



LEÇON INAUGURALE DU PROFESSEUR BLAISE CARRON

FACULTÉ DE DROIT
CHAIRE DE DROIT DES OBLIGATIONS
ET D'INTRODUCTION AU DROIT

17 octobre 2012¹

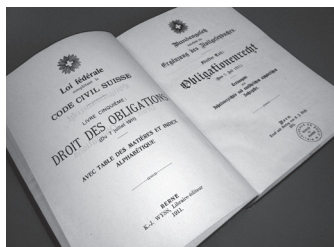
Vers une décodification du droit des obligations ?

Il y a un siècle, le Parlement suisse adoptait le Code des obligations. Ce texte était censé régler tout le domaine du droit des obligations, d'une manière simple, sûre et flexible. Le fait est qu'il a bien rempli son rôle, sous réserve de quelques modifications. L'affirmation peut paraître paradoxale, tant la société a dans le même temps connu de bouleversements. Cela tient largement à l'évolution des autres modes d'adoption des normes. L'objectif de cette leçon est de présenter les facteurs contemporains d'évolution du droit des obligations et de faire une analyse du phénomène, de sa portée et de son évolution.

Introduction

La question posée dans le titre de cette leçon – Va-t-on vers une décodification du droit des obligations ? – a suscité mon intérêt pour trois raisons au moins.

Il s'agit d'abord d'un *thème actuel*. Je viens certes vous parler d'un monument juridique centenaire: le Code suisse des obligations.² Toutefois, le texte original reste largement actuel, au point que la photo qui illustre ma leçon inaugurale provient d'un livre édité en 1911 toujours en libre accès à la bibliothèque de notre faculté, au rayon du droit des obligations et non dans la partie réservée à l'histoire du droit.



¹ Conformément à la tradition en matière de publication des textes de leçons inaugurales, la présente contribution ne comporte qu'un appareil critique restreint. Le texte a également conservé les caractéristiques d'une présentation orale.

² Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (CO ; RS 220). Dans ce texte, on le désignera par les expressions CO et Code.

Ensuite, la codification et ses variations (décodification, recodification) ont une *portée internationale*. Ces thèmes font l'objet de larges discussions dans les pays environnants. Le droit civil français est fortement touché par le phénomène de décodification, au point que le gouvernement a décidé, il y a quelques années, de procéder à une (re)codification à droit constant. Au cours des dernières décennies, les Pays-Bas, le Québec et, plus récemment, l'Allemagne ont codifié ou recodifié totalement ou partiellement leur droit des obligations.

Enfin, sur un plan plus personnel, ce thème m'a permis de revisiter plusieurs contributions d'auteurs qui ont marqué ma carrière scientifique. Que cette leçon soit un modeste hommage à ce qu'ils m'ont apporté.

J'aimerais débiter mon exposé par un *constat*. La Suisse dispose d'un code centenaire dont le texte est resté dans l'ensemble très stable. Pendant ce temps, notre société a vécu des changements fondamentaux. Les domaines régis par le CO, en particulier les contrats, ont vécu des développements très importants. Ces changements ont en apparence peu affecté le texte légal. Il est donc intéressant d'apprécier les raisons de la stabilité de ce Code et les facteurs d'évolution qui lui ont permis de s'adapter.

A cette fin, je structurerai mon exposé en tentant de répondre aux *trois questions* suivantes : D'où vient le Code ? Où en est le Code ? Où va et doit aller le Code ? Partant, ma leçon traitera successivement des fondements (I.), des facteurs d'évolution du droit des obligations (II.) et des leçons à tirer (III.).

I. Les fondements

Lorsqu'on se demande d'où vient le Code, il est utile de préciser d'abord la notion de Code (A.), pour mettre ensuite en évidence les particularités du Code suisse des obligations de 1911 (B.), et décrire enfin quelques variations autour du concept de codification (C.).

A. La notion de code

Le code a une *longue histoire*. Dans l'antiquité, on trouve déjà le Code d'Hammourabi (1780 av. J.-C.), gravé sur une stèle. Un saut de plusieurs siècles et on tombe sur les codes de l'époque romaine, notamment celui de Justinien promulgué en 529 qui rassemblait des constitutions impériales. Les codes romains étaient présentés sur des feuilles de parchemin reliées ensemble par un côté, une manière de présenter les textes appelée *codex*. La désignation du contenu s'est appliquée par métonymie au contenant. Plus proche de nous, il y a le fameux Code Napoléon, le Code civil français de 1804.



Code d'Hammourabi (1780 av. J-C)

Vu les formes diverses que peut revêtir un code, la *définition* que l'on peut en donner est très large. On entend par là un ensemble de règles juridiques réunies ou recueillies sous une forme écrite et dans un ordre systématique qui aspirent à une certaine intégralité et engendrent, par là-même, une fonction d'unification.³

Quant à la *codification*, il s'agit de l'opération visant à réunir ou à recueillir des règles juridiques sous forme de code.⁴ Cette mise en forme peut se faire aussi bien sous forme de compilations de règles existantes (« codes-compilations ») que par la création d'un nouveau corpus de règles (« codes-innovations »). La première catégorie correspond aux codes classiques mais on retrouve néanmoins ce phénomène dans un courant contemporain appelé « codification à droit constant », qui vise à reprendre dans le code des textes antérieurs déjà existants, de sorte que le droit positif demeure. La seconde catégorie rassemble les codes modernes issus du mouvement de codification ayant eu lieu en Europe entre le 18^e et le 20^e siècle. Le CO en fait partie.

Avant de décrire les spécificités du Code suisse des obligations, j'aimerais souligner les *caractéristiques générales* des codifications modernes, en me référant aux travaux du Doyen Dunand.⁵

D'un point de vue *juridique*, le code revêt deux qualités principales. Premièrement, il tend à l'intégralité et veut couvrir exhaustivement une branche du droit. Il veut en être le centre et le régulateur. Deuxièmement, le code a un caractère systématique. Un code s'articule autour d'un plan général, accompagné de subdivisions.

D'un point de vue *politique*, le code présente également deux aspects. D'une part, il traduit une volonté d'unification (souvent couplée avec un acte d'autorité). En étant la source principale et unique du droit, le code est un moyen permettant au souverain d'écarter des sources, par exemple la coutume, sur lesquelles il n'a que peu d'emprise. Très souvent, le code est couplé avec un acte d'autorité et représente une expression du pouvoir. Il n'y a qu'à penser au Code Napoléon de 1804 pour s'en convaincre. D'autre part, le code vise la stabilité. Il scelle dans un texte juridique des principes fondamentaux qui définissent un domaine du droit et qui s'inscrivent dans la durée. Certains parlent même de volonté d'éternité.⁶

B. Les particularités du CO

Le Code des obligations du 30 mars 1911, œuvre d'Eugen Huber, se fonde largement sur un premier Code fédéral des obligations établi en 1881, qui avait été l'œuvre d'un autre grand juriste suisse, Walther Munzinger.

³ WIDMER, p. 239.

⁴ CABRILLAC, p. 63.

⁵ DUNAND, p. 87 ss. Cette expression, un peu pompeuse et tirée de la tradition française, est un clin d'œil à celui qui fut mon premier doyen au sein de la Faculté.

⁶ DUNAND, p. 97.

Le CO présente les *qualités générales* d'un code moderne telles que mises en évidence dans le paragraphe précédent.

Premièrement, le CO traite de l'*intégralité* du droit des obligations, y compris du droit commercial. Seul le contrat d'assurance en est absent, car les auteurs du Code considéraient qu'il s'agissait d'une matière trop récente, « où des solutions d'une valeur permanente n'étaient pas encore trouvées et où se produisaient des changements incessants, qu'il était plus aisé d'opérer sous le régime de la législation spéciale que sous celui de la codification intégrale ». ⁷

Deuxièmement, le Code relève d'une *systématique* très précise. Il comporte une partie générale, suivie de plusieurs parties consacrées notamment aux contrats spéciaux et aux sociétés commerciales. Les parties sont divisées en titres dont la numérotation est continue et chaque titre contient plusieurs chapitres. En outre, chaque disposition est accompagnée d'une note marginale qui précise le sujet traité.

Troisièmement, le Code des obligations – et c'est principalement là un acquis du premier texte de 1881 et une grande différence avec le Code civil suisse de 1907 – a *unifié* le droit suisse des obligations en se détachant des particularismes cantonaux. Munzinger s'est efforcé de rédiger un droit unifié et pragmatique offrant un cadre juridique répondant aux besoins d'une pratique marquée par de nombreux échanges commerciaux. S'inspirant à la fois des traditions allemande et française tout en n'étant soumis à aucune d'elles, Munzinger a retenu les règles les plus pertinentes pour garantir un juste équilibre entre les parties au contrat. ⁸



Walther Munzinger (1830-1873)

Quatrièmement, le CO se distingue par une grande *stabilité*, en particulier en ce qui concerne la partie générale, qui fait l'objet de mon champ d'étude. Depuis 1911, seuls dix-huit actes législatifs ont entraîné une ou plusieurs modifications ou abrogations de dispositions y appartenant.

En outre, le CO remplit des *caractéristiques propres* qui sont essentielles pour comprendre l'évolution de notre Code. On en relèvera trois. ⁹

Le CO se distingue d'abord par sa *simplicité*, à la fois dans le style et la langue utilisée. Aussi bien Walther Munzinger qu'Eugen Huber voulaient un code populaire. ¹⁰ Celui-ci devait contenir

⁷ FF 1904 IV p. 10 s.

⁸ WINIGER, p. 159.

⁹ HONSELL, p. 16 ss.

¹⁰ DUNAND, p. 93.



Eugen Huber (1849-1923)

peu de dispositions ; les articles devaient être brefs et exprimés simplement et clairement ; le texte devait contenir le moins possible de renvois internes ou externes. Il en résulte un code accessible au profane, « ce qui n'empêchera pas le spécialiste de (...) découvrir toujours un sens plus étendu ou plus profond ».¹¹

Le Code fait ensuite preuve de flexibilité et son texte est ouvert. Contrairement à d'autres codificateurs, les auteurs du CO n'ont pas considéré avec défiance le travail des tribunaux. Le CO accorde un large pouvoir d'appréciation au juge, en faisant un usage modéré de concepts abstraits éprouvés par l'histoire, tels que la bonne foi ou les bonnes mœurs.

Enfin, le CO révèle une *unicité* : territoriale, systématique et sociale. Comme son prédécesseur de 1881, le CO s'applique à l'ensemble du *territoire* suisse et confirme l'abolition des particularismes cantonaux. D'un point de vue *systématique*, le CO concrétise le principe de complétude de manière plus poussée que d'autres codifications. Ainsi, il contient non seulement le droit des obligations et les contrats spéciaux, y compris le droit du travail et le droit du bail, mais aussi le droit commercial, le droit des sociétés et celui des papiers-valeurs. *Socialement*, le Code des obligations abolit tous les systèmes de classes qui existaient encore dans les législations cantonales. On pense notamment aux avantages dont bénéficiaient les paysans ou aux discriminations dont pouvaient souffrir les juifs. Le CO ne se fonde que sur la volonté des parties et s'adresse à une catégorie unifiée de destinataires égaux. Il vise à garantir et à protéger principalement la liberté contractuelle, tout en contenant un embryon de justice contractuelle dans les domaines du droit privé social que sont les contrats de bail et de travail.

C. Quelques variations du concept de codification

Il existe de nombreuses *variations* du concept de codification, parmi lesquelles trois sont utiles pour les développements qui suivent et doivent faire ici l'objet d'une brève présentation :

1^o La *réforme* de la codification. On entend par là une révision partielle du code qui se caractérise soit par l'adjonction, soit par la modification, soit par la suppression de dispositions, soit encore par une combinaison de ces différentes catégories.

2^o La *décodification*. Le concept de décodification est apparu il y a un peu plus de trente ans dans la littérature juridique¹². Au contraire de la codification qui se matérialise dans

¹¹HUBER, p. 10 s., ég. cité par JEAN-PHILIPPE DUNAND, p. 93.

¹²IRTI, *passim*.

le code, le processus de décodification n'a « pas d'auteur, pas de date, aucun prince ne la décide, aucun parlement ne la vote, aucun juge ne s'en réclame, aucune doctrine ne la promeut (...). La décodification n'est pas un projet ayant un contenu identifiable, et même si on devine qu'elle a quelques rapports avec l'esprit du temps et les changements sociaux ou politiques, il reste à les dévoiler »¹³. Malgré cette difficulté, on peut tenter de définir la décodification comme l'activité du législateur qui consiste à délocaliser les matières de droit privé en dehors des codes et à les inscrire dans des lois spéciales qui ne font pas partie de la codification.

3° La *recodification*. Enfin, on parle de recodification comme l'activité du législateur qui s'efforce de réintégrer le droit contenu dans des législations spéciales au sein du code¹⁴. Ces travaux peuvent être accompagnés d'un effort de simplification de la structure ou de la lecture de la règle de droit sans entraîner de modification sur le fond.

II. Les facteurs d'évolution

Malgré la stabilité du texte du CO, le droit des obligations a changé depuis 1911. La deuxième partie de cette leçon inaugurale est consacrée aux *facteurs d'évolution* du droit des obligations. On distingue trois types d'évolution : l'évolution au sein du Code (A.), l'évolution au-delà du Code (mais par le Code) (B.) et l'évolution au-dehors du Code (C.).

A. L'évolution au sein du Code

L'évolution au sein du Code concerne les *modifications effectives* du texte du CO. Si l'on inclut la révision du droit commercial de 1936, un peu moins de cent modifications législatives touchant un ou plusieurs articles du CO ont eu lieu et plus de la moitié d'entre elles se sont produites au cours des vingt dernières années.¹⁵ Cela démontre que le Code vieillit et qu'il nécessite de plus en plus régulièrement des interventions du codificateur. Certaines modifications sont peu importantes. C'est le cas de la dernière en date, qui a eu lieu le 1^{er} octobre 2012 et qui se contente d'ajouter quelques mots à l'article 455 alinéa 3 CO en raison de la libération des services postaux. D'autres modifications



Modifications législatives du CO (1911-2012)

¹³RÉMY, p. 199.

¹⁴PICHONNAZ, p. 217 ss.

¹⁵Une analyse du Recueil officiel du droit fédéral (RO) et de l'ouvrage BRACONI/CARRON/SCYBOZ a mis en évidence septante-trois modifications législatives du CO, publiées entre le RO 53 185 et le RO 2012 5415.

sont plus importantes. Ainsi, le droit du bail a été totalement révisé en 1989 et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1990. Près de cent dispositions nouvelles ont ainsi été intégrées dans le CO. Elles ont remplacé toutes les règles antérieures figurant déjà dans le Code ou dans des normes spéciales.

De nombreux projets de révision *n'aboutissent pas*. En droit du bail, tous les projets initiés entre 1997 et 2010 se sont soldés par un échec, soit devant les Chambres, soit en votation populaire. De même, le projet de révision du droit de la responsabilité civile a favorisé une réflexion approfondie sur le sujet qui a eu des effets bien au-delà de nos frontières. Ce projet est toutefois resté lettre morte, très certainement en raison d'un manque de volonté politique de le porter jusqu'au bout.¹⁶

En conclusion, on constate que le droit des obligations a certes connu une évolution au sein du Code, mais que celle-ci reste *modérée*. Le nombre relativement tenu de modifications, en particulier dans la partie générale du CO, amène à se poser la question d'une évolution au-delà du Code ainsi que celle d'une évolution au-dehors du Code.¹⁷

B. L'évolution au-delà du Code

L'évolution du droit des obligations au-delà du Code mais par le Code est principalement le fruit de trois sources paralégislatives:¹⁸ la jurisprudence (1.), la doctrine (2.) et la pratique (3.), que Pierre Tercier appelle les législateurs innommés.¹⁹ Je définirai brièvement chacun de ces facteurs d'évolution, présenterai un exemple choisi de son influence sur le CO et proposerai une appréciation critique de chacun d'eux.

1. La jurisprudence

La *jurisprudence* est l'autorité qui se dégage des décisions rendues par les Tribunaux. Lorsqu'un juge doit résoudre une question, il consulte certes le Code. Parallèlement, il a un réflexe naturel consistant à chercher si un tribunal, de préférence de rang supérieur, n'a pas déjà tranché la même question. Les juges, tout en



Tribunal fédéral, Lausanne

¹⁶ TERCIER, *Responsabilité civile*, p. 25 ss.

¹⁷ Eg. PICHONNAZ, p. 136 ss

¹⁸ RÉMY, p. 208.

¹⁹ TERCIER, *Festgabe Schluemp*, p. 45 ss.

respectant la hiérarchie des sources prévues à l'article 1 CC, ont fait évoluer le droit des obligations à plus d'un titre.

Le thème de la leçon d'essai qui m'a été imposé en vue de l'attribution de la chaire de droit des obligations de notre faculté – la liquidation des contrats – en est une *illustration* pertinente. A l'origine, les utilisateurs du CO, largement influencés par les Pandectistes allemands du XIX^e siècle, considéraient que l'élément fondateur du droit des contrats était la volonté efficiente des parties de s'engager : le contrat n'est vu que comme un échange de manifestations de volonté réciproques et concordantes. Selon cette conception, les effets du contrat étaient limités à ce que les parties envisageaient. En particulier, un contrat ne produisait plus d'effets lorsqu'une partie y avait mis fin en raison de la demeure du cocontractant. Si des prestations avaient déjà été exécutées, leur restitution obéissait aux règles strictes de l'enrichissement illégitime, notamment en ce qui concerne la prescription. La jurisprudence s'est petit à petit éloignée de cette conception originelle²⁰ et considère aujourd'hui qu'une résolution pour demeure selon l'article 109 CO ne permet plus d'ignorer le passé contractuel entre créancier et débiteur. L'échec du contrat n'entraîne pas la fin abrupte du rapport contractuel mais uniquement une modification de son contenu. La relation contractuelle se poursuit, sous forme de rapport de liquidation contractuel. De la sorte, la jurisprudence a fait éclater la limite originale du Code en faisant survivre «le contrat au-delà du contrat», selon l'expression de Pascal Pichonnaz.²¹

Analysée de façon *critique*, l'évolution du Code au moyen de la science des tribunaux présente des avantages indéniables. D'abord, le droit des obligations profite de la grande expérience des juges dont la tâche quotidienne est d'appliquer le droit. Ensuite, la jurisprudence est un facteur souple d'évolution, dans la mesure où les juges peuvent proposer des solutions nuancées et adaptées aux besoins de l'époque. Enfin, certains disent que le juge est la béquille prétorienne sur laquelle le CO centenaire doit s'appuyer aujourd'hui.²²

Toutefois, ces avantages ne parviennent pas à cacher que le fait de confier aux juges une fonction législative est étranger à notre système juridique. Leur mission consiste à trancher des cas individuels et concrets. Ils ne disposent pas des ressources nécessaires pour faire évoluer des règles générales et abstraites en les intégrant dans le système cohérent du CO. Comme l'affirmait déjà Pierre Tercier, cela reviendrait à établir un système du *case law* anglais, alors que nos juges ne disposent ni de la tradition ni des conditions procédurales permettant un tel développement.²³

²⁰ ATF 57 II 315, ATF 60 II 27, puis ATF 114 II 152.

²¹ PICHONNAZ, p. 169 ss.

²² RÉMY, p. 208.

²³ TERCIER, *Festgabe Schlupe*, p. 54.

2. La doctrine

La *doctrine* est l'autorité qui se dégage des ouvrages juridiques scientifiques. Soulignons d'abord que la plupart des solutions développées par la jurisprudence découlent de contributions doctrinales ayant convaincu les juges. L'exemple mentionné ci-dessus, la liquidation des contrats, n'y échappe pas.²⁴



Université, Neuchâtel

Un autre domaine où la doctrine s'est particulièrement distinguée en tant que facteur d'évolution du Code est celui des *contrats innommés*.

A l'origine, le CO traitait des contrats usuels du début du XX^e siècle. Il contient entre dix et vingt contrats nommés selon les distinctions entreprises. Toutefois, le Code laisse la porte ouverte à une évolution puisqu'en vertu de la liberté contractuelle (article 19 CO), il autorise en tout temps l'invention de nouveaux contrats. Depuis 1911, les relations commerciales ont profondément évolué. De nouveaux types de relations contractuelles ont fait leur apparition. Les auteurs ont commencé à traiter ces contrats de façon indépendante dans une partie des commentaires du CO consacrée aux contrats innommés, voire dans des monographies dédiées à l'une ou l'autre relation contractuelle innommée. On peut citer le contrat de licence, le contrat de distribution, le contrat d'architecte. Si l'on veut porter un regard *critique* sur ces développements, l'apport de la doctrine est certainement bienvenu puisque le Code a pris de l'âge, que le parlement fédéral n'a jamais envisagé de codifier ces nouvelles formes de contrats et que la jurisprudence est amenée à ne trancher que des questions isolées, sans pouvoir présenter ces contrats innommés de façon systématique. Toutefois, l'évolution du droit des obligations par le biais des contributions doctrinales n'est pas non plus sans risque. Sans vouloir mettre en doute la qualité des ouvrages en question, il faut souligner que la doctrine, au contraire de la jurisprudence, ne connaît aucune hiérarchie. Il est donc difficile de déterminer les solutions « consacrées » au sens de l'article 1 alinéa 3 CC. Je ne sais pas si cela est dû à un ego surdimensionné des professeurs de droit, mais ceux-ci ont un goût prononcé pour la controverse. Pour les contrats innommés, celle-ci commence déjà au stade de la qualification du contrat. Par conséquent, l'évolution du droit des obligations laissée aux seules mains de la doctrine est souvent source d'insécurité et d'instabilité, deux notions qui sont étrangères aux buts de la codification.²⁵

²⁴P.ex. GAUCH, p. 122 ss ; HUGUENIN, p. 101 ss.

²⁵TERCIER, *Festgabe Schlupe*, p. 55.

3. La pratique

Dans le présent contexte, la *pratique* est l'ensemble des sources privées créées par les sujets de droit en dehors des voies traditionnelles. La pratique a développé des standards qui sont une source importante de l'évolution du droit des obligations en complétant les règles figurant dans le Code. On peut penser aux contrats commerciaux ou aux conditions générales apparues dans les contrats de masse.

Outre ces *exemples*, la pratique entraîne la création d'*usages*, qui sont des règles qui se forment dans une région ou un milieu déterminé. Les usages ont un caractère dynamique et peuvent présenter un contenu différent dans le temps ou dans l'espace. A l'origine, le CO est écrit pour le cas typique. Le législateur n'a pas tenu compte des particularités régionales ou de celles rattachées à un milieu déterminé. Les usages participent à l'évolution du droit des obligations en précisant, voire en modifiant le contenu de la codification dans des domaines où les particularités d'une région ou d'une branche d'activité le justifient. Un exemple tiré du droit du bail concerne les « Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud ». Ces usages sont le résultat de négociations menées par les principales associations de bailleurs et de locataires romandes et vaudoises. Le législateur a considéré que le résultat de ces négociations était complet et équilibré et qu'il comblait de façon convaincante certaines lacunes du droit du bail. Ces usages sont même aujourd'hui déclarés de force obligatoire générale, alors qu'ils dérogent sur certains points aux dispositions impératives du CO.

C. L'évolution au-dehors du Code

Au cours des dernières décennies, le droit des obligations a largement évolué en-dehors du CO. On peut distinguer deux principaux *facteurs extrinsèques*: le phénomène de décodification (1.) et les sources internationales (2.).

1. La décodification

Par *décodification*, on entend la tendance du législateur à délocaliser les matières de droit privé en dehors du Code et à les inscrire dans des lois spéciales qui ne font pas partie de la codification.²⁶

A l'origine, le CO était un texte qui présentait une unité systématique en contenant tout le droit des obligations et qui garantissait une unité sociale en s'adressant à tous, sans régime particulier de classes. On peut distinguer *deux types* de décodification, qui participent à l'évolution du droit des obligations mais dont les effets sur le Code sont différents.²⁷

²⁶ CARONI, Kodification, p. 42 s.

²⁷ GENNER, p. 18 ss et 172 ss.

Le premier type est purement *formel* et repose sur des considérations techniques. Il y a phénomène de décodification dès qu'une loi traitant du droit des obligations n'est pas formellement intégrée au Code. Selon ce critère, des lois spéciales pleinement conformes à la systématique du CO participent de la décodification. Par *exemple*, la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), qui date de 1908 et traite du contrat d'assurance privée, est une loi spéciale qui s'intègre largement au système du Code : l'article 100 LCA renvoie d'ailleurs expressément aux règles du CO pour tout ce qui n'est pas réglé dans la loi. La coexistence de la LCA et du CO s'explique historiquement par le fait que le contrat d'assurance était absent du code des obligations de 1881. En raison du besoin urgent de légiférer en cette matière au début du XX^e siècle, la LCA a dû être adoptée avant 1911 et n'a ensuite pas été intégrée au CO en raison de son caractère récent.

Le second type de décodification est *matériel* et repose sur des considérations territoriales, systématiques et sociales.²⁸ On parle de décodification lorsqu'un texte législatif de droit des obligations met à mal une des trois unités achevées par le CO. La loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC) et son processus d'adoption constituent un *exemple* de décodification matérielle. A l'origine, le crédit à la consommation était réglé par les dispositions de la vente par acomptes (articles 226a ss CO). Cette réglementation était encore attachée systématiquement au contrat de vente et donc au CO. Aujourd'hui, la LCC est non seulement formellement hors du Code mais elle s'est largement émancipée d'un point de vue systématique et social. Par exemple, l'ancien article 226a alinéa 2 CO imposait l'observation de la forme écrite pour la validité du contrat mais s'en remettait aux règles de la partie générale du CO (notamment l'article 11 alinéa 2 CO) pour les conséquences d'une violation. Par contre, la nouvelle LCC, qui exige toujours le respect de la forme écrite (article 9 alinéa 1 LCC), prévoit directement la nullité du contrat (article 15 LCC), sans aucun renvoi au CO.

Les *motifs* expliquant la difficulté d'intégrer le droit de la consommation au CO sont en partie historiques. Ils sont en effet liés à la pression temporelle qui existait lors de la négociation du paquet Eurolex au début des années 90. Toutefois, une autre raison explique également cette décodification. A l'origine, le CO avait permis une unification sociale, en supprimant les classes. Les codificateurs n'avaient pas envisagé que l'on passerait d'une société locale, statique et agrarienne du début du XX^e siècle à une société du XXI^e siècle, fondée sur les services, dynamique et moderne. Ils n'ont pas anticipé l'émergence d'autres groupes sociaux, tels que les consommateurs, qui ont besoin de protection en raison du développement de la pratique contractuelle. Par conséquent, il n'est pas étonnant que les besoins de protection spécifiques de ces nouveaux groupes sociaux ne se laissent que difficilement intégrer au sein du CO. Il n'en reste pas moins que le juriste qui s'intéresse au droit des obligations ne peut

²⁸CARONI, Gesetz, p. 87 ss.

pas faire abstraction de ces règles spéciales, même si elles mettent à mal l'idéal d'intégralité et d'unicité du Code, car elles contribuent largement à l'évolution contemporaine du droit des obligations.

2. Les sources internationales

A l'origine, le CO s'était émancipé des influences des codes voisins européens et le droit suisse s'était développé indépendamment des autres systèmes juridiques. Toutefois, des *sources formelles internationales*, qui se situent par définition en dehors du CO, participent aujourd'hui de l'évolution du droit des obligations.

Par *exemple*, après l'adoption du paquet de lois Swisslex en 1993, on s'est demandé si les juges suisses devaient prendre en compte l'interprétation donnée par les autorités judiciaires de l'UE aux textes européens ayant inspiré ces lois de transposition autonome. La jurisprudence a connu une lente mais constante évolution.²⁹ A l'heure actuelle, le TF admet qu'une interprétation conforme au droit européen est possible à certaines conditions. Dans un arrêt récent en droit du travail, le TF a procédé à une interprétation contraire à la lettre de la loi, mais conforme à son esprit en s'appuyant sur le droit européen.³⁰

Le *soft law international* influence également le droit suisse des obligations, notamment les principes UNIDROIT qui trouvent régulièrement application en arbitrage international.³¹ Ces principes sont considérés comme la manifestation des usages commerciaux et deviennent du droit supplétif appliqué prioritairement aux règles du CO.

En conclusion, le Code ne peut aujourd'hui plus faire l'objet d'une analyse et d'une application totalement indépendantes. Il faut tenir compte, d'une part, des règles spéciales décodifiées et, d'autre part, des sources internationales qui participent, directement ou indirectement, à son évolution.

III. Les leçons à tirer

Les développements précédents permettent de tirer quelques *leçons* pour l'avenir du Code et de les adresser au codificateur sous forme de suggestions.

Premièrement, le codificateur doit *faire son travail*: il doit jouer le rôle central dans le développement du droit des obligations qui lui est confié par l'article 1 alinéa 1 CC. Le droit

²⁹ ATF 123 III 189, JdT 1997 I 237 ; ATF 125 II 180, JdT 200 I 815. Eg. les références citées par PASCAL PICHONNAZ, p. 199 s.

³⁰ ATF 129 III 335.

³¹ KRAMER, *Privatrechtskodifikationen*, p. 426 s.

des obligations, comme tout notre système juridique du reste, repose sur la prééminence de la loi. Cette solution est justifiée sur le plan théorique : le caractère prioritaire du droit écrit découle notamment de la légitimité démocratique du pouvoir législatif ainsi que du contrôle populaire rendu possible par le droit de référendum facultatif. D'un point de vue pratique, le codificateur ne peut abandonner l'évolution du droit des obligations aux facteurs extrinsèques que sont la jurisprudence, la doctrine ou la pratique. L'activité du codificateur a ceci de singulier qu'elle tranche durablement certaines questions, même si la totalité des dispositions du Code laissent une place à l'interprétation, et un grand nombre au pouvoir d'appréciation du juge. La codification offre des réponses claires à ses destinataires et augmente ainsi la prévisibilité et la sécurité juridique, deux fonctions fondamentales du droit. Le codificateur suisse est conscient de cette tâche ; à ce sujet, il faut mentionner le dernier chantier entamé par l'administration fédérale : la révision du droit de la prescription. Celle-ci va bon train : après une procédure de consultation et un rapport rédigé rapidement, le Conseil fédéral a en effet chargé, le 29 août 2012, le DFJP d'élaborer un message.

Deuxièmement, le codificateur doit *bien faire son travail*. En cela, il doit s'efforcer de cultiver les qualités du texte centenaire, en tenant compte de la nouvelle réalité sociale qui entoure le Code. D'une part, le codificateur doit faire appel à la légistique. Dans ses travaux, il doit respecter le principe de lisibilité déjà voulu par Eugen Huber : un texte concis, une structure précise et l'utilisation d'expressions claires. D'autre part, il ne faut pas abandonner l'unicité formelle du Code. Dans la mesure du possible, le codificateur doit s'ingénier à intégrer au sein du CO les évolutions du droit des obligations.³² Afin d'atteindre ce but, on ne peut exclure un état parfois long (mais en principe provisoire) de décodification afin de laisser les principes relatifs à une matière s'établir et se fixer au sein de lois spéciales. Toutefois, lorsque ces principes ont pu être dégagés, le codificateur doit envisager une recodification de la matière afin de maintenir autant que possible l'unicité du Code. Ainsi, il aurait été souhaitable d'inclure la nouvelle révision du contrat d'assurance privée au CO. En outre, un des prochains défis consistera à intégrer le droit de la consommation dans le Code.

Troisièmement, le codificateur *ne doit faire que son travail*. La fonction du CO a profondément changé depuis son adoption. Plus personne ne considère aujourd'hui que le Code est destiné à régler des rapports contractuels dans un système unidimensionnel marqué par une égalité parfaite entre citoyens. La société contemporaine est dynamique et multipolaire et exige de distinguer plusieurs catégories de destinataires. Vu le caractère perpétuellement évolutif du droit, il est certain que le Code sera encore soumis à des changements ces prochaines années. Pour pouvoir évoluer, le CO doit à tout prix conserver l'ouverture et la flexibilité qui ont favorisé sa capacité d'adaptation durant son premier siècle d'existence. A cette fin, avec l'aide de la doctrine et de la jurisprudence, le codificateur doit identifier les principes qui sous-tendent le

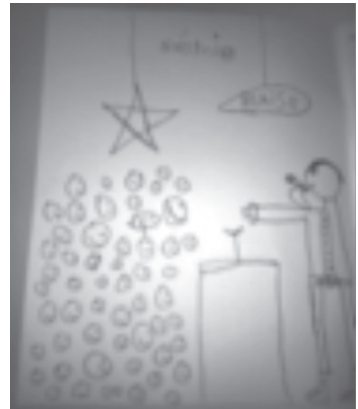
³²Dans ce sens, KRAMER, *Lebenskraft*, p. 262.

droit actuel des obligations. Il doit ensuite faire en sorte que les règles du Code reflètent le mieux possible ces principes afin que leurs utilisateurs – les juges et la pratique – puissent s'en servir pour y intégrer les développements sociaux et juridiques futurs.

Conclusion

Je pourrais terminer en invectivant le codificateur et en exigeant de lui qu'il se mette immédiatement au travail. J'aimerais toutefois conclure sur une note moins laborieuse et, en projetant une représentation de cette leçon imaginée par ma fille, adresser quelques remerciements autour du Code.

J'aimerais d'abord me tourner vers celles et ceux qui m'accompagnent depuis que je connais le CO. Je pense en particulier à mes collègues de l'Université de Neuchâtel qui m'ont réservé un si bon accueil, à mes assistants qui me soutiennent dans mes travaux, à mes étudiants avec qui je partage ma passion, ainsi qu'à Pierre Tercier, mon directeur de thèse. J'aimerais ensuite remercier ceux qui étaient déjà à mes côtés avant que je ne connaisse le Code : ma famille et mes amis dont le soutien et les encouragements ont toujours été si précieux. J'aimerais enfin remercier ceux qui me font vivre une aventure qui ne pourra jamais être codifiée: je pense à mon épouse et à mes enfants. Grâce à eux, j'exerce ce que je considère être le plus beau métier du monde...



N. Carron, dessin

Merci à eux, merci à vous tous de votre présence et de votre attention !

Bibliographie choisie

MARC AMSTUTZ, *Der Text des Gesetzes : Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB*, RDS 2007 p. 237 ss

ANDREA BRACONI/BLAISE CARRON/PIERRE SCYBOZ, *CC&CO annotés*, 9^e éd., Bâle 2013

RÉMY CABRILLAC, *Les codifications*, Paris 2002

PIO CARONI, *Gesetz und Gesetzbuch, Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Bâle/Genève/Munich 2003 (cité: Gesetz)

PIO CARONI, *(De)Kodifikation : wenn historische Begriffe ins Schleudern geraten*, in : Karel V. Malý/Pio Caroni (édit.), *Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung*, Prague 1998, p. 31 ss (cité: Dekodifikation)

- JEAN-PHILIPPE DUNAND, *Le code : une quête d'éternité ? – Analyse historique du concept de code*, in : *Le temps et le droit, Recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008*, Bâle 2008, p. 79 ss
- ALEXANDRE FLÜCKIGER/JEAN-DANIEL DELLEY, *L'élaboration rationnelle du droit privé : de la codification à la légistique*, in : Christine Chappuis/Bénédict Foëx/Luc Thévenoz (édit.), *Le législateur et le droit privé*, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 123 ss
- PETER GAUCH, *Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie)*, recht 1989 p. 122 ss
- SUSANNE GENNER, *Dekodifikation : zur Auflösung der kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht*, thèse Berne, Bâle 2006
- HEINRICH HONSELL, *100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht*, RDS 2011 p. 5 ss
- EUGEN HUBER, *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*, tome 1^{er}, Berne 1901
- CLAIRE HUGUENIN, *Rückabwicklung eines nichtigen Rechtsgeschäfts*, recht 1986 p. 101 ss
- NATALINO IRTI, *L'eta della decodificazione*, Milan 1979
- ERNST A. KRAMER, *Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts*, RDS 2005 p. 421 ss (cité: Privatrechtskodifikationen)
- ERNST A. KRAMER, *Die Lebenskraft des schweizerischen Obligationenrechts, Gedanken zur Hundertjahrfeier des aOR aus Anlass des Erscheinens einer Jubiläumsschrift*, RDS 1983 p. 241 ss (cité: Lebenskraft)
- PASCAL PICHONNAZ, *Le Centenaire du Code des obligations*, RDS 2011 p. 117 ss
- PHILIPPE RÉMY, *Le processus de « dé-codification »*, in : Jean-Philippe Dunand/Bénédict Widmer (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 197 ss
- BRUNO SCHMIDLIN, *Le mouvement des codifications en Europe : la formation du système du code civil français*, in : Jean-Philippe Dunand/Bénédict Widmer (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 45 ss
- PIERRE TERCIER, *Des législateurs innommés*, in : Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (édit.), *Innominatverträge – Festgabe zum 60. Geburtstag von WALTER R. SCHLUEP*, Zurich 1988, p. 45 ss (cité: Festgabe Schluep)
- PIERRE TERCIER, *Quels fondements pour le contrat au XX^e siècle ?*, in : François Bellanger/François Chaix/Christine Chappuis/Anne Héritier Lachat (édit.), *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004, p. 209 ss (cité: Fondements)
- PIERRE TERCIER, *La réforme du droit de la responsabilité civile : Chronique d'une mort annoncée*, in : Christine Chappuis/Bénédict Foëx/Luc Thévenoz (édit.), *Le législateur et le droit privé*, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 25 ss (cité: Responsabilité civile)
- PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 5^e éd. revue et augmentée, Genève/Zurich/Bâle 2012
- BÉNÉDICT WIDMER, *Les principes Unidroit – Une nouvelle forme de « codification » au niveau transnational*, in : Jean-Philippe Dunand/Bénédict Widmer (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 235 ss
- BÉNÉDICT WINIGER, *Le Code suisse dans l'embaras entre BGB et Code civil français*, in : Jean-Philippe Dunand/Bénédict Widmer (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 153 ss