 Dans ses composantes positives (informer, détromper, éventuellement conseiller), le devoir de renseigner implique un devoir de vérité pour le débiteur, en clair fournir des **informations véridiques** à son interlocuteur[3126]. Celui qui l'exerce ne saurait pourtant mettre en péril ses propres intérêts, comme l'est la révélation de secrets d'affaires.

1544 L'**entretien d'embauche** constitue en la matière un cas d'école, notamment pour les questions individualisées posées par un employeur à un ou une candidat(e) à l'emploi. Nous n'en dirons que quelques mots, à titre illustratif, non sans rappeler que l'interdiction de toute discrimination entre femmes et hommes lors d'une postulation est appréhendée spécialement par la loi sur l'égalité (art. 3 al. 2 et 5 al. 2 phrase 1 LEg).

1545 Il va sans dire que l'employeur est admis à poser au candidat toute question en **relation directe avec le travail** à fournir (compétence, formation, expérience, etc.)[3127]. Mais il est aussi en droit d'escompter que ce dernier (au risque sinon de se voir opposer un dol par omission, art. 28 et 31) qu'il révèle spontanément tout fait propre à entraver durablement sa capacité à assumer sa tâche, par exemple une maladie chronique d'une certaine gravité, une prohibition de concurrence ou le retrait du permis de conduire pour un chauffeur, ou encore une procédure pénale pendante[3128].

1546 L'employeur ne saurait pourtant s'enquérir de données appartenant à la **sphère privée,** voire intime du postulant, portant sur des faits qui

---

3125 Cf. *infra* N. 1571 ss.

3126 Cf. *supra* N. 1531 et 1538. Cf. aussi KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1511 s. ; RISKE, op. cit. (n. 24) N. 596.

3127 WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 4e éd., Berne 2019, p. 412 ss.

3128 CHAIX FRANÇOIS, Déclarations inexactes lors de l'entretien d'engagement, in Droit du travail et droit des assurances sociales – Questions choisies, Duc Jean-Louis (édit.), Lausanne 1994, p. 155 ; BaK-OR I-PORTMANN/RUDOLF, N. 13 ad art. 320 ; ATF 132 II 161 cons. 4 (procédure pénale).

n'empêchent en aucune manière l'accomplissement de l'activité en question. On pense à la séropositivité d'un individu, sauf dans l'hypothèse où celui-ci serait amené à être en contact physique avec des tiers (ex. : des malades)[3129]. On pense également à un penchant de la vie intime[3130] ou à une valeur de la dignité humaine[3131]. On pense encore à la grossesse d'une femme, sauf si elle convoite une place de mannequin, de danseuse ou de professeure de gymnastique, ou si l'emploi s'avère pénible et dangereux[3132]. Dans des circonstances exceptionnelles, des questions portant sur une appartenance politique, une conviction religieuse ou une affiliation syndicale sont admissibles[3133].

1547 Une **« question prohibée »** porte en principe atteinte à la personnalité du candidat à l'embauche (art. 28 CC)[3134]. En telle occurrence, celui-ci dispose d'une action tendant à la réparation du dommage, voire du tort moral subi (art. 28*a* al. 3 CC), sans parler le cas échéant des dispositions sur la protection contre les congés abusifs (art. 336) ou signifiés en temps inopportun (art. 336*c*). La sanction ne saurait en aucun cas se résoudre dans l'obligation de contracter imposée à l'employeur[3135].

1548 En cas de question illicite, on concède également que le postulant est en droit de ne pas répondre, ou même de mentir. On parle parfois de

---

3129 Aids am Arbeitsplatz, Communication de l'ancien Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, JAR 1990, p. 96 ; Obergericht Zurich, 8 avril 2013, JAR 2014, p. 526.

3130 Tribunal des Prud'hommes Bâle-Ville, 28 avril 1977, JAR 1980, p. 290 (homosexualité).

3131 Tribunal des Prud'hommes Lausanne, 1er juin 2005, Plaidoyer 6/2005, p. 73 s. (refus d'engagement d'une personne de couleur).

3132 Cf. not. art. 3 LEg, 35 al. 2 LTr et 62 de l'ordonnance LTR 1 (RS 822.111). Cf. aussi TC Saint-Gall, 4 juillet 1986, RSJ 1986, p. 262 ; Cour de Justice Genève, 3 novembre 1993, JAR 1994, p. 128. Cf. également ATF 126 III 75 cons. 2, jugé sous l'angle d'un empêchement de travailler.

3133 WYLER/HEINZER, op. cit. (n. 3127), p. 412 ss ; WESSNER, op. cit. (n. 288), N. 17 ; ATF 123 III 129 cons. 3b : question de l'affiliation syndicale posée après l'engagement du travailleur.

3134 BK-KRAMER, N. 31 ad art. 22 ; BaK-OR I-PORTMANN/RUDOLF, N. 2a ad art. 320. La jurisprudence suggère également l'application des art. 328 et 328*b* ; ainsi arrêt du TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008 cons. 6.2 ; Tribunal des Prud'hommes Lausanne, 1er juin 2005, Plaidoyer 6/2005, p. 73 s. En ce sens DUNAND JEAN-PHILIPPE, in Commentaire du contrat de travail, Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (édit.), Berne 2013, N. 11 ad art. 328, N. 46 ad art. 328*b* ; CoRo-CO I-AUBERT, N. 2 ad art. 328*b*. D'un autre avis, WYLER/HEINZER, op. cit. (n. 3127), p. 84, dans l'hypothèse où le contrat n'a pas été conclu.

3135 WYLER/HEINZER, op. cit. (n. 3127), p. 83 s.

droit au mensonge, expression parlante – non consacrée clairement par la jurisprudence[3136] – permettant à l'intéressé de défendre sa personnalité sans mettre en péril sa candidature. À vrai dire, cette locution s'avère inadéquate dans la mesure où le principe de la bonne foi n'est guère compatible avec le mensonge[3137]. Avec la doctrine majoritaire, nous préférons y voir un cas de **légitime défense,** au sens de l'art. 52 al. 1, dont l'application devrait être soumise à des exigences sévères[3138]. Dans une telle hypothèse, l'employeur ne saurait se prévaloir d'un motif d'invalidation du contrat en raison d'un dol (art. 28 et 31), ni d'un juste motif de résiliation immédiate[3139]. En d'autres termes, il n'est pas admis à se plaindre d'une contre-vérité de l'autre partie, qu'il a lui-même suscitée de façon illicite. Le cas échéant, son comportement pourrait être qualifié d'abus de droit, au sens de l'art. 2 al. 2 CC[3140].

C. Le devoir de ne pas porter atteinte aux droits absolus du partenaire

Les pourparlers peuvent être l'occasion pour une partie de porter atteinte sans motif justificatif aux droits absolus de l'interlocuteur, singulièrement à sa **personnalité** (art. 28 CC) et, en cas de préjudice, d'ouvrir la voie à une action indemnitaire[3141]. Dans le domaine de la responsabilité civile, la notion de droits absolus – qui s'inscrit dans le concept d'illicéité 1549

[3136] DUNAND, op. cit. (n. 3134), N. 50 ad art. 328*b ;* WYLER/HEINZER, op. cit. (n. 3127), p. 413 s.

[3137] ENGEL, Contrats, p. 325 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 42 ad art. 320.

[3138] DUNAND, op. cit. (n. 3134), N. 50 ad art. 328*b* ; WESSNER, op. cit. (n. 288), N. 18 ; ZK-STAEHELIN, N. 39 ad art. 320, qui utilise l'expression *Notwehrrecht der Lüge*, contestée par GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4e éd., Berne 2019, N. 328, compte tenu du droit du postulant de rompre les pourparlers. En ce sens aussi BK-REHBINDER/STÖCKLI, N. 42 ad art. 320, qui nient ici l'existence d'une légitime défense.

[3139] DUNAND, op. cit. (n. 3134), N. 51 ad art. 328*b*.

[3140] GEISER/MÜLLER/PÄRLI, op. cit. (n. 3138), N. 238 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N. 42 ad art. 320 ; WESSNER, op. cit. (n. 288), N. 18 ; DUNAND, op. cit. (n. 3134), N. 51 ad art. 328*b* qui évoque l'hypothèse d'un licenciement abusif, au sens de l'art. 336. Cf. aussi CHAIX, op. cit. (n. 3128), p. 161, qui suggère le recours au moyen tiré de la causalité hypothétique dans l'examen des éléments constitutifs du dol.

[3141] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 961 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 135 ad art. 1. Cf. aussi *supra* N. 1547.

du fait dommageable – est discutée[3142]. La doctrine dominante et la jurisprudence y voient des droits subjectifs bénéficiant de la protection la plus élevée, qui réclament des tiers un devoir d'abstention (ne pas y porter atteinte, ne pas en troubler l'exercice)[3143]. Ainsi en est-il des droits de la personnalité, des droits réels et des droits de la propriété intellectuelle[3144].

1550 Dans l'hypothèse examinée, l'éventualité d'une lésion affectant des droits absolus d'un partenaire s'avère plutôt rare[3145]. À côté de la propriété des choses, les biens juridiques les plus vulnérables sont l'intégrité corporelle et la vie privée de l'individu[3146]. Sur ce dernier point, on notera au passage que la doctrine majoritaire nie ici l'existence d'un **devoir général de confidentialité ;** sont réservées les clauses *ad hoc* et les prescriptions impliquant le respect du secret professionnel (art. 321 CP), ainsi que des circonstances caractéristiques d'un rapport de confiance exigeant la discrétion[3147].

1551 **À titre d'illustration,** on citera la personne intéressée à acquérir une machine, qui se trouve blessée par l'explosion de l'engin lors de la démonstration ; ou le candidat à la location d'une maison en rénovation qui, pendant une visite des lieux, subit un accident par l'écroulement d'un échafaudage ; ou encore l'exemple du propriétaire d'un objet d'art offert à la vente, endommagé lors de l'expertise[3148].

1552 En de telles éventualités, la nature de la responsabilité extracontractuelle de la partie incriminée est **controversée**[3149]. Un courant d'opinion prône l'application du régime général institué aux art. 41 ss – ou celle d'une norme spéciale comme l'art. 58 –, en invoquant que le manquement en cause constitue la violation d'un devoir de protection qui s'impose à

3142 WERRO, RC, N. 331 ss ; KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/WIDMER PIERRE, Haftung und Versicherung, Weber Stephan/Münch Peter (édit.), 2e éd., Bâle 2015, N. 2.75 ss.

3143 OFTINGER/STARK, I, § 4 N. 21 ss ; FELLMANN/KOTTMANN, I, N. 273 ss ; WERRO, RC, N. 339 ; ATF 112 II 118 cons. 5e ; 115 II 15 cons. 3, JT 1989 I p. 595 ; 118 Ib 473 cons. 5, JT 1994 I p. 650.

3144 Cf. *supra* N. 268 ss. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 962 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 601.

3145 Sauf à voir dans l'information un droit absolu, ce qui n'est pas admis de façon générale par l'opinion dominante ; cf. *supra* N. 254.

3146 CoRo-CC I-JEANDIN, N. 24 s. et 39 ss ad art. 28 CC.

3147 KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1520 ss ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 607 ss. *Contra :* BK-KRAMER, N. 36 ad art. 22.

3148 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 578 ad art. 1 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 601 et 718.

3149 Cette question sera examinée encore dans le contexte de la responsabilité fondée sur la confiance ; cf. *infra* N. 1685 ss.

quiconque ; les pourparlers n'en sont que l'occasion[3150]. KOLLER ajoute que les préjudices découlant d'une *culpa in contrahendo* sont par leur nature purement économiques[3151]. Un autre courant de pensée s'en tient à la transgression d'un devoir lié à la négociation, qui doit en conséquence être sanctionnée par la responsabilité précontractuelle ; celle-ci se révèle d'ailleurs plus favorable au lésé, lorsque l'auteur du dommage est auxiliaire de la partie défenderesse[3152]. Pour notre part, nous préconisons l'application du régime délictuel général lorsque la relation entre les parties ne représente qu'une circonstance de lieu et de temps plus ou moins fortuite de l'événement dommageable. Ainsi en est-il de l'individu (simple curieux) qui chute sur la surface glissante non signalée d'un grand magasin[3153]. En revanche, si le devoir de protection apparaît clairement spécifique aux pourparlers, comme dans les exemples cités plus haut[3154], le rapport de confiance liant les partenaires peut conduire à s'en remettre au régime de la responsabilité précontractuelle. Le cas échéant, le concours d'actions est réservé[3155].

§ 3 L'extinction des pourparlers précontractuels

I. Les causes d'extinction

La relation précontractuelle, souvent empreinte d'un « antagonisme coopératif »[3156], est forcément **transitoire.** Elle s'achève par la conclusion du contrat ou par la rupture des négociations[3157]. 1553

[3150] BK-KRAMER, N. 38 ss ad art. 22 ; ENGEL, Obligations, p. 188 ; TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 232 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1519.
[3151] KOLLER, N. 28.05 et 52 ss.
[3152] Le cas échéant, l'art. 101 trouve application ; cf. sur ce point *infra* N. 1600 ss. Cf. aussi HUGUENIN, N. 1551.
[3153] SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 47.10.
[3154] Cf. *supra* N. 1551.
[3155] Cf. en ce sens RISKE, op. cit. (n. 24), N. 603, 606 et 1237 s. Cf. *infra* N. 1633 et 1639.
[3156] KUONEN NICOLAS/LIÉGEOIS FABIEN, Rupture des négociations et perte d'une chance de conclure, SJ 2008 II p. 250.
[3157] TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 233 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 989 ss ; CoRO-CO I-MORIN, N. 121 s. ad art. 1 ; ATF 105 II 75 cons. 2, JT 1980 I p. 66 ; arrêt du TF 4A_615/2010 du 14 janvier 2011 cons. 4, JT 2012 II p. 253.

1554 C'est dire qu'a priori – **liberté contractuelle oblige !** – chaque partie peut mettre fin aux pourparlers, en tout temps et sans en fournir la justification[3158].

1555 En règle générale, les partenaires mènent leurs tractations **à leurs risques et périls,** notamment en assumant l'éventualité d'une perte patrimoniale. Il en résulte que celui d'entre eux qui rompt les discussions n'a pas à indemniser l'autre, sauf dans des circonstances exceptionnelles où il trompe la confiance légitime de ce dernier et se fait imputer une responsabilité précontractuelle. Selon l'opinion actuelle, celle-ci peut être invoquée indépendamment du sort du contrat discuté, peu importe a priori qu'il soit conclu ou non[3159].

II. La conclusion du contrat

1556 La conclusion du contrat est le fruit de l'aboutissement des pourparlers ; elle en provoque leur **extinction**, étant entendu que l'auteur est lié par son offre (art. 3 al. 1) ; en cas de refus par le destinataire, sans contre-offre de sa part, il est possible que les interlocuteurs renouent leur négociation[3160].

1557 La **preuve** de la conclusion du contrat est notamment rapportée par **trois présomptions réfragables** instituées dans le Code, soit à l'art. 2 al. 1 (consentement des parties sur les points essentiels), à l'art. 16 al. 1 (respect de la forme réservée conventionnellement) et à l'art. 158 al. 1 (versement d'arrhes)[3161].

1558 Il est concevable qu'une *culpa in contrahendo* entache les pourparlers et exerce une **influence sur le sort et le contenu du contrat.** Deux hypothèses principales sont envisageables :

- Le **contrat est invalidé.** L'une des parties invoque une lésion (art. 21) ou un vice du consentement (art. 23 ss), notamment un

---

3158 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 573 ad art. 1 ; ROUILLER, op. cit. (n. 3083), p. 168 s. ; RISKE, op cit. (n. 24), N. 470 ; arrêt du TF 4C.247/2005 du 17 novembre 2005 cons. 3, JT 2006 I p. 163. Cf. aussi *supra* N. 1286 ss, 1295 et 1507, *infra* N. 1560 ss.

3159 STEINAUER, TDP II/1, N. 555 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 526 ss ; ATF 77 II 135 (137), JT 1952 I p. 542 ; arrêt du TF du 8 juin 1998 cons. 3, SJ 1999 I p. 113.

3160 CoRo-CO I-MORIN, N. 122 ad art. 1.

3161 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 994 ss.

dol (art. 28), avec la faculté de demander au surplus la réparation du dommage subi (art. 31 al. 3)[3162].

– Le **contrat est maintenu,** en dépit de la *culpa in contrahendo*. La personne lésée est néanmoins admise à se prévaloir d'une action compensatoire, expressément prévue par la loi en cas de dol (art. 31 al. 3).

Nous examinerons plus bas la place réservée à la responsabilité précontractuelle en de telles hypothèses[3163]. 1559

III. La rupture des pourparlers

La relation précontractuelle liant les partenaires peut également s'achever par **rupture unilatérale ou conjointe** des pourparlers. Tel est le cas lorsque l'un d'eux change d'avis sur l'opportunité de la convention discutée[3164] ou lorsque se manifeste un désaccord irrémédiable sur un point essentiel. 1560

En règle générale, chaque partie est admise à **mettre fin aux pourparlers** en tout temps, indépendamment de leur durée et des investissements effectués, et sans fournir de justification[3165]. L'éventualité d'un échec doit être envisagée jusqu'à la conclusion du contrat, notamment lorsque celui-ci est soumis à une forme particulière tendant à protéger contre des engagements irréfléchis[3166]. 1561

La faculté de rompre les négociations est inhérente à la **liberté contractuelle**[3167]. Son exercice trouve pourtant une limite dans les règles de la bonne foi, par exemple lorsqu'un interlocuteur est dénué de la volonté ou de la capacité de conclure ou lorsqu'il poursuit une discussion vouée à 1562

3162 TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 233 s., qui précise que la victime d'une erreur fautive puisse devoir des dommages-intérêts au partenaire de bonne foi qui se fait opposer l'invalidation de la convention (art. 26).

3163 Cf. *infra* N. 1566 ss.

3164 On parle parfois de *« jus variandi » ;* cf. RISKE, op. cit. (n. 24), N. 470 s.

3165 Cf. *supra* N. 1507 et 1554 et les réf. cit. Cf. aussi BK-KRAMER, N. 13 ad art. 22 ; ROUILLER, op. cit. (n. 516), p. 168 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 947 et 989 ss ; ATF 105 II 75 cons. 2a, JT 1980 I p. 66 ; arrêt du TF 4C.247/2005 du 17 novembre 2005 cons. 3, JT 2006 I p. 163.

3166 Arrêt du TF 4A_615/2010 du 14 janvier 2011 cons. 4, JT 2012 II p. 253 (en l'espèce, échec des négociations d'une vente immobilière).

3167 Cf. *supra* N. 1286 ss.

l'échec[3168]. Cela conduit la jurisprudence à n'admettre la *culpa in contrahendo* que dans des **circonstances exceptionnelles,** étant entendu que « le comportement contraire à la bonne foi ne consiste pas tant à avoir rompu les pourparlers qu'à avoir maintenu l'autre partie dans l'idée que le contrat sera certainement conclu ou à n'avoir pas dissipé cette illusion à temps »[3169].

1563 L'extinction des tractations peut conduire à la **restitution** de choses (ex. : machine à l'essai) ou de documents (ex. : plans) confiés[3170]. Sauf clause contraire ou responsabilité précontractuelle[3171], chaque partie conserve à sa charge les **dépenses engagées** (ex. : déplacements, expertise, investissement inutiles, etc.)[3172].

1564 La partie qui tire **profit** sans droit de biens juridiques de son partenaire (ex. : divulgation d'un secret d'affaires, utilisation d'une invention brevetée) peut être appelée à restitution selon l'art. 423, si elle est de mauvaise foi ; la réglementation régissant l'enrichissement illégitime (art. 62 ss) reste réservée[3173].

1565 La faculté de rompre les négociations connaît des **exceptions**. Ainsi en est-il en cas d'obligation conventionnelle ou légale de contracter[3174] ou dans l'éventualité où les parties se sont obligées à ne pas mettre fin à leurs débats sans un motif déterminé (ex. : la baisse du chiffre d'affaires de l'une d'elles) ou pendant un certain temps[3175]. Un principe reste pourtant ici capital : les pourparlers, en eux-mêmes, ne fondent aucune obligation de conclure, même par le biais de la bonne foi[3176].

3168 VON TUHR/PETER, p. 193 ; ENGEL, Obligations, p. 188.

3169 Arrêt du TF du 29 octobre 2001 cons. 3a, SJ 2002 I p. 164. Cf. aussi ATF 140 III 200 cons. 5.2, JT 2014 II p. 401 ; arrêt du TF 4C.247/2005 du 17 novembre 2005 cons. 3, JT 2006 I p. 163 ; GONZENBACH, op. cit. (n. 3105), p. 96 ; TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 229. Cf. ég. *supra* N. 1528 et 1555.

3170 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 582 ad art. 1. Cf. aussi art. 40*f* al. 1 et *infra* N. 1608.

3171 Cf. *supra* N. 1523 et 1555.

3172 BK-KRAMER, N. 13 ad art. 22 ; MERZ, Vertrag, N. 132 ; KUONEN/LIÉGEOIS, op. cit. (n. 3156), p. 255 ; arrêts du TF 4C.247/2005 du 17 novembre 2005 cons. 3, JT 2006 I p. 163 ; 4A_615/2010 du 14 janvier 2011 cons. 4, JT 2012 II p. 253.

3173 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 991a. Cf. aussi *supra* N. 1523.

3174 Cf. *supra* N. 1507, 1517 s. et 1522. Cf. aussi CoRo-CO I-MORIN, N. 121 ad art. 1. Sur la promesse de contracter, cf. Vol. II.

3175 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 985 et 992 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 472 s.

3176 BK- KRAMER, N. 13 ad art. 22 ; ATF 77 II 135 cons. 2a.

§ 4 La responsabilité précontractuelle

I. Quelques généralités

La contravention aux devoirs spécifiques de loyauté et de diligence née de la **relation particulière de confiance** qu'entraînent les pourparlers précontractuels est propre, entre autres sanctions selon les circonstances[3177], à engendrer une dette compensatoire à l'encontre de l'auteur. La responsabilité en question est le plus souvent imputable à faute, à une *culpa in contrahendo,* selon l'expression consacrée qu'on doit à VON IHERING[3178]. 1566

Les **droits étrangers** opèrent en général une allusion plus ou moins explicite à la responsabilité précontractuelle[3179]. L'empreinte est davantage marquée dans les **projets d'harmonisation** du droit privé européen, comme le Projet de Cadre Commun de Référence (art. II.-3 : 301(3 et 4), 302(4) et 501 DCFR) et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (art. 2.1.15 s. PU)[3180]. 1567

En Suisse, le Code ne comporte **aucune norme générale** en la matière, bien que l'institution soit reçue de très longue date par la jurisprudence et la doctrine. En revanche, quelques dispositions déjà mentionnées y font un sort dans des cas particuliers (art. 19*b* al. 2 et 452 al. 3 CC, art. 26, 36 al. 2 et 39)[3181]. 1568

S'agissant de l'**historique** de la responsabilité précontractuelle, nous renvoyons aux exposés de la littérature spécialisée[3182] ; tout au plus faut-il souligner qu'on trouve une présence du concept en droit romain et dans la pensée du droit naturel. Comme cela a été relevé plus haut[3183], c'est la théorie élaborée en 1861 par von IHERING qui mettra en évidence la définition d'un nouveau chef d'imputation fondant une obligation de réparer. 1569

3177 Cf. *supra* N. 1514 s., *infra* N. 1620 ss.

3178 Cf. *supra* N. 1508 ss, not. 1510 et 1512 et les réf. cit.

3179 Cf. § 311 al. 2, 241 al. 2 et 280 BGB ; art. 1137 s. CCit ; art. 1104 et 1112 ss CCfr. Cf. sur ce point DESHAYES OLIVIER/GENICON THOMAS/LAITHIER YVES-MARIE, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire, 2e éd., Paris 2018, p. 62 et 97 ss. Cf. aussi RISKE, op. cit. (n. 24), N. 711 ss, 743 ss et 888 ss et 1552 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 302 ss.

3180 RISKE, op. cit. (n. 24), N. 903 ss, not. 1008 ss et 1084 ss.

3181 Cf. *supra* N. 1513 et les réf. cit.

3182 GONZENBACH, op. cit. (n. 3105), p. 3 ss ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 55 ss, 236 ss, 328 ss ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 521 ss et 646 ss.

3183 Cf. *supra* N. 1512 s. et les réf. cit.

L'auteur y donne une orientation contractuelle, tout en en limitant l'application à des cas où le contrat est conclu, mais se révèle affecté d'un vice[3184]. Dans une période ultérieure, sa mise en œuvre s'étendra aux hypothèses où d'une part un contrat valable est conclu, d'autre part un contrat n'est pas conclu.

1570 La responsabilité précontractuelle connaîtra également en Suisse une **extension** de son champ d'application, quand bien même son rôle reste discuté lorsque les parties ont passé une convention qui s'avère nulle en raison d'une violation des règles régissant la forme (art. 11) ou l'objet (art. 19 al. 2 et 20) de l'acte, ou qui est invalidée pour cause de lésion (art. 21) ou de vice du consentement (art. 23 ss). Nous reviendrons sur ce point[3185]. Pour l'heure, nos répétons qu'en principe la *culpa in contrahendo* peut être invoquée indépendamment du sort du contrat négocié, c'est-à-dire en cas de conclusion comme en cas de rupture des pourparlers contrairement aux règles de la bonne foi[3186]. C'est d'ailleurs surtout dans cette dernière hypothèse – non envisagée par VON IHERING – que la responsabilité en question se révèle significative[3187]. L'illustration nous en est fournie par un arrêt de principe rendu en 1979 ; notre juridiction suprême condamne au paiement d'une dette indemnitaire une banque, dont la succursale discute pendant des mois d'opérations de crédit avec un commerçant, mais sans l'avertir que l'accord doit recevoir finalement l'aval du siège central, que ce dernier refuse de donner[3188].

II. La nature juridique de la responsabilité

1571 De manière générale, la qualification de la responsabilité précontractuelle a fait l'objet d'innombrables **controverses** en Suisse. En survol, on observe une opposition entre les régimes compensatoires contractuel (art. 97 al. 1, qui sanctionne notamment la violation d'un devoir relatif découlant d'un rapport consenti) et délictuel (art. 41, qui sanctionne la transgression d'un devoir général s'imposant à chacun). De près, la situation

3184 PIOTET PAUL, Culpa in contrahendo, Berne 1963, p. 33 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1779 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 524 et 676 ss.
3185 Cf. *infra* N. 1625 ss et 1628 ss.
3186 Cf. *supra* N. 1510, 1555, 1556 ss, 1560 ss et les réf. cit.
3187 Cf. *supra* N. 1510. Cf. aussi KOLLER, N. 28.03 ; STEINAUER, TDP II/1, N. 555 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 526 ss, not. 529.
3188 ATF 105 II 75 cons. 3, JT 1980 I p. 66.

s'avère plus complexe. Et l'importance pratique du problème n'échappe à personne.

Il n'est pas question d'analyser ici les multiples théories élaborées par la doctrine, ni l'évolution erratique, voire désordonnée, de la jurisprudence jusqu'au début des années nonante du siècle passé. Pour l'heure, force est de constater que le TF a résolument intégré la responsabilité discutée dans le concept plus large de **responsabilité fondée sur la confiance.** Il y voit un chef d'imputation autonome, qui emprunte aux régimes contractuel et délictuel[3189]. Nous reviendrons sur ce concept[3190], non sans décrire auparavant le cheminement qui a conduit à la consécration d'une solution prétorienne hybride, ainsi que les effets particuliers qu'elle entraîne sur la responsabilité résultant de la *culpa in contrahendo.* 1572

Au cours du XX^e^ siècle, **plusieurs théories** ont été élaborées dans le domaine discuté. Le TF s'y est souvent rallié, sans afficher une ligne vraiment cohérente. De guerre lasse, il s'est même résigné à laisser la question ouverte[3191], avant de s'en remettre au concept de responsabilité fondée sur la confiance. Nous nous contentons ici de nous livrer à une sorte **d'inventaire référencé** des théories les plus en vue[3192]. Nous les classerons en trois catégories principales, selon qu'elles préconisent une responsabilité de type contractuel ou quasi contractuel, une responsabilité de type délictuel ou une responsabilité de nature propre. 1573

Première catégorie : des théories proposant l'application du régime institué à l'art. 97 al. 1. 1574

Un courant très minoritaire de la doctrine voit dans toute relation précontractuelle un **contrat tacite de négociation,** en particulier un contrat de société simple (art. 530)[3193]. Sous réserve d'une convention des parties, 1575

3189 Cf. *supra* N. 1511 et les réf. cit.

3190 Cf. *infra* N. 1641 ss.

3191 ATF 101 II 266 cons. 4a ; 104 II 94 cons. 3a ; 108 II 419 cons. 5, JT 1983 I p. 204.

3192 PIOTET, op. cit. (n. 3184), p. 24 ss ; ENGEL, Obligations, p. 749 ss ; MERZ, Vertrag, N. 144 ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 591 s. ad art. 1 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 137 ss ; TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 236 s. ; GONZENBACH, op. cit. (n. 3105), p. 19 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 975 ss ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1086 ss ; HUGUENIN, N. 1530 ss ; CoRo-CO I-MORIN, N. 143 ss ad art. 1 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109, N. 19 ss ; RISKE, op cit. (n. 24), N. 1178 ss.

3193 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 569 ad art. 1 ; MABILLARD, op. cit. (n. 3069), p. 111 ss.

une telle suggestion repose sur une fiction de conclusion ; elle est critiquable et n'a d'ailleurs pas trouvé une reconnaissance jurisprudentielle[3194].

1576 Un autre courant d'opinion s'en remet à une solution qui applique directement ou par analogie les art. 97 ss, qu'il qualifie tantôt de **contractuelle,** tantôt de **quasi contractuelle**[3195]. On fait valoir que les pourparlers sont voulus par les partenaires et visent, dans une relation spécifique de confiance, la passation d'une convention. Le cas échéant, la responsabilité devrait épouser une forme correspondante ou analogue au régime général qui sanctionne les manquements à l'exécution d'un contrat.

1577 Une frange d'auteurs[3196] précise que l'art. 97 al. 1 couvre également l'inexécution d'autres obligations que celles contractuelles, telles les **obligations légales** qui, comme dans notre hypothèse, découlent des règles de la bonne foi[3197].

1578 **Deuxième catégorie :** des théories proposant l'application du régime institué à l'art. 41.

1579 Une partie de la doctrine range la responsabilité discutée dans le régime délictuel régi par les art. 41 ss, en suggérant parfois des accommodements dans les modalités de l'action réparatoire. On met en miroir les deux systèmes compensatoires généraux, contractuel et extracontractuel[3198], pour constater qu'au moment où se produit le fait dommageable – la violation d'un devoir précontractuel –, **aucun contrat n'est conclu,** et si tant est qu'un

3194 Cf. *supra* N. 1521 et les réf. cit.

3195 VON TUHR/PETER, p. 192 s. ; ENGEL, Obligations, p. 752 ss ; GONZENBACH, op. cit. (n. 3105) p. 73 ss ; WALTER HANS PETER, La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in Responsabilité fondée sur la confiance, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2001, p. 160 s. ; HUGUENIN, N. 1533 ; ATF 68 II 295 cons. 5, JT 1943 I p. 262 ; 90 II 449 cons. 6. Sur ce point, cf. aussi les analyses de KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1086 ss et 1120 ss, et de RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1183 ss.

3196 CoRo-CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109, N. 1 et 20. Cf. aussi *infra* N. 1634 ss, 1652 et 1692 ss.

3197 CoRo-CO I-MORIN, N. 146 s. ad art. 1 ; CHAPPUIS CHRISTINE, Responsabilité fondée sur la confiance : un tour d'horizon, in La responsabilité fondée sur la confiance, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2001, p. 31 ; ATF 128 III 324 cons. 2.5, JT 2005 I p. 35. Cf. aussi RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1189 s.

3198 Cf. *supra* N. 1571.

contrat parvienne à chef, il peut être affecté d'un vice propre à le rendre dénué d'effet (art. 11, 19 al. 2 et 20, 21, 23 ss)[3199].

D'abord, certains auteurs ne manquent pas de souligner que notre juridiction suprême confère à la responsabilité délictuelle un **caractère subsidiaire** par rapport à la responsabilité contractuelle[3200]. Ils insistent aussi sur la propension du TF à soumettre à la responsabilité délictuelle les cas où une personne, disposant de connaissances spécifiques, donne des renseignements inexacts à un tiers, hors de tout rapport contractuel, par exemple lors d'un acte de complaisance[3201]. Ensuite, d'autres auteurs mettent l'accent sur la **portée générale** des devoirs précontractuels et sur leur vocation à protéger le patrimoine d'autrui, sans aucune prétention à une exécution en nature[3202]. PICHONNAZ en appelle au critère de l'**apparence efficace** pour fonder les devoirs en question[3203]. 1580

Enfin, un autre courant d'opinion adopte une approche différente, en admettant que le principe de la bonne foi représente une **norme protectrice** des intérêts de tiers et que sa violation peut être constitutive d'illicéité, au sens de la clause générale de responsabilité délictuelle (art. 41 al. 1). Encore faut-il qu'il existe une relation juridique particulière entre les parties, comme il en va dans notre hypothèse[3204]. Cette thèse, il est vrai, con- 1581

3199 TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 237 ; MERZ, Vertrag, N. 150 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 690 et 1292. À noter que le TF a eu tendance à suivre cette opinion dans les premières décennies de la codification fédérale (ATF 36 II 193 cons. 4 ; 40 II 370 cons. 5 ; 45 II 548 cons. 5), avant d'adopter une position indécise (ATF 115 II 15 cons. 2, JT 1989 I p. 595) ; dans l'ATF 80 II 26 cons. 4c, JT 1955 I p. 136, le TF évoque l'application de l'art. 41 al. 2.

3200 ATF 131 III 377 cons. 3, JT 2005 I p. 612 ; WERRO, RC, N. 331.

3201 ATF 111 II 471 cons. 3, JT 1986 I p. 485 ; 116 II 695 cons. 4, JT 1991 I p. 625 ; MERZ, Vertrag, N. 152 ; KELLER MAX, Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich? recht 1987, p. 137. Sur l'acte de complaisance, cf. *supra* N. 553 et 578, *infra* N. 1673. Sur les renseignements inexacts sanctionnés par la responsabilité fondée sur la confiance, cf. *infra* N. 1672 ss.

3202 PIOTET, op. cit. (n. 3050), p. 256 ss ; TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 237 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1292 ss.

3203 PICHONNAZ, Rapport, p. 166 s.

3204 KELLER, op. cit. (n. 3201), p. 136 s. ; KELLER MAX/GABI SONJA/GABI KARIN, Haftpflichtrecht, 3e éd., Bâle 2012, p. 47 ; REY HEINZ, Rechtliche Sonderverbindung und Rechtsfortbildung, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Forstmoser Peter/Heini Anton/Giger Hans/Schluep Walter R. (édit.), Zurich 1989, p. 232 ss, not. 242 ; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 100 ss, N. 2.3.3.3, art. 46 al. 2 AP.

tredit la conception étroite de l'illicéité retenue actuellement par la jurisprudence[3205]. Nous reviendrons sur ce point dans l'appréciation critique du concept de responsabilité fondée sur la confiance[3206].

1582 **Troisième catégorie :** des théories proposant une solution de nature propre.

1583 Depuis le dernier quart du XX^e^ siècle, un courant de pensée a affiché la volonté de dépasser la controverse historique opposant l'application des systèmes indemnitaires généraux. Il conçoit la responsabilité issue de la *culpa in contrahendo* comme un **régime de troisième type,** de nature propre *(eigener Art, sui generis),* entre le contrat et le délit.

1584 L'opinion de JÄGGI s'avère décisive. Celui-ci pose un postulat qui évince la question de la qualification du chef d'imputation. Il réduit le problème à la **détermination des modalités** applicables à l'action en dommages-intérêts ; pour chacune d'elles, il s'agit de retenir celle qui est la plus appropriée au cas litigieux[3207].

1585 Bien qu'ayant ouvert la brèche dans un arrêt de 1942[3208], le TF adhère sans retenue à cette théorie pragmatique. Tout en renonçant de se prononcer sur la nature de la responsabilité précontractuelle, il consacre une **solution prétorienne,** pour le moins « éclectique »[3209]. Ainsi, en 1975, il soumet la prescription de l'action réparatoire à la norme délictuelle de l'art. 60[3210]. Quelques années plus tard, il subordonne la responsabilité pour le fait des auxiliaires à la règle contractuelle de l'art. 101[3211].

1586 Les **modalités de l'action** en question sont discutées en doctrine, même parmi les auteurs qui adhèrent à la solution retenue. Comme nous le verrons, la tendance penche plutôt vers le régime contractuel, compte tenu de la relation de confiance qui caractérise les pourparlers et de la prétendue inadéquation des instruments délictuels en la matière[3212]. Quant au fonde-

---

3205 ATF 121 III 350 cons. 6b ; 124 III 297 cons. 5c, JT 1999 I p. 268. Cf. aussi sur ce point RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1193 ss et les réf. cit.

3206 Cf. *infra* N. 1696 ss.

3207 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 591 ss ad art. 1. Cf. aussi dans ce sens : BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 139 ; BUCHER, OR, p. 286 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 978 et 981 ; STEINAUER, TDP II/1, N. 557.

3208 ATF 68 II 295 cons. 5, JT 1943 I p. 262.

3209 PIOTET, op. cit. (n. 3050), p. 253 et 258 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 311.

3210 ATF 101 II 26 cons. 4.

3211 ATF 108 II 419 cons. 5, JT 1983 I p. 204.

3212 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 141 ; TERCIER, op cit. (n. 3054), p. 237 ; STEINAUER, TDP II/1, N. 557.

ment dogmatique de la responsabilité en question, il est également controversé. Nous en dirons quelques mots dans l'exposé de la responsabilité fondée sur la confiance[3213].

III. Le régime de la responsabilité

A. Des délimitations

Nous parlerons ici des **conditions et des effets** de la réparation du préjudice que subit l'un des partenaires impliqués dans des pourparlers précontractuels. Encore faut-il qu'il soit en mesure d'imputer à l'autre partie un comportement contraire aux règles de la bonne foi, qui a déçu la confiance légitime qu'il pouvait en escompter. Comme déjà souligné, ce chef d'imputation est indépendant du sort du contrat ; il est surtout invoqué en cas de rupture de négociations. Le cas échéant, la responsabilité n'est retenue que dans des circonstances exceptionnelles[3214]. 1587

Nous nous pencherons essentiellement sur le **régime général** découlant de la *culpa in contrahendo* et non, sinon de manière allusive, sur les cas spécialement prévus par le Code, notamment à l'art. 26 et à l'art. 39. S'agissant de ces cas, nous nous référons aux rubriques correspondantes[3215]. 1588

Par ailleurs seront examinés plus bas les rapports entre la responsabilité précontractuelle et d'**autres sanctions** réprimant des vices dans le processus de conclusion du contrat, comme en cas de lésion (art. 21) ou de dol (art. 28 et 31)[3216]. 1589

B. Les conditions de la réparation

La responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo* **suppose** qu'une partie à des pourparlers ait violé un devoir précontractuel en contradiction avec le principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC), en causant ainsi 1590

[3213] Cf. *supra* N. 1511, *infra* N. 1641 ss.
[3214] Cf. *supra* N. 1507, 1510, 1528, 1555, 1562 et 1570
[3215] Cf. *supra* N. 1513, 1528 et 1568, *infra* N. 1588 et 1593. Sur la représentation sans pouvoirs et l'art. 39, cf. *supra* N. 970 ss. Sur les vices du consentement et not. l'art. 26, cf. Vol. II.
[3216] Cf. *infra* N. 1628 ss.

un dommage à l'autre partie. Comme l'expression latine l'indique, la faute constitue une condition de l'obligation de réparer (sauf exception).

1591 Le **dommage,** dont nous définirons la particularité ci-dessous[3217], doit se trouver dans un **rapport de causalité** naturel et adéquat avec la transgression du devoir considéré[3218]. Une telle exigence est réalisée lorsque le lésé établit qu'il n'aurait pas pris de dispositions désavantageuses s'il avait été correctement informé des intentions de son interlocuteur. Le cas échéant, la causalité est hypothétique, en ce sens que son examen conduit à se demander si une information correcte eût empêché le préjudice de se produire. Une preuve sous l'angle de la vraisemblance prépondérante suffit[3219]. Cette problématique entre dans le concept de l'objection tirée du comportement de substitution licite.

1592 La responsabilité issue de la *culpa in contrahendo* exige a priori que la personne recherchée ait **violé un devoir spécifique** du rapport particulier de confiance qui caractérise la phase précontractuelle. La preuve en incombe au lésé. Elle implique la référence objective à un standard de comportement apprécié selon les circonstances du cas d'espèce[3220]. Tel est le cas lorsque l'auteur n'a pas répondu de manière diligente et loyale à des attentes légitimes que son partenaire était en droit d'escompter, dans la poursuite des pourparlers ou dans la conclusion d'un contrat valide[3221]. Nous renvoyons sur ce point aux développements et illustrations exposés plus haut[3222].

1593 En règle générale, la transgression du devoir en cause doit être **fautive,** c'est-à-dire répréhensible et inexcusable au regard des exigences de la bonne foi. Le principe est assorti d'exceptions dans des cas particuliers (comme aux art. 19*b* al. 2 et 452 al. 3 CC et à l'art. 39 al. 1), y compris dans des normes qui fondent une dette indemnitaire sans évoquer spécialement un défaut de capacité ou de pouvoir de contracter[3223].

3217 Cf. *infra* N. 1605 ss.

3218 STEINAUER, TDP II/1, N. 556 ; HUGUENIN, N. 1556 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1474 ss ; arrêt du TF 4C.409/2005 du 21 mars 2006 cons. 2 ; ATF 130 III 345 cons. 2.1, JT 2004 I p. 207.

3219 CHAPPUIS, op. cit. (n. 3122), p. 25 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1479 ; ATF 132 III 715 cons. 3, JT 2009 I p. 183.

3220 RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1465 ss.

3221 CoRo-CO I-MORIN, N. 142 ad art. 1 ; ATF 121 III 350 cons. 5b ; 130 III 345 cons. 2, JT 2004 I p. 207.

3222 Cf. *supra* N. 1525 ss.

3223 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 141 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1480 et 1488.

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à affirmer que **toute faute** peut entrer en ligne de compte, commise par négligence ou par intention[3224]. 1594

S'agissant de la **négligence,** elle a été retenue lorsqu'une succursale bancaire, par manque de sérieux, discute pendant des mois de l'octroi de crédits à des clients d'une entreprise, alors qu'en définitive elle est dépourvue de la compétence de signer le contrat[3225] ; ou lorsqu'un garagiste, par légèreté, ne redresse pas l'erreur d'un client sur le coût des réparations d'un véhicule[3226] ; ou encore lorsque le reprenant d'un commerce n'examine pas scrupuleusement son aptitude à exercer l'activité prévue[3227]. 1595

Quant à l'**intention,** elle remplit souvent les conditions du dol (art. 28 et 31)[3228], qu'il s'agisse de l'affirmation de faits faux (ex. : le propriétaire surévalue de façon abusive le rendement d'un commerce remis à bail)[3229] ou de la dissimulation de faits vrais (ex. : la personne intéressée à acquérir un immeuble ne déclare pas au propriétaire qu'il n'entend s'engager qu'à la condition de trouver les fonds nécessaires)[3230]. Sans parler des hypothèses où l'un des interlocuteurs, de manière astucieuse, poursuit des discussions avec l'autre, dans le but de percer des secrets d'affaires dont ce dernier est titulaire ou de le dissuader de traiter avec des concurrents. 1596

À cet égard, la jurisprudence foisonne d'exemples où une partie éveille chez l'autre l'espoir que l'affaire débattue sera menée à chef, en renonçant par la suite à conclure. S'il s'avère illusoire, un tel espoir n'est pas forcément constitutif d'une faute. Ce constat appelle **plusieurs remarques :** 1597

– D'abord, il faut rappeler qu'en cas de **rupture des pourparlers,** le comportement contraire à la bonne foi ne consiste pas dans le

---

3224 ENGEL, Obligations, p. 187 ; GONZENBACH, op. cit. (n. 3105), p. 153 ss ; STEINAUER, TDP II/1, N. 556 ; ATF 105 II 75 cons. 2a, JT 1980 I p. 66 ; 140 III 200 cons. 5.2, JT 2014 II p. 401 ; arrêt du TF 4A_229/2014 du 19 septembre 2014 cons. 4.1. À noter que dans une décision antérieure jugeant de l'application de la responsabilité fondée sur la confiance, le TF a laissé ouverte la question de savoir si une seule négligence pouvait suffire (ATF 130 III 345 cons. 1, JT 2004 I p. 207). À ajouter que les cas particuliers visés aux art. 26 et 36 al. 2 se rapportent à des comportements négligents.

3225 ATF 105 II 75 cons. 2a, JT 1980 I p. 66.

3226 ATF 92 II 328 cons. 3b.

3227 Arrêt du TF du 18 juin 1998 cons. 3, SJ 1999 I p. 113.

3228 Sur les rapports entre le dol (et ses effets) et la responsabilité précontractuelle, cf. *infra* N. 1628 ss.

3229 ATF 108 II 419 cons. 3, JT 1989 I p. 204.

3230 TC Valais, 18 janvier 1996 cons. 6b, RVJ 1996, p. 232.

fait de rompre, mais dans le fait d'avoir maintenu l'autre partie dans l'idée qu'un contrat serait certainement conclu ou de n'avoir pas dissipé cette illusion à temps[3231].

– Ensuite, la **durée des pourparlers** ne constitue pas un critère décisif pour retenir une éventuelle *culpa,* dans la mesure où, en dépit de l'avancement des négociations, chaque cocontractant potentiel est tenu d'envisager la possibilité d'un échec jusqu'à la conclusion, notamment en cas de contrat soumis à une forme particulière[3232].

– En ce qui concerne de telles conventions, il paraît a priori contraire aux règles de la bonne foi de donner sans réserve un accord oral à la conclusion et de refuser in extremis, et sans raison pertinente, de passer à l'acte. Le principe sera pourtant interprété avec nuance lorsque, comme dans le domaine immobilier, les **prescriptions de forme** ont justement pour but de préserver les parties d'un engagement irréfléchi. En revanche, un tel besoin de protection s'estompe dans l'hypothèse où le propriétaire a donné son consentement à la vente de son immeuble et refuse peu après de signer l'acte authentique pour transférer le bien à un tiers[3233].

1598 Dans sa jurisprudence consacrant une conception hybride de la responsabilité fondée sur une *culpa in contrahendo*[3234], le TF, à notre connaissance, ne se prononce pas sur le **fardeau de la preuve de la faute personnelle** du partenaire recherché. La doctrine s'affiche majoritairement en faveur de l'application de la solution inscrite à l'art. 97 al. 1, qui pose en la matière une présomption à l'encontre du débiteur[3235]. En d'autres termes, s'il entend se libérer, il incombe à ce dernier d'établir qu'il n'a pas trompé de manière contraire à la bonne foi la confiance du demandeur et

---

3231 Cf. *supra* N. 1554 s. Cf. aussi arrêt du TF 4A_229/2014 du 19 septembre 2014 cons. 4.1 ; ATF 140 III 200 cons. 5.2, JT 2014 II p. 401.

3232 Arrêts du TF 4C.247/2005 du 14 juin 2005 cons. 3.2, JT 2006 I p. 163 ; 4A_615/2010 du 14 janvier 2011 cons. 4.1.2, JT 2012 II p. 259.

3233 Arrêts du TF 4A_615/2010 du 14 janvier 2011 cons. 4.1, JT 2012 II p. 259 ; 4A_229/2014 du 19 septembre 2014 cons. 4.1 ; ATF 140 III 200 cons. 5.2, JT 2014 II p. 401.

3234 Cf. *supra* N. 1584 s.

3235 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 141 ; ENGEL, Obligations, p. 753 ; ZK-BAUMANN, N. 127, 184 ss et 229 ad art. 2 CC ; STEINAUER, TDP II/1, N. 557 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1480 ss et sa proposition législative portant sur un nouvel art. 22*a* (al. 1 *in fine*) ; BK-MÜLLER, Introd. N. 314. D'un avis opposé : KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1732 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109, N. 22c.

qu'il a tout fait ce qu'on pouvait attendre d'une personne raisonnable placée dans les mêmes conditions pour éviter un dommage de se produire. En réalité, la disculpation par la preuve d'un manquement excusable aux devoirs précontractuels s'avère quasi impossible, notamment lorsqu'un professionnel est impliqué.

1599 La solution proposée trouve une **justification** dans la proximité des rapports précontractuels et contractuels. Le renversement du fardeau de la preuve de la faute est pratiquement dénué d'enjeu pratique. On aboutit de fait à une répartition de la charge entre les parties, compte tenu de la nature des devoirs litigieux (de loyauté et de diligence, le plus souvent des obligations de moyens)[3236]. Sans oublier qu'en elle-même, la faute ne constitue pas un fait, « mais un jugement de valeur au moyen duquel le tribunal qualifie un certain comportement. Seul ce comportement peut faire l'objet d'une preuve »[3237].

C. Le fait des auxiliaires

1600 S'agissant de la responsabilité pour le fait d'autrui, la relation particulière qu'implique la phase précontractuelle incite notre juridiction suprême à opter pour la **« solution contractuelle »** prévue à l'art. 101[3238]. Cette solution s'impose également lorsque la *culpa in contrahendo* représente un dol, constitutif d'un acte illicite[3239].

1601 Cette jurisprudence trouve appui sur la doctrine majoritaire[3240]. A priori, l'importance pratique de la solution préconisée n'est guère à démontrer si l'on sait que – de plus en plus – des **intermédiaires** en tous genres sont appelés à négocier des conventions. Et la notion légale d'auxiliaires est large. Elle englobe certes des personnes qui sont dans un lien de subor-

---

3236 TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 239 ; GONZENBACH, op. cit. (n. 3105), p. 156 s.

3237 WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 68 s.

3238 Cf. *supra* N. 1584 s. Cf. aussi ATF 108 II 419 cons. 5, JT 1983 I p. 204 ; déjà 68 II 295 cons. 5, JT 1943 I p. 263.

3239 MERZ, Vertrag, N. 155 ; arrêt du TF 4A_70/2007 du 22 mai 2007 cons. 5.2.1.

3240 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 594 ad art. 1 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 141 ; BUCHER, OR, p. 288 ; ENGEL, Obligations, p. 753 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 973 ; HUGUENIN, N. 1564. Certains prônent une application analogique de l'art. 101 ; ainsi ZK-BAUMANN, N. 188 ad art. 2 CC. Cf. aussi la solution législative proposée par RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1508 ss commentant un art. 22*a* al. 3 *de lege ferenda*.

dination avec la partie impliquée dans les pourparlers (ex. : un chef du personnel salarié), mais pas forcément (ex. : un gérant d'immeubles indépendant) ; à cet égard, les mandataires professionnels de la négociation contractuelle sont évidemment visés (ex. : courtiers, art. 412 ss, ou agents, art. 418*a* ss). Les succursales d'entreprises forment une catégorie particulière[3241].

1602 La norme d'imputation instituée à l'art. 101 est **sévère,** quasi objective, dans la mesure où le défendeur répond du comportement de l'auxiliaire comme du sien propre, lors même qu'il est en mesure de s'exonérer en établissant que s'il avait agi comme ce dernier, aucun reproche ne saurait lui être adressé. En toute hypothèse, la responsabilité de l'auxiliaire pour son fait personnel reste ouverte (art. 41), de même qu'un concours d'actions contre l'un et l'autre des protagonistes.

1603 Pour certains, la justification de l'application de la norme en question repose sur la **relation fonctionnelle** qu'elle entretient avec les pourparlers précontractuels et les devoirs spécifiques qui en résultent[3242]. Mais un argument plus pragmatique est avancé par la très grande majorité des auteurs, soit la volonté d'éviter que le partenaire recherché, surtout lorsqu'il s'agit d'une entreprise, puisse s'abriter derrière la preuve libératoire de l'art. 55 al. 1 ; cet argument est même partagé par les partisans d'une théorie délictuelle de la responsabilité en cause[3243]. Sur ce point, la sévérité de la jurisprudence dans l'acceptation d'une telle exonération relativise en bonne partie le poids de l'argument[3244].

1604 Un courant de pensée juridique suggère ici une approche qui trouve appui sur la **réglementation des vices du consentement.** PIOTET en est le fer de lance[3245]. Il séduit d'autres auteurs[3246]. Constatation est faite

---

3241 ATF 105 II 75 cons. 2a, JT 1980 I p. 66 ; cf. aussi *supra* N. 1528 et 1595 ; en l'espèce, c'est une responsabilité de la banque qui a été retenue, pour le fait de ses organes.

3242 ZK- SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 594 ad art. 1 ; cf. aussi TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 240.

3243 PIOTET, op. cit. (n. 3050), p. 267 ; TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 237 et 239 ; *contra :* KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 485 ss.

3244 MERZ, Vertrag, N. 156 ; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 68, N. 2.2.2.5 et p. 125 ss, N. 2.4.3.2 ss, not. 2.4.3.4 sur la proposition d'une responsabilité du fait de l'organisation dans les entreprises. Cf. aussi sur ce point l'arrêt emblématique de 1984 : ATF 110 II 456 cons. 2 et 3, JT 1985 I p. 378.

3245 PIOTET, op. cit. (n. 3184), p. 74 ss ; PIOTET, op. cit. (n. 3050), p. 267 ss.

3246 VON TUHR/PETER, p. 318 n. 65 ; TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 240 ; MERZ, Vertrag, N. 155.

notamment que l'art. 27 constitue la seule règle qui, dans la phase précontractuelle, appréhende le fait d'un auxiliaire, soit l'intermédiaire chargé d'exprimer une déclaration d'un cocontractant potentiel. Proposition est faite de généraliser la règle pour en faire une responsabilité stricte pour le fait d'autrui, dépourvue de preuve libératoire. Une telle opinion est partagée par d'aucuns, sous des formes variables[3247]. Elle est critiquée par d'autres[3248]. Pour notre part, nous louons la recherche d'une solution qui recourt prioritairement aux moyens légaux à disposition, et qui évince en conséquence la problématique d'une lacune de la loi. À cet égard, nous regrettons que le TF ignore une telle argumentation. En revanche, la référence à l'art. 27, et son couplage avec l'art. 26, peut conduire à l'application de l'art. 101[3249]. Et il est alors permis de s'interroger sur la volonté de privilégier à tout prix la proposition d'une responsabilité plus sévère que celle ancrée à l'art. 101.

D. L'étendue de la réparation

En règle générale, les parties conduisent leurs négociations à leurs risques et périls[3250]. Lorsque l'un d'elles est trompée dans sa confiance légitime, elle est pourtant admise à imputer à l'autre la **réparation du dommage** résultant de la violation d'un devoir précontractuel. Le plus souvent, ce dommage est de nature purement patrimoniale ; il ne découle que rarement de l'atteinte à un droit absolu de la victime[3251]. 1605

L'indemnisation tend en principe à compenser l'**intérêt négatif** du partenaire lésé à ne pas entamer ou poursuivre des pourparlers voués à l'échec, ou à ne pas conclure un contrat affecté d'un vice. C'est déjà dire que d'autres sanctions, déjà évoquées, peuvent entrer en ligne de compte[3252]. C'est aussi rappeler que des dispositions spéciales pourront trouver application dans certains cas, comme lors de la discussion de con- 1606

[3247] RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1508 ss, qui propose une solution de codification (art. 22*a* al. 3), sans référence à la théorie de Piotet.
[3248] GONZENBACH, op. cit. (n. 3105), p. 163 ss ; ZK-BAUMANN, N. 188 ad art. 2 CC ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 974.
[3249] CoRo-CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, N. 7 ad art. 27. Cf. aussi SPIRO KARL, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Berne 1984, p. 382 ss ; ENGEL, Obligations, p. 336 et 347.
[3250] Cf. *supra* N. 1555 et 1562 s.
[3251] Cf. *supra* N. 1549.
[3252] Cf. *supra* N. 1514, 1530, 1540, 1558, 1570, 1579, 1589 et 1596.

trats de consommation (ex. : art. 40*a* ss)[3253] ou dans les hypothèses prévues aux art. 36 et 39[3254].

1607 Liées à une convention de négociation, les parties ont la faculté de **s'affranchir** – dans les limites de la loi (art. 27 CC, 19 al. 2 et 20, 100 et 101) – **des principes généraux** régissant l'estimation du préjudice et la fixation de l'indemnité (art. 42 ss, 99 al. 3)[3255]. Ainsi en va-t-il d'une clause de répartition de frais[3256] ou d'une clause pénale, pourvu qu'elle soit compatible avec la compensation de l'intérêt négatif[3257].

1608 À titre liminaire, nous précisons encore que les questions liées à la **restitution des prestations** déjà effectuées en cas de rupture des pourparlers ou de contrat inefficace n'entrent a priori pas dans la problématique examinée ici. Nous pensons avant tout aux actions en revendication (art. 641 CC ; ex. : en cas de fourniture d'une machine à l'essai) et en répétition de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss ; ex. : en cas de remise de plans de construction). Il s'agit de déplacements de biens et de valeurs dépourvus de cause et non directement liés à une faute précontractuelle ; d'ailleurs le responsable d'un éventuel dommage dispose également de telles prérogatives[3258]. On réservera également la **restitution de profits** réalisés de mauvaise foi, selon l'art. 423 (ex. : divulgation de secrets d'affaires, utilisation d'une invention brevetée)[3259].

1609 S'agissant du **dommage réparable,** on le définira comme la diminution patrimoniale que subit le partenaire lésé pour avoir cru, en raison de la confiance inspirée par l'autre, qu'un contrat serait conclu, ou qu'un contrat dénué de vice serait conclu, ou encore pour avoir entamé ou poursuivi des négociations inutiles ou vouées à l'échec. Le plus souvent, on parle ici de compenser l'**intérêt négatif** *(negatives Interesse),* ou l'intérêt résultant de la confiance déçue *(Vertrauensinteresse),* ou même le préju-

---

3253 Cf. *supra* N. 1515 et 1534 s.

3254 Cf. *supra* N. 1513, 1528, 1568, 1588, 1593.

3255 ENGEL, Obligations, p. 754 ; KOLLER, N. 28.47 ; HUGUENIN, N. 1561 ; ATF 90 II 449 cons. 6, JT 1965 I p. 27 : réduction de l'indemnité en raison de la faute concomitante du lésé. Cf. aussi la proposition de codification (art. 22*a* al. 4) de RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1516 ss.

3256 Cf. *supra* N. 1523.

3257 ATF 140 III 200 cons. 5.3, JT 2014 II p. 401. Cf. aussi KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 913 s.

3258 KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1851. Cf. aussi *supra* N. 1563.

3259 CoRo-CO I-HÉRITIER LACHAT/CHAPPUIS, N. 2 et 14 ad art. 423 ; cf. aussi art. 5*a* et *b* et 9 al. 3 LCD ; également *supra* N. 1523 et 1564.

dice de confiance *(Vertrauensschaden)*[3260]. Admettre la réparation de l'intérêt positif, par exemple réclamer le gain manqué sur l'affaire discutée, pourrait devoir contraindre la partie demanderesse à s'accommoder d'une convention affectée d'un vice, ou irrégulière dans les pourparlers qui l'ont précédée[3261].

En cas de **rupture des tractations** contrairement à la bonne foi, il convient de déterminer l'acte générateur de responsabilité. Dans la plupart des cas, ce n'est pas le fait d'avoir initié des négociations qui sera pris en considération, mais le fait de les avoir poursuivies sans chances de succès ou d'avoir maintenu la partie lésée dans l'idée illusoire qu'un contrat serait valablement passé[3262]. 1610

La distinction usuellement opérée entre les **postes du dommage** – perte éprouvée et gain manqué – s'applique à la dette indemnitaire née de la *culpa in contrahendo.* 1611

La **perte éprouvée** *(damnum emergens)* vise principalement le remboursement de frais et d'investissements inutiles supportés par le partenaire lésé, telles les dépenses découlant de l'exercice des pourparlers (ex. : déplacements) ou de la préparation d'une offre (ex. : constitution de plans techniques ou comptables, d'une maquette ou d'un prototype ; honoraires versés à un mandataire professionnel pour des conseils ou une expertise)[3263]. S'y ajoute parfois ce qu'on appelle le « préjudice de responsabilité » portant sur des dettes à l'égard de partenaires liés contractuellement 1612

3260 ANEX JEAN, L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, thèse Lausanne 1977, p. 77 s. ; BK-KRAMER, N. 44 ad art. 22 ; ENGEL, Obligations, p. 748 et 754 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1836 ; ATF 105 II 75 cons. 3, JT 1980 I p. 66 ; 124 III 363 cons. 5b, JT 1999 I p. 402 ; 140 III 200 cons. 5.2, JT 2014 II p. 401.

3261 ANEX, op. cit. (n. 3260), p. 79 s. ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1835. Cf. aussi WIDMER CORINNE, Umfang des Schadenersatzes bei nicht zur Perfektion gelangten Verträge : dargestellt anhand der Willensmängel und des Abbruchs der Vertragsverhandlungen, thèse Bâle 2003, p. 178 ss ; cette auteure prône la réparation du dommage positif s'il est établi que, sans la violation du devoir précontractuel, le contrat aurait été conclu.

3262 Cf. *supra* N. 1597 ; également ATF 105 II 75 cons. 3, JT 1980 I p. 75 : retard de deux mois dans l'exercice d'une activité commerciale dû au manque de sérieux d'une banque dans la gestion d'une demande de crédit par un client. Cf. aussi ROUILLER, op. cit. (n. 3083), p. 177 ; FURRER/MÜLLER-CHEN, Chap. 18 N. 102.

3263 BK-KRAMER, N. 44 ad art. 22 ; TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 237 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1841 ss. Pour des exemples de frais et investissements inutiles en vue d'un contrat, cf. TC Neuchâtel, 5 juillet 1982, RJN 1982, p. 32 (bail commercial) ; TC Valais, 18 janvier 1996, RVJ 1996, p. 232 (vente immobilière).

à la victime de la *culpa,* par exemple de sous-traitants qui se trouvent privés de revenus[3264].

1613 Le **gain manqué** *(lucrum cessans)* consiste dans les revenus dont a été privée la partie lésée du fait de la faute précontractuelle reprochable à son interlocuteur. Les revenus en question découlent souvent de la perte d'une opportunité de réaliser un gain hypothétique au regard du contrat discuté ou d'un contrat « alternatif »[3265]. C'est dire que la preuve du préjudice peut s'avérer malaisée[3266].

1614 Dans les cas particuliers déjà évoqués d'une *culpa in contrahendo* imputable à l'auteur d'une erreur essentielle ou au *falsus procurator,* le Code confère au juge, si l'équité l'exige, le pouvoir d'allouer au lésé **« des dommages-intérêts plus considérables »** (art. 26 al. 2 et 39 al. 2)[3267]. Une telle prérogative, décriée par certains[3268], est généralement comprise comme la faculté de couvrir l'intérêt positif à l'exécution du contrat[3269]. Cette interprétation ne saurait être suivie à la lettre. Tout d'abord, le « dommage positif » n'est pas forcément supérieur au « dommage négatif », notamment lorsque les dépenses en vue de la conclusion de l'acte sont considérables. Ensuite, il ne doit pas être considéré comme un plafond, compte tenu de la référence à l'équité[3270]. Le cas échéant, il conviendra de prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, notamment la gravité de la faute de la partie responsable au regard du comportement de celle lésée[3271], par exemple la connaissance d'un défaut d'une chose par son propriétaire, ignoré du client[3272].

3264 GONZENBACH, op. cit. (n. 3105), p. 219 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1845 ; ROUILLER, op. cit. (n. 3083), p. 169.

3265 ATF 105 II 75 cons. 3, JT 1980 I p. 66, cité *supra* not. N. 1528 : retard de deux mois dans l'exercice d'une activité commerciale. Cf. aussi KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1854 ; ROUILLER, op. cit. (n. 3083), p. 177 n. 3. À noter que dans l'ATF 90 II 449 cons. 6, le TF place l'assuré lésé comme si le contrat avait été correctement conclu, sans l'inadvertance de l'assureur dans la désignation de la chose à couvrir.

3266 TC Valais, 18 janvier 1996, RVJ 1996, p. 232 : perte de l'occasion de vendre le bien immobilier à un tiers, non prouvée.

3267 Cf. *supra* N. 1513, 1528 et 1588. Sur l'art. 39 al. 2, cf. *supra* N. 998 ss.

3268 PIOTET, op. cit. (n. 3184), p. 84 s. ; ANEX, op. cit. (n. 3260), p. 94 ss.

3269 ENGEL, Obligations, p. 754 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 139 ad art. 1.

3270 BK-KRAMER, N. 46 ad art. 22 ; GONZENBACH, op. cit. (n. 3105), p. 212 ss ; *contra* BUCHER, OR, p. 218.

3271 ATF 106 II 131 cons. 5, JT 1981 I p. 259 ; 116 II 689 cons. 3a, JT 1992 I p. 197.

3272 BK-KRAMER, N. 45 ad art. 22.

Si les règles prévues aux art. 26 al. 2 et 39 al. 2 n'ont pas une importance pratique considérable, leur **flexibilité** a séduit plus d'un auteur pour en proposer l'application analogique à d'autres situations[3273]. Certains citent ainsi le cas où une partie compromet fautivement le but du contrat négocié (ex. : elle détruit la chose concernée)[3274] ou crée un vice de forme qui en affecte la validité[3275]. 1615

D'autres auteurs entendent carrément **dépasser la distinction classique** entre dommages négatifs et positifs, jugée trop schématique, pour envisager de nouvelles solutions qui, à notre connaissance, n'ont pas reçu de consécration jurisprudentielle. En ce sens propose-t-on, ici aussi, la réparation d'un préjudice compensant un « intérêt à l'intégrité » *(Integritäts- oder Erhaltungsinteresse),* compris comme l'intérêt du créancier à conserver les avantages patrimoniaux auxquels il a droit[3276]. 1616

Appliqué à notre domaine, le critère en question revient à se référer à l'**intérêt du lésé à l'exécution des devoirs précontractuels** par le partenaire recherché, soit à le replacer dans la situation patrimoniale qui serait la sienne si les pourparlers avaient été menés en conformité des règles de la bonne foi[3277]. Et d'aucuns de suggérer, notamment en cas de rupture des pourparlers, le recours à la théorie de la perte d'une chance. L'application de cette théorie permettrait d'éviter des solutions binaires (« tout ou rien ») pour aboutir à une indemnisation modulée en fonction de la probabilité d'éviter un désavantage pécuniaire et/ou de réaliser un profit. À notre sens, de telles propositions méritent l'attention de la jurisprudence, singulièrement un réexamen du rejet de la conception française de la perte d'une chance[3278]. 1617

3273 Sur ce point, cf. KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1095 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 323.

3274 CoRo-CO I-THÉVENOZ, N. 35 ad art. 97.

3275 KOLLER, N. 28.46 ; arrêt du TF 4C.299/1998 du 7 janvier 1999 cons. 2 ss, SJ 2000 I p. 532 : abus de droit de l'acheteur d'un immeuble à invoquer un vice de forme et la nullité de l'acte et prétention du vendeur au paiement du solde du prix.

3276 LÜCHINGER NIKLAUS, Schadenersatz im Vertragsrecht, thèse Fribourg 1999, p. 119 ss ; WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 161 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1906 ss ; ATF 124 III 363 cons. 5, JT 1999 I p. 402 : responsabilité délictuelle ou fondée sur la confiance pour la délivrance d'un renseignement erroné.

3277 ATF 137 III 453 ; arrêt du TF 4A_513 et 515/2010 du 30 août 2011 cons. 7.4.1.

3278 KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1906 ss ; KUONEN/LIÉGEOIS, op. cit. (n. 3156), p. 263 ss. À noter que l'arrêt du TF 4A_615/2010 du 14 janvier 2011 cons. 4.1.2, JT 2012 II p. 259, parle de « chances de conclure » en relation avec l'avancement des négociations. Dans un arrêt de principe du 13 juin 2007 (ATF 133 III 462 cons. 3 et 4), le TF a rejeté la théorie de la perte d'une chance.

E. La prescription de l'action

1618 Dans la jurisprudence consacrant une conception éclectique de la responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo,* le TF applique à la prescription de l'action la **solution délictuelle prévue à l'art. 60**[3279]. Il souligne la nécessité de recourir ici à des délais brefs, en pensant surtout au délai relatif, pour tenir compte que les parties – souvent dans un rapport d'oralité – ne sont en principe pas liées par une convention au moment où se produit le fait dommageable ; la sécurité juridique commande une liquidation du litige dans un laps de temps convenable.

1619 Cette jurisprudence trouve l'appui de partisans[3280]. Elle se heurte surtout à la désapprobation de **détracteurs.** Certains invoquent un argument dogmatique : il n'y a pas de base légale pour déroger à la règle générale ancrée à l'art. 127[3281], laquelle devrait d'ailleurs aussi selon eux s'appliquer aux cas légaux prévus aux art. 26 et 39[3282]. D'autres auteurs sont nombreux à juger que le délai relatif de l'art. 60 al. 1 est pratiquement trop court[3283]. Une telle critique doit être nuancée après l'allongement du délai à trois ans institué par la révision du droit de la prescription[3284].

3279 Cf. *supra* N. 1584 s. et la jurisprudence significative : ATF 101 II 26 cons. 4 ; arrêt du TF 4C.409/2005 du 21 mars 2006 cons. 3 ; ATF 134 III 390 cons. 4.3.3, JT 2010 I p. 143.

3280 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 595 ad art. 1 ; TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 240 ; ZK-BAUMANN, N. 190 s. ad art. 2 CC. Cf. aussi la proposition législative de RISKE (art. 22*a* al. 4), qui renvoie à une application analogique du droit délictuel, op. cit. (n. 24), N. 1513 ss.

3281 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 972 et les réf. cit.

3282 BUCHER, OR, p. 287 ; BK-SCHMIDLIN, N. 33 ad art. 26 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N. 48 ad art. 39. Cf. cependant ATF 104 II 94 cons. 3a, qui applique l'art. 60 à l'action contre le *falsus procurator.* Cf. aussi supra N. 1001.

3283 BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 99a ; BK-MÜLLER, Introd. N. 312.

3284 Certains auteurs soulignent pourtant la brièveté du délai relatif ; ainsi HUGUENIN, N. 1563.

IV. Les rapports entre la responsabilité précontractuelle et d'autres institutions juridiques

A. Un aperçu de la problématique

La responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo* ne constitue pas la seule **sanction** à la violation des devoirs précontractuels. Le constat a déjà été posé[3285]. Les réponses varient selon que l'hypothèse est appréhendée par un régime spécial ou un autre régime général. Elles diffèrent aussi selon qu'il y a rupture ou aboutissement des pourparlers et, dans cette seconde éventualité, selon que la convention conclue est viciée ou valide[3286]. Suivant les circonstances, les sanctions peuvent être alternatives ou cumulatives. 1620

Les rapports entre la responsabilité précontractuelle et la responsabilité **délictuelle** d'une part, **contractuelle** d'autre part, seront brièvement abordés. Sur ce second point, la jurisprudence a parfois mis en évidence la **théorie du rapport de protection légal uniforme.** Une allusion y sera faite dans l'examen de la responsabilité fondée sur la confiance[3287]. 1621

B. Des sanctions spéciales à la violation de devoirs précontractuels

La législation comporte ici et là des normes particulières qui sanctionnent la transgression de devoirs incombant aux parties durant les négociations précontractuelles. Ces normes sont plus ou moins récentes. Elles s'inscrivent dans ce qu'on appelle le **droit privé social,** plus particulièrement le droit de la consommation, dont l'un des objectifs consiste à assurer une meilleure protection au partenaire censé se trouver en position de faiblesse[3288]. L'exposé s'abstient de faire allusion à la problématique des conditions générales d'affaires, qui sera examinée plus bas[3289], ni aux multiples prescriptions administratives et pénales, qui illustrent l'influence grandissante du droit public en la matière, déjà maintes fois soulignée[3290]. 1622

[3285] Cf. *supra* N. 1606 et les renvois ; cf. aussi *infra* N. 1622 ss.
[3286] Cf. *supra* N. 1553 ss ; *infra* N. 1628 ss.
[3287] Cf. *infra* N. 1649 ss.
[3288] Cf. *supra* N. 1299 ss, 1377 ss et 1534 ss.
[3289] Cf. *supra* N. 1306, 1318 et 1319 s. Sur l'exposé général, cf. Vol. II.
[3290] Cf. *supra* N. 1314 ss, 1465 et 1490 ss.

1623 Sans prétention d'exhaustivité, nous mentionnerons les **dispositions les plus significatives,** en renonçant à leur analyse. Il s'agit notamment de celles qui touchent des contrats portant sur des démarchages en dehors de l'établissement du fournisseur d'un bien ou d'un service (art. 40*a* ss), sur des mandats visant à la conclusion d'un mariage ou d'un partenariat (art. 406*a* ss) et sur des opérations de crédit à la consommation (LCC) et d'assurance. Chacun de ces régimes spéciaux concède au client une prérogative efficace qui met à mal le principe de la fidélité contractuelle et, en fin de compte, ébranle le modèle classique du contrat[3291] : celle de **révoquer** – sans fournir de motif – l'engagement souscrit (art. 40*b* et *e*, 406*e* al. 2 et 3, 16 LCC, 2*a* et 2*b* LCA)[3292]. Les contrats de voyages à forfait (not. art. 3 ss LVF) contiennent également des prescriptions applicables à la phase des pourparlers dont l'efficacité reste modérée[3293].

1624 Ces règles présentent des caractéristiques communes. D'abord, elles s'avèrent pour la plupart **impératives**, selon les cas totalement ou partiellement (art. 20 al. 2), absolument ou relativement (art. 40*b* et *d*[3294], 406*d* et *e*[3295], 9 ss, 15 al. 1 et 37 LCC, 6 ss et 19 LVF[3296], 1 à 3*a* en relation avec art. 98 LCA) ; sauf énonciation expresse générale, la nature impérative des normes découle du libellé de leur texte et du but qu'elles poursuivent. Par ailleurs, les règles en question imposent au débiteur de la prestation caractéristique des **devoirs spécifiques de renseigner** le client exposé à des pratiques abusives (cf. not. art. 40*d*, 406*d* et *g* al. 1, 9 ss et 15 LCC, 4 ss et 9 LVF, 3 et 3*a* LCA ; cf. aussi la liste des contraventions à la concurrence économique loyale, déployée aux art. 2 ss LCD). Selon les cas, la violation du devoir d'information peut conduire à l'inefficacité d'une clause ou à la nullité du contrat, éventuellement à la faculté de révoquer l'acte, ou de le résilier de façon anticipée[3297] ; l'hypothèse d'une responsabilité précontractuelle ne saurait être exclue, par exemple dans les opérations de démarchage prévues aux art. 40*a* ss[3298].

3291 Cf. *supra* N. 1272, 1281 et 1308 ss.

3292 Cf. *supra* N. 1306, 1462 s., 1515, 1534 s. Sur le régime institué aux art. 40*a* ss., cf. Vol. II.

3293 WESSNER, op. cit. (n. 288), N. 38.

3294 CoRo-CO I-STAUDER, Intro art. 40*a*-40*f* N. 8 ; BaK-OR I-KOLLER TUMLER, Introd. art. 40*a*-40*f* N. 10.

3295 BaK-OR I-PIETRUSZAK, N. 25 ad art. 406*b*, N. 7, 13 s. et 19 ad art. 406*d*, N. 21, 25 et 33 s. ad art. 406*g* ; CoRo-CO I-WERRO, Art. 406*a*-406*h*, N. 20 ss.

3296 Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – ZEITER/SCHLUMPF, N. 4 ad art. 4 et N. 1 s. ad art. 19 LVF.

3297 Cf. *supra* 1306, 1317, 1462 s., 1534 s.

3298 CoRo-CO I-STAUDER, N. 12 ad art. 40*f*.

C. La culpa in contrahendo et les vices affectant la forme et l'objet du contrat

Un contrat peut être affecté d'un vice qui touche sa forme (art. 11) ou son objet, jugé impossible, illicite ou contraire aux mœurs (art. 19 al. 2 et 20, 27 CC)[3299]. Ces normes bornent la liberté contractuelle. Elles sont impératives. En cas de transgression, la sanction se veut en principe radicale : l'acte est frappé de **nullité absolue**. Le juge doit retenir le vice d'office. 1625

Si l'une des parties sait ou doit savoir, à l'insu de l'autre, que la convention négociée risque d'être atteinte par un tel vice, en créant l'espoir de la validité de l'acte, elle pourra le cas échéant se faire opposer la nullité de l'acte et, **cumulativement,** se faire imputer l'obligation de réparer le dommage en vertu de la responsabilité précontractuelle[3300]. En revanche, une telle dette est exclue lorsque l'inefficacité du contrat est due à une faute d'égale importance commise par l'un et l'autre des partenaires[3301]. 1626

Dans le cas où l'un des cocontractants sait que l'acte est frappé d'un vice rédhibitoire, notamment d'un vice de forme, et s'en prévaut à son avantage par la suite, il pourra éventuellement se faire opposer l'**abus de droit** (art. 2 al. 2 CC)[3302]. 1627

D. La culpa in contrahendo et les vices affectant le consentement

Un contrat venu à chef peut être affecté d'un vice du consentement, lorsqu'une partie conclut sous l'empire d'une erreur, d'un dol ou d'une crainte fondée (art. 23 ss)[3303]. Ces normes ont vocation à garantir l'**intégrité de la volonté** dans le processus de la formation contractuelle. Seule la victime peut s'en prévaloir, en déclarant qu'elle n'entend pas maintenir la convention dans le délai fixé à l'art. 31 al. 2. À défaut, elle est présumée la ratifier (art. 31 al. 2 *in fine*). 1628

3299 Cf. *supra* N. 1296 s., 1462 et 1467. Sur la forme et l'objet du contrat, cf. Vol. II.

3300 Cf. *supra* N. 1530 et les réf. et ex. cités. Cf. aussi PIOTET, op. cit. (n. 3184), p. 13 s. ; WESSNER, op. cit. (n. 288), N. 25 ; HUGUENIN, N. 1545.

3301 ATF 106 II 36 cons. 5, JT 1980 I p. 273. Cf. aussi *supra* N. 1530.

3302 ENGEL, Obligations, p. 752 ; KOLLER, N. 12.123 ; ATF 112 II 107 cons. 3b ; 138 III 123 cons. 2.5.

3303 Cf. *supra* N. 1570 et 1589. Sur les vices du consentement, cf. Vol. II.

1629 Il n'est pas exceptionnel qu'un vice du consentement représente une ***culpa in contrahendo,*** bien que le domaine de prédilection de la responsabilité précontractuelle vise plutôt des cas de rupture des pourparlers[3304].

1630 Si l'une des parties invalide le contrat pour cause d'**erreur essentielle** (art. 23 ss), elle peut devoir des dommages-intérêts au partenaire lésé, aux exigences posées à l'art. 26[3305]. Par ailleurs, le TF n'exclut pas que cette partie, en invoquant une erreur de base (art. 24 al. 1 ch. 4), soit admise à réclamer à l'autre protagoniste, « sous la même condition », une indemnité pour violation fautive du devoir d'information, lorsque ce dernier n'a pas redressé l'erreur en question, dont il était ou devait être conscient[3306].

1631 Le **dol** d'une partie (art. 28), dans le sens d'une tromperie intentionnelle, peut aussi constituer une *culpa in contrahendo*. Il en est même le « prototype »[3307] lorsqu'il consiste dans une attitude qui, par l'affirmation de faits faux ou la dissimulation de faits vrais, est propre à compromettre l'existence de la convention[3308]. En telle occurrence, le contrat est fréquemment invalidé par la victime (art. 31 al. 1). Mais, quel que soit le sort de l'acte, celle-ci se voit concéder le droit d'exiger des dommages-intérêts de l'auteur du dol, comme de la crainte fondée d'ailleurs (art. 31 al. 3). En d'autres termes, et même en cas de ratification du contrat, l'ayant droit peut faire sanctionner civilement le comportement répréhensible. Le cas échéant, l'indemnité due est de nature extracontractuelle, a priori précontractuelle[3309].

1632 En dépit du silence des textes légaux respectifs, on admet également l'application analogique de l'art. 31 al. 3 en cas de ratification d'un contrat entaché d'une **erreur essentielle** provoquée par la négligence du cocontractant (art. 23 ss), voire par son **comportement lésionnaire**

3304 TERCIER/PICHONNAZ, N. 690 ; STEINAUER, TDP II/1, N. 555. Cf. *supra* N. 1510 et 1570.

3305 Cf. *supra* N. 1513, 1529, 1568 et 1614.

3306 ATF 92 II 328 cons. 3 s. ; BK-KRAMER, N. 43 ad art. 22. D'un avis contraire : KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1808. Cf. aussi *supra* N. 1540 s.

3307 KOLLER, N. 28.02. Cf. aussi MERZ, Vertrag, N. 140.

3308 Cf. *supra* N. 1540 et 1596 et les réf. et ex. cit.

3309 CoRo-CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, N. 42 s. ad art. 31 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1251 ; arrêt du TF 4C.447/1999 du 8 juin 1998 cons. 3a, SJ 1999 I p. 113. D'aucuns soulignent avec raison que la ratification du contrat ne saurait conduire à la réparation du dommage négatif, mais plutôt à la compensation de l'intérêt à l'intégrité du patrimoine ; cf. sur ce point : BK-KRAMER, N. 41 ad art. 22 ; CoRo-CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, N. 46 s. ad art. 31 ; *supra* N. 1609 ss, not. 1616.

(art. 21)[3310]. Les projets européens de droit européen du contrat vont dans le même sens[3311].

Le fait incriminé peut constituer également un **acte illicite** (art. 41), s'il porte atteinte à un intérêt juridiquement protégé du lésé ; en l'état, la seule violation du principe de la bonne foi ne suffit pas à créer l'illicéité[3312]. Tel est le cas notamment d'un comportement érigé en infraction pénale, comme il en va certainement de la crainte fondée (proche de l'extorsion, art. 156 CP) et souvent du dol (proche de l'escroquerie, art. 146 CP) et de la lésion (proche de l'usure, art. 157 CP). Dans une telle éventualité, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre l'existence d'un **concours alternatif** entre les régimes indemnitaires délictuel et précontractuel[3313]. La responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo* est plus avantageuse pour la victime quand l'auteur se fait imputer l'acte d'un auxiliaire[3314]. 1633

E. La culpa in contrahendo et l'inexécution du contrat

Un contrat venu à chef peut être l'objet d'une inexécution, qui oblige le débiteur défaillant à réparer le préjudice subi par le créancier (art. 97 al. 1 ou une disposition spéciale). La question du **régime compensatoire applicable** se pose dans l'hypothèse où la violation de l'engagement contractuel résulte d'une *culpa in contrahendo* de l'auteur. Ainsi en est-il lorsqu'une banque, dans la négociation d'un contrat de gestion de fortune avec un client, laisse miroiter des rendements très optimistes, voire irréalistes que pourraient procurer des titres boursiers et, une fois la con- 1634

[3310] Pour l'erreur essentielle, cf. TERCIER, op. cit. (n. 3054), p. 234 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1250 ; ATF 90 II 449 cons. 4, JT 1965 I p. 275 ; d'un avis contraire, BK-KRAMER, N.41 ad art. 22. Pour la lésion, cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 748 ; CoRo-CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, N. 25 et 28 ad art. 21 (qui soulignent qu'un contrat usuraire peut être nul de plein droit, art. 20 en relation avec art. 157 CP) ; réservé : KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1819 ss.

[3311] Art. 4 : 117(2) PECL ; DCFR II.-7 : 214(1).

[3312] Cf. *supra* N. 1509, 1512 et 1581 et les réf. cit.

[3313] VON TUHR/PETER, p. 339 ; MERZ, Vertrag, N. 140 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 891, 897 et 903 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 748 et 870 s. ; ATF 108 II 419 cons. 5, JT 1983 I p. 203 (dol) ; arrêt du TF 4A_554/2009 du 1er avril 2010 cons. 2.7 (lésion).

[3314] Cf. *supra* N. 1600 ss et les réf. cit.

vention conclue, s'abstient d'en recommander la vente au mandant, avant l'effondrement des cours[3315].

1635 En clair, la question revient à se demander si la responsabilité précontractuelle **s'efface** devant la responsabilité contractuelle (application de la théorie de l'absorption) ou si le lésé peut se prévaloir du moyen qui lui paraît préférable (application du principe du concours de prétentions). L'enjeu réside avant tout dans la nature du dommage réparable (intérêt positif ou négatif)[3316] et dans la prescription de l'action (art. 127 ou 60 al. 1)[3317]. À l'évidence le problème s'exprime en des termes différents si la transgression d'un devoir précontractuel ne se répercute aucunement sur la violation du contrat ; tel est le cas d'un bailleur de locaux commerciaux sis dans un centre commercial, qui tait lors des pourparlers l'installation future d'un gros chantier dans le voisinage et qui, après la signature du bail, ne respecte pas une clause de non-concurrence au bénéfice du locataire ; en telle occurrence, les deux moyens réparatoires peuvent se **cumuler**[3318].

1636 La jurisprudence en la matière n'a pas toujours fait preuve de constance[3319]. Dans l'arrêt du 8 juin 1998, qui rompt avec une pratique antérieure, le TF se dit favorable à la **théorie de l'absorption.** Encore précise-t-il que la prétention précontractuelle doit être effectivement absorbée par une action contractuelle, ce qui suppose que la convention ait développé des effets. Tel n'est pas le cas si une condition est défaillante. Tel n'est pas le cas non plus en cas d'application de l'art. 31 al. 3 à un contrat ratifié puisque la responsabilité en question est alors précontractuelle[3320] ; on parle parfois d'absorption relative[3321]. C'est d'ailleurs peut-être cette réserve qui conduit notre cour suprême à envisager la problématique sous l'angle moins tranchant de la **subsidiarité :** la responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo* – et donc sur la confiance – ne saurait entrer en ligne

---

3315 Les faits relatés s'inspirent de l'ATF 124 III 155 cons. 3 s., JT 1999 I p. 125. Cet arrêt utilise l'expression *« Übernahmeverschulden »,* qu'on traduit en français par « faute dans la conclusion du contrat ».

3316 Cf. *supra* N. 1605 ss.

3317 Cf. *supra* N. 1618 ss.

3318 ANEX, op. cit. (n. 3260), p. 63 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1803.

3319 Cf. les exposés de HEHLI CHRISTOPH, Die alternativen Rechtsbehelfe des Käufers unter besonderer Berücksichtigung der Haftung aus der culpa in contrahendo, thèse Lucerne, Zurich/Bâle/Genève 2000, N. 420 ss ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1245 ss (N. 1249 : jurisprudence « erratique »).

3320 Arrêt du TF 4C.447/1998 du 8 juin 1998 cons. 3a, SJ 1999 I p. 113. Cf. aussi *supra* N. 1631.

3321 ANEX, op. cit. (n. 3260), p. 62 ss ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1244 ss.

de compte que lorsque le contrat n'est pas conclu ou se révèle inefficace[3322]. En d'autres termes, elle n'intervient qu'en l'absence d'une responsabilité contractuelle, par rapport à laquelle elle s'avère subsidiaire. Dans des espèces subséquentes, il est pourtant à nouveau question d'absorption[3323]. À notre sens, l'incohérence terminologique ne masque pas un réel antagonisme matériel.

1637 La **doctrine clairement majoritaire** se rallie à la jurisprudence[3324]. On fait valoir avec raison qu'il n'est pas illogique que l'inexécution de la convention impose l'application du régime contractuel – général, éventuellement spécial – qui l'appréhende au premier chef selon les prévisions du législateur, quand bien même elle peut trouver son origine dans les pourparlers précontractuels. Ces pourparlers, par définition, sont temporaires. Si la relation de confiance qu'ils génèrent n'est pas anéantie par la conclusion de l'acte, elle se transforme et devient exclusivement conventionnelle pour englober les relations antérieures. La praticabilité du droit comme sa sécurité y trouvent leur compte. Sans parler du profit que le créancier peut retirer le plus souvent de l'octroi de dommages-intérêts positifs[3325].

1638 Un **courant minoritaire** de la pensée juridique s'oppose à la théorie de l'absorption (relative)[3326]. Il propose de s'en tenir, dans la mesure du possible, au principe du concours alternatif d'actions précontractuelle et contractuelle. Ce principe est généralement applicable en présence de fondements juridiques distincts s'appliquant à une même situation de faits, comme en cas de concurrence entre les prétentions en réparation délictuelle (art. 41) et contractuelle (art. 97 al. 1)[3327] ou entre l'erreur sur la base nécessaire du contrat (art. 24 al. 1 ch. 4) et la garantie des défauts qu'assume le vendeur (art. 197 ss)[3328]. Ce courant d'opinion, qui insiste sur l'existence

---

[3322] ATF 131 III 377 cons. 3, rendu le 25 février 2005, JT 2005 I p. 612 ; arrêts du TF 5C.267/2004 du 1er juin 2005 cons. 5.3 ; 5C.60/2005 du 30 juin 2005 cons. 4.5.

[3323] Arrêts du TF 4C.82/2005 du 4 août 2005 cons. 6 s. ; 4C.98/2007 du 29 avril 2008 cons. 3.2.

[3324] ANEX, op. cit. (n. 3260), p. 62 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 688 ; HUGUENIN, N. 1565 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 137 s. ad art. 1.

[3325] Arrêt du TF 4C.447/1998 du 8 juin 1998 cons. 3a, SJ 1999 I p. 113, cité *supra* en n. 3320.

[3326] PIOTET PAUL, Développements récents de la théorie de la culpa in contrahendo, in Mélanges Guy Flattet, Dutoit Bernard/Hofstetter Joseph/Piotet Paul (édit.), Lausanne 1985, p. 370 ss ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1792 ss ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1250 ss.

[3327] ATF 113 II 246 cons. 3 ss, JT 1988 I p. 3 ; 133 III 121 cons. 4.

[3328] ATF 114 II 131 cons. 1, JT 1988 I p. 508 ; 127 III 83 cons. 1b, JT 2001 I p. 140.

d'un double fondement indemnitaire, ne trouve pas grâce aux yeux de la jurisprudence actuelle.

F. La culpa in contrahendo et l'acte illicite

1639 Comme déjà mis en évidence, la violation d'un devoir précontractuel peut constituer un acte illicite (art. 41 ou disposition spéciale). Selon la théorie dualiste de l'illicéité qui prévaut en droit délictuel[3329], le comportement répréhensible de l'auteur consistera dans l'atteinte à un droit absolu[3330] ou, et c'est l'éventualité la plus fréquente ici, dans l'atteinte à un intérêt protégé par une norme spécifique, comme il en va du dol (art. 28)[3331]. Dans cette dernière hypothèse, qui vise essentiellement les dommages purement économiques, le **concours alternatif** n'est guère contesté ; la responsabilité précontractuelle s'avère la plus avantageuse pour la victime[3332].

1640 Reste posée la question de savoir si, à la lumière d'une interprétation plus large de l'illicéité, la responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo,* et donc sur la confiance, ne devrait pas **prendre place** dans le concept de responsabilité délictuelle[3333]. Nous y reviendrons[3334].

§ 5 Une généralisation du concept : la responsabilité fondée sur la confiance

Bibliographie spéciale :

ZK-**BAUMANN,** N. 105 ss ad art. 2 CC ; **BERGER,** N. 1935 ss ; BK-**BREHM,** N. 53 ss ad art. 41 ; **BREHM,** ROLAND, La responsabilité fondée sur la confiance dans le domaine des assurances, in La responsabilité fondée sur la confiance, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2001, p. 91 ss ; **BUCHER,** EUGEN, Vertrauenshaftung : Was ? Woher ? Wohin ?, in Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/

3329 OFTINGER/STARK, I, § 4 N. 21 ss ; WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 96 ss, N. 2.3.2 ; WERRO, RC, N. 331 ss ; ATF 133 III 323 cons. 5 et les réf. cit.

3330 Cf. *supra* N. 1549 ss et les réf. et ex. cit.

3331 Cf. *supra* N. 1631 ss et les réf. et ex. cit. ; cf. aussi *supra* N. 1605.

3332 Cf. *supra* N. 1584, 1600 ss et 1633. Cf. aussi HUGUENIN, N. 1566 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1237 s.

3333 En l'état, le principe de la bonne foi ne représente pas comme tel une norme protectrice en droit délictuel ; cf. *supra* N. 1509, 1512, 1581.

3334 Cf. *infra* N. 1689 s. et 1696 ss.

Wiegand Wolfgang (édit.), Berne 2005, p. 231 ss ; **CANARIS,** CLAUS-WILHELM, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 ; **CHAPPUIS,** CHRISTINE, La responsabilité fondée sur la confiance, SJ 1997, p.165 ss ; **CHAPPUIS,** CHRISTINE, Les règles de la bonne foi entre le contrat et le délit, in Pacte, convention, contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, Dufour Alfred/Rens Yvo/Meyer-Pritz Rudolf/Winiger Bénédict (édit.), Bâle 1998, p. 222 ss ; **CHAPPUIS,** CHRISTINE, Responsabilité fondée sur la confiance : un tour d'horizon, in La responsabilité fondée sur la confiance, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2001, p. 21 ss ; **ENGEL,** Obligations, p. 748 ss ; **FURRER/MÜLLER-CHEN,** Chap. 18 N. 107 ss ; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,** N. 982a ss ; **HIRSCH,** ALAIN, La responsabilité fondée sur la confiance : une responsabilité quasi contractuelle, SJ 2000 I p. 539 ss ; **HUGUENIN,** N. 1712 ss ; **HÜRLIMANN-KAUP,** BETTINA, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, thèse Fribourg 1999 ; **KELLER,** MAX, Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich ? recht 1987, p. 136 s. ; BK-**KRAMER/SCHMIDLIN,** Introd. gén. N. 141 ss et 150 s. ; **KUONEN,** NICOLAS, La responsabilité précontractuelle, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2007, N. 1149 ss ; **LOSER,** PETER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht : Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, thèse d'habilitation Berne 2006 ; **MARCHAND,** SYLVAIN, Responsabilité fondée sur la confiance : vie et mort d'un ornithorynque juridique, in La responsabilité fondée sur la confiance, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2001, p. 163 ss ; **MEIER-SCHATZ,** CHRISTIAN, Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat, in Mélanges Paul Piotet, Sturm Fritz (édit.), Berne 1990, p. 151 ss ; **MISTELI,** CHRISTOPHE, La responsabilité pour les dommages purement économiques, thèse Lausanne, Zurich 1999 ; **MORIN,** ARIANE, La responsabilité fondée sur la confiance. Étude critique des fondements d'une innovation controversée, thèse Genève, Genève/Bâle/Munich 2002 ; CoRo-CO I-**MORIN,** N. 151 ss ad art. 1 ; **MOSER,** MARTIN, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, thèse Berne 1998 ; **MOSER,** MARTIN/ **BERGER,** BERNARD, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft : zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, PJA 1999, p. 541 ss ; BK-**MÜLLER,** Introd. N. 325 ss ; **PICHONNAZ,** Rapport, p. 162 ss ; **REY,** HEINZ, Rechtliche Sonderverbindung und Rechtsfortbildung, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Forstmoser Peter/Heini Anton/Giger Hans/Schluep Walter R. (édit.), Zurich 1989, p. 232 ss ; **RISKE,** OLIVIER, La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit européen, thèse Neuchâtel, Bâle 2016 ; **ROBERTO,** VITO/**KUZNIAR,** NADIA, Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung – Zeit für einen Nachruf ?, PJA 2019, p. 1105 ss ; **SCHÖNENBERGER,** BEAT, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritter. Eine rechtsvergleichende Studie, thèse Bâle 1999 ; **SCHÖNLE,** HERBERT, La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts, in Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Gauch Peter/Schnyder Bernhard/Tercier Pierre (édit.), Fribourg 1977, p. 387 ss ; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS,** N. 52.01 ss ; **SOMMER,** UELI, Vertrauenshaftung : Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts, PJA 2006, p.1031 ss ; **STEINAUER,** TDP II/1, N. 537 ss ; **TERCIER/PICHONNAZ,** N. 1289 ss ; CoRo-CO I-**THÉVENOZ,** Intro. art. 97-109, N. 22d ss ; **WALTER,** HANS-PETER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, RJB 1996, p. 273 ss ; **WALTER,**

HANS-PETER, La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in La responsabilité fondée sur la confiance, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2001, p. 147 ss ; **WALTER,** HANS-PETER, Die Vertrauenshaftung : Unkraut oder Blume im Garten des Rechts ? RDS 2001 I p. 79 ss ; **WALTER,** HANS-PETER, Responsabilité fondée sur la confiance et devoir d'information : 10 ans après, in La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 153 ss ; **WERRO,** FRANZ, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung : braucht es die Rechtsfolgen der Vertrauenshaftung ?, recht 2003, p. 12 ss ; **WESSNER,** PIERRE, La responsabilité fondée sur la confiance au regard de la révision totale du droit de la responsabilité civile, in La responsabilité fondée sur la confiance, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2001, p. 129 ss ; **WESSNER,** PIERRE, La responsabilité fondée sur la confiance : une fausse bonne idée, in Quelques actions en responsabilité, Bohnet François (édit.), Zurich/Neuchâtel 2006, p. 39 ss ; **WIDMER,** CORINNE, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, RDS 2001 I p.101 ss ; **WIDMER/WESSNER,** Rapport explicatif, p. 100 ss, N. 2.3.3.3 ; **WIEGAND,** WOLFGANG, Vertrauensentsprechung, in Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher, Wiegand Wolfgang/Koller Thomas/Walter Hans Peter (édit.), Berne 2009, p. 819 ss ; **WINIGER,** BÉNÉDICT, Conclusions : Étendre les concepts ou les multiplier ?, in La responsabilité fondée sur la confiance, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2001, p. 193 ss ; BaK-OR I-**ZELLWEGER-GUTKNECHT,** Introd. art. 1 ss, N. 100 ss.

I. Un nouveau chef de responsabilité

A. Un essai de définition

1641 La responsabilité fondée sur la confiance *(Vertrauenshaftung)* constitue un nouveau chef d'imputation fondant une obligation d'indemnisation. Elle a été consacrée en Suisse à la fin du siècle passé, dans les **arrêts Swissair et Grossen.** Le premier a été rendu en 1994 : il admet la responsabilité de la maison-mère d'un groupe de sociétés à l'égard d'un tiers qu'elle incite, par des déclarations publicitaires, à investir dans le patrimoine d'une filiale qui fera faillite[3335] ; le second arrêt, prononcé en 1995, condamne une association sportive à réparer le dommage subi par un compétiteur affilié, déçu par les informations contradictoires portant sur les critères de qualification à une épreuve internationale[3336].

[3335] ATF 120 II 331 cons. 5, JT 1995 I p. 359, Wibru Holding AG c. Swissair Beteiligungen AG.

[3336] ATF 121 III 350 cons. 6, Fédération Suisse de Lutte Amateur c. Grossen.

Ces *leading cases* ont connu des répliques, même si le TF n'a finalement admis la responsabilité en question qu'en de rares occasions[3337] ; une dizaine de jugements ont fait l'objet d'une publication aux ATF[3338]. La jurisprudence a fait preuve d'une sévérité accrue dans l'admission du concept. Ses applications ont fortement diminué depuis une quinzaine d'années. On peut parler de déclin. En revanche, les **opinions doctrinales** ont provoqué une effervescence considérable. Elle laisse une empreinte abondante – souvent critique – dans la littérature juridique. Ce n'est pas tant le résultat qui est en cause, mais plutôt le fondement dogmatique prôné par notre juridiction suprême, soit la création par voie prétorienne d'un nouveau chef d'imputation, dont les modalités de l'action réparatoire s'avèrent éclectiques[3339]. 1642

La responsabilité fondée sur la confiance peut trouver application lorsque, dans une **relation juridique particulière** *(rechtliche Sonderverbindung)* qui n'est pas contractuelle et qui exclut la référence à une autre source d'obligations, une personne suscite fautivement chez une autre une attente objectivement légitime, qui est déçue contrairement au principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). 1643

B. Un concept général et subsidiaire

La responsabilité fondée sur la confiance constitue un concept compensatoire général, qui englobe plusieurs hypothèses. La *culpa in contrahendo* lui a servi de **modèle**[3340] ; elle en représente le cas de figure le 1644

[3337] SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 52.02 ; ROBERTO VITO/KUZNIAR NADIA, Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung – Zeit für einen Nachruf ?, PJA 2019, p. 1108 ss.

[3338] ATF 123 III 220 cons. 4e, JT 1997 I p. 242 ; 124 III 297 cons. 6, JT 1999 I p. 268 ; 124 III 363 cons. 5b, JT 1999 I p. 402 ; 128 III 324 cons. 2, JT 2005 I p. 35 ; 130 III 345 cons. 2, JT 2004 I p. 207 ; 131 III 377 cons. 3, JT 2005 I p. 612 ; 133 III 449 cons. 4, JT 2008 I p. 325 ; 134 III 390 cons. 4, JT 2010 I p. 143 ; 140 III 200 cons. 5.2, JT 2014 II p. 401 ; 142 III 84 cons. 3.3, JT 2018 II p. 407.

[3339] STEINAUER, TDP II/1, N. 539 ; WIEGAND WOLFGANG, Vertrauensentsprechung, in Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher, Wiegand Wolfgang/Koller Thomas/Walter Hans Peter (édit.), Berne 2009, p. 820 et 823, qui note que l'opposition est fortement marquée en Suisse romande ; SCHWENZER, N. 52.01 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1208 ; ROBERTO/KUZNIAR, op. cit. (n. 3337), p. 1108 ss.

[3340] Cf. *supra* N. 1511, 1572 et 1582 ss.

plus important *(Oberbegriff),* à côté d'états de faits plus ou moins similaires quant aux intérêts en présence[3341].

1645 La responsabilité fondée sur la confiance est envisagée comme un **chef d'imputation autonome,** de nature propre, qui se situe entre les régimes indemnitaires contractuel (art. 97 al. 1) et délictuel (art. 41 al. 1). Elle bouscule dans ses fondements le système de la responsabilité civile (au sens large), tel qu'il avait été conçu par les codificateurs du droit des obligations. La problématique se limite essentiellement à la réparation des dommages purement économiques[3342].

1646 La responsabilité en question, par définition, exclut l'existence d'un contrat valide entre les parties. Sa nature juridique est donc **extracontractuelle**, à l'instar de la responsabilité précontractuelle, en Suisse et ailleurs[3343]. C'est l'expression de la troisième voie *(dritte Spur)*[3344] défendue par la jurisprudence et la doctrine majoritaire. On se réfère à la notion d'illicéité du fait dommageable pour soutenir une conception étroite du délit civil. On en déduit l'inaptitude de la clause générale ancrée à l'art. 41 à appréhender la réparation des préjudices strictement économiques visés[3345]. En clair, comme déjà énoncé[3346], la doctrine majoritaire et la jurisprudence sont d'avis que le principe de la bonne foi ne constitue pas une norme protectrice au sens de l'illicéité, dans la responsabilité délictuelle. Un courant minoritaire et

---

3341 ATF 120 III 331 cons. 5a, JT 1995 I p. 339 ; 130 III 345 cons. 2.1, JT 2004 I p. 207 ; 134 III 390 cons. 4.3.2, JT 2010 I p. 143. Cf. aussi ZK-BAUMANN, N. 108 et 123 ad art. 2 CC ; CoRo-CO I-MORIN, N. 152 ad art. 1 ; HUGUENIN, N. 1731 et 1738 ; WALTER HANS PETER, Responsabilité fondée sur la confiance et devoir d'information : 10 ans après, in La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 166 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 327 et 332.

3342 Cf. *supra* N. 1511, 1572, 1582 ss, 1605 et 1609. Cf. aussi les arrêts cités *supra* en n. 3341. Cf. également GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 9821 ; WESSNER PIERRE, op. cit. (n. 294), N. 6 ss.

3343 Cf. *supra* N. 1511 et 1567 et les réf. cit.

3344 WALTER HANS PETER, Die Vertrauenshaftung : Umkraut oder Blume im Garten des Rechts ? RDS 2001 I p. 90.

3345 Cf. *supra* N. 1512, 1549 ss, 1581 et 1639. Cf. aussi ATF 121 III 350 cons. 6b ; 124 III 297 cons. 5c, JT 1999 I p. 268. Cf. également WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 158 ss ; BUCHER EUGEN, Vertrauenshaftung : Was ?, Woher ? Wohin ?, in Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang (édit.), Berne 2005, p. 247 s. ; WESSNER, op. cit. (n. 294), N. 6 ss et 18 ; WIDMER CORINNE, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, RDS 2001 I p. 102 s.

3346 Cf. *supra* N. 1509, 1512, 1581 et 1633 et les réf. cit.

quelques espèces isolées expriment un avis contraire, ce qui pourrait aboutir à ranger la responsabilité fondée sur la confiance dans le régime des art. 41 ss. Cette question sera discutée plus bas[3347].

1647 De manière générale, on s'accorde à admettre que la responsabilité fondée sur la confiance revêt un **caractère subsidiaire** par rapport aux régimes classiques régissant l'obligation d'indemnisation, notamment lorsque celle-ci découle de l'inexécution d'un contrat[3348]. Ajouté aux conditions strictes qui la caractérisent, ce principe contribue à en réduire considérablement le champ d'application pratique[3349].

C. Le fondement juridique

1648 Le concept de responsabilité fondée sur la confiance, tel que défini par le TF, n'est pas original ni nouveau. Il s'inscrit dans l'aboutissement de la théorie de la *culpa in contrahendo,* élaborée tout au long du XX^e^ siècle[3350]. Par ailleurs, il a été emprunté à la doctrine allemande[3351] et relayé dans notre pays par KRAMER[3352]. Au surplus, le facteur d'imputation consiste dans les attentes concrètes et déterminées créées par une personne chez une autre, qui sont déçues de façon contraire à la bonne foi[3353]. On peut y voir une application du critère de l'**apparence efficace,** bien connu en droit privé (ex. : art. 18 al. 2, 33 al. 3, 34 al. 3 et 164 al. 2)[3354]. En clair,

---

3347 Cf. *infra* N. 1696 ss.

3348 WALTER, op. cit. (n. 3341), p. 157 s. ; STEINAUER, TDP II/1, N. 540 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 107 ; ATF 131 III 377 cons. 3, JT 2005 I p. 612 ; arrêt du TF 4A_306/2009 du 8 février 2010 cons. 5.1.

3349 Cf. *supra* N. 1644 ss.

3350 Cf. *supra* N. 1644 et les renvois cités.

3351 On pense notamment à la monographie de CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Munich 1971, en dépit de développements antérieurs ; cf. WIEGAND, op. cit. (n. 3339), p. 820 s. ; LOSER PETER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht : Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, thèse d'habilitation Berne 2006, N. 41 ss.

3352 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 150 s.

3353 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 982e ; STEINAUER, TDP II/1, N. 538 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 101b et d ; ATF 133 III 449 cons. 4.1, JT 2008 I p. 325.

3354 WIEGAND, op. cit. (n. 3339), p. 834 s. ; PICHONNAZ, Rapport, p. 166 s. Comme exemple pédagogique, cf. ATF 128 III 324 cons. 2, JT 2005 I p. 35 : responsabilité cambiaire du tiré d'un effet de change, qui laisse faussement croire que la signature figurant sur le titre est authentique.

le critère en question impose des devoirs de comportement (de diligence, de loyauté, de protection) aux parties impliquées dans la relation en cause ; ce n'est pas la confiance comme telle qui justifie l'obligation de réparer, mais la considération normative que suscitent des espoirs éveillés, puis déçus. On ferait mieux de parler de « responsabilité fondée sur la confiance créée », comme CHAPPUIS le propose[3355].

1649 Dans des arrêts non publiés au recueil officiel, notre juridiction suprême a précisé que la responsabilité discutée s'inscrit dans la théorie du **rapport de protection légal uniforme** *(einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis),* selon laquelle sont soumises au même régime les relations entre parties qui reposent sur un rapport particulier de confiance, qu'elles surviennent avant la conclusion du contrat (durant la phase de négociation), sous l'empire de la convention (durant la phase d'exécution) ou après son extinction (durant la phase de liquidation, impliquant par exemple des devoirs de discrétion et de prohibition de concurrence) ; en somme, la confiance déçue peut être indemnisée à tous les stades[3356]. Cette théorie a été conçue par la pensée juridique allemande ; elle a maintenant trouvé assise dans le BGB (§ 241 al. 2, 311 al. 2 et 3)[3357].

1650 Dans le contexte contractuel, la théorie considérée pose l'hypothèse qu'à côté des devoirs de prestation *(Leistungspflichten)* tendant à procurer un avantage au bénéficiaire, il existe des devoirs de comportement *(Verhaltenspflichten),* notamment des devoirs de protection *(Schutzpflichten),* qui ont vocation à protéger l'intégrité de la sphère juridique d'autrui. De tels devoirs peuvent être stipulés, ou imposés par la loi (comme l'art. 328), ou encore découler du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). C'est dire que leur validité peut être indépendante de la volonté des parties, et même en dehors d'une situation contractuelle, notamment lorsque les protagonistes sont liés par un rapport particulier de confiance, par exemple

---

3355 CHAPPUIS CHRISTINE, La responsabilité fondée sur la confiance, SJ 1997, p. 175. Cf. aussi WALTER, op. cit. (n. 3341), p. 154 s. et 159 ; MORIN ARIANE, La responsabilité fondée sur la confiance, thèse Genève, Genève/Bâle/Munich 2002, p. 21. À noter que LOSER, op. cit. (n. 3351), N. 75 ss et 207, parle de *« Haftung wegen Vertrauen ».*

3356 Arrêt du 8 juin 1998 cons. 3a, SJ 1999, p. 113 ss ; arrêt du TF 4C.202/2002 du 30 octobre 2002 cons. 4.1. Cf. aussi WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 160 ; CHAPPUIS CHRISTINE, Les règles de la bonne foi entre le contrat et le délit, in Pacte, convention, contrat, Mélanges en l'honneur du professeur Bruno Schmidlin, Dufour Alfred/Rens Yvo/Meyer-Pritz Rudolf/Winiger Bénédict (édit.), Bâle 1998, p. 243 s. ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 48 ss.

3357 WALTER, op. cit. (n. 3341), p. 156 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 740 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 368 ss.

dans le cadre d'une relation d'affaires. En bref, la théorie résumée ici vise à soumettre l'ensemble des devoirs de protection à un **régime identique,** qui est légal.

Cette théorie bénéficie du soutien de nombreux partisans dans la doctrine helvétique[3358]. Elle connaît aussi des **détracteurs.** Tout d'abord, on a beau jeu de souligner que la jurisprudence ne l'a jamais réellement consacrée[3359], et que si tant est que le concept n'est pas source de confusion, il paraît « trop absolu » pour s'intégrer à notre droit des obligations[3360] ; il est à tout le moins surdimensionné, puisque la *Sonderverbindung* – et la confiance qu'elle suscite – ne crée pas un rapport d'obligations, mais une obligation, soit une créance indemnitaire dont on ne laisse de répéter son caractère subsidiaire[3361]. On argue également que tout devoir (de prestation ou de protection) commande un comportement[3362]. En fin de compte, on remet en cause avec raison la portée pratique et l'utilité même de la théorie, non sans rappeler que l'art. 97 al. 1 couvre toute inexécution du contrat et, selon l'opinion dominante, la violation d'obligations légales[3363]. 1651

Pour clore cette rubrique, nous relèverons la distinction entre la responsabilité fondée sur la confiance et le **principe de la confiance,** qui ne constitue pas le fondement juridique de la première mais joue un rôle significatif dans l'interprétation des manifestations de volonté. Néanmoins les critères d'apparence efficace, d'attente légitime sont révélateurs du but de protéger la confiance dans les diverses relations qu'entretiennent les acteurs de la vie juridique. Ainsi la responsabilité pourra aussi sanctionner le comportement contradictoire d'une personne, comme cela a été le cas de la Fédération suisse de lutte dans l'arrêt Grossen[3364]. De façon générale, celui qui donne des assurances ne saurait sans autre les ignorer si son comportement 1652

3358 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 142 ss ; WIEGAND WOLFGANG, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Teil 1, recht 1997, p. 85 ss ; WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 160 ; WALTER, op. cit. (n. 3344), p. 99 ; MORIN, op. cit. (n. 3355), p. 22 ss ; LOSER, op. cit. (n. 3351), N. 1290.

3359 CHAPPUIS, op. cit. (n. 3356), p. 244 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 117a et 982m ; HUGUENIN, N. 1523.

3360 PICHONNAZ, Rapport, p. 163. Cf. aussi SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 52.03 ; HEHLI, op. cit. (n. 3319), N. 399.

3361 HUGUENIN, N. 1715. Cf. aussi *supra* N. 1647.

3362 KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1277 ss.

3363 CHAPPUIS, op. cit. (n. 3356), p. 244 ss ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, Introd. gén. art. 97-109 N. 1, 7 et 20. Cf. *supra* N. 1577.

3364 ATF 121 III 350 cons. 6 ; cf. *supra* N. 1641.

conduit un tiers à prendre des dispositions qui postérieurement s'avèrent pour ce dernier défavorables[3365].

D. La portée pratique

1653 Mises à part les hypothèses de ***culpa in contrahendo,*** déjà énoncées, et celles liées à la fourniture de renseignements inexacts, qui seront examinées ultérieurement[3366], il est malaisé de dresser une typologie des cas de responsabilité fondée sur la confiance. La lecture des répertoires de jurisprudence révèle une matière assez abondante[3367]. Celle-ci vise principalement des relations entre professionnels, en particulier en raison d'informations erronées, voire d'assurances illusoires sinon dolosives fournies dans des circonstances déterminées, non contractuelles. On pourrait craindre un risque d'insécurité juridique, sans pourtant redouter un débordement, tant le TF a fait montre de retenue dans l'admission des réclamations indemnitaires invoquées à ce titre. La volonté de contenir l'institution dans des limites raisonnables comme celle de protéger le contrat en tant que concept fondamental du droit privé ont été affichées[3368].

II. Le régime de la responsabilité

A. Une observation liminaire

1654 La responsabilité fondée sur la confiance s'inspire directement du **modèle** élaboré pour la *culpa in contrahendo.* Elle présente avec celle-ci une analogie générale. Le constat se rapporte au fondement de la dette indemni-

---

3365 WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 149 et 154 ; CoRo-CO I-MORIN, N. 159 ss ad art. 1.

3366 Sur les hypothèses principales de la *culpa in contrahendo* par références à la violation des devoirs précontractuels pertinents, cf. *supra* N. 1525 ss. Sur la question de la fourniture de renseignements inexacts, cf. *infra* N. 1672 ss.

3367 WALTER, op. cit. (n. 3341), p. 162 ss ; CoRo-CO I-MORIN, N. 153 s. ad art. 1 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109 N. 22d ss ; STEINAUER, TDP II/1, N. 543 s. ; WESSNER, op. cit. (n. 294), N. 16 et 28 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 982d ; LOSER, op. cit. (n. 3351), N. 60 ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 108 ss et 114 ss. Cf. aussi *supra* N. 1642 et les réf. cit.

3368 ATF 121 III 350 cons. 6c ; 133 III 349 cons. 4.1, JT 2008 I p. 325 ; 134 III 390 cons. 4.3.3, JT 2010 I p. 143. Cf. aussi PICHONNAZ, Rapport, p. 165 ; HUGUENIN, N. 1738 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 332. Cf. aussi *supra* N. 1642 et 1647, *infra* N. 1662.

taire et aux conditions ordinaires (C.) qui caractérisent son accomplissement, telles la prise en compte de la faute, la détermination du dommage réparable ou encore l'existence d'un rapport de causalité avec le chef d'imputation. En revanche, l'institution est soumise à des conditions spécifiques (B.) qui circonscrivent sa portée, lors même que ses contours restent indéterminés[3369].

B. Les conditions spécifiques

1655 À l'analyse, la définition de la responsabilité telle qu'énoncée ci-dessus fait apparaître **trois conditions générales** significatives[3370].

1656 **1°** L'**existence d'une relation particulière**. Une personne adopte un comportement propre à susciter chez un tiers une attente légitime, soit un rapport de confiance qui la rend redevable de devoirs de diligence et de loyauté découlant des règles de la bonne foi[3371]. On parle souvent de « relation juridique particulière » *(rechtliche Sonderverbindung)*[3372]. D'aucuns signalent non sans raison que la relation en question est de fait, en l'absence d'un rapport préexistant fondé sur le droit[3373]. On se souviendra pourtant que le critère de l'apparence peut être factuel, mais aussi juridique, comme dans le domaine cambiaire[3374]. La qualification juridique de la relation en cause s'explique peut-être aussi au regard des effets qu'elle déploie, soit des devoirs de comportement commandés par l'art. 2 al. 1 CC[3375].

1657 **Deux précisions** s'imposent. D'abord, on souligne que la relation particulière doit naître d'un comportement volontaire de l'auteur, voire d'un comportement qui lui est normativement imputable. Un simple con-

---

3369 WIDMER, op. cit. (n. 3345), p. 115 ss ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 52.04.

3370 Cf. *supra* N. 1643.

3371 ATF 120 II 331 cons. 5a, JT 1995 I p. 359 ; 134 III 390 cons. 4.3.2, JT 2010 I p. 143 ; WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 159.

3372 ATF 121 II 350 cons. 6c ; 128 III 324 cons. 2.2, JT 2005 I p. 35 ; 130 III 345 cons. 2.2, JT 2004 I p. 207. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 982f ; BERGER, N. 1997 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109 N. 22g ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1213. Cf. également *supra* N. 1508 et 1643 et les réf. cit.

3373 CHAPPUIS, op. cit. (n. 3356), p. 236 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 165 s.

3374 Cf. RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1210 ; ATF 128 III 324 cons. 2.2, JT 2005 I p. 35. Cf. *supra* N. 1648.

3375 Cf. RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1214 ss sur les contradictions qui caractérisent le fondement de la responsabilité. Cf. aussi KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1185 ss.

tact social ou fortuit, caractéristique du droit délictuel, ne suffit pas[3376]. Ensuite, cette relation suppose une proximité particulière, quand bien même elle n'a pas à être forcément directe[3377]. L'arrêt Swissair en représente un exemple, en ce sens que la maison-mère n'est pas elle-même entrée directement en contact avec les clients de sa filiale[3378]. La question se pose surtout dans les cas où un cocontractant fait rédiger une expertise par un spécialiste, qui est utilisée ultérieurement par l'autre partie. Selon les circonstances, une responsabilité de l'expert à l'encontre de cette dernière n'est pas exclue[3379]. Dans une décision récente, le TF a toutefois jugé que le simple fait qu'un expert établisse un certificat ISO ne permet pas de conclure à l'existence d'un rapport de confiance caractérisé entre l'entreprise qui délivre le certificat et la personne qui en est le destinataire[3380].

1658 La condition examinée ici est **appréciée sévèrement par la jurisprudence.** Ainsi, le fait pour un établissement bancaire de se déclarer disposé à octroyer un crédit à un maître d'ouvrage n'est pas propre à créer une relation spécifique de confiance avec l'entrepreneur[3381]. Il en va de même de la mention d'une banque dans la rubrique « bénéficiaire » d'un chèque, à côté d'autres noms[3382]. En revanche, une telle relation peut résulter des modalités d'une opération d'investissement auprès d'une personne intéressée, lorsque l'affaire est discutée dans le bureau du directeur de l'établissement bancaire[3383] ; également du rapport contractuel invalidé pour vice de forme, dans l'hypothèse où l'acheteur refuse de s'acquitter du solde du prix de vente[3384] ; de même du rapport qu'un avocat entretient hors contrat avec un tiers, auquel il fournit un renseignement erroné[3385].

1659 **2°** La **création d'attentes légitimes.** Le comportement de la personne recherchée doit être propre à éveiller chez le lésé des espoirs qui l'ont incité à prendre des dispositions s'avérant préjudiciables. Encore faut-

---

3376 Arrêt du TF du 28 janvier 2000 cons. 3a, SJ 2000 I p. 349 ; ATF 130 III 345 cons. 2.2, JT 2004 I p. 207 ; WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 159 s. ; LOSER, op. cit. (n. 3351), N. 174 et 180.

3377 ATF 128 III 324 cons. 2.2, JT 2005 I p. 35.

3378 ATF 120 II 331 cons. 5, JT 1995 I p. 359.

3379 ATF 130 III 345 cons. 2, JT 2004 I p. 207. Cf. aussi CoRo-CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109 N. 22f.

3380 ATF 142 III 84 cons. 3.5, JT 2018 II p. 407. Cf. aussi www.iso.org.

3381 Arrêt du TF 4C.215/2002 du 11 novembre 2002 cons. 2.3.

3382 Arrêt du TF 4C.182/2004 du 23 août 2004 cons. 4.2.

3383 Arrêt du TF 4C.193/2000 du 26 septembre 2000 cons. 4.

3384 Arrêt du TF du 7 janvier 1999 cons. 4, SJ 2000 I p. 533. Cf. *infra* N. 1668.

3385 ATF 124 III 363 cons. 5b, JT 1999 I p. 402.

il que ces espoirs soient concrets et déterminés[3386]. Ainsi en est-il, dans une opération cambiaire, de réponses mensongères données au porteur d'un effet de change sur la validité de la signature y figurant[3387] ; de même des déclarations contradictoires adressées à un compétiteur, qui émanent d'une fédération sportive et qui portent sur les conditions de sélection à une épreuve internationale[3388].

Dans le domaine de groupes de sociétés, cette condition est réali- 1660
sée par l'usage que fait une filiale d'annonces publicitaires de la maison-mère, propres à tromper des tiers dans le soutien financier que cette dernière pourrait fournir dans un projet d'investissement[3389]. En revanche, la seule existence du groupe ne suffit pas à éveiller une confiance digne de protection chez les clients d'une filiale[3390].

3° La **déception d'attentes légitimes.** La confiance éveillée chez 1661
le lésé se révèle déçue de façon contraire à la bonne foi. Comme déjà mis en évidence, cette condition constitue fondamentalement le critère d'imputation de la responsabilité considérée[3391]. Le TF pose en la matière des exigences strictes. Il précise que la victime du préjudice doit assumer les risques d'imprudence et de crédulité comme ceux inhérents à certaines opérations commerciales entre professionnels[3392].

Dans un jugement prononcé en 2007, notre juridiction suprême a 1662
ajouté que, s'agissant de la partie demanderesse, l'attente qu'une personne accomplisse une prestation sans y être obligée contractuellement n'est en principe pas digne d'être protégée ; c'est à elle de s'assurer de l'exécution de la prestation escomptée par la conclusion d'une convention[3393]. Le TF, il est vrai, tempère le principe en jugeant que, par exception, la **confiance**

3386 ATF 130 III 345 cons. 2.1, JT 2004 I p. 207 ; 142 III 184 cons. 3.3, JT 2018 II p. 407 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 982g ; WESSNER, op. cit. (n. 294), N. 27.

3387 ATF 128 III 124 cons. 2.2, JT 2005 I p. 35.

3388 ATF 121 III 350 cons. 6.

3389 ATF 120 II 331 cons. 5a, JT 1995 I p. 359.

3390 ATF 124 III 297 cons. 6, JT 1999 I p. 268.

3391 Cf. *supra* N. 1648 et les réf. cit. Cf. aussi LOSER, op cit. (n. 3351), N. 214 ; MISTELI CHRISTOPHE, La responsabilité pour le dommage purement économique, thèse Lausanne, Zurich 1999, p. 173, qui affiche pourtant un scepticisme.

3392 ATF 124 III 297 cons. 6a, JT 1999 I p. 274 ; 133 III 449 cons. 4.1, JT 2008 I p. 325. Cf. aussi WALTER, op. cit. (n. 3341), p. 163 ; PICHONNAZ, Rapport, p. 166.

3393 ATF 133 III 449 cons. 4.1, JT 2008 I p. 325 : sous-traitant qui exécute des travaux pour une collectivité publique, en assumant des montants supérieurs au prix convenu avec l'entrepreneur général ; pas de responsabilité du maître de l'ouvrage. Cf. aussi arrêt du TF 4A_306/2009 du 8 février 2010 cons. 5.4.2 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 341.

dans l'exécution d'une prestation pourra être protégée lorsque la passation d'un contrat s'avère impossible en raison d'un rapport de force ou de dépendance au détriment de la personne concernée, sans que l'on puisse exiger d'elle qu'elle renonce à l'affaire ou à la relation commerciale. À première vue, un tel tempérament ne peut déployer qu'un effet réduit[3394]. De toute évidence, le champ d'application de la responsabilité fondée sur la confiance s'en trouve resserré. Paradoxalement, les juges de la première cour civile s'appuient sur des auteurs qui en ont été des promoteurs influents[3395], pour relever que le chef d'imputation en question ne saurait vider de sa substance l'institution du contrat[3396].

C. Les conditions ordinaires

1663 Les conditions ordinaires de la responsabilité fondée sur la confiance sont généralement analogues à celles qui caractérisent la *culpa in contrahendo*[3397]. Nous y renvoyons largement, non sans rappeler que le chef d'imputation fondant l'obligation de réparer s'inscrit dans une troisième voie, entre le contrat et le délit[3398]. Selon la jurisprudence et la doctrine dominante, les **emprunts au régime contractuel** l'emportent, compte tenu de la relation spécifique en cause[3399]. Certes, la prescription de l'action en dommages-intérêts reste un point d'achoppement. Dans un arrêt de principe rendu il y a plus d'une dizaine d'années, avant la révision de l'art. 60, la première cour civile du TF a confirmé le choix de la solution délictuelle inscrite à l'art. 60, au regret de son ancien président[3400].

1664 L'obligation indemnitaire suppose que la déception d'attentes légitimes fournies par la personne recherchée a conduit le lésé à prendre des dispositions qui s'avèrent préjudiciables. C'est à ce dernier qu'il incombe de prouver que le tiers défendeur se voit imputer la violation d'un comportement contraire à la bonne foi, ainsi que le **rapport de causalité** adéquate

---

3394 HUGUENIN, N. 1749.
3395 CANARIS, op. cit. (n. 3351), p. 355, 365 s. et 369 ; LOSER, op. cit. (n. 3351), N. 971 et 981.
3396 ATF 133 III 449 cons. 4.1, JT 2008 I p. 325. Cf. aussi *supra* N. 1653 et les réf. cit.
3397 Cf. *supra* N. 1590 ss et 1654.
3398 Cf. *supra* N. 1644 ss et les réf. cit.
3399 Cf. *supra* N. 1576 et 1586. Cf. aussi STEINAUER, TDP II/1, N. 548.
3400 WALTER, op. cit. (n. 3341), p. 173. Cf. aussi *supra* N. 1618 s. et les réf. cit.

avec le **dommage** subi[3401]. Comme en matière de *culpa in contrahendo,* la **faute** constitue une exigence en la matière, qu'elle soit intentionnelle ou négligente[3402]. En toute hypothèse, la présomption de l'art. 97 al. 1 est prônée, étant entendu que la disculpation se révèle malaisée[3403].

L'opinion dominante en appelle ici aussi à l'application de la règle prévue à l'art. 101, qui régit sévèrement la responsabilité du débiteur pour le fait d'un **auxiliaire**[3404]. Ce dernier pourrait également à ce titre faire l'objet d'une réclamation directe reposant sur la responsabilité fondée sur la confiance. Encore faut-il qu'il ait entretenu une relation étroite particulière avec le lésé, notamment en créant chez ce dernier des attentes légitimes qui se révèlent déçues, par exemple lorsqu'il fournit une garantie pour le succès de l'affaire[3405]. 1665

D. L'étendue de la réparation

Sur ce point également, nous renvoyons largement à nos développements relatifs à la responsabilité précontractuelle[3406]. C'est bien le **dommage** – purement économique – **résultant de la confiance déçue** qui est réparable *(Vertrauensschaden)*[3407]. 1666

En règle générale, le préjudice représente la perte de l'**intérêt négatif** subie par la victime, soit l'intérêt à ne pas avoir accordé sa confiance au tiers défendeur dans les circonstances d'espèce[3408]. Tel est notamment le cas lorsqu'elle a pris des dispositions qui se révèlent par la suite vaines 1667

[3401] Sur les preuves en question, cf. *supra* N. 1591 s. Cf. aussi WALTER, op. cit. (n. 3341), p. 173 ; WESSNER, op. cit. (n. 294), N. 26 ; BERGER, N. 2010 ; ATF 130 III 345 cons. 2.1, JT 2004 I p. 207 ; 137 III 453 ; arrêts du TF 4A_513 et 515/2010 du 30 août 2011 cons. 7.4.1. n.p.

[3402] Cf. *supra* N. 1593 ss. Dans l'arrêt 130 III 345 cons. 1, JT 2004 I p. 207, la question de la faute par négligence a été laissée ouverte.

[3403] Cf. *supra* N. 1598 s. Cf. aussi STEINAUER, TDP II/1, N. 548 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 982j ; HUGUENIN, N. 1757.

[3404] Cf. *supra* N. 1600 ss.

[3405] Arrêt du TF du 28 janvier 2000 cons. 3a, SJ 2000 I p. 549. Cf. aussi supra N. 1659 et 1661.

[3406] Cf. *supra* N. 1605 ss.

[3407] Cf. *supra* N. 1609 et 1645. Cf. aussi WALTER, op. cit. (n. 3341), p. 170 ; ATF 128 III 324 cons. 2.2, JT 2005 I p. 35.

[3408] LOSER, op. cit. (n. 3351) N. 1237 ; STEINAUER, TDP II/1, N. 548.

ou désavantageuses[3409]. Dans l'arrêt Swissair, il s'agit de la perte de l'investissement qu'endure le client dans le projet calamiteux d'une filiale d'un groupe de sociétés[3410] ; et dans l'affaire Grossen, de la perte de revenu découlant d'un congé non payé consenti par un compétiteur sportif pour se préparer à une épreuve internationale dont il se voit privé[3411].

1668 Le juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation (art. 43 al. 1 et 99), a la faculté d'octroyer des **dommages-intérêts plus considérables,** en particulier lorsque le comportement de l'auteur présente une certaine gravité[3412]. Dans un cas de vente immobilière nulle pour vice de forme, le TF a admis la compensation de l'intérêt positif au profit du vendeur ; la condamnation de l'acheteur au paiement du solde du prix n'apparaît plus comme un dédommagement au titre de la responsabilité fondée sur la confiance, mais plutôt comme une pure et simple exécution du contrat[3413].

III. Deux questions controversées

A. Quelques remarques introductives

1669 La responsabilité en discussion laisse plusieurs questions qui sont l'objet de controverses. Celles-ci ont souvent en commun de toucher la **place** qu'elle occupe dans le système qui réglemente la réparation des dommages. Une *summa divisio* historique distingue les régimes contractuel et délictuel. En termes schématiques, la responsabilité contractuelle sanc-

3409 WALTER, op. cit. (n. 3341), p. 170 ss ; CoRo-CO I-MORIN, N. 156 ad art. 1 ; ATF 130 III 345 cons. 2.1, JT 2004 I p. 207.

3410 ATF 120 II 331 cons. 5a, *supra* N. 1641.

3411 ATF 121 III 350 cons. 7a, *supra* N. 1641.

3412 Cf. *supra* N. 1614 ss. Cf. aussi WIEGAND, op. cit. (n. 3339), p. 838 ; WALTER, op. cit. (n. 3341), p. 170 s., qui mentionne la faculté, non consacrée réellement dans la jurisprudence, de retenir le critère de l'intérêt à l'intégrité, déjà mentionné.

3413 Arrêt du TF 4C.299/1998 du 7 janvier 1999 cons. 4, SJ 2000 I p. 533 : vente immobilière nulle ; l'acheteur, qui tient au maintien du contrat, se voit contraint de payer le solde du prix ; cf. à ce sujet les commentaires de WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 152 et WESSNER, op. cit. (n. 294), N. 36, ainsi que la critique de BUCHER EUGEN, Was man aus einem Fall von « Putativ-Vertrauenshaftung » lernen kann, recht 2001, p. 65 ss.

tionne la violation d'un engagement relatif consenti ; la responsabilité délictuelle sanctionne la violation d'un devoir général légal (ne pas nuire à autrui)[3414].

La création par voie prétorienne d'une responsabilité d'un troi- 1670
sième type a certainement comblé des vides[3415]. Elle a assurément **modifié les lignes** délimitant les régimes compensatoires classiques. Ce constat, il est vrai, ne saurait être exagéré, tant la jurisprudence a posé des conditions strictes à l'application de ce nouveau chef d'imputation[3416]. Nous mêlerons plus bas notre voix à la dispute qui vise l'opportunité, voire la nécessité, de créer le concept en question.

Pour l'heure, **deux questions débattues** méritent l'attention. La 1671
première est d'ordre pratique : est-ce qu'en l'état la responsabilité fondée sur la confiance englobe toute dette réparatoire née de la fourniture hors contrat de renseignements inexacts ? La seconde question se veut plutôt théorique, sur laquelle le TF fait l'impasse : qu'en est-il de l'examen du comblement d'une lacune de la loi ?

B. La responsabilité pour des renseignements inexacts

La vie sociale offre de multiples occasions de prodiguer à des tiers 1672
des **renseignements en tous genres** (informations, conseils, recommandations). Le plus souvent, ces renseignements sont fournis dans l'exécution d'un contrat, notamment lorsque leur auteur agit à titre professionnel et contre rémunération. Ils peuvent l'être également en dehors d'une relation contractuelle, comme lors de pourparlers précontractuels, et dans d'autres circonstances.

De prime abord, ce sont les **actes de complaisance** *(Gefälligkeitshandeln)* qui sont visés ici, soit des prestations présentant un carac- 1673
tère gratuit et en général occasionnel et altruiste, dépourvues d'une volonté

[3414] Le binôme ainsi décrit ignore le concours d'actions, l'exclusivité des régimes spéciaux, ainsi que l'intervention en tous genres des assureurs dans le droit de la responsabilité civile.
[3415] Cf. *supra* N. 1644 ss.
[3416] Cf. *supra* N. 1647, 1653, 1658 et 1662.

de s'engager[3417]. Ainsi en va-t-il de services bénévoles, spontanés ou sollicités, entre proches, voisins ou collègues de travail, par exemple conseiller un produit de nettoyage, transporter une personne à une gare ou aider une autre à déménager[3418].

1674 L'acte de complaisance se distingue de la **gestion d'affaires** au profit du maître (art. 419 ss), dans la mesure où ce dernier n'y donne pas son accord[3419]. Il se distingue également du **contrat**, qui implique une volonté de s'engager. Si la rémunération de la prestation écarte la complaisance, sa gratuité n'exclut pas forcément l'intention de s'obliger. À cet égard, la délimitation avec le mandat gratuit (art. 394 al. 3) peut s'avérer complexe[3420]. L'interprétation en appelle à la prise en compte des circonstances du cas d'espèce, notamment de la nature de la prestation, de son objectif et de son importance, du contexte de l'exécution, ainsi que des intérêts respectifs des parties, juridiques ou économiques. Ce dernier critère est d'importance : une volonté de s'engager peut tout aussi bien être déduite de l'intérêt de l'auteur de la prestation que de celui du destinataire à bénéficier d'un conseil avisé ou à se voir assisté de manière compétente[3421].

1675 De longue date, le **domaine bancaire** a nourri la jurisprudence en la matière. Il s'agissait souvent de cas où, en dehors de pourparlers portant sur une affaire déterminée, un établissement était appelé à donner des informations et des conseils à des personnes intéressées par des opérations de crédit ou d'investissement[3422]. L'existence d'un rapport de confiance

---

3417 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1190a ; HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, thèse Fribourg 1999, N. 4 ss, 10 ss et 325 ; HUGUENIN, N. 49, 78 s. et 1663. Précision : l'acte de complaisance exclut une action en exécution ; cf. aussi *supra* N. 1273 et 1580, *infra* N. 1680.

3418 HÜRLIMANN-KAUP, op. cit. (n. 3417), N. 24 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 179 ; ATF 116 II 695 cons. 2 et 4, JT 1991 I p. 625 : aide d'un proche dans l'installation d'un chauffage ; 137 III 539 cons. 4.1, JT 2012 II p. 256 : garde d'une fillette par une voisine.

3419 HÜRLIMANN-KAUP, op. cit. (n. 3417), N. 234 ; TERCIER/PICHONNAZ, N. 179 s.

3420 HÜRLIMANN-KAUP, op. cit. (n. 3417), N. 193 ss ; KRAMER/PROBST, N. 103 ; ATF 116 II 695 cons. 2, JT 1991 I p. 625.

3421 ATF 116 II 695 cons. 2, JT 1991 I p. 695 ; 137 III 359 cons. 4.1, JT 2012 II p. 456 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 4.46.

3422 ATF 57 II 81 cons. 1 s., JT 1931 I p. 557 ; 68 II 295 cons. 5, JT 1943 I p. 263 ; 111 II 471 cons. 2 s., JT 1986 I p. 485 ; 124 III 155 cons. 3 s., JT 1999 I p. 125 ; 131 III 377 cons. 4, JT 2005 I p. 612.

conduit certains à pencher pour le mandat gratuit[3423] ; d'autres auteurs marquent de la retenue dans l'admission d'un contrat passé par actes concluants[3424].

1676 Durant plusieurs décennies, le TF a jugé qu'une personne sollicitée en raison de ses connaissances particulières et qui accepte de fournir des renseignements significatifs pouvait engager sa **responsabilité délictuelle** à l'égard du tiers lésé. L'obligation d'indemniser est fondée sur la violation fautive d'un devoir de diligence, apprécié objectivement (art. 41)[3425]. Et notre juridiction suprême de préciser : « agit de manière illicite non seulement celui qui articule sciemment ou par légèreté des faits inexacts, mais encore celui qui passe sous silence des faits qu'il connaît et dont il doit se dire que la révélation pourrait influencer la décision de l'autre partie »[3426]. Sur ce point, soulignons que le délit par omission est réalisé en cas de violation d'un devoir juridique d'agir fondé sur une norme de comportement[3427].

1677 Suivant la conception étroite du délit civil, la victime d'un dommage purement économique est tenue de se prévaloir de la transgression d'une norme protectrice pour que l'acte satisfasse la condition d'illicéité[3428]. En l'occurrence, le TF s'en remet à un **principe de droit non**

3423 SCHÖNLE HERBERT, La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts, in Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Gauch Peter/Schnyder Bernhard/Tercier Pierre (édit.), Fribourg 1977, p. 396 ss ; VON TUHR/PETER, p. 417 ; ZK-BAUMANN, N. 114 ss ad art. 2 CC.

3424 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén., N. 66 et 68. Cf. aussi MOSER MARTIN/BERGER BERNHARD, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft : zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, PJA 1999, p. 541 ss.

3425 ATF 57 II 81 cons. 2, JT 1931 I p. 557 ; 111 II 471 cons. 3, JT 1986 I p. 485 ; 137 III 539 cons. 5.1, JT 2012 II p. 253 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén., N. 68 ; ENGEL, Obligations, p. 221 s. ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N. 115 ad art. 1 ; WERRO, RC, N. 371.

3426 JT 1986 I p. 487 (trad.), ATF 111 II 85 cons. 3 (responsabilité d'une banque pour renseignements inexacts).

3427 Arrêt du TF du 28 janvier 2000 cons. 1, SJ 2000 I p. 549 ; arrêt du TF 4C.193/2000 du 26 septembre 2001 cons. 5 : silence d'un directeur de banque qui tait le risque considérable encouru par un entrepreneur qui discute dans l'établissement d'un investissement avec une société. Cf. également SCHÖNLE, op. cit. (n. 3423), p. 390 ; BK-BREHM, N. 50 ad art. 41.

3428 Cf. *supra* N. 1549 ss, 1605, 1631 ss et 1639.

écrit, justifié par « l'intérêt d'une vie juridique ordonnée »[3429]. Il en fait un postulat.

1678 À noter qu'en de rares occasions, la jurisprudence a appréhendé les conséquences dommageables de comportements altruistes par la réglementation – appliquée par analogie – de la **gestion d'affaires** (art. 422 al. 1), notamment lorsque la personne qui rend le service le fait en prenant des risques non négligeables[3430].

1679 La consécration de la **responsabilité fondée sur la confiance** a modifié la pratique judiciaire dans le domaine discuté. L'évolution est annoncée sans ambages dans les décisions historiques[3431], puis exprimée dans plusieurs arrêts qui admettent l'obligation d'indemniser par référence au chef d'imputation en question[3432].

1680 À l'analyse, le constat appelle plusieurs **remarques :**

– Les états de fait litigieux concernent très souvent des devoirs de renseignements attendus de personnes agissant en raison de leurs **compétences professionnelles**[3433] ; il n'est pas exceptionnel que les parties se trouvent en relation d'affaires durable[3434].

3429 JT 1931 I p. 562 (trad.), ATF 57 II 81 cons. 2 (président du conseil d'administration d'une société, interrogé sur l'évolution de la valeur des actions de celle-ci). Cf. aussi BK-BREHM, N. 48 ss ad art. 41 ; BERGER, N. 1938 ; WERRO FRANZ, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung : braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung ?, recht 2003, p. 13.

3430 ATF 129 III 181 cons. 4, JT 2003 I p. 236 (blessures graves que subit un individu en chutant d'une échelle). Cf. aussi CoRo-CO I-HÉRITIER-LACHAT/CHAPPUIS, N. 25 ad art. 419 ; HUGUENIN, N. 1734 ; BK-MÜLLER, Introd. N. 278.

3431 Arrêts Swissair et Grossen ; cf. *supra* N. 1641.

3432 ATF 124 III 363 cons. 5b, JT 1999 I p. 402 : renseignement inexact d'un avocat sur l'état patrimonial d'un trust ; arrêt du TF 4C.193/2000 du 26 septembre 2001 cons. 5 : silence d'un directeur de banque qui assiste aux discussions entre deux parties portant sur un investissement risqué ; ATF 128 III 124 cons. 2.2, JT 2005 I p. 35 : réponse mensongère d'un administrateur de société sur la validité de la signature figurant sur un effet de change ; ATF 134 III 390 cons. 4.3.2, JT 2010 I p. 143 : renseignements inexacts d'une fiduciaire et d'un organe de révision sur la situation d'une personne morale.

3433 WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 160 ; MEIER-SCHATZ CHRISTIAN, Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat, in Mélanges Paul Piotet, Sturm Fritz (édit.), Berne 1990, p. 159 s. ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 116 s. ; WERRO, op. cit. (n. 3429), p. 16. Cf. aussi *supra* N. 1653.

3434 Arrêt du TF du 23 juin 1998 cons. 3a, SJ 1999 I p. 205.

- Les comportements en cause ne sont en général pas de pure complaisance, mais caractérisés par un **intérêt** de celui qui fournit le renseignement, ou s'abstient de le fournir[3435].
- La responsabilité fondée sur la confiance élargit théoriquement le spectre des **personnes obligées,** dans la mesure où elle peut être imputée à tout tiers mêlé directement ou non aux rapports en cause[3436], sans compter que le débiteur répond sévèrement du fait de ses auxiliaires (art. 101 al. 1)[3437].
- Dans quelques espèces, le TF n'a pas écarté une **application alternative** du régime délictuel[3438]. Une telle jurisprudence donne des arguments aux auteurs qui agitent le risque de l'insécurité du droit et prônent le recours exclusif à la responsabilité d'un acte illicite (art. 41 ss)[3439]. Nous en reparlerons[3440].
- En toute hypothèse, les préjudices résultant d'actes de pure complaisance – souvent des contacts fortuits de la vie quotidienne – restent soumis au régime général régissant la responsabilité délictuelle[3441].

C. Le problème d'une lacune de la loi

Dans sa jurisprudence conduisant à la consécration de la responsabilité fondée sur la confiance, notre juridiction suprême fait l'**impasse** sur la question de l'existence d'une lacune de la loi *(Gesetzeslücke)* au sens 1681

[3435] WALTER, op. cit. (n. 3341), p. 165 ; arrêt du TF 4C.193/2000 précité en n. 3427 et 3432 : le directeur de banque est évasif sur le risque encouru par un investisseur discutant avec une société, dans l'espoir de créer un rapport de clientèle.

[3436] Arrêt du TF 4C.202/2002 du 30 octobre 2002 cons. 4.1.

[3437] WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 160. Cf. aussi *supra* N. 1600 et 1663 ss.

[3438] Arrêt du TF 4C.193/2000 du 26 septembre 2001 cons. 5 ; ATF 124 III 363 cons. 5, JT 1999 I p. 402. Sur les rapports entre la responsabilité précontractuelle et l'acte illicite, cf. *supra* N. 1514, 1549 ss et 1639.

[3439] BK-BREHM, N. 53h ad art. 41 ; SCHÖNENBERGER BEAT, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritter. Eine rechtsvergleichende Studie, thèse Bâle 1999, p. 145 ss ; WERRO, op. cit. (n. 3429), p. 14 ss et 20.

[3440] Cf. *infra* N. 1696 ss.

[3441] Cf. *supra* N. 1673. Cf. aussi arrêt du TF 4C.291/2003 du 4 février 2004 cons. 7.3 ; WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 160 ; WERRO, op. cit. (n. 3429), p. 13 s. ; BK-MÜLLER, Introd. N. 273 ss.

de l'art. 1 al. 2 CC[3442]. Cette question est évidemment liée à celle de la nature juridique de ce nouveau chef d'imputation. Elle n'a de sens que dans l'optique de la solution préconisée par le TF. *A contrario,* elle s'avère sans signification pour les auteurs qui, tout en approuvant l'appréhension des états de faits considérés (notamment la *culpa in contrahendo* et, dans une certaine mesure, les renseignements inexacts hors contrat), sont d'avis que l'obligation de réparer tombe sans autre sous le coup des art. 97 ss pour certains, des art. 41 ss pour d'autres[3443].

1682 Dans le contexte actuel, certains commentateurs pensent que le TF a **implicitement** comblé un vide de la loi[3444]. Bon nombre relèvent que la reconnaissance d'un nouveau chef de responsabilité, autonome et de troisième type, postule logiquement l'existence d'une **lacune proprement dite de la loi.** Ils soulignent que celle-ci ne prévoit aucune solution à vocation générale en la matière ; BUCHER parle d'une construction jurisprudentielle *contra legem.* Bref, on insiste sur le fait que le TF se devait de ne pas faire l'économie d'un examen portant sur l'existence d'une lacune[3445].

1683 Selon la conception dualiste expressément instituée par le Code, les dispositions régissant la réparation des préjudices prévoient **deux système cohérents,** chacun étant doté d'une clause générale à laquelle s'adjoignent des normes et régimes spéciaux. En dépit de plusieurs règles compensatoires particulières instaurant une protection de la bonne foi (ex. : les art. 25 et 26 sur les vices du consentement et les art. 36 al. 2 et 39 sur la représentation)[3446], la consultation des travaux préparatoires de la loi ne

---

3442 BREHM ROLAND, La responsabilité fondée sur la confiance dans le domaine des assurances, in La responsabilité fondée sur la confiance, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2001, p. 94 ; WESSNER, op. cit. (n. 294), N. 39 s. ; BK-BREHM, N. 53k ad art. 41.

3443 Cf. *infra* N. 1692 ss et 1696 ss.

3444 WINIGER BÉNÉDICT, Conclusion : étendre les concepts ou les multiplier, in La responsabilité fondée sur la confiance, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2001, p. 194 et 199 s. ; STEINAUER, TDP II/1, N. 538, qui nuance en relevant que la responsabilité en question est l'expression d'un principe de notre ordre juridique, en rappelant l'évolution de la *culpa in contrahendo* et l'existence de multiples dispositions du Code, dont l'application exige une confiance qualifiée ; cf. aussi *infra* N. 1683.

3445 CHAPPUIS, op. cit. (n. 3355), p. 169 s. ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1169 s. ; BREHM, op. cit. (n. 3442), p. 94 s. ; BERGER, N. 2000 ss ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-19, N. 22d ; ZK-BAUMANN, N. 105 ss ad art. 2 CC ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1229 ss ; BUCHER, op. cit. (n. 3345), p. 236.

3446 Cf. *supra* N. 1513, 1528, 1568, 1588, 1604 et 1614.

laisse pas entrevoir l'éventualité d'une possible troisième voie entre le contrat et le délit *(tertium non datur).* Selon nous, le concept de responsabilité fondée sur la confiance n'entrait sûrement pas, en tant que tel, dans les prévisions des codificateurs de 1881 et de 1911[3447].

Un courant d'opinions nie tant l'existence d'une véritable lacune de la loi que celle d'un silence qualifié[3448]. Il observe qu'à l'époque de la codification fédérale, le législateur n'ignorait pas la *culpa in contrahendo,* ni les dommages purement économiques relevant du régime délictuel général (art. 41 ss), sans parler d'autres régimes compensatoires (art. 62 ss, 422 s.)[3449]. Un tel constat ne saurait pourtant priver le juge de faire usage de son **pouvoir créateur** *(gerichtliche Rechtsfortbildung),* lorsqu'il est convaincu que le contexte juridique ou factuel a considérablement évolué, et l'on pense notamment ici à la tertiarisation de l'économie[3450]. En ce sens, la jurisprudence ne comble pas un vide de la loi ni en corrige un défaut, mais elle l'adapte aux circonstances. Le cas échéant, tout en imposant un cadre strict, elle permet au juge d'exercer son pouvoir créateur « au-delà de la loi » *(gesetzübersteigende Rechtsfortbildung).* La responsabilité fondée sur la confiance s'intègre ainsi au droit de la responsabilité civile, par la concrétisation du principe de la bonne foi. 1684

IV. Une discussion ponctuée de propositions divergentes

A. Une discussion

La responsabilité fondée sur la confiance a provoqué en Suisse un **foisonnement d'idées** exceptionnel, tant par son ampleur que par sa variété. Il n'est pas question d'en faire l'analyse. Nous nous bornerons à 1685

3447 BREHM, op. cit. (n. 3442), p. 94 s. ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1169 s. ; WESSNER, op. cit. (n. 294), N. 39 s.

3448 WALTER, op. cit. (n. 3344), p. 90 s. ; HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, note de jurisprudence, RJB 1999, p. 405 ss.

3449 FASEL, not. p. 1059 et 1235 s. sur le projet de CFO (art. 56, clause générale délictuelle) de 1879. Cf. aussi ATF 36 II 193 cons. 4 du 26 mai 1910 : arrêt qualifiant la *culpa in contrahendo* de responsabilité extracontractuelle (*supra* N. 1513).

3450 LOSER, op. cit. (n. 3351), N. 187 ss ; WINIGER, op. cit. (n. 3444), p. 200. À noter que l'expression *« gerichtliche Rechtsfortbildung »* est entendue dans des sens différents, excluant ou non le comblement d'une lacune ; cf. LOSER, op. cit. (n. 3351), N. 1149 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 982l.

quelques observations, qui se focaliseront principalement sur la nature juridique – toujours controversée – de ce nouveau chef d'imputation et, en conséquence, sur le régime qui lui est applicable. Précision : l'appréhension des hypothèses visées (notamment la *culpa in contrahendo,* les renseignements inexacts fournis hors contrat et les déclarations de sociétés appartenant à un groupe)[3451] a généralement suscité l'approbation de la doctrine. D'ailleurs une bonne partie des commentateurs se rallient à la solution préconisée par la jurisprudence, même si celle-ci se fait aujourd'hui plutôt discrète[3452].

1686 À suivre l'opinion dominante, l'art. 2 al. 1 CC constitue le **fondement de la responsabilité** en question, à tout le moins indirectement. Cette disposition enjoint chacun à se comporter de bonne foi. Elle s'applique en rapport avec des droits et devoirs existants ou, à défaut, lorsque les parties sont liées par une relation particulière de confiance non contractuelle, qui fait naître des devoirs de comportement (diligence, information, protection). La violation de tels devoirs engendre la dette indemnitaire, et non l'art. 2 al. 1 CC qui, comme tel, ne constitue pas une source d'obligations, ni d'ailleurs – sauf exception – une norme protectrice au sens du droit de la responsabilité délictuelle[3453].

1687 S'agissant du **critère d'imputation,** il faut le chercher dans la relation de confiance en cause. Cette relation est légale, par la référence au principe inscrit à l'art. 2 al. 1 CC[3454]. Contrairement à sa dénomination, ce n'est pas la confiance en tant que telle qui fonde l'obligation de réparer, mais l'apparence créée par le comportement de l'auteur[3455]. La responsabilité est extracontractuelle. Elle représente un chef d'imputation autonome, selon le modèle conçu pour la *culpa in contrahendo*[3456].

3451 Cf. *supra* N. 1644, 1660 et 1672 ss.

3452 Ainsi : BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén. N. 150 s. ; WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 147 ss ; WALTER, op. cit. (n. 3344), p. 79 ss ; STEINAUER, TDP II/1, N. 537 ss ; LOSER, op. cit. (n. 3351), N. 1133 ss ; WIEGAND, op. cit. (n. 3339), p. 837 s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 982a ss ; HUGUENIN, N. 1727 ss ; BaK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Introd. art. 1 ss N. 100. Cf. aussi *supra* N. 1642 et 1647.

3453 Cf. *supra* N. 1509, 1512, 1581 et 1633, ainsi que les réf. cit. Cf. aussi WALTER, op. cit. (n. 3341), p. 158 et 161 s. ; CHAPPUIS, op. cit. (n. 3197), p. 26 s. ; LOSER, op. cit. (n. 3351), N. 1133 ss, not. 1141.

3454 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introd. gén., N. 139 ; YUNG, op. cit. (n. 3146), p. 170 s. ; STEINAUER, TDP II/1, N. 539, qui cite des dispositions significatives déjà mentionnées comme les art. 26, 36 al. 2 et 39 (cf. *supra* N. 1568 et 1614).

3455 Cf. *supra* N. 1648 et 1655 ss. Cf. aussi LOSER, op. cit. (n. 3351), N. 1324.

3456 Cf. *supra* N. 1582 ss et 1641 ss ainsi que les réf. cit.

Un nombre important d'auteurs élèvent des **critiques** à l'encontre de la solution prétorienne retenue. Certains mettent en cause son fondement, jugé incertain, en pensant que l'hypothèse peut être absorbée par l'un ou l'autre des régimes compensatoires classiques ; le risque d'éclatement du droit de la responsabilité civile est également brandi[3457]. D'autres soulignent que les contours de l'institution manquent de précision, et que les modalités de l'action sont discutables ; le risque d'insécurité du droit est agité[3458] ; à noter pourtant que le TF a fait preuve d'une grande retenue dans l'admission des dommages-intérêts à l'appui de ce moyen[3459]. On dénonce enfin la dénomination « racoleuse » de la responsabilité en question[3460] et l'ubiquité du critère de la confiance déçue[3461]. Théoriquement, le cercle des personnes protégées peut s'avérer presque illimité, puisqu'il englobe certes les rapports extracontractuels et précontractuels, mais aussi parfois des rapports contractuels[3462]. 1688

B. Des propositions doctrinales divergentes

La plupart des suggestions doctrinales qui se démarquent de la solution préconisée par la jurisprudence ne remettent pas fondamentalement en cause sa nécessité pratique. Elles portent essentiellement sur le **cadre et la nature juridique** de l'institution, et ses effets. 1689

Nous mentionnerons brièvement deux d'entre elles, qui s'inscrivent dans une perspective *de lege ferenda*[3463] : 1690

3457 MORIN, op. cit. (n. 3355), p. 133 ss ; MARCHAND SYLVAIN, Responsabilité fondée sur la confiance : vie et mort d'un ornithorynque juridique, in La responsabilité fondée sur la confiance, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2001, p. 168 ss ; WESSNER, op. cit. (n. 294), N. 64 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1218 ss et 1238 ss ; BK-MÜLLER, Introd. N. 348 ss.

3458 WIDMER, op. cit. (n. 3345), p. 115 ss et 125 ; SOMMER UELI, Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts, PJA 2006, p. 1038 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1203 s. et 1311.

3459 Cf. *supra* N. 1642, 1647 et 1653 sur la portée pratique et N. 1655 ss sur les conditions d'application.

3460 WESSNER, op. cit. (n. 294), N. 63.

3461 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 52.03 ; WIDMER, op. cit. (n. 3345), p. 118 ; MORIN, op. cit. (n. 3355), p. 146 s.

3462 Cf. *supra* N. 1668 et la réf. à l'arrêt du TF 4C.299/1998 du 7 janvier 1999 cons. 4, SJ 2000 I p. 533. Cf. aussi KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1233.

3463 La proposition prévue à l'art. 46 al. 2 de l'AP RC du 2 octobre 2000 sera examinée plus bas ; cf. *infra* N. 1697 ss.

– La première proposition est déduite de l'**art. 46 du Projet de CO 2020** aujourd'hui abandonné, qui représentait la clause générale de responsabilité pour faute. Elle supprimait la condition d'illicéité au profit de la violation d'un devoir général de comportement, dont – implicitement – celui tiré du principe de la bonne foi ; en conséquence la règle couvrait les hypothèses de la responsabilité fondée sur la confiance[3464]. À notre sens, la portée très large d'une telle solution était propre à ébranler la sécurité juridique du régime compensatoire délictuel ; même si le concept d'illicéité mérite une nouvelle réflexion, on ne saurait faire abstraction de son objectif essentiel visant à définir, au gré de la norme applicable, les dommages réparables et donc le cercle des victimes protégées[3465].

– La seconde proposition est l'œuvre de RISKE, justifiée par des raisons de sécurité et de prévisibilité du droit. Elle trouve son expression dans un nouvel article 22*a* CO[3466]. Dans sa teneur, elle codifie largement la jurisprudence consacrée par le TF, mais l'ambition se limite à la *culpa in contrahendo,* qui en reflète l'hypothèse principale ; les autres hypothèses pourraient tomber sous le coup de la responsabilité aquilienne. Une telle suggestion est intéressante, mais on ne voit guère qu'elle puisse en elle-même attirer la curiosité du législateur, sauf à l'arrimer à une révision totale de la Partie générale du Code.

1691 D'**autres propositions** doctrinales, *de lege lata,* s'accordent pour encadrer, de façon plus cohérente, la solution prétorienne hybride élaborée par le TF, dont on invoque souvent l'inutilité dogmatique et la complication pratique. À l'appui d'arguments nuancés, voire contrastés, prédomine l'idée d'intégrer la responsabilité fondée sur la confiance aux systèmes indemnitaires existants (art. 41 ss, 97 ss). Elle apporte ainsi une réponse à la question fondamentale : « étendre les concepts ou les multiplier »[3467] ?

3464 Projet CO 2020 – FELLMANN/MÜLLER/WERRO, N. 3 ss ad Intro. art. 46-63, N. 15 ad art. 46.

3465 MÜLLER CHRISTOPH/RISKE OLIVIER, Commentaire critique de l'article 46 OR/CO 2020 – plaidoyer en faveur de l'illicéité, REAS 2014, p. 119 ss.

3466 RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1333, 1414 ss et 1554 ss.

3467 WINIGER, op. cit. (n. 3444), p. 193 ss. Pour la *culpa in contrahendo,* cf. *supra* N. 1573 ss.

C. L'intégration au régime des articles 97 et suivants

Un courant d'opinions plaide pour l'application – directe ou par analogie – de la clause générale de l'art. 97 al. 1, y compris celle de l'art. 101 sur la responsabilité pour les auxiliaires et l'art. 127 sur la prescription de l'action. On invoque l'inadéquation et le déficit du régime délictuel (art. 41, 55 et 60)[3468]. On insiste sur la **portée de la règle** posée à l'art. 97 al. 1 qui, sous réserve des dispositions régissant l'acte illicite (art. 41 ss) et l'enrichissement illégitime (art. 62 ss), sanctionne l'inexécution de toute obligation, et non seulement des obligations contractuelles[3469]. 1692

Certains auteurs sont d'avis que l'obligation indemnitaire en question est **légale,** compte tenu de la nature de la relation juridique particulière et des devoirs de comportement qui y sont attachés, par référence aux règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC)[3470]. D'autres y voient plutôt une obligation **quasi contractuelle,** ou proche du contrat, eu égard au rapport caractéristique de confiance[3471]. D'autres encore entendent limiter l'application des art. 97 ss aux cas où ce rapport est concrétisé par un contact direct entre les parties, comme il en va des pourparlers précontractuels, en l'excluant dans les situations où la transgression de la bonne foi constitue la violation d'un devoir général à l'égard d'un nombre indéterminé de personnes ; l'illustration en serait fournie par la *Konzernvertrauenshaftung* de l'arrêt Swissair[3472]. 1693

On relèvera encore que nos développements concernant les relations entre la *culpa in contrahendo* et les **vices du consentement** d'une part, et l'**acte illicite** d'autre part, gardent *mutatis mutandis* leur valeur dans 1694

3468 CHAPPUIS, op cit. (n. 3197), p. 31 s. ; LOSER, op. cit. (n. 3351), N. 1133 ss, 1143 ss, 1204 ss ; KOLLER, N. 28.61.

3469 YUNG, op. cit. (n. 579), p. 118 s. ; ENGEL, Obligations, p. 752 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109, N. 20. Cf. aussi *supra* N. 1577.

3470 Cf. *supra* N. 1686 s. En ce sens, LOSER, op. cit. (n. 3351), N. 1133 ss, 1149, 1204 ss ; CHAPPUIS, op. cit. (n. 3197), p. 30, qui fait allusion au rapport de protection légal uniforme (cf. *supra* N. 1649 ss) ; MORIN, op. cit. (n. 3355), p. 133 ss, qui prône l'application du droit positif (dispositions visant notamment la représentation et les vices du consentement et analogie globale) ; MORIN, in CoRo-CO I, N. 146 s. et 157 ad art. 1. Pour la *culpa in contrahendo,* cf. *supra* N. 1577.

3471 WALTER, op. cit. (n. 3195), p. 160 s. ; WALTER, op. cit. (n. 3344), p. 99 ; HIRSCH ALAIN, La responsabilité fondée sur la confiance : une responsabilité quasi contractuelle, SJ 2000 I p. 541 ; HUGUENIN, N. 1713 s., 1727, 1730 et 1734. Pour la *culpa in contrahendo,* cf. *supra* N. 1576.

3472 Cf. *supra* N. 1641 et 1657. En ce sens, CHAPPUIS, op. cit. (n. 3356), p. 238 ss et 247. Cf. aussi KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1228 ; RISKE, op. cit. (n. 24), N. 1225.

le domaine discuté. C'est dire que si un préjudice résulte d'un acte dolosif ou pénalement répréhensible, le lésé est admis à se prévaloir d'un concours des actions concluant à la responsabilité fondée sur la confiance et à la responsabilité délictuelle[3473].

1695 Une telle observation regarde également les **conditions et les effets de la réparation** imputable à l'auteur du dommage, que ce soit pour son fait personnel (art. 97 al. 1) ou pour le fait de ses auxiliaires (art. 101)[3474]. Le souci de cohérence devrait inciter à admettre la prescription décennale prévue à l'art. 127, contrairement à la jurisprudence posée par le TF[3475].

D. L'intégration au régime des articles 41 et suivants

1696 À l'instar des partisans qui pronent l'application du régime contractuel (art. 97 ss), un autre courant non négligeable de la doctrine refuse de faire de la responsabilité fondée sur la confiance un chef d'imputation autonome. Mais il considère que celle-ci peut et doit s'insérer dans le régime délictuel général (art. 41 ss), censé être complet et homogène. Les avis ne sont pas univoques. Ils ont pourtant en commun de considérer que, *de lege lata,* la **condition d'illicéité** – maintes fois évoquée[3476] – mérite un réexamen dans le sens d'une interprétation élargie. En clair, la démarche implique de remettre en question la dichotomie entre les notions d'illicéité par le résultat et par le comportement, ainsi que la discrimination dont est l'objet la réparation des dommages purement économiques[3477].

1697 Contrairement à l'opinion dominante et à la jurisprudence[3478], certains auteurs sont d'avis que le principe de la bonne foi constitue une

---

3473 Cf. *supra* N. 1628 ss, 1639 s. et 1680. Cf. aussi CoRo-CO I-MORIN, N. 157 ad art. 1 ; CoRo-CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109 N. 21 ; arrêt du TF 4C.193/2000 du 28 septembre 2001 cons. 5.

3474 Cf. *supra* N. 1587 ss.

3475 Cf. *supra* N. 1619.

3476 Cf. *supra* N. 1549 ss, 1605, 1631 ss et 1639. Cf. aussi OFTINGER/STARK, II/1, § 16 N. 41 ss ; WIDMER, op. cit. (n. 3345), p. 102 ss ; ATF 122 III 176 cons. 7b, JT 1988 I p. 140 ; 123 III 306 cons. 4.

3477 WIDMER, op. cit. (n. 3345), p. 104 s. ; MISTELI, op. cit. (n. 3391), p. 79 ss et 107 ss ; WIDMER/KRAUSKOPF, op. cit. (n. 3142), § 2 N. 2.77 ss ; MÜLLER/RISKE, op. cit. (n. 3465), N. 43 ss. Cf. aussi BK-MÜLLER, Introd. N. 350.

3478 Cf. *supra* N. 1509, 1512, 1581, 1633, 1677 et 1686 et les réf. cit.

norme de protection fondamentale *(Grundschutznorm)* des intérêts subjectifs de tiers. La violation des devoirs de comportement qu'il commande peut être constitutive d'illicéité, au sens de l'art. 41 al. 1[3479]. Il s'agit d'une proposition à laquelle nous adhérons. D'ailleurs l'Avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile entendait y donner une consécration légale à l'art. 46 al. 2, qui énonçait que la violation du principe de la bonne foi était illicite. C'était aussi une façon de satisfaire au postulat d'unification qui guidait la réforme entreprise[3480].

Les **arguments** qui plaident en faveur d'une telle proposition sont les suivants, brièvement résumés : 1698

- D'abord, la tertiarisation de l'économie et l'échange accru des services qu'elle comporte battent en brèche la **conception étroite du délit civil.** L'ampleur des critères définissant l'illicéité de la concurrence déloyale en témoigne (art. 2 et 3 ss LCD). Nous en faisons une pétition de principe : la clause générale de responsabilité pour faute doit pouvoir appréhender tous les préjudices qui méritent réparation selon la norme applicable, sans discrimination préalable.
- Ensuite, la sanction de la transgression des devoirs de comportement découlant de la bonne foi s'insère dans le régime régissant la responsabilité délictuelle, si l'on garde à l'esprit que de tels devoirs sont **légaux et généraux :** ils s'imposent a priori à chacun, même s'ils trouvent une concrétisation dans des circonstances particulières[3481]. Hors contrat, ils ont vocation à protéger le patrimoine d'autrui dans toutes ses composantes, y compris lorsque le lésé est victime d'un dommage purement économique.
- Enfin, le TF n'exclut pas complètement la qualification du principe de la bonne foi comme norme protectrice des intérêts lésés.

3479 KELLER, op. cit. (n. 3201), p. 136 s. ; REY, op. cit. (n. 3204), p. 232 ss et 242 ; BK-BREHM, N. 53a ss ad art. 41 ; WIDMER/KRAUSKOPF, op. cit. (n. 3142), § 2 N. 2.75 ss, not. 79.

3480 WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 100 ss (N. 2.3.3.2) ; WESSNER PIERRE, La responsabilité fondée sur la confiance au regard de la révision totale du droit de la responsabilité civile, in La responsabilité fondée sur la confiance, Chappuis Christine/Winiger Bénédict (édit.), Zurich 2001, p. 132 ss.

3481 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Rem. prél. art. 1 N. 114 s. ; PIOTET, op. cit. (n. 3050), p. 256 ss ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1292 ss, 1314 ss et 1402. Cf. aussi *supra* N. 1509, 1511 et 1580.

Ainsi, de façon exceptionnelle il est vrai, il a admis que la transgression du principe en question était illicite, lorsqu'un justiciable se voyait imputer la violation fautive de **devoirs de procédure**[3482]. De même la jurisprudence couvre les hypothèses où une personne fournit des **renseignements ou conseils inexacts** portant sur des faits dont elle doit reconnaître l'importance pour le destinataire ; on en appelle à un précepte de droit non écrit[3483]. Dans des arrêts ultérieurs se prononçant sur des cas de ce genre, le TF n'a pas écarté l'application alternative de la responsabilité fondée sur la confiance et de la responsabilité basée sur l'acte illicite[3484].

1699 D'autres auteurs, qui suggèrent aussi de conférer un statut délictuel à la responsabilité fondée sur la confiance, font appel à une **nouvelle théorie de l'illicéité,** en remettant en cause fondamentalement sa conception traditionnelle. Le critère d'imputation réside dans la « violation injustifiée du devoir de diligence imposé par les circonstances du cas d'espèce, sans égard à la nature du dommage »[3485]. Cette solution s'inspire de la notion de *duty of care* des droits anglo-américains[3486]. Elle est finalement assez proche de la conception subjective de l'illicéité, aujourd'hui abandonnée à juste titre[3487]. À notre avis, elle comporte le risque d'une norme « attrape-tout » dans l'appréhension des dommages purement économiques. Nous avons déjà exprimé une telle réserve à propos de l'art. 46 du Projet de CO 2020, qui en proposait la codification[3488].

3482 ATF 116 Ia 162 cons. 2c, JT 1992 IV p. 52 : condamnation aux frais de procédure d'un prévenu acquitté ou dont la poursuite a été classée. Cf. aussi BK-BREHM, N. 53b et d ad art. 41.

3483 Cf. *supra* N. 1676 ss et les réf. cit. Cf. aussi BK-BREHM, N. 53a ss (not. 53c, d, h, k) ad art. 41 ; WIDMER/KRAUSKOPF, op. cit. (n. 3142), § 2 N. 2.80. PICHONNAZ, Rapport, p. 166 s., qui se réfère au critère de l'apparence efficace ; cf. *supra* N. 1648 et 1687.

3484 Cf. *supra* N. 1680 et les réf. cit., not. ATF 124 III 363 cons. 5, JT 1999 I p. 402. Cf. aussi BK-BREHM, N. 53c, h et k ad art. 41.

3485 CoRo-CO I-WERRO, N. 88 ad art. 41 (cf. aussi N. 86).

3486 WIDMER, op. cit. (n. 3345), p. 104 ss ; SCHÖNENBERGER, op. cit. (n. 3439), p. 145 ss, not. 152 ; KUONEN, op. cit. (n. 3043), N. 1413 ss et 2038.

3487 WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 96 ss, N. 2.3.3.1 ; CHAPPUIS, op. cit. (n. 3197), p. 28 s ; OFTINGER/STARK, I, § 4 N. 9 ss.

3488 Cf. *supra* N. 1690 et les réf. cit.

Une dernière remarque : elle concerne le **prétendu déficit** du droit délictuel par rapport aux modalités de l'action en dommages-intérêts réglementée par les art. 97 ss (not. art. 97 al. 1, 101 et 127)[3489]. Cette question a été largement discutée lors des travaux menés en vue de la révision totale du droit de la responsabilité civile. Elle a déjà été évoquée plus haut. Elle mérite une réponse qui relativise grandement l'affirmation et ses effets pratiques[3490]. En bref, en raison de l'objectivation de la faute qui s'attache à des devoirs de comportement (art. 41 al. 1), le fardeau de la preuve se révèle en fait sans signification[3491]. La réforme du régime de la prescription et l'allongement des délais de l'art. 60 al. 1 et 1*bis* devraient sur ce point faire taire la discussion[3492]. Quant à la responsabilité pour les auxiliaires, on ne répétera jamais assez la sévérité de la preuve libératoire de la diligence posée par le TF dans l'application de l'art. 55 al. 1, surtout lorsque la personne recherchée est un professionnel[3493]. 1700

[3489] Cf. *supra* N. 1692 ; MARCHAND, op. cit. (n. 3457), p. 173.

[3490] Dans ce sens : SCHÖNENBERGER, op. cit. (n. 3439), p. 145 ss ; WIDMER, op. cit. (n. 3345), p. 106 ss et 125 ; WESSNER, op. cit. (n. 3480), p. 140 ss. Cf. aussi *supra* N. 1590 ss, 1639 s. et 1696 s.

[3491] WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 68, N. 2.2.2.5 ; WIDMER, op. cit. (n. 3345), p. 109 s. ; MISTELI, op. cit. (n. 3391), p. 267 ss ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 22.18 ss. Cf. aussi *supra* N. 1599.

[3492] Cf. *supra* N. 1619.

[3493] WIDMER/WESSNER, Rapport explicatif, p. 68, N. 2.2.2.5 et p. 125 ss, N. 2.4.3.2 ss ; SCHÖNENBERGER, op. cit. (n. 3439), p. 151 ; WIDMER, op. cit. (n. 3345), p. 107 ; ATF 110 II 456 cons. 2 et 3, JT 1985 I p. 378. Cf. aussi *supra* N. 1603.

Table des principales dispositions légales citées

Les chiffres en caractères italiques renvoient aux numéros marginaux du corps du texte où la disposition est spécialement traitée. Les textes législatifs fédéraux sont classés dans l'ordre du *Recueil systématique du droit fédéral (RS)*. Viennent ensuite les textes législatifs cantonaux. Enfin, on trouve les textes légaux suisses qui ne sont plus en vigueur. La table ne contient pas de renvois aux dispositions de droit étranger, aux principes uniformes et aux textes d'origine privée (ex. : normes SIA, conditions générales, etc.).

Droit fédéral

Cst. féd.	*Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)*	
art. 16		306
art. 26		1290
art. 27		1289
art. 35	al. 3	1291
art. 36		1289
art. 49	al. 1	71
art. 64		40
art. 97		206
art. 122	al. 1	5, 75, 111, 119, 1289
	al. 2	112
art. 190		111

LEg	*Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995 (RS 151.1)*	
art. 3	al. 2	1544
art. 5	al. 2 phrase 1	1544

LRCF	*Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958 (RS 170.32)*	
art. 9		113

LTF	*Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110)*	
art. 44	al. 2	621

CC	*Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)*	
art. 1		117
	al. 1	1443
	al. 2	345, 553, 1434, 1437, 1446, 1681
	al. 3	18, 165
art. 2		57, 155, 171, 196, 306, 442, 457, 628, 908 1300, 1429
	al. 1	153, 165, 171, 331, 336, 342,

art. 2 (suite) 345 s., 409, 444, 585, 820, 825, 854, 1277, 1467, 1509, 1511, 1521, 1525, 1533, 1557, 1590, 1643, 1650, 1656, 1686 s., 1693
al. 2 171, 448, 634, 1145, 1147, 1167, 1174, 1267, 1401, 1548, 1627
art. 3 801, 922, 1008, 1437
al. 1 981, 1199
al. 2 981, 1200
art. 4 18, 61, 306, 1434
art. 5 77
al. 1 71, 510
al. 2 81
art. 6 1491
al. 1 73, 74, 77, 112
al. 2 73
art. 7 16, *94 ss*, *99*, 756, 1074
art. 8 469, 476, 614, 927, 1078
art. 11 ss 93, 727, 1258
art. 11 557, 730
art. 12 ss 153, 477, 1286
art. 12 675, 853, 931, 934, 1032, 1166
art. 14 732
art. 16 732, 787, 907, 930, 1044, 1138, 1166
art. 17 732, 907
art. 17 ss 853, 931, 934, 1032
art. 18 733, 930
art. 19 1208
al. 1 733, 1075
art. 19*a* ss 733
art. 19*b* al. 2 1513, 1528, 1568, 1593
art. 19*c* al. 2 757
art. 23 ss 718
art. 23 723
art. 27 ss 57, 93, 268
art. 27 153, 155, 196, 317, 331, 344, 356, 527, 937, 1246, 1261, 1300 s.,1322, 1375, 1429, 1462, 1467, 1607, 1625
al. 1 527 s.
al. 2 93, 165, 708, 527, 531, 708
art. 28 ss 300, 303
art. 28 293, 1286, 1542, 1547, 1549
art. 28*a* al. 3 94, 101, 108, 544, 1542, 1547
art. 28*g* ss 544
art. 52 ss 93, 728, 1258
art. 53 728, 730
art. 54 s. 1286
art. 54 732
art. 55 771
al. 2 556, 732
art. 60 ss 728
art. 64 ss 770
art. 66 555
art. 71 548
art. 80 ss 728
art. 83 ss 770
art. 90 757
art. 91 al. 2 1074
art. 101 s. 1332
art. 102 al. 3 757
art. 159 al. 3 300
art. 163 ss 490
art. 163 544, 551
art. 164 al. 1 677
art. 166 769
al. 1 764
al. 1 ch. 1 764
art. 168 556
art. 169 556, 734
art. 181 ss 1326

art. 182 ss 121, 1285
art. 201 al. 2 677
art. 202 289
art. 260 757
al. 1 662
art. 276 ss 490, 544
art. 304 al. 1 764
art. 328 305, 307, 490 s., 544
art. 331 ss 300
art. 331 al. 1 83
art. 333 58, 83, 121, 172
art. 391 764
art. 393 al. 2 907
art. 394 ss 907
art. 394 s. 764
art. 394 764, 907
art. 396 907
art. 398 764, 907
al. 3 732
art. 416 567
art. 452 al. 3 1513, 1568, 1593
art. 467 569
art. 471 ch. 3 78
art. 472 78
art. 481 ss 670
art. 481 al. 1 1287
art. 485 al. 2 1211
art. 494 ss 121, 1285, 1326
art. 497 1074
art. 498 ss 542, 670, 913
art. 498 581, 597, 617, 662
art. 499 430
art. 499 ss 617
art. 500 757
art. 505 617, 757
al. 1 567
art. 506 ss 617
art. 509 430
art. 512 ss 670
art. 515 al. 2 101, 1074
art. 517 769
art. 528 1128
al. 1 1074
art. 540 al. 2 726
art. 560 267, 1278
al. 1 1259
art. 562 542
art. 565 al. 1 1074
art. 566 662
al. 1 430
art. 570 430, 567
al. 2 453
art. 579 1074
art. 602 1259
art. 641 ss 268, *1059 ss*
art. 641 316, 957, 971, 1011, 1150, 1174, 1608
al. 1 433, 1287
al. 2 171, 300, 544, 705, 1060, 1185, 1459
art. 643 567
art. 644 al. 1 677
art. 650 al. 1 556
art. 656 al. 1 271, 567, 570, 679, 685
art. 660 al. 2 1095
art. 665 al. 1 316, 465
art. 671 1075
art. 672 1075, 1221
art. 679 s. 121, 544
art. 679 172, 273
art. 679*a* 172
art. 681 ss 428, 434
art. 684 273, 332, 544
al. 2 83
art. 686 78, 79
art. 688 78
art. 691 313, 331
art. 694 275
art. 697 al. 2 83
art. 712*a* ss 730
art. 712*d* 556
al. 3 567
art. 712*h* 544
art. 712*l* 1259
art. 714 al. 1 271, 567, 679

art. 714		1061
	al. 1	685, 712
	al. 2	682, 706
art. 722		723
	al. 1	1117
art. 725	al. 1	1095
	al. 2	1095
art. 726		723, 1061, 1094, 1221
	al. 3	1074
art. 727		1061, 1094, 1221
	al. 3	1074
art. 729		678 s., 687
art. 731		679
art. 732		1326, 1406
art. 773	al. 2	677
art. 782		296
art. 793		679
art. 799		121, 679, 1285
art. 807		98
art. 824	al. 2	295
art. 837		430, 434
	al. 1 ch. 3	275
art. 842 ss		386
art. 842	al. 2	393
art. 843		393
art. 846	al. 1	393
art. 857		393
art. 858		393
art. 875		246
art. 884 ss		1365
art. 884		255, 679, 687
	al. 2	1061
art. 889 ss		255
art. 889	al. 1	1366
art. 895		472
art. 899 s.		392
art. 922		679, 685, 712
art. 925		386
art. 926 ss		273
art. 933 ss		946
art. 933		682, 706, 1061
art. 935		682, 706
art. 936		1197
art. 938 ss		1060, 1075, 1197
art. 938	al. 1	1062, 1075
art. 939		1213
	al. 1	1211
	al. 2	1211
art. 940		1213
	al. 2	1075, 1211
art. 958		679, 685
art. 959	al. 1	276
	al. 2	276
art. 960		277
	al. 1 ch. 1	277
art. 963	al. 1	679, 685
art. 972		679, 685
art. 973		682, 1061
	al. 1	706
art. 974	al. 2	704, 1060
art. 975		957, 971, 1011, 1060, 1174
	al. 1	1185

Tfin.		*Titre final CC*
art. 51		71

LFAIE		*Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, du 16 décembre 1983 (RS 211.412.41)*
art. 2	al. 1	937
art. 25 ss		1491
art. 26	al. 4 let. b	1177, 1221
art. 28 ss		1491

CO		*Code des obligations, du 30 mars 1911 (RS 220)*
art. 1 ss		9, 14, 15, 21, 22, 96, 233, 538, 546, 555, 569, 578, 1040, 1245, 1249, 1257, 1260, 1284, 1284, 1329, 1479
art. 1		551, 664

art. 1 al. 1 1258, 1269
al. 2 582 s., 586
art. 2 al. 1 1557
al. 2 1440, 1444
art. 3 ss 595, 756, 1506
art. 3 434, 608
al. 1 1556
al. 2 605
art. 4 *592*, 969
al. 1 609
art. 5 *593*, 969
al. 1 605, 965
al. 2 605
al. 3 605, 1536
art. 6*a* 135, 150, 198, 208, 1304, 1317, 1379
art. 7 al. 3 591
art. 8 58, 542, 581, 662, 676
art. 9 *620*, 941
al. 1 605
art. 10 941, 1271
al. 1 571, 618
art. 11 ss 941, 1284
art. 11 477, 582, 645, 954, 1122, 1251, 1262, 1429, 1462, 1467, 1570, 1579, 1625
al. 1 1297, 1355
art. 12 ss 892
art. 12 al. 1 1253
art. 13 ss 856
art. 13 642
art. 14 al. 2*bis* 107, 123, 135, 150, 191, 198, 642
art. 16 1297
al. 1 591, 1251, 1262, 1355, 1557
art. 17 373, 380, 395, 756
401 s., 692, 1241
art. 18 657, 1260
al. 1 652, 1422
al. 2 62, 380, 395, 410, 477, 482, 682, 1648
art. 19 ss 57, 155
art. 19 s. 951, 954, 1122
art. 19 317, 331, 871, 1246
al. 1 61, 151, 155, 1286, 1296, 1299 1398, 1457, 1475
al. 2 93, 153, 165, 196, 306, 344, 356, 407, 527, 937, 1261, 1296, 1300 1375, 1401, 1429, 1457, 1462, 1467 s., 1476, 1491, 1570, 1579, 1607, 1625
art. 20 s. 1067
art. 20 93, 153, 196, 317, 331, 344, 356, 403, 407, 477, 527, 708, 757, 871, 937, 1246, 1261, 1296, 1300, 1375, 1401, 1429, 1462, 1467,1476, 1530, 1570, 1579, 1607, 1625
al. 1 165, 306, 1458
al. 2 173, 360, 954, 1253, 1460, 1624
art. 21 58, 153, 196, 942, 1122, 1138, 1260, 1301, 1322, 1375, 1429, 1460, 1467, 1558, 1570, 1579, 1589, 1632
al. 1 444, 447
art. 22 58, 1518
al. 1 1253
art. 22*a* 1690
art. 23 ss 99, 153, 196, 407, 424, 437, 657, 942 s., 954, 1122,

art. 23 ss (suite) 1142, 1166, 1260, 1467, 1540, 1558, 1570, 1579, 1628, 1630, 1632
art. 23 s. 569
art. 23 826
art. 24
al. 1 942
al. 1 ch. 2 826, 868
al. 1 ch. 4 173, 423, 957, 1455, 1630, 1638
al. 2 942
art. 25 1683
al. 2 655
art. 26 ss 1529
art. 26 868, 1513, 1568, 1588, 1604, 1619, 1630, 1683
al. 2 1614 s.
art. 27 783, 789, 1604
art. 28 ss 1514, 1545, 1548
art. 28 433, 942, 1166, 1208, 1301, 1558, 1589, 1596, 1631, 1639
al. 2 944
art. 29 s. 1138, 1166
art. 31 430, 433, 569, 571, 1067, 1208, 1589, 1596
al. 1 437, 444, 457, 591, 1631
al. 2 437, 1628
al. 3 1558, 1631 s., 1636
art. 32 ss 269, 450, *740 ss*, 743, 751, 756, 760, 771, 778 ss, 782, 798, 800, 804, 807, 839, 840, 1105, 1257
art. 32 924
al. 1 744, 755, 758, *815 ss*, 839, 842
848 ss, 846, 938, 952, 954, 985
al. 2 818, *824 ss*, *829 s*s, 836
al. 3 745, 840, *1018 ss*, 1035
art. 33
al. 1 719, *760 ss*, 764
al. 2 429, 556, 662, 765, *848 ss*, 869
al. 3 761 s., 844, 868, 895, 922, 923, *974 ss*, 980, 984, 987 s., 1001, 1648
art. 34 s. 954
art. 34 437, 555, 890, 994
al. 1 556, 863, *898 ss*, 901, 915, 994
al. 2 *899*, 1462
al. 3 761, 844, 898, 902, 922 s., 926, *974 ss*, 978, 980, 989 s., 996, 1001, 1648
art. 35 *905 ss*, 913, 914, 926, 994 s.
al. 1 556, 808, 905, *906 ss*, 933
al. 2 905, *909 ss*, 912
al. 3 249, *917*
art. 36 761, 1606
al. 1 850, 919, *922*
al. 2 895, 920, *922 s.,* 925, 967, 972, 989, 992, 1002, 1513, 1568, 1683
art. 37 761, 901, 926, *992 ss*, 994 s., 1001 s.
al. 1 *922 ss*, 993, 997, 1002
al. 2 996
art. 38 s. 751, 799, 839, 949, 954

art. 38 434, 996, 1001
al. 1 778, 843, 922, 957, *959 ss*, 966 s.
al. 2 820, 922, 957, 958, 965, *965*, 970
art. 39 820, 967, 991 s., 994, 996, 999, *1001 ss*, 1513, 1619, 1683
1568, 1588, 1606
al. 1 868, 967, 970, 1001 s., *1008 ss*, 1015, 1593
al. 2 925, 967, 992, 1001 s., *1009 ss*, 1015, 1528, 1614 s.
al. 3 971 s., *1011 ss*, 1015, 1074, 1105, 1122
art. 40 *770 ss*, 807, 912
art. 40*a* ss 4, 22, 135, 150, 198, 208, 209, 214, 437, 456, 1272, 1284, 1304, 1306, 1317, 1379, 1462, 1470, 1515, 1534, 1606, 1623 s.
art. 40*b* 1623 s.
let. *d* 209
art. 40*d* 1306, 1624
art. 40*e* s. 1067, 1122
art. 40*e* 154, 437, 619, 1623
art. 40*f* 154
art. 41 ss 3, 14, 23, 58, 96, 101, 538, 543, 1017, 1040, 1068 s., 1511, 1542, 1552, 1579, 1646, 1680 s., 1684, 1691 s., 1696
art. 41 163, 172, 560, 968, 1054, 1175, 1514, 1571, 1578, 1602, 1633, 1638 s., 1646, 1676, 1692
al. 1 240, 270, 291, 303, 341, 551, 1277, 1581, 1645, 1697, 1700
al. 2 270, 271, 1277
art. 42 ss 1607
art. 42 al. 2 1194
al. 3 135, 154
art. 43 al. 1 144, 165, 1668
al. 1*bis* 135, 154
art. 44 al. 1 310, 1010
al. 2 155, 196, 327, 1697
art. 47 726
art. 48 58, 136
art. 49 101, 135, 154, 726
al. 1 249
art. 50 144, 155, 235
art. 51 144, 155, 535, 1002
al. 1 373
al. 2 692
art. 52 al. 1 1548
al. 3 257
art. 55 172, 174, 1692
al. 1 341, 1603, 1700
art. 56 172
al. 3 136
art. 58 172, 1552
art. 59*a* 135, 154, 191
art. 60 ss 96
art. 60 101, 1001, 1222, 1585, 1618, 1663, 1692
al. 1 154, 249, 1619, 1635, 1700
al. 1*bis* 154, 1700
al. 2 154, 1054, 1237
art. 61 124

art. 62 ss 14, 23, 96, 101, 171, 175, 371, 433, 519, 534, 538, 560, 699, 708, 714, 957, 971, 1017, *1038 ss*, 1045, 1051 ss, 1059 ss, 1063, 1066, 1069, 1071 s., 1074 s., 1080, 1095, 1105, 1109, 1191, 1196, 1198, 1523, 1564, 1608, 1684, 1692
art. 62 1041, 1051, 1071, 1073, 1085, 1091, 1132, 1136, 1147, 1163, 1178, 1459
al. 1 *1076 ss*, 1086, 1089, 1098 s., 1101
al. 2 373, 692, 1011, 1089, 1119, *1120 ss*, 1124, 1127, 1129, 1157
art. 63 1051, 1073, 1136, 1147
al. 1 1126 s., *1130 ss*, 1132, 1135, 1144, 1147, 1149 s.
al. 2 307, 491, 494, 497, 515, 519, 1135, *1151 ss*, 1154 s.
al. 3 1138, 1149
art. 64 478, 1013, 1073, 1129, 1157, 1190, *1197 ss*, 1200, 1205 ss, 1213, 1218
art. 65 1073, 1190, *1212 ss*, 1215
al. 1 1214
al. 2 1214
art. 66 500, 520 ss, 665, 1073, *1164 ss*, 1172, 1174 ss, 1459
art. 67 1054, 1064, 1073, 1129, 1157, *1220 ss*, 1229, 1236
al. 1 1220, 1239
al. 2 665, *1238 ss*, 1241 ss
art. 68 ss 14
art. 68 315, 326
art. 69 360
art. 70 360
art. 71
al. 1 364, 436
al. 2 364
art. 72 249, 284, 320, 428, 436
art. 73 1215
al. 1 255, 1253
art. 74 al. 1 1435
al. 2 1471
art. 75 ss 254, 407
art. 75 249, 1230, 1435, 1471
art. 76 ss 107, 123, 161
art. 77 al. 1 ch.1 632
art. 78 al. 2 1253, 1471
art. 79 610
art. 81 al. 2 1253
art. 82 s. 21, 664, 1284
art. 82 242, 284, 407, 756
416, 471 s., 1253, 1339, 1454
art. 83 255, 327, 472, 1339
al. 2 437
art. 84 123, 136, 161
al. 2 322
art. 88 724
al. 1 380
al. 2 380

art. 89	al. 2	255
	al. 3	380
art. 90	al. 1	380
art. 92	al. 1	478
art. 95		21, 62, 437, 1284
art. 97 ss		14, 546, *1063 ss*, 1283, 1511, 1524, 1576, 1681, 1692, 1696, 1700
art. 97		968, 1218 s., 1272, 1691
	al. 1	249, 255, 303, 341, 350, 369, 689, 1017, 1571, 1574, 1577, 1598, 1634, 1638, 1645, 1650, 1664, 1692, 1695, 1700
	al. 2	136, 258, 285
art. 98		323
	al. 1	326
	al. 2	329
	al. 3	269
art. 99		1668
	al. 2	1353
	al. 3	62, 1607
art. 100		155
	al. 1	530, 1253, 1462, 1467, 1607
	al. 2	530, 1253
art. 101		972, 1585, 1600, 1602, 1604, 1607, 1665, 1692, 1695, 1700
	al. 1	341, 350, 1680
	al. 2	155
	al. 3	155
art. 102 ss		350, 364
art. 102		1218
	al. 1	429, 721, 756, 1181
art. 103		1218
art. 104 ss		1218
art. 104 s.		255
art. 104	al. 1	1215, 1469
	al. 3	68
art. 107 ss		21, 62, 578, 664, 1066, 1122, 1284, 1339
art. 107		756
	al. 1	165, 447
	al. 2	58, 435, 437, 444, 569, 609
art. 109		356, 437, 1272
art. 110 ss		14
art. 111 ss		464
art. 111		22, 62, 1285
art. 112 s.		*794*
art. 112		236, 255, 269, 794, 1279
	al. 2	450, 1278
	al. 3	435
art. 114 ss		14, 96
art. 114	al. 1	407, 478, 496, 1366
	al. 2	519
art. 115		255, 407, 416, 418, 421, 478, 496, 569, 673, 679, 1271, 1284, 1330, 1336
art. 116		478
	al. 2	380, 1253
art. 117		58, 1406
	al. 3	1253
art. 119		173, 327, 350, 364 s., 478, 1219, 1283
	al. 2	664, 1067, 1074, 1129, *1156 ss*, 1185, 1207, 1221, 1284, 1339, 1452
art. 120 ss		255, 407, 437, 485, 1208
art. 120		284, 428
	al. 3	516
art. 122		1253
art. 124	al. 1	428, 485, 662
	al. 3	88
art. 125		249
art. 127 ss		98, 284, 407, 487, 908, 1221, 1453

art. 127 s. 1064
art. 127 249, 471 s., 557, 923, 1429, 1619, 1635, 1692, 1695, 1700
art. 128 ch. 1 1229
art. 128*a* 154
art. 129 ss 101
art. 129 1429, 1462
art. 130 923
al. 1 1230
art. 132 1235
art. 134 1236
art. 135 ss 1236
art. 135 ch. 1 395, 413
ch. 2 136, 415, 467
art. 137 al. 1 412
al. 2 380, 395, 414 s.
art. 138 467
al. 1 136
art. 141 al. 1 474, 1462
al. 1*bis* 409, 474
art. 142 284, 471, 474, 487, 514, 557, 1153
art. 143 ss 14, 96, 155, 753, 1435
art. 143 235
art. 150 235, 252
art. 151 ss 14, 21, 1067, 1090, 1125, 1283
art. 151 570
al. 1 478
art. 152 al. 3 677
art. 153 al. 2 478
art. 154 1066, 1128
al. 1 478
art. 158 ss 14
art. 158 al. 1 1557
al. 2 88
al. 3 322
art. 160 ss 21, 1283, 1365, 1524
art. 160 255
al. 2 582
art. 163 al. 2 1462
al. 3 196, 1322, 1460
art. 164 ss 14, 96, 175, 236, 255, 392, 447 s., 707, 1020, 1035, 1106, 1213, 1284 s., 1330
art. 164 s. 679
art. 164 1067
al. 1 244, 249, 569, 685, 708, 1271
al. 2 380, 395, 410, 681, 945, 1648
art. 165 241, 1186
al. 1 567, 685, 708, 1331, 1462
al. 2 685, 708, 1331
art. 167 1094
art. 168 al. 1 478
art. 169 241
al. 1 407, 467
art. 170
al. 1 447
al. 2 341, 380
art. 171
al. 1 1353
al. 3 1353
art. 172 62
art. 175 ss 58, 236, 1020, 1035, 1285
art. 176 267, 1330
art. 179 473
al. 1 467
art. 181 al. 4 123, 161
art. 184 ss 9, 541, 676, 1285, 1327
art. 184 325, 555, 664, 1338, 1344, 1357
al. 1 240, 243, 271, 313, 334, 368, 570, 673, 676, 685, 712, 1117, 1271, 1277
al. 2 243, 1454

art. 185 366
al. 1 1452
al. 2 364
art. 186 79, 124, 489, 501, 509, 511
art. 188 ss 712
art. 188 88, 240, 334, 343
art. 189 349
al. 1 88, 1473
art. 190 68
art. 191 al. 2 68
art. 196*a* 139
art. 197 ss 66, 368, 431, 1436, 1455, 1638
art. 197 291
al. 1 724
art. 199 530, 1301, 1462, 1468
art. 201 242, 310 ss, 756, 945
al. 1 66, 444, 607, 609, 724
al. 2 591, 718
art. 205 ss 310
art. 205 435, 437, 446, 483, 529, 1066, 1272
art. 210 139, 191, 199, 208
al. 3 139
al. 5 483
al. 6 139
art. 213 al. 1 243
art. 214 al. 2 609
al. 3 582
art. 216 ss 276, 428
art. 216 139, 1462, 1467
al. 1 567, 570, 582, 685, 855, 1324, 1355, 1368
al. 2 434, 446
al. 3 434, 446
art. 216*a* ss 139, 434, 446
art. 216*e* 444
art. 216*k* 1379
art. 218 139
art. 219 al. 1*bis* 139
art. 225 al. 2 677
art. 226*a* ss 138, 154, 214
art. 227*a* ss 138
art. 228 138
art. 230 al. 1 464
art. 236 79, 124
art. 239 ss 1327, 1336
art. 239 1352
al. 1 240, 711 s.
al. 3 307, 491, 494, 498
art. 242 711 s., 1352
al. 1 687, 1269, 1345
art. 243 240, 1352 s.
al. 1 307, 491, 687, 711 s., 1462
al. 2 1462
art. 245 al. 2 670
art. 248 1353
art. 249 s. 498, 1353
art. 249 1074, 1128, 1462
art. 251 448, 478
art. 253 ss 137, 199, 201, 1304, 1317, 1324, 1327
art. 253 273, 325, 533, 1347, 1357
art. 256 464, 533
al. 1 157, 273
al. 2 201, 1306, 1463
al. 2 let. *b* 157
art. 257*a* al. 2 1144
art. 257*b* 68
art. 257*c* 83, 243
art. 257*d* 68, 444, 630, 633 s., 637, 639, 1272
art. 257*e* 68
art. 257*f* al. 1 350
al. 3 68
art. 259 343
art. 259*a* al. 1 let. *b* 1250
art. 259*d* 435, 1066

art. 259*g* 478
art. 260*a* ss 437
art. 261 236
al. 2 let. *a* 68
al. 3 276
art. 261*b* 276
art. 262 al. 2 1278
art. 263 68, 447, 734
art. 266 al. 2 588
art. 266*a* ss 242, 445
art. 266*b* ss 83, 462
art. 266*c* 125
art. 266*d* 68, 125, 444
art. 266*f* 444
art. 266*g* 165, 444, 1467
art. 266*k* 208
art. 266*l* ss 1462
art. 266*l* 68, 430, 582
al. 1 660
al. 2 157, 201, 567, 1306
art. 266*m* 440, 1431
al. 1 567
art. 266*n* 440, 607, 1431
art. 266*o* 440
art. 267 325
al. 1 243
al. 3 243
art. 268 ss 68
art. 269 ss 68, 1322, 1460
art. 269 1466
al. 2 1462
art. 269*a* ss 462
art. 269*a* 1466
art. 269b 317
art. 269*d* 157, 630, 633 s., 637, 639, 1229, 1306
al. 1 435
al. 2 435
art. 270 al. 2 79, 80, 124, 1233
art. 270*a* 1466
art. 271 ss 68, 1464
art. 271 442, 464
art. 271*a* 61, 201, 442, 464
art. 272 464
al. 2 let. b 462
art. 272*b* al. 2 1464
art. 273 464
al. 1 608, 624, 637 ss, 1265
al. 2 let. a 608, 637 ss
art. 273*c* 201, 1306
art. 275 ss 107, 137, 1327
art. 290 276
art. 305 ss 1324, 1327
art. 305 1340, 1352
art. 306 al. 3 1324
art. 310 255
art. 312 ss 1327
art. 312 1340, 1347, 1351
art. 313 1340
al. 2 68, 1351
art. 314 al. 3 1462
art. 318 435, 445
art. 319 ss 137, 199, 326, 1017, 1030, 1304, 1317, 1327, 1396
art. 319 664, 1347, 1357
al. 1 369
art. 320 al. 3 1160
art. 321*c* al. 3 1474
art. 321*e* 369
art. 324*a* al. 2 462
art. 327 al. 1 350
art. 328 1650
art. 329 al. 2 78
art. 330*a* 343, 349
art. 333 236, 569
art. 335 ss 437, 445
art. 335 al. 1 1250
art. 335*c* 462
al. 1 608
art. 336 ss 1431
art. 336 1547
art. 336*c* 1547
art. 337 ss 437
art. 337 165, 1467
al. 1 444

art. 338 917
art. 340 ss 331, 335, 344
art. 340 313
art. 348*b* al. 2 870
art. 356 ss 1387
art. 359 ss 1384
art. 359 al. 2 79, 1384
art. 359*a* 124
art. 360*a* 1383
art. 360*d* al. 2 1383
art. 361 s. 201, 1306
art. 361 1463
art. 362 1463
art. 363 ss 3, 326, 1327, 1396, 1482
art. 363 368, 1357, 1368
art. 365 al. 1 1405
art. 367 ss 368, 431
art. 367 al. 1 66
art. 368 al. 1 437
al. 2 446, 1066
art. 369 582
art. 370 al. 1 724
art. 371 191, 199
art. 381 al. 3 1536
art. 394 ss 96, 326, 1017, 1030, 1327, 1396, 1453
art. 394 1340, 1351,
al. 1 369
al. 2 1396
al. 3 88, 1674
art. 396 al. 2 739, 862, 870, 1030
al. 3 862, 888
art. 398
al. 1 303, 369
al. 2 303
al. 3 877
art. 399 450, 877
al. 3 1278
art. 400 al. 1 343
art. 401 1020, *1036 s.*
al. 1 1037
al. 2 1037
al. 3 1037
art. 402 al. 1 1340
art. 404 1396, 1431, 1439, 1467
al. 1 428, 437, 445, 1272
art. 405 917
al. 1 478
art. 406*a* ss 138, 199, 208, 503, 1304, 1317, 1379, 1535, 1623
art. 406*d* 1306, 1317, 1462, 1624
art. 406*e* 1272, 1306, 1317, 1624
al. 1 1251
al. 2 214, 1623
al. 3 214, 1623
art. 406*g* al. 1 1624
art. 406*h* 1460
art. 412 ss *792 s.*, 1376, 1601
art. 416 503
art. 417 1322, 1460, 1466
art. 418 124
art. 418*a* ss 67, 138, 199, *792 s.*, 1304, 1317, 1376, 1601
art. 418*a* 793
art. 418*d* al. 1 330
art. 418*e* 870
art. 418*f* al. 3 1474
art. 418*k* al. 2 1463
art. 418*r* 1467
art. 418*u* 1431
art. 419 ss 96, 101, 544, 549 968, 1017, 1030, 1040, *1070 s.*, 1674
art. 421 al. 1 1074
art. 422 s. 1684
art. 422 96, 1071
al. 1 712, 1678
art. 423 175, 552, 1071, 1523, 1564, 1608
al. 1 1071, 1196
al. 2 1071, 1074, 1221
art. 425 ss 67, 1023, 1376

art. 425 al. 1 1023
art. 440 ss 67
art. 458 ss 807
art. 458 808
art. 459 s. 870
art. 459 al. 1 719, 887
al. 2 808
art. 460 al. 2 875
al. 3 808
art. 462 870
al. 1 719
al. 2 776, 808, 888
art. 465 al. 2 808, 912
art. 466 ss *795*, 1024, 1107
art. 466 394
art. 468 al. 1 1108
art. 470 1108
art. 472 235, 1340, 1351
art. 474 al. 1 330
art. 481 al. 3 677
art. 482 ss 1376
art. 492 ss 22, 137, 1304, 1317, 1327, 1365
art. 492 255, 1336
art. 493 61, 296, 687,1306
al. 6 887, 963
art. 494 734, 1269
al. 1 567
art. 495 472
al. 1 298
al. 2 298
art. 502 al. 1 473
al. 2 473
art. 508 al. 3 1074
art. 509 al. 1 1366
art. 513 489, 501, 1358, 1406
al. 1 487, 496, 504, 1155
al. 2 506 s.
art. 514 al. 1 504
al. 2 505, 1155
art. 515 al. 1 508
art. 515*a* 487, 508
art. 516 ss 1327
art. 519 s. 464
art. 521 ss 1327, 1358
art. 530 ss 1030, 1327
art. 530 664, 1259, 1342, 1575
art. 538 al. 2 252
art. 542 1332
art. 543 s. 779
art. 543 al. 3 862
art. 544 al. 3 753
art. 545 al. 1 ch. 2 917
al. 1 ch. 7 464
al. 2 1467
art. 552 ss 9, 67, 730
art. 552 1285
art. 555 768, 779
art. 562 1259
art. 563 ss 779
art. 568 298
al. 1 295
art. 574 917
art. 583 779
art. 585 779
art. 594 ss 730
art. 602 1259
art. 603 768
art. 608 296
art. 620 ss 728
art. 622 ss 386
art. 643 567
art. 678 1074
art. 698 al. 2 ch. 5 419
art. 703 665
art. 718*a* al. 2 875
art. 731*b* 911
art. 752 ss 544
art. 772 ss 728
art. 828 ss 728
art. 871 548
art. 927 ss 9
art. 935 1259
art. 936*b* al. 1 995
art. 965 ss 9, 96, 386
art. 965 384

art. 973*a* ss		391
art. 973*c*	al. 2	392
	al. 3	392
	al. 4	392
art. 990		1285, 1336
art. 998		999
art. 1052		1075
art. 1100 ss		385
art. 1143	ch. 14	1075
art. 1156 ss		246, 385

LRFP	*Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, du 18 juin 1993 (RS 221.112.944)*
art. 1 ss	105
art. 8	530
art. 10	478

LBFA	*Loi fédérale sur le bail à ferme agricole, du 4 octobre 1985 (RS 221.213.2)*
art. 42 ss	1315

OBLF	*Ordonnance du Conseil fédéral sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, du 9 mai 1990 (RS 221.213.11)*
art. 9	157
art. 19	157

LCBD	*Loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale, du 23 juin 1995 (RS 221.213.15)*
art. 3	1503
	al. 4 let. b 1466

LCC	*Loi fédérale sur le crédit à la consommation, du 23 mars 2001 (RS 221.214.1)*
art. 1	al. 2 let. a 1405
art. 3	1378
art. 9 ss	213, 1306, 1317, 1462, 1624
art. 9	582, 1355, 1534
	al. 1 1251
art. 15 s.	1534
art. 15	213, 1306, 1462, 1624
	al. 1 1624
	al. 2 1177
art. 16	214, 619, 1306, 1317, 1623
art. 22 ss	1317
art. 28 ss	212
art. 37	213, 1306, 1317, 1462 s., 1534, 1624

LCA	*Loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (RS 221.229.1)*
art. 1 ss	1624
art. 2*a* ss	214, 1317
art. 2	1252
art. 2*a*	1272, 1306, 1623
	al. 3 619
art. 2*b*	1272, 1306, 1623
art. 3 s.	1306, 1535
art. 3	201, 212, 1624
art. 3*a*	201, 212, 1624
art. 13	al. 1 1252
art. 38	al. 1 312
	al. 2 312
art. 45	al. 1 let. a 312
art. 51*a*	al. 1 557
art. 73	al. 1 1252
	al. 2 1252

art. 76 ss 670
art. 77 al. 2 456
art. 97 s. 201, 1306, 1462
art. 97 1463
art. 98 1463, 1624
art. 100 al. 1 108

LFus *Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, du 3 octobre 2003 (RS 221.301)*
art. 69 ss 123

LBI *Loi fédérale sur les brevets d'invention, du 25 juin 1954 (RS 232.14)*
art. 34 al. 1 1406
art. 66 let. a 403

LCD *Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241)*
art. 2 ss 200, 1624
art. 2 1698
art. 3 ss 1698
art. 3 189
al. 1 let. *s* 20, 175, 201, 209, 1306, 1317, 1534
al. 1 let. *s* ch. 1 212
al. 1 let. *s* ch. 2 212
art. 4 let. *a* 270, 1277
art. 5 1523
art. 8 20, 175, 189, 200, 209, 344, 530, 864, 1306, 1317 s., 1379, 1462
art. 9 1277
al. 3 101
art. 10 al. 2 let. *b* 206
art. 16 ss 206 s., 1315, 1493, 1533

LCart *Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (RS 251)*
art. 7 189
art. 18 ss 1491
art. 54 ss 1491

CPC *Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 (RS 272)*
art. 31 ss 123
art. 32 al. 2 1378
art. 59 502
al. 2 let. *a* 256, 263
art. 60 502
art. 70 al. 1 1265
art. 87 463
art. 138 621
al. 3 let. *a* 629, 634
art. 139 642
art. 204 al. 1 776
art. 243 ss 206
art. 250 123
art. 335 ss 123, 258, 285
art. 335 al. 2 258, 288

LP *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889 (RS 281.1)*
art. 38 al. 1 258, 288
art. 55 379
art. 82 417
al. 1 416
al. 2 416

art. 83	al. 2	416
art. 85		416
art. 85*a*		416
art. 86		1149
	al. 1	1149
art. 89 ss		288
art. 92		294
art. 93		294
art. 150	al. 1	469
art. 152	al. 2	379
art. 159 ss		288
art. 168		379
	al. 1 let. b	379
art. 175		913
art. 177		379
art. 197		913
art. 204		681
art. 211	al. 1	272
art. 219	al. 1	294
	al. 3	294
	al. 4	294
art. 220		294
art. 221	al. 1 let. d	469
art. 222	al. 2	469
art. 224		294
art. 225 s.		272
art. 237	al. 2	769
art. 242	al. 1	705
art. 286		498
art. 293 ss		517
art. 303		519
art. 311		517

LDIP	*Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (RS 291)*	
art. 112 ss		123
art. 116		1293
art. 177		1293

CP	*Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)*	
art. 141*bis*		1054
art. 146		1633
art. 149		509
art. 156		1633
art. 157		1633
art. 292		286
art. 321		1550
art. 322*ter*		520

LOA	*Loi fédérale sur les ouvrages d'accumulation, du 1er octobre 2010 (RS 721.101)*	
art. 13 ss		105

LRCN	*Loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire, du 13 juin 2008 (RS 732.44)*	
art. 1 ss		105

LIE	*Loi fédérale concernant les installations électriques à faible et à fort courant, du 24 juin 1902 (RS 734.0)*	
art. 27 ss		105

LCR	*Loi fédérale sur la circulation routière, du 19 décembre 1958 (RS 741.01)*	
art. 34		306
art. 58 ss		102, 105
art. 59	al. 4	108
art. 63	al. 3 let. *a*	203
art. 74		203
art. 76 ss		203
art. 79*a* ss		203
art. 83	al. 1	101, 108
art. 87	al. 1	530

LCdF	*Loi fédérale sur les chemins de fer, du 20 décembre 1957 (RS 742.101)*	
art. 40*b* ss		105
LTV	*Loi fédérale sur le transport de voyageurs, du 20 mars 2009 (RS 745.1)*	
art. 12 ss		1494
LITC	*Loi fédérale sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux, du 4 octobre 1963 (RS 746.1)*	
art. 33 ss		105
LNM	*Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse, du 23 septembre 1953 (RS 747.30)*	
art. 112		386
LNI	*Loi fédérale sur la navigation intérieure, du 3 octobre 1975 (RS 747.201)*	
art. 30*a* ss		105
LA	*Loi fédérale sur l'aviation, du 21 décembre 1948 (RS 748.0)*	
art. 64 ss		105
LPO	*Loi sur la poste, du 17 décembre 2010 (RS 783.0)*	
art. 2	let. c	622
art. 13 ss		622
LPE	*Loi fédérale sur la protection de l'environnement, du 7 octobre 1983 (RS 814.01)*	
art. 59*a*		105
LRaP	*Loi fédérale sur la radioprotection, du 22 mars 1991 (RS 814.50)*	
art. 39 s.		105
LGG	*Loi fédérale sur l'application du génie génétique au domaine non humain, du 21 mars 2003 (RS 814.91)*	
art. 30 ss		105
LPGA	*Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (RS 830.1)*	
art. 38	al. 2*bis*	621
LChP	*Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages, du 20 juin 1986 (RS 922.0)*	
art. 15 s.		105
art. 15		136
LSPro	*Loi fédérale sur la sécurité des produits, du 12 juin 2009 (RS 930.11)*	
art. 3 ss		1316
art. 3	al. 2	216
art. 4		
	al. 1	216
	al. 2	216

art. 6	al. 2	216
art. 10		1491
art. 16 ss		1491

LLCA	*Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, du 23 juin 2000 (RS 935.61)*
art. 12 ss	1494

LExpl	*Loi fédérale sur les substances explosibles, du 25 mars 1977 (RS 941.41)*
art. 27	105

SCSE	*Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques, du 18 mars 2016 (RS 943.03)*
art. 16 ss	105

LIC	*Loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs, du 5 octobre 1990 (RS 944.0)*
art. 1 ss	206

LVF	*Loi fédérale sur les voyages à forfait, du 18 juin 1993 (RS 944.3)*

art. 2	al. 3	1378
art. 3 ss		1306, 1317, 1534, 1623
art. 4 ss		1624
art. 4		212, 1306
art. 6 ss		1624
art. 6		213, 1306, 1462
art. 7 ss		213
art. 9		1306, 1534, 1624
art. 19		213, 1306, 1317, 1462, 1624

LTI	*Loi fédérale sur les titres intermédiés, du 3 octobre 2008 (RS 957.1)*

art. 1		391
art. 2	al. 1	391
art. 3	al. 1	391
art. 5		391

CVIM	*Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, du 11 avril 1980 (RS 0.221.211.1)*

art. 2	let. *a*	1375
art. 39	al. 2	139

Droit cantonal

NE-LResp	*Loi neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents, du 29 septembre 2020 (RSN 150.10)*
art. 3	113

Droit plus en vigueur

aCst. féd.		*(ancienne) Constitution fédérale, du 19 avril 1874*
art. 31		1289
art. 64		5, 40, 47, 48, 119
art. 64	al. 1	70
art. 64	al. 2	70
art. 2 disp. trans.		71

CFO	*(ancien) Code des obligations, du 14 juin 1881*
art. 1 ss	46
art. 15	402
art. 190 ss	46
art. 229 ss	46
art. 524 ss	46
art. 552 ss	46
art. 720 ss	46
art. 859 ss	46

Index alphabétique des matières

Les entrées renvoient aux notes marginales traitant du sujet. Au surplus, la consultation obéit aux principes suivants : lorsque ceci est pertinent, la notion et les généralités figurent en tête des sous-mots-clés. Viennent ensuite les autres sous-mots-clés, classés par ordre alphabétique. À cet effet, il faut tenir compte, le cas échéant, du terme débutant par une majuscule.

A

Acceptation
– par un Représentant 756

Acquéreur de bonne foi 682,706

Acte
– abstrait, Cf. Cause
– causal, Cf. Cause
– conforme au droit 558, 560
– formateur, Cf. Droits formateurs
– illicite
  – Notion 3, 23, 558 s., 716
  – législation spéciale 105

Actes concluants
– communication par – des pouvoirs de représentation au tiers de bonne foi 978
– non-ratification de l'acte de représentation par – 969
– pouvoirs de représentation accordés par – 856
– prise de qualité par – en tant que représentant 824
– procuration externe apparente ou par tolérance par – 982
– ratification de l'acte de représentation par – 964

Acte juridique
– Notion 554 ss, 564
– bilatéral 659 s., 663 s.
– de Complaisance 553, 578, 1273, 1673
– conforme au droit 3, 558 s., 716
– de Disposition
  – Notion 271, 672 ss, 684, ss
  – cause 702 ss
– effets 555, 564, 569 s.
– entre vifs 666 s.
– générateur d'obligation(s)
  – Notion 271, 672 ss, 684, ss
  – cause 697 ss
– multilatéral 659 s., 663 ss
– pour cause de mort 666 s., 669 ss

Acte juridique unilatéral
– en tant qu'Acte unilatéral 659 s., 661 s.
– ratification 959, cf. ég. Cause, Contrat, Fait juridique, Manifestation de volonté

Action, Cf. Concours d'actions, Droit d'action

Action formatrice 463 ss

Action juridique
– en tant qu'Acte juridique 559, 716
– classification 720 ss
– distinction avec l'acte juridique 717 ss

Action matérielle 723

Agir au nom de
– représentation directe 816 ss
– représentation sans pouvoirs 952

Agir en son propre nom
– représentation indirecte 1018, 1025 ss

Agir pour le compte de
– représentation indirecte 1026, 1028 s.

Apparence efficace 171, 653 ss, 1580, 1648

Assignation
– distinction avec représentation directe 795
– et Enrichissement illégitime 1107 s.
– comme Exemple de représentation indirecte 1024

Attribution
– Notion 673, 710 ss
– *credendi causa* 712
– *donandi causa* 712 s.
– *solvendi causa* 712

Autonomie privée 57, 561 ss, 1246 ss, 1288, 1479, cf. ég. Liberté contractuelle

Autorisation
– du Représenté en cas de contrat avec soi-même 880
– des Représentés en cas de double représentation 882

Auxiliaire
– distinction avec représentant direct 781 ss

Avantage patrimonial
– en tant qu'enrichissement, Cf. Enrichissement illégitime

Avis 724

B

Blanc-seing 893 ss

Bonne foi
– importance du principe 165, 171
– imputation de la – du représentant au représenté de bonne foi 945
– rôle dans l'enrichissement illégitime 1044
– Cf. Liberté contractuelle

C

Cadre commun de référence 126, 186, 225

Capacité civile
– Notion 729 ss
– active, Cf. Capacité civile active
– passive 730
– du Représentant direct (absence d'exigence) 931
– du Représentant indirect, Cf. Représentation indirecte

Capacité civile active
– absence de – du représentant direct 732
– défaut de – du représentant direct 733
– exigence de – du représentant indirect 1032
– exigence de – du représenté qui ratifie l'acte du représentant 964
– restreinte et représentation légale 767

Capacité contractuelle 1258 s., cf. ég. Capacité civile

Capacité de discernement
– dans l'Enrichissement illégitime 1044
– du Représentant comme condition de l'effet de représentation 930 ss

Capacité de disposer
– du Représentant indirect, Cf. Représentation indirecte

Caractère boiteux
– représentation sans pouvoirs 957, 958

Carte électronique 394

Cause
– de l'Acte juridique 372, 374, 691 s.
– de l'Obligation 234, 239, 371 ss, 379, 401 ss, cf. ég. Sources des obligations

Cession de créances
– Notion 236, 244, 707

– et Enrichissement illégitime 1067, 1106
– nature abstraite 707 ss, 1067
– nature causale 707 ss

Clause
– abusive 184
– compromissoire 1293
– d'Élection de droit 1293

Code
– de 1881 42 ss, 142
– de 1911 47 ss, 142
– de 2020 (projet) 149

Code civil 49

Code européen des contrats 227

Code de procédure civile 75, 123

Code unique 33 ss, 45, 63 ss, 143

Codification fédérale
– contenu 8 s., 14 s., 22, 45 s., 63 ss, 143
– imprégnation de la pensée libérale 55 s., 57, 195, 1288
– portée 4 ss, 16 ss, 21 ss, 33 ss, 55 ss
– processus 8 s., 12 s., 24 ss, 33 ss, 42 ss
– unité matérielle du droit privé 92 ss, 109

Commission
– comme Exemple de représentation indirecte 1023

Communication
– des Pouvoirs par le représenté au tiers de bonne foi 975

Compensation 485, 516

Commerce électronique
– communication 239

Compétence fédérale 70 ss, 111

Concordat intercantonal 30

Concours d'actions
– responsabilités contractuelle et délictuelle 303
– responsabilité précontractuelle et délictuelle 1639
– responsabilité précontractuelle et vices du consentement 1633

Concurrence déloyale 108, 200, 206

Concurrence économique 141, 160, 1314

Condictio, Cf. Enrichissement illégitime

Conditions générales d'affaires 175, 200, 202, 1306, 1318, 1370, 1484 ss

Condition résolutoire
– et Extinction des pouvoirs de représentation 904

Confiance, Cf. Bonne foi, Principe de la confiance, Responsabilité fondée sur la confiance

Consentement 1260, cf. ég. Accord

Constitution fédérale 38 s., 47 s., 1289 ss

Contestation 469

Contrat, Cf. Acte juridique, Capacité contractuelle, Consentement, Contrats innommés, Fidélité contractuelle, Forme du contrat, Liberté contractuelle, Objet du contrat, Sources des contrats
– Notion 567, 1244 ss, 1252, 1254, 1256 ss, 1264
– accessoire 1365 s.
– aléatoire 1356, 1358
– avec soi-même 879, 1266 s.
– bilatéral imparfait 1340
– bilatéral parfait 1338 s., cf. ég. Contrats synallagmatiques
– civil 1371, 1374
– classification 1323 ss
– commercial 1372, 1375 ss, cf. ég. Règles commerciales
– commun 1265
– commutatif 1356 s.
– composé 1360 ss
– d'adhésion 1367, 1369
– d'aliénation 1327

– d'assurance 108, 162, 200, 1327
– d'entretien 1327
– d'usage 1327
– de consommation 1305 s., 1317, 1373, 1377, 1534, cf. ég. Droit de la consommation, Droit privé social, Partie faible
– de discussion 1309, 1367 s., 1506
– de disposition 1328 ss, cf. ég. Acte de disposition
– de droit administratif 160, 1256
– de garantie 1327
– de service 1327
– de société 1327
– documents contractuels 1251
– durable 356, 1343, 1346 ss, 1355
– effets
  – Généralités 1269 ss
  – formateur 1245, 1271
  – obligatoire 1245, 1272
– éléments complémentaires 567, 1264
– éléments constitutifs 1257 ss, 1263 ss, cf. ég. Consentement, Forme, Objet, Parties
– formel 1354 s.
– générateur d'obligation(s) 1328 ss, cf. Acte générateur d'obligation(s)
– gratuit 1252 s.
– manuels 1345
– momentané 1343 s.
– multilatéral 1342
– nommés 1334, 1389 ss
– non formels 1354
– onéreux 1350 s.
– principal 1363 s.
– prise d'effet 1274
– relatif à un statut 1332
– relativité 1275 ss
– simple 1359
– synallagmatique
  – et restitution de l'indu 1150
– unilatéral 1335 ss

Contrat-cadre 1380 ss, 1483

Contrat collectif 1380, 1386 ss, 1483

Contrats innommés
– Notion 1334, 1394 ss, 1402 ss, 1418 ss
– classification 1409
– combinés 1413
– composés 1416 s.
– de double nature 1414
– de nature propre 1394, 1396, 1409
– fondement 151, 1398 ss
– fusion de contrats nommés 1415
– mixtes 1394, 1396, 1410
– qualification 1402, 1412, 1422 ss

Contrat-type 1380, 1383

Contrat vicié
– vice de représentation (absence de pouvoirs) 948 ss

Convention(s)
– de Vienne 129, 139, 178 s.
– internationales 102

Courtage
– mariage 138, 208, 503
– partenariat 138, 208, 503

Coutume 1450, 1455

Créance
– Notion 236 s., 250 ss, 259 ss, 280, cf. ég. Cession de créances, Obligation, Titre de créance
– à effet renforcé 274 ss
– prérogatives
  – de nature privée 254 s.
  – de nature publique 256 ss
– en Restitution de l'enrichissement illégitime 1178 ss, cf. ég. Enrichissement illégitime

Crédit à la consommation 162, 184 s., 190, 200, 206, 212 s.

Culpa in contrahendo, Cf. Devoirs précontractuels, Relation précontractuelle, Responsabilité précontractuelle
– Notion 1510 ss
– conditions

– du Représentant vis-à-vis du tiers 947
– et Représentation sans pouvoirs
  – Responsabilité du pseudo-représentant 1001 ss
  – Responsabilité du pseudo-représenté 971

D

Décision 665

Délais
– computation 128, 161, 181 s.

Dette
– Notion 237, 278 ss, 299 ss
– liée à un Devoir de droit public 299, 301
– à Garantie limitée 296
– pas d'enrichissement illégitime en payant une – prescrite 1153
– responsabilité du débiteur 282, 285 ss
– responsabilité d'un tiers 295
– subsidiaire
  – avec bénéfice de discussion personnel 298
  – avec bénéfice de discussion réel 290, cf. ég. Reprise de dette

Devoir
– Notion, Cf. Obligations principales
– de Comportement 341
– d'Information 171, 310, 346, cf. ég. Contrat de consommation, Devoirs précontractuels
– de Prestation 340 s.
– de Protection 340 s., 350
– de Restitution de l'enrichissement illégitime, Cf. Enrichissement illégitime

Devoir moral
– Notion 247, 281, 304 ss, 490, 1273
– exécution volontaire d'un – 372, 491 ss, 1135, 1143, 1154
– pas d'enrichissement illégitime en exécutant un – 1154

Devoirs précontractuels
– Généralités 1508 s., 1525 ss,
– de se comporter sérieusement 1528 ss
– de conseiller le partenaire 1541
– de ne pas porter atteinte aux droits absolus du partenaire 1549 ss
– de renseigner le partenaire 1531 ss

Dommage
– de perte ou d'endommagement de l'objet à restituer dans l'enrichissement illégitime 1216 ss

Dommages-intérêts
– délimitation avec créance en restitution de l'enrichissement illégitime 1068 s.
– en cas d'inexécution de la dette 255

Double représentation 881 ss

Droit
– absolu 268 s., 270
– accessoire 255
– d'action, Cf. Concours d'actions
  – en cas d'inexécution de la dette 255, 257, 264, 303
– d'exécution forcée 258
– de compétence 250, 376 ss, 425 s., cf. ég. Droit formateur, Exception
– de la consommation 150, 183 s. 204 ss, 1303, 1315, cf. ég. Contrat de consommation, Partie faible
– de disposition 255, cf. ég. Acte de disposition
– de jouissance 250, 265, 376
– de maîtrise 250
– de préférence 272
– de suite 272
– impératif 201, 213, 1306, 1317
– personnel 251, 267
– privé social 140, 146, 150, 157, 195 ss, 1392
– réel 252
– relatif 251, 268, 269
– souple, Cf. *Soft law*
– subjectif primaire 376

– subjectif secondaire 377, 425
– uniforme 127, 222 s.

Droit des obligations, Cf. Code, Codification fédérale, Droit européen, Droit public, Législation spéciale, Modifications législatives, Partie générale, Partie spéciale, Réserves cantonales
– décodification 141, 164
– dénationalisation 178, 221
– européanisation, Cf. Droit européen
– internationalisation 176 ss

Droit européen
– Généralités 176, 182, 183
– droit contractuel 184, 190 s.
– droit délictuel 185, 190

Droit formateur
– Notion 427 ss, 438 ss, cf. ég. Droit de compétence
– caractéristiques
  – caractère incessible 446 ss
  – caractère inconditionnel 451 ss
  – caractère irrévocable 455 ss
– classification
  – droits générateurs 432, 434 ss
  – droits modificateurs 432, 435 ss
  – droits résolutoires 432, 437
– fondement 255, 284, 378, 428
– limites temporelles 441 ss

Droit public
– influence 106, 110 s., 160, 207, 1316, 1465, 1490 ss
– mode d'application 99, 113, 375
– obligation de droit public 301

Droit public cantonal 112

E

Effets de la représentation 935 ss
– Notion 936
– conditions 809 ss
  – acte au nom du représenté 810 ss
  – capacité de discernement du représentant 930 ss
  – pouvoirs de représentation 841 ss
– en cas de Contrat avec soi-même 880
– en cas de Double représentation 882
– importance de la position du représentant 939 ss
– et Procuration collective 875
– et Procuration outrepassée 954
– sur le Représentant 937
– sur le Représenté 937
– en cas de Représentés multiples 753
– sur le Tiers 937

Enrichissement 1080 ss
– accroissement du patrimoine 1082
– sans Appauvrissement 1097 ss
– augmentation de l'actif 1082
– diminution du passif 1082
– illégitime, Cf. Enrichissement illégitime
– non-augmentation du passif 1083
– non-diminution de l'actif 1083
– non-diminution du patrimoine 1083
– pas d'– si remplacement d'un actif par un autre 1084

Enrichissement aux dépens d'autrui 1085 ss
– absence d'acte du créancier appauvri 1091 ss
– acte de l'enrichi 1093 s.
– acte du créancier appauvri 1089 s.
– et Assignation 1107
– au moyen du patrimoine du créancier 1086 ss
– et Cession de créances 1106
– et Chaîne de prestations 1110
– Eingriffskondiktion 1093
– événement naturel 1095
– fait d'un tiers non autorisé 1096
– fait extérieur aux parties 1095
– formes possibles d'atteinte 1088 ss
– Zufallskondiktion 1095

Enrichissement illégitime 1038 ss
– Notion 1038 s.
– absence de cause légitime 1116 ss

– absence de cause valable 1121 ss
– caractéristiques 1042 ss
– causes d'exclusion de la restitution (art. 66) 1164 ss
– cause qui a cessé d'exister 1127 ss
– cause qui ne s'est pas réalisée 1124 ss
– champ d'application 1052 ss
  – droit civil 1052
  – droit pénal 1054
  – droit public 1053
– *condictio causa data causa non secuta* 1124 ss
– *condictio indebiti* 1130 ss
– *condictio ob causam futuram* 1124 ss
– *condictio ob causam finitam* 1127 ss
– *condictio sine causa* 1121 ss
– conditions d'application 1045, 1076 ss
  – absence de cause d'exclusion de la restitution 1164 ss
  – appauvrissement ? 1097 ss
  – connexité entre enrichissement et appauvrissement ? 1097 ss
  – enrichissement 1080 ss, cf. ég. Enrichissement
  – enrichissement aux dépens d'autrui 1085 ss, cf. ég. Enrichissement aux dépens d'autrui
  – enrichissement illégitime 1116 ss
– conséquence : créance en restitution de l'enrichichissement illégitime 1178 ss
  – étendue 1189 ss
  – mode 1183 ss
  – principe 1178 ss
– constellations triangulaires ou multipartites 1104 ss, 1162 s.
– créance en restitution de l'– 1178 ss
– délimitations 1058 ss
– délimitations par rapport à
  – prétentions contractuelles 1063 ss
  – prétentions de la gestion d'affaires sans mandat 1070 s.
  – prétentions délictuelles 1068 s.
  – prétentions réelles 1059 ss
– et Dette prescrite 1151 ss, 1153
– et Devoir moral 1151 ss, 1154
– distinctions 1055
  – *Leistungskondiktion* 1056
  – *Nichtleistungskondiktion* 1057
– *Dritteingriffskondiktion* 1096
– droit pénal 1054
– droit public 1053
– effets 1047 s.
– *Eingriffskondiktion* 1093
– exception d'– 1238 ss
– fardeau de la preuve 1078
– fonction 1049 ss
– et Impossibilité objective subséquente et sans faute (art. 119 al. 2) 1156 ss
– *Leistungskondiktion* 1056
– nature 1040 s.
– *Nichtleistungskondiktion* 1057
– et Obligations naturelles 1151 ss, 1155
– parties 1043 s.
– prescription 1220 ss
  – délais de – 1222 ss
  – exception d'enrichissement illégitime 1238 ss
– et Rapport contractuel de fait 1159 ss
– renvois légaux à l'– 1074 ss
– répétition de l'indu (art. 63 al. 1) 1130 ss, cf. ég. Répétition de l'indu
– et Représentation sans pouvoirs, Cf. Représentation sans pouvoirs
– responsabilité de l'enrichi en cas de perte ou d'endommagement de l'objet à restituer 1216 ss
– restitution de l'enrichissement 1178 ss
  – en nature 1184 ss, 1193
  – en valeur 1188, 1194
  – enrichissement au moment de la réclamation (art. 64) 1197 ss
  – enrichi de bonne foi 1192, 1197 ss, 1214, 1218

  – enrichi de mauvaise foi 1200, 1214, 1219
  – étendue de la – 1189 ss
  – fruits 1215
  – impenses 1211 ss
  – profits ? 1196
  – responsabilité de l'enrichi 1216 ss
  – totale 1191 ss
– en tant que Source d'obligations 1040
– sources 1072 ss
– *Zufallskondiktion* 1095

Étendue des pouvoirs de représentation, Cf. Pouvoirs de représentation

Événements naturels
– comme source d'enrichissement aux dépens d'autrui 1095

Exception
– Notion
  – sens large 466, cf. ég. Droit de compétence, Objection
  – sens strict 470 ss
– dilatoire 472
– exercice 473 ss
– péremptoire 472

Ex nunc
– effet si acte passé sous réserve de ratification 965
– effet de la révocation de la procuration 901
– effet de l'extinction des pouvoirs sur la faculté de représenter 916
– effet de l'invalidation d'un contrat de durée 1161

Ex tunc
– effet de l'invalidation d'un contrat pour vice du consentement 868
– effet de la non-ratification en cas de représentation sans pouvoirs 970
– effet de la ratification en cas de représentation sans pouvoirs 965

Exclusion de la restitution de l'enrichissement illégitime 1164 ss

Exercice des droits civils
– dans l'Enrichissement illégitime 1044

Extinction des pouvoirs de représentation, Cf. Pouvoirs de représentation
– arrivée d'un terme 904
– causes légales selon l'art. 35 905 ss
– causes volontaires 897 ss
– condition résolutoire 904
– effet de représentation en dépit de l'– 992 ss
– effets de l'– 916 ss
– liquidation de l'affaire 904
– pour les Personnes morales 909 ss
– perte de l'exercice des droits civils 907 ss
– et Rapport de base 904, 917
– répudiation 903
– résignation 903
– révocation 898 ss
– révocation sans communication au tiers 989
– pour les Sociétés inscrites au RC 909

F

Fait juridique
– en tant qu'Acte juridique 557

Fardeau de la preuve
– dans l'Enrichissement illégitime 1078

Fidélité contractuelle 154, 346, 1272

Formalisme impératif 201, 213, 1306, 1317

Forme
– de la Procuration 855
– de la Ratification en cas de représentation sans pouvoirs 964

Forme du contrat 1262, 1297

G

Gentlement's agreement 1517

Gestion d'affaires parfaite 552, 1674. 1678, cf. ég. Sources des obligations

I

Illégitimité de l'enrichissement, Cf. Enrichissement illégitime

Incombance 246, 308 ss

Inconditionnalité
– de l'Acte formateur 451 ss
– de la Ratification des pouvoirs de représentation 959

INCOTERMS 217

In dubio contra proferentem 171

Interprétation
– d'une Manifestation de volonté, Cf. Manifestation de volonté
– d'une Norme légale 1461, 1465 ss

Irrévocabilité
– de l'Acte formateur 451 ss
– de la Non-ratification en cas de représentation sans pouvoirs 969
– de la Ratification en cas de représentation sans pouvoirs 959

L

Législation spéciale 20, 102, 104 ss, 122, 158 ss, 160, 162, 209, 1305, cf. ég. Droit des obligations

Lettre d'intention 1518

Lex specialis derogat generali 15, 108, 1452

Libéralité 673, 687

Liberté contractuelle
– Notion 151 s., 1247, 1286 ss
– aspects 1292 ss
– fondements 1286, 1289 ss
– limites générales 153, 1299 s., 1457, 1467
  – bonne foi 153, 196, 1300
  – bonnes mœurs 153, 165, 196, 1299 ss, 1307, 1457
  – droit impératif 201, 1300, 1306, 1417, 1455 ss, 1462
  – droit de la personnalité 93, 153, 196, 527 ss, 1457
  – lésion 153, 196, 1467
  – ordre public 1300, 1457
  – vices du consentement 153, 196, 1467

Loterie
– loteries autorisées 508

M

Manifestation de volonté
– Notion 554 s., 564 ss, 572 ss, 577 ss
– effet juridique 569 ss
– forme
  – Notion 580 ss
  – expresse 584
  – par actes concluants 585 s., 588
  – par le silence 587, 589
– interprétation
  – Notion 647 ss, 655
  – selon l'Apparence efficace 656 ss, cf. ég. Apparence efficace
  – objective 650, 653 ss
  – principe de la confiance 650, 653 ss
  – principe de la volonté 650, 652
  – subjective 652
– moment de la perfection
  – Notion 594 ss
  – communication directe 599 ss, 643
  – communication électronique 641 ss
  – communication indirecte 602 ss, 643
  – courriers recommandés 621 ss
  – émission 602, 617

  – expédition 602, 618 s.
  – information 602, 620
  – réception 594 ss, 603 ss
  – réception absolue 626 ss, 637 ss
  – réception relative 629, 637 ss
– présomptions 590 ss
– ratification en cas de représentation sans pouvoirs 959

Marché
– marchés différentiels ou à terme 507

Mauvaise foi
– rôle dans l'enrichissement illégitime 1044

Messager
– capacité de discernement 787
– délimitation avec représentant direct 783 ss
– réception 790
– vice de la volonté 789

Modèle contractuel
– classique 57, 153, 164, 195 s, 1308 ss
– évolution 142 ss, 149, 197 ss, 204 s., 1305 ss, 1311 ss, 1319 ss, 1479, cf. ég. Codification fédérale, Modifications législatives

Modifications législatives
– évolution générale 11 ss, 132 s., 134 ss, 141, 145 ss, 147, 198
– législation spéciale 20, 102 s., 122 s., 136, 158 ss, 1304
– partie générale 12, 19, 134 ss, 142 ss, 150 ss, 156, 199, 1304
– partie spéciale 12, 137 ss, 156 s., 1304, cf. ég. Codification fédérale, Modèle contractuel

N

Normes contractuelles 1448 ss
– conventionnelles 1448, 1475 ss
  – à caractère général 1481 ss
  – individuelles 1479 ss
– hiérarchie 1495 ss
– légales 1448, 1451
  – impératives 1456 ss
  – dispositives 1468 ss

Normes ISO 216, 1489

Normes SIA 1487

Normes techniques 1488 s.

O

Objection
– Notion 476 ss, 482 ss
– exercice 479 ss

Objet du contrat 1261, 1296

Obligation, Cf. Cause de l'obligation, Créance, Dette, Obligation imparfaite, Prestation, Rapport d'obligations, Sources des obligations
– Notion 228 ss
  – éléments constitutifs 234 ss, 246 ss
  – titularité 235
– accessoire 240, 334 ss, 339 ss
  – déduite des règles de la bonne foi 345
  – dépendante 348, 350
  – fondée sur la loi 343
  – fondée sur un contrat 344
  – indépendante 348 s.
– alternative 320
– avec faculté alternative 322
– divisible 357 s., 360
– durable 351, 353
– indivisible 357, 359 s.
– légale 543 s., 552
– momentanée 351 s.
– naturelle, Cf. Obligation imparfaite
– négative 323, 329 ss
– positive 323 ss
– principale 334 ss
– quasi contractuelle 549
– réelle 274 s.
– sources, Cf. Acte illicite, Acte juridique, Sources des obligations
  – acte juridique
  – enrichissement illégitime 1040, cf. ég. Enrichissement illégitime

Obligation imparfaite
– Notion 247, 290, 486 ss, cf. ég. Loteries autorisées, Marchés différentiels ou à terme
– catégories dès l'origine 487, 499
  – Notion 487, 499
  – dette d'auberge 501, 509 ss
  – dette de jeu et de pari 501, 504 ss
– devenue imparfaite
  – Notion 487, 499, 512
  – d'un Concordat 517 ss
  – créance d'un enrichissement visant un but illicite ou immoral 520 ss, 1154 s.
  – créance prescrite 513 s.
  – dette après homologation
– effets 495 ss
– en vertu d'une convention 523 ss

Obligation naturelle, Cf. Obligation imparfaite
– pas d'Enrichissement illégitime en exécutant une – 1155

Offre
– par un Représentant 756

P

Parties au contrat 1258 ss
– en cas de Représentation directe 937 s.
– en cas de Représentation indirecte 1034

Partie faible 157, 162, 201, 211 ss, 346, 1302 ss, 1306 s., cf. ég. Contrat de consommation

Partie générale du Code
– Notion 4, 14 s., 132 s.
– évolution 12 s., 19
– portée 16 ss, 21 ss

Partie spéciale du Code 102, 132 s., cf. ég. Modifications législatives

Personne morale
– causes légales d'extinction des pouvoirs de représentation pour les – 909 ss
– organe en tant que représentant d'une – 770 ss

Pour son nommable 821

Pouvoir de disposer 680 s., 683, 690, cf. ég. Acte de disposition

Pouvoir normatif du juge 165, 173, 1434, 1446 s.

Pouvoirs de représentation 841 ss
– Notion 846
– absence de –, Cf. Représentation sans pouvoirs
– abus des – 980
– actions en lien avec les – 928 s.
– blanc-seing 893 ss
– communication des – au tiers de bonne foi 975 ss
– en tant que Condition de la représentation directe 841 ss
– dépassement des – 980
– étendue des – 869 ss
– excès des – 980
– extinction des –, Cf. Extinction des pouvoirs de représentation
– du *Falsus procurator* 949
– ignorance par le pseudo représentant de l'extinction des – 992 ss
– indirecte 1030 s.
– limitation générale des – dans la représentation volontaire 871
– limitations
  – formelles 892
  – géographiques 891
  – légales 870
  – matérielles 885 ss
  – personnelles 872 ss
  – temporelles 890
– présumés par la loi 862 ss
– procuration (interne), Cf. Procuration
– procuration externe et absence de – 852, 983
– questions de preuve 927
– ratification remplace les – 965
– restriction des – 898

– résignation des – 903
– révocation des – 898 ss
– sources des – 862 ss

Prescription
– en matière d'Enrichissement illégitime 1220 ss
– en cas d'Omission de récupérer un titre de procuration 923
– réforme législative
  – générale 135, 150, 161
  – spéciale 139, 199
– en cas de Représentation sans pouvoirs 1001

Présomptions, Cf. Manifestation de volonté

Prestation
– Notion 238, 313 ss, 317
– d'abstention 330 s.
– de droit 316
– de fait 316
– de tolérance 313, 332
– dette de genre 361 s.
  – portant sur une chose fongible 363
  – portant sur un corps certain 365 s.
– effet libératoire de l'exécution 318 s.
– en cas d'enrichissement illégitime, Cf. Enrichissement illégitime
– matérielle 325
– mixte 333
– négative 313, 323, 329
– personnelle 326 s.
– positive 313, 323 ss

Prétention 260 s.

Principe de la confiance
– Interprétation 653, 656, 1652
– et blanc-seing 894
– et procuration 854, 858 ss, 888, 900
– et protection du tiers de bonne foi dans la représentation directe 981
– et représentation indirecte 1026
– et représentation directe 825 ss, 835

Principes du droit européen des contrats 223

Principes d'UNIDROIT 126, 178, 186, 226

Promesse de contracter 1517, 1522

Prise de qualité en tant que représentant 815 ss
– contenu 816 ss
– en tant que représenté 754
– indétermination du représenté 820
– modes 817
– moment de l'annonce 818 ss

Procuration, Cf. Pouvoirs de représentation
– Notion 848
– absolue 890
– active 886
– apparente 861, 984
– collective 875
– communication de la – 823
– et Conditions générales 864
– étendue de la – 869 ss
– effets de la – 865 ss
– externe 851, 982 ss
– externe apparente 984
– externe par tolérance 985
– forme 855
– générale 887
– générique 887
– imprescriptibilité de la – 908
– individuelle 872
– interne 852, 902, 983
– interne apparente 861
– interne par tolérance 860
– interprétation de la – 854
– modalités de la – 853 ss
– par tolérance 860, 985
– passive 886
– pour cause de mort 913
– ratification à la place de la – 965
– relative 890
– spéciale 887
– solidaire 874

– sources de la – 862 ss
– substitution 877
– tacite 857
– titre de – 919, 922
– *trans mortem* 913
– universelle 887

Pseudo-représentant, Cf. Représentation sans pouvoirs
– ignorance de l'extinction des pouvoirs 992 ss
– non-engagement du – 998 ss
– et Pseudo-représenté dans la représentation sans pouvoirs 1016 s.
– responsabilité vis-à-vis du tiers 1001 ss
– et Tiers dans la représentation sans pouvoirs 998 ss

Pseudo-représenté, Cf. Représentation sans pouvoirs
– et Pseudo-représentant dans la représentation sans pouvoirs 1016 s.
– position du – 957

Q

Qualification du contrat, Cf. Contrats innommés

Quittance pour solde de compte 422 ss

R

Rapport contractuel de fait
– contrat de durée inefficace partiellement exécuté 1062, 1159 ss

Rapport de protection uniforme 1621, 1649

Rapport d'obligations 232, 240 ss

Ratification
– Généralités 959 ss
– Notion 959
– d'un Acte juridique unilatéral 968
– auteur 964
– conditions de la – 960 ss
– délai de – 964
– destinataire 964
– effets 965 ss
– effet de représentation sans – 972 ss
– forme 964
– objet 964
– procuration collective 875
– rapports entre représenté et représentant 967
– tacite en principe impossible 964

Réception, Cf. Manifestation de volonté
– en cas de messager 790
– en cas de représentation passive 790, 803

Reconnaissance de dette
– Notion 383, 395, 397 ss
– exceptions du débiteur 406 ss
– effet sur la poursuite du débiteur 416 ss
– effet sur la prescription 412 ss
– protection des tiers acquéreurs 410 ss
– titre matériellement causal 373, 396, 401 ss

Reconnaissance négative de dette 418 ss

Règles commerciales 10 s., 46, 59, 65 ss

Règles de droit strict, Cf. Norme légale impérative

Relation contractuelle de fait, Cf. Rapport contractuel de fait, 1062

Relation précontractuelle
– contrat de négociation 1520 ss
– extinction 1553 ss
  – en cas de conclusion du contrat 1556 ss
  – en cas de rupture des pourparlers 1560 ss
– pourparlers 1505 ss, cf. ég. Responsabilité précontractuelle

Répétition de l'indu (art. 63 al. 1)
– Généralités 1130 ss
– cas particulier de l'enrichissement illégitime 1132
– *condictio indebiti* 1130
– conditions 1133 ss
– et Contrats bilatéraux parfaits (synallgmatiques) 1150
– et Dispositions de la LP 1149

Représentation
– des Communautés sans personnalité morale 768
– directe, Cf. Représentation directe
– improprement dite, Cf. Représentation indirecte
– indirecte, Cf. Représentation indirecte
– légale 763 ss
– des Personnes morales 768
– plurale 873 ss
– sans pouvoirs, Cf. Représentation sans pouvoirs
– des Sociétés 770 ss

Représentation collective
– Notion 875 ss
– limites à la – 876

Représentation directe
– Généralités 735 ss
– Notion 740
– acte au nom d'une autre personne 810 ss
– et Acte authentique 821
– actes non susceptibles de – 757
– capacité de discernement du représentant 930 ss
– caractéristiques 741 ss
– champ d'application 755 ss
– conditions 809 ss
– de la Connaissance 801
– contrat avec soi-même, Cf. Contrat avec soi-même
– délimitations par rapport à
  – assignation 795
  – auxiliaire 781 ss
  – intermédiaire en vue de la conclusion d'un contrat 792 ss
  – messager 783 ss
  – représentation dans les rapports de droit public 760 ss
  – représentation des sociétés 770 ss
  – représentation légale 763 ss
  – stipulation pour autrui 794
– double représentation 881 ss
– erreur essentielle 942
– effets, Cf. Effets de la représentation
– indifférence du tiers 813, 829 ss
– instruction du représentant 889
– personnes impliquées 747 ss
  – représenté, Cf. Représenté
  – représentant, Cf. Représentant
– pour les actes formels 855
– pour les sociétés 770 ss
– pour son nommable 821
– pouvoirs de représentation, Cf. Pouvoirs de représentation
– prise de qualité, Cf. Prise de qualité
– protection du tiers de bonne foi en cas de représentation sans pouvoirs 925 s., 974 ss
– sans pouvoirs, Cf. Représentation sans pouvoirs
– substitution du représentant 877
– types de représentation directe
  – active 802
  – avec pouvoirs 798, 841 ss
  – civile 807
  – collective 875
  – commerciale 807
  – de la connaissance 801
  – de la volonté 800
  – double représentation 881 ss
  – passive 803
  – plurale 873 ss
  – sans pouvoirs 799, 948 ss
  – sous-représentation 884
  – substitution 877
– vices du consentement 942

Représentation indirecte 1018 ss
– Notion 1018

– acte pour le compte du représenté 1028 s.
– article 401 1036 s.
– capacité civile et de disposer du représentant 1032 s.
– conditions 1025 ss
– effets 1034 ss
– exemples légaux 1023 s.

Représentation sans pouvoirs 948 ss
– Notion 949
– absence d'effet de représentation 957 ss
– conditions 950 ss
– effet exceptionnel de représentation sans ratification 972 ss
– effets pour le pseudo-représentant et le tiers 998 ss
– effets pour le pseudo-représenté et le tiers 956 ss
– effets pour le pseudo-représenté et le pseudo-représentant 1016 s.
– ignorance par le pseudo-représentant de l'extinction des pouvoirs 992 ss
– non-ratification 969 ss
– procuration inexistante 954
– procuration outrepassée 954, 964
– protection du tiers de bonne foi 974 ss, 986 ss
– pseudo-représenté non lié 957
– ratification, Cf. Ratification
– responsabilité
  – du pseudo-représentant 1000 ss
  – du pseudo-représenté 971
– restitution de l'enrichissement illégitime 1011 ss
– tiers obligé 957

Représentant
– Notion 748
– bonne foi du – 858, 946
– capacité civile en cas de représentation indirecte 1032
– capacité de discernement du – comme condition de l'effet de représentation 930
– capacité de disposer du – en cas de représentation indirecte 1033
– commercial 912
– connaissance du – 945
– *culpa in contrahendo* du – vis-à-vis du tiers 947
– double représentation 881
– ignorance de l'extinction des pouvoirs 992 ss
– importance pour les effets de la représentation 939 ss
– influence pour la conclusion du contrat 941
– influence pour les vices du consentement 942
– légal 733, 763 ss, 919, 954, 1075
– délimitation avec le Messager 783 ss
– délimitation avec l'Organe d'une personne morale 771
– pluralité de -s 753
– et Prise de qualité 823
– récepteur d'une manifestation de volonté 886
– et Représentation sans pouvoirs, Cf. Pseudo-représentant
– transmetteur d'une manifestation de volonté 886
– volonté de représenter 832

Représenté
– Notion 749
– connaissance du – 946
– donneur de procuration 842
– effets de l'acte de représentation 936 ss
– imputation de la connaissance du représentant au – 945 s.
– indétermination de l'identité du – 819 s.
– mauvaise foi du – 946
– partie au rapport de représentation 749
– pluralité de -s 753

Reprise de dette 230, 283

Répudiation
– des Pouvoirs de représentation 903

Réserve
– de la Ratification 965

Réserves cantonales
– Notion 70 ss
– impropres 73, 112
  – attributives 74, 79
  – habilitantes 74, 79, 510
– propres 76 ss

Réserve mentale 657

Responsabilité
– de l'Enrichi en cas de perte ou d'endommagement de l'objet à restituer 441
– du Représentant sans pouvoirs 1001 ss

Responsabilité civile
– évolution 105, 135, 154, 172, 203

Responsabilité fondée sur la confiance
– Notion 1641 ss
– conditions ordinaires 1663
– conditions spécifiques 1655 ss
– étendue de la réparation 1666 ss
– fondement juridique 1648 ss, 1685 ss
– lacune de la loi 1681 ss
– portée pratique 1653
– propositions doctrinales
  – de lege ferenda 1689 s.
  – intégration au régime contractuel (art. 97 ss) 1692 ss
  – intégration au régime délictuel (art. 41 ss) 1696 ss

Responsabilité précontractuelle
– Notion 1510 s., 1566 ss
– nature juridique 1511 ss, 1571 ss
  – nature contractuelle (ou quasi
  – contractuelle) 1574 ss
  – nature délictuelle 1578 ss
  – nature propre 1582 ss
– régime d'indemnisation 1587 ss
  – conditions 1590 ss
  – étendue 1605 ss
  – fait des auxiliaires 1600 ss
– situations particulières
  – en cas d'acte illicite 1639 s.
  – en cas de contrat affecté d'un vice du consentement 1628 ss
  – en cas de contrat affecté d'un vice de forme ou d'objet 1625 ss
  – en cas de contrat de consommation 1622
  – en cas de contrat inexécuté 1634 ss

Responsabilité pour le fait d'un auxiliaire
– responsabilité du représenté pour le fait du représentant 971

Responsabilité pour renseignements inexacts 1672 ss

Résignation
– des Pouvoirs de représentation 903

Restitution de l'enrichissement illégitime, Cf. Enrichissement illégitime

Restriction
– des Pouvoirs de représentation 898

Révocation
– Généralités 198, 208 ss, 214, 619, 1306
– nullité de la renonciation anticipée à la – des pouvoirs 899
– partielle 898
– des Pouvoirs de représentation 898 ss

S

Signature électronique 123, 161, 191, 642

Simulation 657

Soft law 176, 215 ss

Sources des contrats
– sources formelles 1282 ss, cf. ég. Partie générale, Partie spéciale

– application directe 1284 s.
– application indirecte 1283

Sources du droit des obligations
– sources formelles 114 ss
  – cantonales 124 s.
  – fédérales 5 ss, 118 ss
  – internationales 102, 126, cf. ég. Partie spéciale du Code

Sources des obligations
– Notion 237, 532 ss, 540
– classification du Code 537 s.
– modèles systématiques 547 ss, cf. ég. Codification fédérale
– *summa divisio* 545 s.

Standardisation 178, 221

Statut de réserve, Cf. Normes légales dispositives

Stipulation pour autrui
– et Représentation directe 781 ss 794

Substitution du représentant 877

Swiss Arbitration Centre 217

Swisslex 190

T

Tacite, Cf. Actes concluants
– communication – des pouvoirs de représentation au tiers de bonne foi 978
– pouvoirs de représentation accordés de façon – 856 ss
– prise de qualité – en tant que représentant 824
– ratification – 964

Tiers
– en l'Absence de pouvoirs de représentation 957
– et Pseudo-représentant dans la représentation sans pouvoirs 998 ss
– et Pseudo-représenté dans la représentation sans pouvoirs 956 ss
– protection du – de bonne foi dans la représentation 974 ss
– dans la Représentation 750

Titre de créance
– Notion 379 ss
– dématérialisation 388 ss
– droits-valeurs 392
– effet de la reconnaissance de dette 383
– papiers-valeurs 384 ss
– titres intermédiés 391
– valeurs intermédiées 390

Titre de procuration, Cf. Pouvoirs de représentation et Procuration
– Notion 856, 922, 977, 1008
– présentation du – et communication des pouvoirs 922
– régime après extinction des pouvoirs de représentation 919

Transparence
– théorie de la – 1266 s.

Transfert du contrat 236

Transport 130, 179

Transposition du droit européen
– Notion 187 ss
– interprétation 192 ss

U

Unité monétaire 123, 136, 161

Usage
– commercial 86 ss
– local 81 ss, 125

Utilisation
– et Enrichissement illégitime 1052, 1054, 1094, 1100

V

Vente
– modification de la législation
139, 184, 191, 199, 208

Vices de la volonté
– et Messager 789
– et Représentation 942

Vices du consentement
– et Représentation 942
– et Responsabilité précontractuelle
1628 ss

Violation positive du contrat 341

Volonté
– représentation de la – 800