



CH-3003 Bern, CFC

Courrier A

Département fédéral de justice et police DFJP

Monsieur David Oppliger

Bundesrain 20

3003 Berne

Référence/n° de dossier:

Votre référence:

Spécialiste: vij / teb

Berne, le 23 décembre 2016

Modification du code des obligations (mandat): ouverture de la procédure de consultation

Monsieur,

La Commission fédérale de la consommation (ci-après la CFC) vous remercie de l'avoir consultée sur l'avant-projet de réforme du code des obligations (mandat) et se prononce comme suit :

1. Il est surprenant que dans sa préparation de l'avant-projet, l'OFJ n'ait consulté qu'un nombre restreint d'experts (dont aucun Romand)¹ et que le rapport explicatif ne contienne aucune analyse de droit comparé². Cela étant, la CFC ne conteste pas le principe d'une réforme du droit du mandat pour permettre dans une certaine mesure des dérogations à l'art. 404 CO³.

2. La CFC entend d'emblée souligner qu'elle considère comme essentiel que l'art. 404 CO conserve **son caractère impératif pour les contrats passés avec les consommateurs**. En l'absence d'un réel pouvoir de négociations, la protection assurée par le caractère impératif de l'art. 404 CO actuel est essentielle et ne doit pas être abandonnée quelle que soit la révision proposée. En ce sens, la CFC est d'avis que le projet devra poser le principe du caractère impératif de l'art. 404 CO et prévoir des exceptions pour les domaines qui ne relèvent pas des contrats passés avec les consommateurs. La tentative de passer par une délimitation du droit de limiter ou d'exclure le droit de révocation en

1 Cf. Rapport explicatif, p. 13.

2 Cf. Guide de législation, Module « loi », « ordonnance » et « initiative parlementaire » 2014, p. 30 N 94 et p. 40 N 144.

3 A ce propos, cf. not. Ariane MORIN, La jurisprudence du Tribunal fédéral depuis 1994 en matière de mandat, in Mathieu BLANC (éd.), L'évolution récente du droit des obligations, Lausanne 2004, pp. 117-162, spéc. pp. 124 s. et 139 s. ; Marlis KOLLER-TUMLER, Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht ?, recht 1984 p. 49 ss.

tout temps en s'appuyant sur les formes de la modification (« est nulle si elle est prévue dans des conditions générales ») n'est pas convaincante. Il faut régler la question dans la substance en évoquant expressément « les contrats passés avec les consommateurs ».

3. Ainsi, l'avant-projet est inacceptable en ce qui concerne les consommateurs, **car il ne les protège pas suffisamment**, contrairement à ce qui est affirmé dans le rapport explicatif⁴ :

a) D'abord, l'art. 404a al. 1 AP **ne respecte pas l'injonction déduite de l'art. 97 Cst, d'adopter des règles légales qui assurent une information correcte du consommateur**, afin de lui permettre de se comporter comme un opérateur éclairé sur le marché et de protéger ainsi ses intérêts économiques⁵.

On ne peut pas sérieusement envisager que tous les consommateurs (qui n'ont pas nécessairement de formation juridique) vont comprendre qu'une norme affirmant sans la moindre nuance que « les parties peuvent convenir de supprimer ou de limiter le droit de révoquer ou de répudier le contrat en tout temps » ne concerne en réalité ni la résiliation des mandats relatifs à leur sphère intime, ni la résiliation pour justes motifs.

Le recours au verbe « supprimer » est particulièrement problématique. Le rapport ne contient pas d'explication à cet égard. Sans doute ce verbe renvoie-t-il à la possibilité de conclure un mandat pour une durée déterminée. Mais la terminologie est malheureuse, car elle peut amener le lecteur non averti à croire que l'art. 404a al. 1 AP prévoit une dérogation à l'interdiction des engagements perpétuels, qui est l'un des principes les plus fondamentaux du droit des contrats⁶. Le verbe « supprimer » ne devrait donc pas figurer dans le texte de l'art. 404a al.1 AP, car il est source de confusion.

L'art. 404a al.1 AP est de plus en contradiction avec le fait que la plupart des contrats de durée font l'objet de règles impératives permettant une résiliation pour justes motifs⁷, que la règle soit explicite ou fondée sur la bonne foi. Tel est en particulier le cas de l'art. 418r CO, relatif à un mandat spécial. Il doit en aller de même pour le mandat général (art. 394 CO), qui est un des contrats nommés les plus importants dans la pratique. Cette solution, défendue par la doctrine majoritaire⁸, ressort aussi du droit comparé⁹. Elle s'impose si on veut préserver la cohérence et la substance du code, ce qui est indispensable pour garantir l'information correcte des consommateurs. En outre, la prévisibilité et la sécurité du droit empêchent également un simple renvoi à la clause générale de l'art. 27 CC en ce qui concerne la résiliation des mandats relatifs à la sphère intime des consommateurs.

b) Ensuite, rendre l'art. 404 CO dispositif et se contenter de renvoyer pour le surplus aux art. 19 CO et 27 al. 2 CC¹⁰ aura **des conséquences négatives pour les consommateurs**. En effet, selon une partie de la doctrine et le Tribunal fédéral, les clauses contractuelles qui dérogent au droit dispositif dans une mesure prohibée par l'art. 27 al. 2 CC seraient valables lorsque la partie lésée y a consenti¹¹. En revanche, les clauses contractuelles contraires à une norme impérative sont en principe frappées de nullité absolue, conformément à l'art. 20 CO, ce qui peut être invoqué par quiconque et en tout temps¹². Si l'art. 404 CO est de droit dispositif, il pourrait donc être **plus difficile** qu'aujourd'hui

4 Rapport explicatif, p. 20.

5 Cf. not. Anne-Christine FORNAGE, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant, Berne 2011, N 421 ss.

6 Cf. not. ATF 114 II 15 ; ATF 125 II 363 ; ATF 127 II 69 ; Peter GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Fribourg 1968, pp. 24 et 42.

7 ATF 92 II 300 ; ATF 122 II 262 ; ATF 128 III 429 ; Pascal PICHONNAZ, Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation, in La pratique contractuelle 4, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 37 ss, spéc. p. 52 ; Marie-Noëlle VENTURI – ZEN-RUFFINEN, La résiliation pour juste motifs des contrats de durée, Fribourg 2007, NN 330 ss.

8 En particulier BK-FELLMANN, N 133 ss ad art. 404 CO.

9 Cf. Guide de législation 2007, NN 922 et 934.

10 Rapport explicatif, p. 14 s. et 19.

11 Cf. not. BK-BUCHER, N 114 ss et 548 ad art. 27 CC ; BK-KRAMER, N 371 ss ad art. 19/20 CO ; ATF 129 III 209.

12 ATF 123 III 60 ; ATF 129 III 209.

pour un consommateur de contester une clause contractuelle limitant son droit de résilier un mandat relatif à sa sphère strictement personnelle, ou une clause restreignant son droit de résiliation pour de justes motifs.

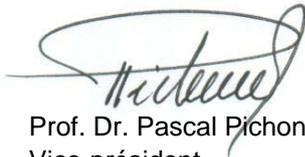
c) Pour finir, l'art. 404a al. 2 AP **ne permettra pas d'empêcher tous les abus en matière de clauses limitant le droit de résilier le mandat**¹³. Selon la conception dominante en Suisse, les conditions générales sont des clauses formulées à l'avance dans le but d'être insérées dans un grand nombre de contrats¹⁴. Par conséquent, il suffira à un professionnel de prévoir une dérogation à l'art. 404 CO dans un document spécialement rédigé pour l'occasion pour échapper à l'art. 404a al. 2 AP. Or, dans la mesure où ce professionnel se trouve dans une position de puissance par rapport au consommateur, on ne pourra pas présumer que ce dernier aura vraiment eu la possibilité de négocier cette clause spéciale¹⁵. Le même problème se poserait avec l'art. 8 LCD, qui repose aussi sur cette conception étroite des conditions générales¹⁶.

4. Au demeurant, il n'y a **aucune nécessité** de renoncer au caractère impératif de l'art. 404 CO pour les mandats de consommation, puisque, comme le souligne à juste titre le rapport explicatif, cette disposition est tout à fait adaptée à ces contrats¹⁷. La définition de mandat de consommation n'est certes pas définie par la loi, mais la notion de contrat de consommation fait aujourd'hui l'objet d'une jurisprudence de plus en plus précise¹⁸.

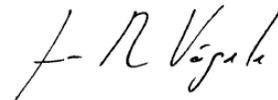
5. Pour toutes ces raisons, la CFC est d'avis qu'il faut **modifier l'art. 404a AP en précisant qu'une convention au sens de l'art. 404a al. 1 AP est nulle si elle concerne un mandat de consommation**¹⁹.

La CFC vous remercie d'avance de la suite que vous donnerez à ses remarques et vous prie d'agréer, Monsieur, ses salutations distinguées.

Commission fédérale de la consommation



Prof. Dr. Pascal Pichonnaz
Vice-président



Jean-Marc Vögele
Secrétariat

¹³ Rapport explicatif, pp. 18 et 20.

¹⁴ Ernst Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berne 2016, N 73 ; CR-Morin, art. 1 CO N 165 ; BSK UWG-Thouvenin, Art. 8 UWG N 1.

¹⁵ Cf. Ariane MORIN, Les clauses contractuelles non négociées, RDS 2009 I 497 ss, spéc. 500 ss.

¹⁶ BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 UWG N 1.

¹⁷ Rapport explicatif, pp. 14-15 et 20.

¹⁸ Pichonnaz, Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation (cité nbp7), p. 37 ss.

¹⁹ Dans le même sens, cf. l'art. 158 de la Proposition de règlement sur le droit commun de la vente.