

Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif (droit privé)

Rapport suisse

La structure du présent rapport suit strictement le questionnaire élaboré par le professeur Antonio Gambaro, de l'Université de Milan, divisé en deux parties et douze sujets. Les sous-questions proposées pour chacun des douze sujets ont été placées entre parenthèses dans les intitulés et très légèrement reformulées.

Table des matières

Partie I.....	2
1) Quel est le rôle des principes constitutionnels (liberté, égalité, solidarité, dignité humaine...) dans la motivation des arrêts civils des cours suprêmes ? (Mention des articles de la constitution en vigueur ? Mention des décisions des cours constitutionnelles ? Mention des décisions des valeurs constitutionnelles des cours européennes et en particulier de la cour européenne des droits de l'homme ? Mentionnés des principes constitutionnels sans citations ponctuelles ? Mention ni des articles de la constitution, ni des décisions constitutionnelles, ni des principes, mais références implicites et pouvant être saisies en transparence ?).....	2
2) Est-il habituel de rappeler et souligner explicitement les principes/valeurs constitutionnels dans les arguments que les parties offrent devant les cours civiles suprêmes ? (Si oui, comment ?).....	9
3) Quel est le rôle des critères de jugement comme le principe de proportionnalité dans la motivation des arrêts civils des cours suprêmes ? (Occasionnellement présent, rarement présent, jamais explicitement présent ?).....	9
4) Quel type d'analyse est consacré aux intérêts concrets en présence ? (Détaillé, sommaire, nul ?)	10
5) Quelle considération les Juges civils suprêmes donnent aux conséquences futures de leurs décisions ? (Conséquences explicitement analysées ? Conséquences pas explicitement mentionnées, étant cependant évident que les juges en ont tenu compte ? Aucune considération même implicite donnée aux conséquences ?)	12
6) Quelle importance est donnée de la part des juridictions suprêmes à la préservation de la cohérence systématique des règles civiles ? (Prudence quant à la cohérence du système pour éviter de créer des antinomies ? Tolérance des juges quant à la présence d'antinomies, renvoyant au législateur le devoir de les éliminer ?)	16
7) Quelle importance donnent les juridictions suprêmes aux finalités de la politique du droit (Policy) poursuivies par le législateur (interprétation téléologique) (Aucune importance ? Une importance aux finalités de la norme seulement quand celle-ci se montre en conflit avec la formulation du texte ? Une importance aux finalités de la norme entre les limites dans lesquelles la formulation du texte le permet ? Une importance aux finalités de la norme même modifiant la formulation du texte ?)	19
Partie II.....	22
8) Dans la doctrine publiée récente, quel est l'espace dédié à la formulation et à l'éclaircissement des concepts ? (La construction des concepts est-elle évitée ? La doctrine se réfère-t-elle aux concepts classiques sans les discuter ? Ceux-ci sont-ils rappelés et discutés de façon critique, l'abandon étant suggéré ? Les concepts classiques sont-ils rappelés et discutés de façon critique pour être remplacés par des concepts plus appropriés ?).....	22

- 9) Attention consacrée aux valeurs constitutionnelles dans la doctrine publiée récente ? (Aucune ? Occasionnelle, selon l'objet précis de leur enquête ? Grande attention ?) 25
- 10) Dans la doctrine publiée récente, quelle est l'attention dédiée aux effets économiques et sociaux des règles du droit civil ? (Aucune ? Occasionnelle, en fonction de l'argument spécifique traité ? Beaucoup d'attention ?) 26
- 11) Dans la doctrine publiée récente, quelle est le rôle assigné aux règles déontologiques comme la bonne foi ? 27
- 12) Dans la doctrine publiée récente, quelle est la place dédiée aux sources autres que nationales? (Une certaine place, consacrée aux seules sources institutionnelles européennes ? Accent mis sur les sources autres que nationales ? Importance reconnue aux principes transnationaux sélectionnés comme le principe de proportionnalité, de subsidiarité, de justice – fairness ?) 28

Partie I

1) Quel est le rôle des principes constitutionnels (liberté, égalité, solidarité, dignité humaine...) dans la motivation des arrêts civils des cours suprêmes ? (Mention des articles de la constitution en vigueur ? Mention des décisions des cours constitutionnelles ? Mention des décisions des valeurs constitutionnelles des cours européennes et en particulier de la cour européenne des droits de l'homme ? Mentionnés des principes constitutionnels sans citations ponctuelles ? Mention ni des articles de la constitution, ni des décisions constitutionnelles, ni des principes, mais références implicites et pouvant être saisies en transparence ?)

1.1 La relation entre les principes constitutionnels et le droit privé en Suisse est réciproque et profonde. Le droit des obligations (unifié en 1881 sur le plan fédéral) et le droit civil (unifié en 1907) ont été élaborés, d'une part, sous une puissante influence du dogmatisme allemand du XIX^e siècle (Pandectisme, *Begriffsjurisprudenz*)¹ et du BGB ambitionnant de créer un droit extrêmement systématique (dont les solutions découleraient essentiellement de purs raisonnements logiques). Mais d'autre part, une très grande attention a été accordée à la critique du caractère excessivement dogmatique que certains reprochaient au droit allemand². Cela s'est notamment concrétisé dans des dispositions qui exigent du juge civil et du sujet de droit d'avoir égard à des valeurs générales, non dogmatiques, comme la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit, placées en tête du Code civil, à ses articles 2³ et 3⁴. Son article 4 prescrit au juge d'appliquer, notamment, les règles de l'équité lors-

¹ Cette influence paraissait aller de soi, comme le montrent des passages du Message du Conseil fédéral (gouvernement) relatif au projet de Code fédéral des obligations (cf. FF 1880 I 124, 145 s., 149, 158, 162 pour les références au pandectiste WINDSCHEID ; le « *droit commun allemand* » est cité à 26 reprises dans le message, loc. cit., p. 130-168).

² Le Conseil fédéral mentionnait ainsi « *l'immense trésor d'expérience et de sagesse politiques* » amassé dans les législations cantonales que le droit fédéral allait remplacer et dont il fallait « *tirer le meilleur parti possible* » (FF 1904 II 8, 1^{er} par.), tout en tenant compte « *des conceptions et aspirations modernes qui devaient trouver une expression plus ou moins analogue dans deux œuvres aussi étroitement contemporaines que le Code civil allemand et notre projet de Code civil suisse* » (loc. cit., 2^e par.).

³ Art. 2 CC : « (1) Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. (2) L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ».

que la loi lui confie un pouvoir d'appréciation, de tenir compte des circonstances ou de justes motifs⁵. L'article 28 du Code civil prévoit une protection générale des droits de la personnalité⁶, qui comprennent la dignité humaine, et l'article 27 al. 2 du Code civil interdit les engagements qui restreignent excessivement la liberté⁷. Dans le message présentant le projet de Code civil aux Chambres fédérales (le parlement) en 1904, le Conseil fédéral (gouvernement) indiquait que « les mesures protectrices de la capacité civile » consistaient notamment dans « *le principe de son inviolabilité et de son inaliénabilité* » ; celui-ci, aussi nommé dans le message « *principe de l'inaliénabilité de la liberté individuelle* », se manifestait déjà dans le Code des obligations préexistant par « *le caractère révocable des obligations assumées pour toute la vie et le droit de résilier certains contrats pour justes motifs* »⁸.

Ainsi ancré dans le droit privé, le principe de la **bonne foi** (dont est déduit le principe de la confiance, essentiel en matière contractuelle et dans la représentation) a pénétré le droit public et est devenu l'une des règles les plus fondamentales – non écrites – posées quant à ce qui est exigé du comportement de l'Etat ; il est devenu un principe constitutionnel codifié, figurant parmi les premières dispositions de la constitution nouvelle adoptée en 1999 (art. 5 al. 3⁹ et 9¹⁰ Cst).

Cependant, comme la bonne foi a son origine historique dans le droit privé, son caractère constitutionnel n'est guère cité dans les arrêts civils.

Le même phénomène peut s'observer, en général, quant à la **liberté personnelle** (qui, dans la conception traditionnelle suisse, comprend la dignité humaine). Alors que le droit privé protégeait depuis 1881 et, plus largement encore, depuis 1907 les droits de la personnalité, c'est plus tard que le droit constitutionnel a développé, comme droit fondamental non écrit, la « liberté personnelle »¹¹. La liberté personnelle présente un lien étroit avec le droit des contrats puisqu'il recouvre l'autonomie

⁴ Art. 3 al. 2 CC : « *Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui* ».

⁵ Art. 4 CC : « *Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs* ». On observera encore que lorsque le juge constate une lacune de la loi, il ne doit pas la combler par un prétendu recours à la logique, mais « *selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur* » (art. 1 al. 2 CC) ; cela suppose, notamment, d'identifier et pondérer les valeurs reçues par la société pour les concrétiser en une règle dont l'acceptation est susceptible d'être partagée largement.

⁶ Dans la version actuelle (adoptée en 1983), l'art. 28 CC dit : « *(1) Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe. (2) Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi* ». Le texte adopté en 1907 avait une teneur similaire (« *Celui qui subit une atteinte illicite dans sa situation personnelle peut en demander la cessation [...]* ») ; cela figurait dans le projet présenté au parlement le 28 mai 1904, après une vingtaine d'années de travaux préparatoires, à l'art. 29 P-CC ; FF 1904 II 18).

⁷ Art. 27 al. 2 CC : « *Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs* ».

⁸ Message du Conseil fédéral, FF 1904 II 18. Depuis 1881, le droit fédéral des obligations contenait bien entendu des règles classiques protégeant la liberté (contre la lésion ou la crainte fondée, dispositions reprises en 1911 à l'art. 21 et 29 s. CO ; FF 1880 III 156), mais aussi, déjà, sur la protection de la « *situation personnelle* » (cf. FF 1880 I 150).

⁹ Art. 5 al. 3 Cst : « *Les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi* ».

¹⁰ Art. 9 Cst : « *Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi* ».

¹¹ Cf. p.ex. SPOENDLIN, Die verfassungsmässige Garantie der persönlichen Freiheit, th. Zurich 1945.

privée, laquelle est toutefois présumée par la notion de contrat – bien plus ancienne dans l'histoire du droit – et, notamment, les règles sur la conclusion des contrats. La liberté personnelle en tant que droit fondamental a ensuite été codifiée en 1999 lors de l'adoption de la nouvelle constitution¹². En raison de cet ordre historique, dans lequel le droit privé a joué le rôle de précurseur, les arrêts civils ne citent guère¹³ les réflexions de droit constitutionnel en rapport avec la liberté personnelle en tant que principe constitutionnel.

Fait exception le droit dit de la « protection de l'adulte » (soit la curatelle, emportant le cas échéant la privation de l'exercice des droits civils), dont notamment l'institution de la privation de liberté à des fins d'assistance est une claire atteinte, par l'Etat, à la liberté personnelle et relève directement d'une problématique constitutionnelle (qui induit que celle-ci est citée¹⁴) ; cela étant, comme les dispositions du Code civil de ce domaine posent directement les principes de préservation de l'autonomie dans toute la mesure du possible¹⁵ (dont les règles de « subsidiarité et proportionnalité »¹⁶), il n'y a pas de nécessité pour les arrêts de se référer aux principes constitutionnels. Sur un autre sujet, la problématique des expertises (prise de sang) en matière de recherche de paternité a aussi été examinée sous l'angle de la liberté personnelle¹⁷. La faculté pour un bailleur d'installer des caméras surveillant les parties communes d'un immeuble a aussi été examinée (et admise) sous l'angle de la liberté personnelle (en particulier de la protection de la sphère privée et *a fortiori* de la dignité humaine)¹⁸.

Certains principes fondamentaux de droit constitutionnel comme **l'égalité, la proportionnalité ou l'interdiction de l'arbitraire** ne peuvent pas s'appliquer tels quels en droit privé. Titulaires de droits subjectifs et, précisément, dotés de liberté personnelle, les particuliers ne sont pas soumis à l'impératif d'égalité et peuvent décider arbitrairement s'ils concluent un contrat, et avec qui, et s'ils exercent ou non des droits contractuels (p.ex. résilier un contrat plutôt qu'un autre, arbitrairement et sans égalité) ; une exception spécifique existe pour l'égalité salariale entre hommes et femmes (art. 8 al. 3 Cst, mais une loi entière a été adoptée sur le sujet, de sorte que le principe constitutionnel ne joue guère de rôle concret dans la réflexion suivie par les arrêts civils). Quant à la proportionnalité¹⁹, elle ne s'impose pas en général à l'exercice de droits privés subjectifs ; la limite est l'abus de droit qui repose certes sur une idée similaire, mais n'a pas la même portée (l'art. 21 CO, relatif à la

¹² Art. 10 al. 2 Cst : « *Tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement* ».

¹³ Pour une mention fugace, voir ATF 138 (2012) III 322 c. 4.3.1, 1^{er} par., cité *infra* n. 36.

¹⁴ On remarquera toutefois que même un arrêt concernant une hospitalisation d'office, l'ATF 139 (2013) III 257, ne cite pas l'art. 10 al. 2 Cst (liberté personnelle) ; il cite en revanche le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst).

¹⁵ Art. 388 al. 2 CC : « *[Les mesures prises par l'autorité de protection de l'adulte] [...] préservent et favorisent autant que possible leur autonomie* ».

¹⁶ Titre marginal de l'art. 389 CC, dont l'al. 2, reprenant la portée du principe de proportionnalité, dit : « *Une mesure de protection de l'adulte n'est ordonnée par l'autorité que si elle est nécessaire et appropriée* ».

¹⁷ ATF 89 (1963) I 92 c. 4 (98) : défaut de base légale (lacune comblée depuis).

¹⁸ ATF 142 (2016) III 263, c. 2.2.2 : « *Ebenso wenig geht jedoch der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), geschweige denn dem Schutz auf körperliche Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) in der Weise vor, dass eine Videoüberwachung in für alle Bewohner zugänglichen Räumen ohne die Zustimmung sämtlicher Betroffene[n] stets als unzulässig zu erachten wäre. Vielmehr ist eine konkrete Interessenabwägung unter Einbezug sämtlicher Umstände des Einzelfalls unabdingbar* ».

¹⁹ Art. 5 al. 2 Cst : « *L'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé* ». Art. 36 al. 3 Cst : « *Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé* ».

lésion²⁰, et la problématique de l'imprévision – *clausula rebus sic stantibus* –²¹, illustrent nettement que ce sont les disproportions évidentes qui peuvent²² exiger une intervention correctrice du droit privé, et non l'absence de proportionnalité en tant que telle ; la lésion et l'imprévision concrétisent la sanction de l'abus de droit et non le principe de proportionnalité).

En soi, l'égalité joue un rôle en droit privé dans le droit de la société anonyme, le conseil d'administration devant traiter de manière égale les actionnaires qui se trouvent dans la même situation²³. Les arrêts civils recourent spontanément aux réflexions usitées en droit constitutionnel (sous l'angle des caractères relatif de l'égalité et indirect de la discrimination), mais, vu la nature très différente de la relation entre un actionnaire et sa société, d'une part, et l'individu et l'Etat, d'autre part, le principe constitutionnel de l'égalité de traitement n'y est pas cité en tant que tel.

Il en va de même du principe de proportionnalité en rapport avec la dissolution de la société anonyme pour mettre fin à des carences d'organisation²⁴ ou de conflits insolubles²⁵. Des réflexions semblables seront utilisées, mais la différence de nature des problématiques induit que le droit constitutionnel n'est pas cité. Lorsqu'une sanction de droit privé comme la nullité d'un contrat est envisagée pour mettre en œuvre une interdiction de droit public, le principe ou l'effet exact de cette sanction devrait être soumis au critère de la proportionnalité ; cela a été proposé en doctrine et admis au moins par une cour d'appel²⁶, mais pas (encore) par la cour suprême helvétique²⁷. La proportionnalité est cependant tellement au cœur de la réflexion juridique que la méthode qui la sous-tend, à savoir la *pesée des intérêts*, est omniprésente en droit privé (p.ex. lorsque l'interprétation d'un contrat n'est pas évidente²⁸). Mais cela n'induit pas que le principe constitutionnel soit cité dans les arrêts civils.

²⁰ Art. 21 al. 1 CO : « En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience ».

²¹ Cf. p.ex. ATF 127 (2001) III 300.

²² Et de telles disproportions ne suffisent pas à elles seules (pour la lésion, il faut en outre l'exploitation d'un état de faiblesse, cf. *supra* n. 20, et pour l'imprévision, il faut en outre que le changement de circonstances ait été imprévisible, qu'il ne soit pas surmontable et qu'il ne corresponde pas à un risque attribué au cocontractant qu'il défavorise).

²³ Art. 717 al. 2 CO : « [Les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion,] doivent traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation ». Cf. ég., pour les décisions de l'assemblée générale, l'art. 706 al. 2 [ch. 3] CO : « Sont en particulier annulables les décisions qui: [...] 3. entraînent pour les actionnaires une inégalité de traitement ou un préjudice non justifiés par le but de la société ».

²⁴ Art. 731a CO. Pour une prise en compte du principe de proportionnalité, ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, *La société anonyme suisse* (2^e éd., Zurich 2017), N 394 (n. 857).

²⁵ Art. 736 ch. 4 CO. Voir ATF 105 (1979) II 114 c. 7 (127 s.) et 136 (2010) III 278 (280, 4^e par.). Matériellement, voir déjà ATF 67 (1941) II 162 c. c (165) et d (166), qui emploie le terme de subsidiarité (mais pas encore de proportionnalité).

²⁶ Cour d'appel de Bâle-Ville 9.11.2007 (AZ-2007/10), c. 5.4.3 (avec réf. à ROUILLER, *Der widerrechtliche Vertrag* [Berne 2002], p. 481).

²⁷ Cf. ATF 134 (2008) III 438, qui confirme l'arrêt cité *supra* in n. 26, mais pour d'autres motifs.

²⁸ Cf. p.ex. ROUILLER, *Droit suisse des contrats* (Lausanne 2007), p. 505 (ad n. 1481 s.) et 516. V. ég. WINIGER, CR ad CO 18 (2^e éd, Bâle 2012), N 37 i.i. ; JÄGGI/GAUCH, ZK ad CO 18 (1980), N 362 s. ; SCHWENZER, AT, N 33.05 ; KOLLER, AT, N 569 ; ATF 109 (1983) II 24 (25). Voir également ci-dessous ad n. 51 ss.

En revanche, dans toute **démarche procédurale**, les grands principes constitutionnels comme le droit d'être entendu ou l'égalité des armes (déduits notamment de l'art. 6 CEDH) s'appliquent ; ils sont alors cités en tant que tels²⁹. C'est bien sûr le cas dans la procédure civile (y compris l'arbitrage), mais aussi dans les nombreuses procédures devant des entités privées sans pouvoir juridictionnel, comme les associations (pour exclure un membre ou prendre une mesure le concernant) ou les sociétés anonymes (pour radier du registre des actionnaires une personne paraissant inscrite à tort³⁰). Toutefois, il arrive en doctrine que l'on insiste sur les différences, sur le plan de la possibilité de limiter le droit d'être entendu, d'avec les procédures devant des autorités (p.ex. sur le droit de l'actionnaire de répliquer en assemblée générale³¹).

En résumé, les arrêts de droit civil regorgent de concepts généraux qui sont constitutionnels (bonne foi, équité, liberté personnelle), mais sans les présenter sous leur angle constitutionnel, car ils ont leur origine dans le droit privé et se sont développés en son sein. Quant à d'autres concepts qui servent à désigner des droits constitutionnels comme l'égalité ou la proportionnalité, ils sont utilisés dans certains domaines du droit privé, mais avec une portée distincte découlant de la nature différente des problématiques traitées. En revanche, le droit constitutionnel d'être entendu influence directement la procédure civile (devant les tribunaux étatiques ou arbitraux) ; il a aussi une portée en tant que tel dans les démarches accomplies devant les entités privées.

1.2 D'autres libertés publiques créées plus récemment par le droit constitutionnel sont en revanche citées comme telles en droit privé. La liberté économique (ancrée dans la constitution depuis 1874³²) a souvent été citée dans des arrêts en rapport avec le droit de la concurrence (droit des cartels) lorsqu'il n'était, en Suisse, que balbutiant, afin de relever que les restrictions à la concurrence entravaient matériellement la liberté économique des entreprises frappées par les effets des cartels³³. Dans un esprit différent, la liberté économique a aussi été citée lorsqu'il s'agissait de déterminer la portée de la liberté contractuelle notamment en rapport avec l'interprétations de

²⁹ Historiquement, jusqu'en 2010, le droit de la procédure civile (comme d'ailleurs la procédure pénale) relevait du droit cantonal. Les recours au Tribunal fédéral ne pouvaient donc, pour l'essentiel, critiquer que la violation d'un droit constitutionnel (ou encore supérieur, comme un droit garanti par un traité international, comme la CEDH), tandis que la critique de l'application d'une règle cantonale en tant que telle ne pouvait être faite que sous l'angle très restreint de l'arbitraire (l'interdiction de l'arbitraire étant un principe constitutionnel, art. 9 Cst). Une particularité était l'invocation de la force dérogatoire du droit fédéral, qui permettait de critiquer une règle cantonale de procédure (ou l'interprétation d'une telle règle) au motif qu'elle empêchait la mise en œuvre concrète du droit matériel fédéral (ainsi notamment : du Code des obligations et du Code civil).

³⁰ Art. 686a al. 1 CO : « *La société peut, après avoir entendu la personne concernée, biffer les inscriptions au registre des actions lorsque celles-ci ont été faites sur la base d'informations fausses données par l'acquéreur* ».

³¹ Ainsi p.ex. ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, *La société anonyme suisse* (2^e éd., Zurich 2017), N 419b ; la doctrine met cependant en exergue que la conduite de l'assemblée impose au président de respecter l'égalité relative, l'interdiction de l'arbitraire et la proportionnalité (mesurée à la nécessité de permettre le processus décisionnel ; *ibid.* ; cf. ég. BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht* [4^e éd., Zurich 2009], § 12 N 174).

³² Auparavant, art. 31 aCst-1874. Depuis 1999, cf. art. 28 (« [1] *La liberté économique est garantie. [2] Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice* ») et 94 al. 1 et 4 Cst-1999 (« [1] *La Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique* » ; « [4] *Les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons* »).

³³ P.ex. ATF 86 (1960) II 365 c. 4a (376), le boycott étant considéré comme vidant de sa substance la liberté économique (art. 31 aCst) ; l'affaire est néanmoins jugée sous l'angle de la liberté personnelle (la loi sur les cartels n'étant pas encore adoptée). Approche similaire, mais après l'entrée en vigueur de la loi sur les cartels, in ATF 90 (1964) II 501 c. 8 (513). V. ég. ATF 94 (1968) II 329 c. 3b (336) et 5b (340). V. ég. ATF 91 (1965) II 313 c. 4 (319).

règles susceptibles d'emporter la nullité des contrats y contrevenant. La liberté économique est aussi citée pour délimiter la portée d'une règle de droit des contrats comme l'obligation de fidélité de l'employé en rapport avec le droit de se préparer, même pendant le contrat, à une activité concurrente qui commencera après la fin du contrat et de l'obligation de non-concurrence³⁴. Elle est aussi citée pour nuancer une réserve faite par le Code civil en faveur du droit cantonal³⁵. La protection contre les engagements excessifs est aussi examinée sous l'angle de la liberté économique lorsque l'art. 27 al. 2 CC, qui constitue depuis 1907 la norme déterminante en droit privé suisse, n'est pas sujet en tant que tel à l'examen du tribunal parce qu'en raison de la voie de l'arbitrage international choisie, l'examen de la question se pose sous l'angle de l'ordre public matériel³⁶.

1.3 En ce qui concerne la dignité humaine, principe constitutionnel mentionné dans le questionnaire, on peut observer que, conçue initialement comme l'un des aspects de la liberté personnelle non écrite (laquelle est depuis la nouvelle constitution de 1999 codifiée à l'art. 10 Cst), elle fait désormais l'objet d'une disposition spécifique, l'art. 7 Cst. Depuis lors, elle a été mentionnée à quelques reprises³⁷ dans des arrêts rendus depuis 2000 par les cours civiles du Tribunal fédéral. Elle a été invoquée en rapport avec la réclamation d'une indemnisation pour les frais d'entretien de l'enfant né en dépit d'un mandat de stérilisation, mal exécuté ; l'hôpital recherché en responsabilité soutenait qu'il serait contraire à la dignité humaine d'estimer que de tels frais puissent être qualifiés de dommage et de diminution involontaire de la fortune. Cet argument a été rejeté par le Tribunal fédéral, qui a estimé que le droit au remboursement de tels frais n'impliquait nullement une appréciation dévalorisante à l'égard de l'enfant qui serait une sorte de négation de sa dignité³⁸. On peut observer que la dignité humaine n'était pas invoquée par le titulaire de ce droit fondamental ou ses représentants légaux, mais par le débiteur de ceux-ci pour refuser une prestation en leur faveur ; ce n'était donc pas un droit fondamental qui était invoqué, mais une certaine conception de la morale et de l'ordre social. Dans un autre arrêt, la notion de dignité humaine a été utilisée en rapport avec une privation de liberté à des fins d'assistance (une personne se trouvant dans un état de déchéance), les autorités cantonales invoquant cette dignité pour justifier le placement contre la volonté du titulaire³⁹, de sorte qu'il ne s'agissait pas, ici non plus, de l'invocation d'un droit constitutionnel. En revanche, dans

³⁴ ATF 138 (2012) III 67 c. 2.3 : « *En l'absence d'une disposition légale contraire, le travailleur peut se prévaloir, après l'extinction du contrat, de la liberté économique, qui comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 Cst.)* ». Voir aussi TC VD 13.7.2016, PE10.020265, c. 7.3.3 et 12.2.

³⁵ ATF 129 (2003) II 497 c. 5.4.7 (527) : « *Nonobstant l'art. 664 CC, la liberté économique confère un droit conditionnel à l'usage accru du domaine public* ». Il faut observer que cet arrêt est rendu sous l'angle du droit public.

³⁶ Cf., sur le règlement de la FIFA qui entendait exclure de toute compétition le joueur sanctionné qui ne paierait pas une amende, ATF 138 (2012) III 322 c. 4.3.1, 2^e par. : « *Eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit wird nach schweizerischem Verständnis als übermässig im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB betrachtet, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind* », avec réf. à ATF 123 (1997) III 337 c. 5 (345 s.) et TF 25.11.1997, 4P.167/1997, c. 2a). Cet arrêt cite également la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst ; loc. cit., 1^{er} par., mais l'examen concret se poursuit (3^e par.) sous l'angle de la liberté économique (et de l'art. 27 al. 2 CC conçu comme norme fondamentale du droit privé).

³⁷ Cinq fois selon notre analyse, en ce qui concerne les arrêts publiés au recueil officiel.

³⁸ ATF 132 (2006) III 359 c. 4.4.2 : « *Dass die Geburt eines Kindes oder dessen Existenz als Mensch nicht als Schaden betrachtet werden kann, ist eine Selbstverständlichkeit [...] Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass die infolge der vertragswidrig unterlassenen Sterilisation erfolgte Geburt eines Kindes Unterhaltskosten nach sich zieht [...]. [...] Die Menschenwürde des ungeplanten Kindes steht einer schadenersatzrechtlichen Betrachtungsweise nicht entgegen* ».

³⁹ ATF 128 (2002) III 12 (recours de la personne placée admis en raison du caractère trop ancien de l'expertise justifiant le placement).

un autre arrêt, elle a été invoquée, de façon accessoire à la liberté personnelle, par un toxicomane qu'un établissement hospitalier voulait placer en chambre sécurisée⁴⁰. Enfin, la dignité humaine (*Menschenwürde*) a été invoquée par deux arrêts confirmant l'interdiction de principe de la gestation pour autrui en Suisse et les restrictions à la reconnaissance de la parenté juridique créée dans les pays où ce mode de filiation est admis⁴¹; on observe que la dignité humaine est ici une valeur invoquée par l'Etat en tant que gardien de la conception morale dominante⁴², et non par le titulaire du droit à la dignité humaine ou ses représentants légaux (qu'il s'agisse des parents biologiques ou des parents légaux selon le droit étranger). Ce n'est donc pas l'invocation d'un droit constitutionnel subjectif.

1.4 Un principe constitutionnel posé en contrepoids (déclamatoire⁴³) aux nombreuses règles qui font de la solidarité une réalité concrète (assurances sociales, assistance sociale) est celui dit de la « responsabilité individuelle et sociale », ancré à l'art. 6 Cst⁴⁴, soit avant le « catalogue » des droits fondamentaux. Il a été cité quelques fois dans des arrêts rendus par le Tribunal fédéral en matière civile, toujours pour en nier la violation alléguée par une partie⁴⁵. On peut observer que ce principe coïncide avec l'infrastructure du droit privé, qui présuppose la responsabilité individuelle, tant pour justifier la force obligatoire des contrats que les équilibres du droit de la responsabilité extracontractuelle (soit la relation entre le principe *casum sentit dominus* (or *res perit domino*) et les responsabili-

⁴⁰ ATF 134 (2008) I 209 (recours admis pour défaut de base légale, le placement en chambre sécurisée apparaissant comme une mesure disciplinaire). On voit à la rédaction de l'argumentation que c'est la liberté personnelle qui est le droit constitutionnel principal, la dignité humaine n'ayant pas véritablement de portée propre, dans ce contexte de privation de liberté, sur le plan de la technique juridique; c. 2.3.1 : « *Droit constitutionnel codifié aux art. 10 al. 2 et 7 Cst., la liberté personnelle garantit le droit à l'intégrité physique et psychique, la liberté de mouvement (art. 10 al. 2 Cst.), le respect de la dignité humaine (art. 7 Cst.) et, de manière générale, toutes les facultés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine [avec références]. La liberté personnelle n'est pas absolue* ».

⁴¹ Dans l'ATF 141 (2015) III 312, le Tribunal fédéral refuse partiellement la reconnaissance d'une décision des autorités californiennes constatant, à l'égard de deux partenaires enregistrés, la qualité de pères légaux d'un enfant né d'une gestation pour autrui (*Leihmutterchaft*). Il indique que la reconnaissance ne peut avoir lieu qu'à l'égard du père biologique de l'enfant, faute de quoi on contournerait l'interdiction d'avoir recours à la gestation pour autrui prévalant en Suisse, alors que cette interdiction viserait à protéger, notamment, la dignité humaine (c. 5.3.2 : « *wobei diese Vorschriften vor der Verletzung der Moral, das öffentliche Interesse und die Menschenwürde schützen sollen* »). L'ATF 141 (2015) III 328 tranche la même question d'une manière semblable, constatant à nouveau que l'interdiction de la gestation pour autrui viserait à protéger « *vor der Verletzung der Moral, das öffentliche Interesse und die Menschenwürde schützen sollen* » (c. 6.4).

⁴² Sur la vigueur de ce débat qui met aux prises de visions très différentes de la société, cf. p.ex. POZZOLO, Round Table : « Surrogacy » or Pregnancy for others, A first round of opinions, AG About Gender 2016 331 ss; PHILIPPART, GPA et PMA, A l'aune de la « parole donnée », ne sacrifier ni les techniques ni la famille, iPhilo 11.4.2015; TIROLE, Economie du bien commun (Paris 2014), p. 280 ss; FRISON-ROCHE, L'impossibilité de réguler l'illicite, Dalloz 6.11.2014.

⁴³ TFA 15.2.2005, K 166/04 c. 3 : « *Quant à l'art. 6 Cst, il n'a aucune portée normative particulière, mais essentiellement une valeur déclamatoire et de signal politique* ».

⁴⁴ Art. 6 Cst : « *Toute personne est responsable d'elle-même et contribue selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'Etat et de la société* ».

⁴⁵ Ainsi TF 29.6.2012, 4A_11/2012 : la recourante, condamnée pour concurrence déloyale, reprochait à ce concept d'être si large et vague (« débordant », « *ausufernd* ») qu'il en violait le principe de responsabilité individuelle de l'art. 6 Cst. Du seul fait qu'il applique le droit de la concurrence déloyale, et reconnaît *in casu* qu'il y a tromperie déloyale, le Tribunal fédéral exclut que cette conclusion puisse violer le principe de la responsabilité individuelle : « *Verstösst aber die Beschwerdeführerin mit ihrem Formular gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG, liegt von vornherein keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV vor. Ebenso scheidet eine Verletzung von Art. 6 BV (Individuelle und gesellschaftliche Verantwortung) durch eine angebliche "ausufernde UWG-Rechtsprechung" aus* ».

tés en tant qu'exceptions nécessitant un fondement spécial). La jurisprudence ne trouve cependant pas utile de s'y référer, car il s'agit d'une évidence.

1.5 En ce qui concerne le **mode de référence** aux principes constitutionnels, on peut observer que les arrêts civils citeront les normes constitutionnelles (ou les traités), la jurisprudence et la doctrine. Les jugements ou auteurs étrangers peuvent être cités lorsqu'ils traitent de la norme applicable (p.ex. la CEDH) ou lorsqu'un examen de droit comparé apparaît opportun.

2) Est-il habituel de rappeler et souligner explicitement les principes/valeurs constitutionnels dans les arguments que les parties offrent devant les cours civiles suprêmes ? (Si oui, comment ?)

Le Tribunal fédéral, en tant que cour suprême suisse, a eu pour mission, dès la création du droit privé fédéral (substantiel dès 1881 et constituant un système presque complet depuis 1912), d'en assurer l'application uniforme. Dans les matières civiles, la tradition est donc d'invoquer en premier lieu l'interprétation des règles de droit civil, qui peut être débattue librement dans les recours. L'invocation de dispositions constitutionnelles est aussi possible, mais essentiellement à l'appui de l'interprétation que l'on soutient concernant une règle de droit civil. En effet, le pouvoir législatif helvétique a toujours refusé au Tribunal fédéral, y compris lors de l'adoption d'une nouvelle constitution en 1999, la compétence de déclarer inconstitutionnelle une loi fédérale⁴⁶ (il a en revanche une telle compétence à l'égard de toute règle juridique cantonale et des ordonnances du gouvernement fédéral). Pour privilégier la cohérence de l'ordre juridique, le Tribunal fédéral a cependant développé le principe de l'interprétation conforme à la constitution. Ainsi, les plaideurs bien inspirés invoquent les dispositions constitutionnelles (et les traités internationaux) pour renforcer l'interprétation qu'ils proposent d'une disposition légale, ou pour mettre en exergue que la décision attaquée dans leur recours aboutit à une violation de règles ou valeurs constitutionnelles.

3) Quel est le rôle des critères de jugement comme le principe de proportionnalité dans la motivation des arrêts civils des cours suprêmes ? (Occasionnellement présent, rarement présent, jamais explicitement présent ?)

Comme évoqué au ch. 1, la proportionnalité est un principe constitutionnel en ce qui concerne l'activité de l'Etat et les restrictions aux libertés fondamentales. L'art. 5 al. 2 Cst dispose que « *l'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé* » ; l'art. 36 al. 3 Cst dispose que « *toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé* ».

A contrario, elle ne s'impose pas en général au titulaire de droits privés subjectifs ; la limite est l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC⁴⁷) qui repose certes sur une idée similaire, mais n'a pas la même portée.

⁴⁶ Ancrée à l'art. 113 de l'ancienne constitution de 1874, le principe est resté le même à l'art. 191 Cst, qui dispose tout simplement : « *Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international* ».

⁴⁷ Cf. *supra* ad n. 20 ss.

En matière contractuelle, comme l'illustrent la règle légale sur la lésion (qui ne permet une annulation ou, par extension, une correction qu'en cas de disproportion évidente) et la règle jurisprudentielle sur l'imprévision (qui suppose la survenance d'un déséquilibre massif imprévisible), la simple absence de proportionnalité n'a en principe pas de pertinence⁴⁸.

Dans certaines relations, comme la problématique de la dissolution de la société anonyme, la proportionnalité joue un rôle. Lorsqu'elle est demandée par le registre du commerce en raison d'une carence d'organisation, on peut dire que le principe constitutionnel s'applique directement, car il s'agit d'une intervention étatique. Dans les cas plus complexes où c'est une partie qui demande la dissolution (pour une carence d'organisation ou pour de justes motifs), la jurisprudence reconnaît aussi que la dissolution ne doit être ordonnée que si elle est une conséquence proportionnée⁴⁹ ; si une autre solution, moins radicale et équivalente économiquement (p.ex. une indemnisation) pour le demandeur (ou à tout le moins acceptable), est possible, elle doit être privilégiée⁵⁰. Ce n'est toutefois pas là, à notre sens, la traduction du principe constitutionnel de proportionnalité, mais plutôt la concrétisation des règles de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit et simplement l'arbitrage attentif des intérêts (privés) des actionnaires en conflit. Cet arbitrage se fait en fonction de réflexions de droit privé, qui ne sont pas de nature constitutionnelle, mais dans lesquelles l'idée fondamentale de proportionnalité, induisant la pesée minutieuse des intérêts en présence, ne peut être ignorée.

4) Quel type d'analyse est consacré aux intérêts concrets en présence ? (Détailé, sommaire, nul ?)

Les intérêts concrets en présence sont en principe pris en considération avec attention par les cours civiles du Tribunal fédéral, dans la mesure où ils sont établis par l'état de fait.

Les intérêts des parties constituent un critère reconnu pour l'interprétation des contrats. Toutefois, le contrat est précisément un arbitrage des intérêts des parties par elles-mêmes : elles se répartissent des avantages, des charges et des risques. Le juge n'a donc pas à peser les intérêts des parties pour trouver le meilleur équilibre, mais à identifier ces intérêts pour cerner au mieux comment les parties ont voulu les arbitrer. C'est ainsi que le critère qui tient compte des intérêts en présence est plutôt celui du *but* du contrat⁵¹ (soit, précisément, comment les parties ont traité leurs intérêts). L'analyse des intérêts se fait notamment en rapport avec les droits que la loi confère (pour discerner aussi dans quelle mesure, le cas échéant, les parties ont voulu s'en écarter), tout comme avec les réalités concrètes⁵².

⁴⁸ *Supra* ad n. 22.

⁴⁹ *Supra* n. 24 s.

⁵⁰ ATF 109 (1983) II 140 (« *rimedio estremo, che obbedisce ai precetti della sussidiarietà e della proporzionalità* ») ; ATF 136 (2010) III 278 c. 2.2.2 (« *la dissolution ne peut être prononcée qu'en respectant le principe de la proportionnalité, c'est-à-dire en procédant à une pesée des intérêts en présence* ») ; ATF 105 (1979) II 114 c. 6c (125 : « *In diesem Sinn bezeichnen Lehre und Rechtsprechung die Auflösung als "ultima ratio", unterstellen sie der Subsidiarität oder setzen für sie Verhältnismässigkeit voraus* »). Sans nommer explicitement la proportionnalité, mais l'appliquant matériellement, ATF 67 (1941) II 162 c. d (166 : « *Die Klage hat vielmehr nur subsidiären Charakter* »).

⁵¹ Cf. p.ex. ATF 118 (1992) II 157 c. 3b (162-163 : « *Zweck des Vertrages* »). Pour un aperçu de la jurisprudence et de la doctrine en la matière, ROUILLER, *Droit suisse des obligations* (2007), p. 505 ad n. 1483 et p. 514 ss (ad n. 1505 ss).

⁵² On peut se référer à l'intéressant arrêt ATF 141 (2015) III 106, visant à déterminer, en cas de retard de l'entrepreneur à l'égard d'un délai intermédiaire convenu, si, lorsque plusieurs prestations sont dues, le maître

A la lisière entre l'interprétation d'un contrat concret et celle de la loi, le régime des contrats dits innomés (soit un type de contrat non prévu par la partie spéciale du Code des obligations ou le Code civil) est aussi déterminé en fonction de l'identification des intérêts en présence⁵³.

L'interprétation et l'application des dispositions légales du droit des contrats se fait aussi à l'aune des intérêts en présence⁵⁴.

Hors du droit des contrats, il est bien connu que l'intérêt concret de l'enfant est, de par la loi (ainsi que de par la constitution⁵⁵ et des traités internationaux), l'élément central des décisions le concernant (notamment sur le plan de l'autorité parentale et de la garde). Il doit en aller de même de l'intérêt de la personne majeure qui fait l'objet d'une mesure prise par l'autorité dite « de protection de l'adulte ».

Des dispositions légales exigent de mesurer et peser les intérêts des parties. Ainsi le droit de la protection des données implique-t-il que le traitement des données sensibles est possible sans le consentement de la personne concernée s'il existe un intérêt *prépondérant* à le faire⁵⁶. La mise en œuvre

est en droit de renoncer également aux prestations pour l'exécution desquelles l'entrepreneur n'est pas en retard. Les juges ont tenu compte du fait que l'entrepreneur, élaborant un ouvrage spécifiquement destiné au maître, ne pourra guère utiliser autrement les travaux accomplis s'il est mis fin au contrat (c. 16.2.3 [111] : « *Im Werkvertragsrecht besteht insofern eine besondere Interessenlage, als der Unternehmer das Werk typischerweise nach den individuellen Wünschen des Bestellers fertigt und es daher nur eine beschränkte Verkehrstauglichkeit aufweist. Ein Gesamtverzicht ist daher für den Unternehmer regelmässig mit erheblichen Nachteilen verbunden* »).

⁵³ Cf. p.ex., pour le contrat de franchise, ATF 118 (1992) II 157 c. 3a (162 : « *Bei aus verschiedenen Einzelverträgen zusammengesetzten Vertragskomplexen und bei gemischten Verträgen [...], ist nach der Rechtsprechung auf den Regelungsschwerpunkt abzustellen. Demgemäss ist die Anwendung der miet- und pachtrechtlichen Vorschriften über die Vertragsbeendigung ausgeschlossen, wenn die Überlassung des Miet- bzw. Pachtobjektes bloss als untergeordnete Nebenabrede erscheint, die Rechtsbeziehungen der Parteien mithin schwergewichtig durch andere Vertragsbestandteile geprägt werden. In jedem Einzelfall ist daher, ausgehend von der Interessenlage der Parteien, wie sie in der von ihnen getroffenen vertraglichen Regelung zum Ausdruck gelangt, zu prüfen, welche Bedeutung den einzelnen Vertragsbestandteilen im Hinblick auf die Gestaltung der Gesamtrechtslage zukommt* ») ; v. ég. ATF 115 (1989) II 454 c. a).

⁵⁴ Cf. p.ex. ATF 142 (2016) III 263 c. 2.2.2 (2^e par.) : « *Die Vorinstanz ist zutreffend davon ausgegangen, die Vermieterschaft habe ein erhebliches Interesse daran, dass ihr Eigentum nicht durch Einbrüche oder Vandalenakte beschädigt wird. Sie durfte zudem mitberücksichtigen, dass die Mieter das eingerichtete Videoüberwachungssystem gemäss einer Befragung mehrheitlich begrüsst. Dabei hat sie es zu Recht nicht bei der Feststellung eines entsprechenden Mehrheitsverhältnisses bewenden lassen, sondern hat in Anwendung von Art. 13 Abs. 1 DSGVO die unterschiedlichen (privaten) Interessen einander gegenübergestellt und hierzu die jeweiligen mit den verschiedenen Videoaufnahmen verbundenen Einschränkungen der Privatsphäre im Einzelnen geprüft* ».

⁵⁵ Art. 11 Cst.

⁵⁶ Art. 13 LPD : « (1) Une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi. (2) Les intérêts prépondérants de la personne qui traite des données personnelles entrent notamment en considération si: a. le traitement est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et les données traitées concernent le cocontractant; b. le traitement s'inscrit dans un rapport de concurrence économique actuel ou futur avec une autre personne, à condition toutefois qu'aucune donnée personnelle traitée ne soit communiquée à des tiers; c. les données personnelles sont traitées dans le but d'évaluer le crédit d'une autre personne, à condition toutefois qu'elles ne soient ni sensibles ni constitutives de profils de la personnalité et qu'elles ne soient communiquées à des tiers que si ceux-ci en ont besoin pour conclure ou exécuter un contrat avec la personne concernée; d. les données personnelles sont traitées de manière professionnelle exclusivement en vue d'une publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique; e. les données personnelles sont traitées à des fins ne se rap-

de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) exige aussi toujours que les intérêts des parties soient scrupuleusement mesurés.

De manière générale en ce qui concerne l'interprétation de la loi, il est assez fréquent que la jurisprudence civile rappelle que l'interprétation de la loi doit se faire, au-delà de son texte et même de son but général, en ayant égard aux effets concrets que son application induit⁵⁷, le résultat devant être satisfaisant. En d'autres termes, il faut tenir compte du sens que prend la disposition légale dans le contexte de son application⁵⁸.

5) Quelle considération les Juges civils suprêmes donnent aux conséquences futures de leurs décisions ? (Conséquences explicitement analysées ? Conséquences pas explicitement mentionnées, étant cependant évident que les juges en ont tenu compte ? Aucune considération même implicite donnée aux conséquences ?)

On comprend que les conséquences futures de la décision d'un Tribunal se distinguent de ce que l'on peut nommer ses conséquences immédiates, soit, en droit privé – pour simplifier –, la reconnaissance d'un droit en faveur d'une partie, à la charge de l'autre.

Les cours civiles du Tribunal fédéral prennent en considération les conséquences futures dans la mesure où elles sont perceptibles. Certaines conséquences futures concernent la situation individuelle des parties au procès (qui n'est connue du Tribunal fédéral que dans la mesure où l'état de fait du jugement cantonal les relate) ; une telle analyse peut être décrite comme relevant de la justice interindividuelle dans un cas particulier. Un exemple particulièrement éloquent est l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*). Ce sont, entre autres conditions, les conséquences de l'exécution du contrat tel que conclu sur la situation d'une partie qui justifient (ou non) que ce

portant pas à des personnes, notamment dans le cadre de la recherche, de la planification ou de la statistique, à condition toutefois que les résultats soient publiés sous une forme ne permettant pas d'identifier les personnes concernées; f. les données recueillies concernent une personnalité publique, dans la mesure où ces données se réfèrent à son activité publique ».

⁵⁷ Ainsi dans un cas concernant l'expulsion d'un locataire dont le congé avait été donné de manière manifestement abusive (art. 271 CO en rapport avec l'art. 2 al. 2 CC) : ATF 133 (2007) III 175 c. 3.3.1 : « *Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis* » (identique, ATF 134 [2008] V 131 c. 5.1 [134]). V. ég. ATF 131 II (2005) 13 consid. 7.1 : « *Zu ermitteln ist das aktuell geltende Recht, das ohne Realitätsbezüge nicht verstanden werden kann, wobei insbesondere zu prüfen ist, ob der Richter das Recht anstelle des Gesetzgebers fortbilden darf bzw. ob er sich eine solche Funktion unzulässigerweise anmasst* ».

⁵⁸ ATF 135 (2009) II 243 c. 2 : « *Dans ce contexte, ce qui est décisif, c'est que la norme mise en cause puisse, d'après les principes d'interprétation reconnus, se voir attribuer un sens compatible avec les dispositions du droit supérieur. Pour en juger, il faut notamment tenir compte de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante, et des circonstances concrètes dans lesquelles ladite norme sera appliquée* ».

contrat soit adapté. Les conséquences sont donc prises en compte⁵⁹. Il en va de même de la problématique de la réduction d'une peine conventionnelle : l'un des paramètres de la réduction de la peine telle que conclue consiste dans les conséquences qu'aurait l'application de la peine sans réduction⁶⁰.

D'autres conséquences futures, soit les effets que peut avoir *en général* la solution donnée par le Tribunal à une question juridique, relèvent de ce que l'on peut nommer la politique juridique. L'examen de telles conséquences peut être hasardeux, faute d'instruments prédictifs fiables. Dans beaucoup de situations régies par le droit privé, les particuliers peuvent adopter un comportement leur permettant de ne pas s'exposer à une conséquence juridique (p.ex. : ne pas s'engager dans un type de relation auquel est attachée un effet juridique défavorable à une partie capable de ne pas s'engager) ; prédire de telles conséquences futures est manifestement hasardeux. Cependant, on perçoit nettement que permettre certains comportements va donner lieu à ce que des comportements de ce type se répandent, tandis qu'à l'inverse, attacher une responsabilité à un comportement va réduire sa fréquence. Pour prendre l'exemple du droit commercial, permettre au conseil d'administration de constituer des provisions comptables pour des risques économiques généraux va concrètement donner lieu à de telles constitutions. Si la jurisprudence admet une responsabilité du chef que le conseil d'administration ne procède pas à une correction de valeur ou à la constitution de provisions lorsque la valeur d'un actif baisse ou qu'un risque devient manifestement concret, cela encourage le provisionnement. Mais toutes les conséquences d'un encouragement au provisionnement (diminution du bénéfice affiché, d'où des facultés moindres d'octroyer des bonus ou des dividendes) ne peuvent pas aisément être cernées, car une infinité de paramètres entrent en jeu (p.ex. une crise économique qui contraint les sociétés à dissoudre les provisions afin de disposer librement des actifs). Il est donc difficile pour une cour suprême civile de traiter avec sûreté des conséquences futures présentant quelque éloignement.

C'est donc à juste titre que les cours suprêmes civiles émettent des considérations quant aux conséquences futures **sur un plan strictement juridique**. Parmi de telles considérations sur les conséquences, on peut citer la volonté de préserver la sécurité du droit et la praticabilité⁶¹. La

⁵⁹ Cf. p.ex. ATF 48 (1922) II 249 (modification admise en l'espèce). Dans l'arrêt qui précède, soit l'ATF 48 (1922) II 242, le critère de la ruine de l'un des cocontractants que peut induire l'exécution du contrat est mentionné : « *si dans la règle celui qui a conclu un contrat assume les risques d'une transformation préjudiciable des conditions d'exécution, il peut en être autrement lorsque des événements exceptionnels, et qui ne pouvaient être prévus, ont pour conséquence de rendre l'exécution du contrat si onéreuse pour le débiteur que le maintien de l'obligation conduirait à sa ruine. Dans ce dernier cas il est non seulement conforme à l'équité de le libérer d'un engagement contracté dans des conditions toutes différentes, mais même au point de vue juridique cela se justifie, soit qu'on fasse appel aux règles de la bonne foi, soit qu'on admette une impossibilité relative d'exécution non imputable au débiteur, soit enfin qu'on applique par analogie les dispositions légales relatives au droit de se départir de certains contrats. Mais ainsi que l'observe le jugement attaqué ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel que la clausula rebus sic stantibus peut être appliquée en droit suisse. Il est dans l'esprit général du CO de s'en tenir à l'adage pacta sunt servanda et une application par analogie de l'article 373, al. 2 CO à d'autres contrats doit se faire avec une extrême prudence si l'on ne veut porter une sérieuse atteinte à la sécurité des transactions* » ; adaptation est niée en l'espèce (malgré une chute sensible, mesurée en francs suisses en mai 1920, du prix convenu en juin 1919 en liras italiennes).

⁶⁰ Cf. ATF 133 (2007) III 42 c. 4.2 ; 133 (2007) III 201 c. 5.2 ; 114 (1988) II 264 c. 2a. V. ég. jugement TD Sierre 19.11.2014, c. 4e.

⁶¹ Cf. p.ex. ATF 136 (2010) III 490 c. 4.4 : « *Im Unterschied zu dieser Situation geht es im zu beurteilenden Fall aber nicht um die Festlegung des Pfändungsguts, sondern darum, dass diesem durch veränderte Umstände ein höherer Wert zukommt. Dafür, dass Wertsteigerungen im Laufe des Verfahrens nicht zu einer Herabsetzung der Pfändung berechtigen, sprechen Rechtssicherheits- und Praktikabilitätserwägungen (zu Letzteren vgl. BGE 136 II*

sécurité des transactions en est un aspect, pertinent aussi bien par exemple⁶² dans le droit de la représentation⁶³ que dans la problématique, déjà citée, de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus* ; le Tribunal fédéral a toujours perçu que permettre, hors de conditions très strictes, l'adaptation de contrats en cas de changement de circonstances rendrait difficile la conclusion de contrats à long terme⁶⁴, alors que ces contrats ont un rôle économique important⁶⁵).

On observera que la prise en considération des conséquences futures est parfois l'occasion d'une grande délicatesse sur le plan de la complexité humaine. Dans le domaine du droit de la santé, le Tribunal fédéral est rigoureux quant au devoir d'informer du médecin. L'acte médical entrepris à des fins curatives touchant à l'intégrité corporelle du patient est jugé illicite lorsque le patient n'a pas donné son consentement suffisamment éclairé et lorsqu'il n'existe aucun autre fait justificatif (p.ex. urgence ou consentement hypothétique⁶⁶). Le devoir d'informer sert à protéger la libre formation de la volonté du patient ainsi que son intégrité corporelle. Une violation de ce devoir peut entraîner l'obligation de réparer tout dommage immatériel et matériel⁶⁷. Mais le Tribunal fédéral reconnaît que l'information donnée au patient ne doit pas le mettre dans un état d'angoisse qui lui serait nocif⁶⁸. C'est là, à notre avis, prendre en considération les conséquences futures avec une grande délicatesse.

Une autre réflexion assez subtile sur les conséquences futures a été exprimée en rapport avec l'interdiction légale d'allouer des dépens en procédure de conciliation (art. 113 al. 1 CPC : « *Il n'est pas alloué de dépens en procédure de conciliation* »). Le Tribunal fédéral a reconnu que des dépens pour la procédure de conciliation peuvent être alloués dans le jugement au fond malgré l'art. 113 al. 1 CPC, en indiquant que cet article visait à « *favoriser l'aboutissement de la tentative de conciliation* » et que « *la perspective d'échapper ultérieurement au paiement de ces dépens dans l'hypothèse où la conciliation échoue ne va pas influencer sur les chances de concilier; c'est bien plutôt le risque de devoir payer ces dépens qui pourrait à l'occasion amener les parties à accepter un arrangement au sujet de prétentions incertaines, plutôt que de les soumettre au juge ordinaire* »⁶⁹.

En ce qui concerne l'interprétation d'un traité prévoyant la voie de l'arbitrage pour la protection des investissements (Traité sur la charte de l'énergie, TCE, art. 26 ch. 3), un Etat (désigné comme la « République A » ou « la recourante ») invoquait, sur la base de l'adage *in dubio mitius*, une

113 E. 3.3.4 S. 119 mit Hinweisen). Das Pfändungs- und Verwertungsverfahren soll innerhalb bestimmter Fristen abgewickelt werden (Art. 116 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 SchKG). Gäbe eine Wertsteigerung grundsätzlich Anspruch auf entsprechende Herabsetzung der Pfändung, bestünde die Gefahr, die Verwertung durch solche Nebenverfahren auf Anpassung der Pfändung über Gebühr zu verzögern. Dieser Nachteil würde nicht automatisch durch ein materiell gerechteres Ergebnis der Pfändung aufgewogen ». V. ég. ATF 138 (2012) III 659 c. 3.5.

⁶² Pour la cession de créances, voir ATF 122 (1996) III 361.

⁶³ On peut aussi nommer cela l'apparence efficace (*Rechtsschein*), cf. p.ex. ATF 88 (1962) II 191 c.4 (195) ; 123 (1996) III 24 (28-29) ; 124 (1998) III 418.

⁶⁴ Ainsi l'ATF 48 (1922) II 242 cité *supra* in n. 59 (*in fine*). Le Tribunal fédéral ne va cependant pas plus loin dans des considérations « marco-économiques » sur la nécessité pour l'économie de recourir à des contrats de long terme et l'utilité sociale qui en découle.

⁶⁵ Cf. p.ex. ROUILLER, *International Business Law*, Zurich/Hong Kong 2015, p. 171

⁶⁶ ATF 117 (1991) Ib 197 c. 5.

⁶⁷ ATF 117 (1991) Ib 197 c. 2.

⁶⁸ ATF 117 (1991) Ib 197 c. 3b: « *Der Patient soll über den Eingriff oder die Behandlung soweit unterrichtet sein, dass er seine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage geben kann. Die Aufklärung darf jedoch keinen für seine Gesundheit schädlichen Angstzustand hervorrufen* ».

⁶⁹ ATF 141 (2015) III 20 c. 5.3.

interprétation extensive de sa réserve à l'arbitrabilité des demandes formées par des investisseurs (en l'espèce, l'arbitrage avait son siège à Zurich). Le Tribunal fédéral a pris en compte – en des termes occasionnellement métaphoriques – les conséquences potentielles de son interprétation : « *Comme tout traité, le TCE doit être interprété de bonne foi [...]. Au demeurant, le principe de la bonne foi est intimement lié à la règle de l'effet utile, même si cette dernière n'apparaît pas explicitement à l'art. 31 CV. L'interprète doit donc choisir, entre plusieurs significations possibles, celle qui permet l'application effective de la clause dont on recherche le sens, en évitant toutefois d'aboutir à une signification en contradiction avec la lettre ou l'esprit du traité [...]. Selon l'intéressée, semblable approche, du reste contraire au principe in dubio mitius, prive de son sens la réserve faite par elle à l'art. 26 par. 3 point c) TCE, méconnaissant par là même le principe de l'effet utile, puisqu'aussi bien un investisseur pourrait se contenter de soutenir que sa demande repose sur ce double fondement à la seule fin de contourner la réserve émise au sujet des demandes découlant de la clause pluie⁷⁰. [...] Quoi qu'en dise l'intimée, cette réserve ne doit pas forcément être interprétée restrictivement [...]. A l'inverse, il n'est pas possible d'entériner la démarche de la recourante qui consiste, indirectement, à élargir l'objet de la réserve en question par le truchement d'une interprétation extensive de la clause parapluie couplée avec la mise en œuvre du principe in dubio mitius. Cela reviendrait à priver l'art. 10 par. 1 TCE [...] et l'art. 26 par. 3 point a) TCE de toute portée, contrairement à la règle de l'effet utile, en ce sens que les treaty claims seraient assimilées aux contract claims et soustraites, par là même, au tribunal du traité. Pour reprendre l'image du parapluie, ce serait comme si le porteur de l'ombrelle protectrice cherchait à attirer le plus grand nombre possible de personnes sous celle-ci (interprétation extensive de la clause parapluie, alors que celle-ci vise pourtant à restreindre la souveraineté juridictionnelle de l'Etat hôte), puis fermerait brusquement le parapluie (invocation de la réserve) en laissant les infortunés sans défense face aux intempéries »⁷¹.*

En ce qui concerne l'institution de la saisie par « avis au débiteur », soit par un ordre judiciaire adressé à des débiteurs (p.ex. l'employeur) du débiteur saisi de verser directement la pension alimentaire au créancier, il a été observé qu'elle présentait des avantages concrets pour ce créancier (qui n'a pas à faire une poursuite chaque fois que des prestations deviennent exigibles). Dès lors, il ne faut pas appliquer extensivement l'exception fondée sur la mise en danger du poste de travail induite par la communication à l'employeur, faute de quoi cette institution utile perdrait son sens et ne serait plus utilisée⁷².

En ce qui concerne l'exclusion de la restitution de ce qui a été presté pour atteindre un résultat illicite ou contraire aux mœurs (art. 66 CO⁷³, qui a codifié en droit suisse l'idée classique exprimée

⁷⁰ ATF 141 (2015) III 495 c. 3.5.2.

⁷¹ ATF 141 (2015) III 495 c. 3.5.3.1.

⁷² ATF 137 (2011) III 193 (subrogation de la collectivité publique dans le droit de requérir un avis aux débiteurs) c. 3.4 et 3.7 (« [...] dass das subrogierende Gemeinwesen gerade nicht in existentieller Weise auf diese Inkassomöglichkeit angewiesen ist. Schliesslich kann berücksichtigt werden, dass bei hinreichend nachgewiesener Gefährdung der Arbeitsstelle mit einer sog. stillen Lohnpfändung unter Umständen die langfristig besseren Ergebnisse zu erzielen sind [...]. Um das Institut der Schuldneranweisung nicht seines Sinnes zu entleeren, sind solche Verweigerungsgründe allerdings nur zurückhaltend anzunehmen. [...] Gemäss Botschaft Kindesrecht (a.a.O., S. 65 Ziff. 322.62) beschlägt die Anweisung während des Zeitraums, für den sie angeordnet wird, auch zukünftige Leistungen und muss daher nicht - wie die Schuldbetreibung - für jede fällige Leistung wieder neu eingeleitet werden. Darin liege eine nicht zu unterschätzende Erleichterung der Rechtsverfolgung. Diese Ausführungen des Bundesrats leuchten ein. Wäre es anders, würde das Institut der Schuldneranweisung hinsichtlich der Sicherung des laufenden Unterhalts seines Sinnes beraubt ».

⁷³ Art. 66 CO : « Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs ».

dans l'adage *in pari turpitudine melior est causa possidentis*, la jurisprudence a varié quant à l'importance de l'effet préventif⁷⁴ et punitif donné à cette exclusion⁷⁵.

6) Quelle importance est donnée de la part des juridictions suprêmes à la préservation de la cohérence systématique des règles civiles ? (Prudence quant à la cohérence du système pour éviter de créer des antinomies ? Tolérance des juges quant à la présence d'antinomies, renvoyant au législateur le devoir de les éliminer ?)

Lorsqu'il est appelé à interpréter une loi, le Tribunal fédéral entend adopter une position pragmatique en suivant différentes méthodes d'interprétation, sans les soumettre à un ordre de priorité. La préoccupation de la cohérence systématique est appelée « *interprétation systématique* ».

On citera ci-après une formulation utilisée fréquemment par le Tribunal fédéral : « *Si le texte légal n'est pas absolument clair⁷⁶, le juge recherchera la véritable portée de la norme, en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) [...]. Si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution [...] »⁷⁷.*

Sur le plan théorique, l'interprétation systématique va fondamentalement de soi : le droit est un système des règles ; chaque règle juridique existe en relation avec d'autres règles. En cas de règles

⁷⁴ Pour restreindre l'exclusion de la restitution aux cas où son *effet préventif concret* est indéniable, ROUILLER, *Der widerrechtliche Vertrag* (Berne 2002), p. 381 ss, 422 s. et 479. Voir aussi HUGUENIN, *Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel* (Berne 1984), p. 71 s.; HIRSCH, *Les contrats contraires au droit administratif économique*, in Mémoires publiés par la faculté de droit, Genève 1978, p. 143.

⁷⁵ Alors que l'ATF 102 (1976) II 401 c. 4 et 5 (412) s'accommodait d'un effet punitif conféré de façon toute générale à cette exclusion lorsque des prestations avaient été fournies sur la base d'un contrat nul pour contrariété à la loi, l'ATF 134 (2008) III 438, c. 3.2, a grandement limité la portée de cette exclusion et en principe admis – *contra verba legis* – l'obligation de restituer en cas de nullité pour illicéité (445 : « *Zwar wird teilweise die Ansicht vertreten, die Wirksamkeit entsprechender Verbote liesse sich durch den Ausschluss der Rückerstattung verstärken [...]. Diese Rechtsfolge ist jedoch weder ausdrücklich angeordnet noch ergibt sie sich mit der erforderlichen Eindeutigkeit aus dem Normzweck. Aufgrund der entsprechenden nichtigen Verträge erbrachte Leistungen sind vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen zurückzuerstatten ; für die Rückleistung bleibt der privatautonom bestimmte Wert für die erbrachten Leistungen massgebend* ») ; cf. *infra* ad n. 88 ss.

⁷⁶ Sur des cautèles à propos des possibilités d'employer les méthodes d'interprétation même quand le texte légal est « absolument clair », cf. ci-après pt. 7, spéc. ad n. 88 et 93-97. Voir aussi ATF 134 (2008) III 273 (ExxonMobil Aviation International Ltd et csts c/ Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation – concordat par abandon d'actif; révocation d'actes juridiques) c. 4 : « *Die Auslegung des Gesetzes ist auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten (BGE 128 I 34 E. 3b S. 41). Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm bildet ihr Wortlaut. Vom daraus abgeleiteten Sinne ist jedoch abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen nicht gewollt haben kann. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Insoweit wird vom historischen, teleologischen und systematischen Auslegungselement gesprochen* ».

⁷⁷ ATF 131 (2005) III 623 c. 2.4.4. V ég. ATF 140 (2014) III 315 c. 5.2.1 ; ATF 133 (2007) III 257 c. 2.4.

contradictoires, on peut – sans schématisme excessif – se référer aux adages classiques *lex specialis derogat generali*⁷⁸ et *lex posterior derogat priori* (ou *anteriori*)⁷⁹.

Outre ces hypothèses, l'interprétation systématique paraît invoquée explicitement en soutien à d'autres méthodes d'interprétation pour écarter un doute planant sur le sens de la loi⁸⁰ ou à renforcer des conclusions qui découlent déjà de l'interprétation du texte légal ou de l'analyse téléologique⁸¹. Lorsqu'en revanche, les interprétations littérale et historique s'opposent à celle qui assurerait la cohérence du système, on observe que le Tribunal fédéral a tendance à rester attaché aux premières. Par exemple, il a refusé de « corriger » le sens de l'art. 208 al. 2 CO sur les effets de la résiliation d'un contrat de vente. Cet article dispose notamment : « *Le vendeur [...] indemnise, en outre, l'acheteur du dommage résultant directement de la livraison de marchandises défectueuses.* ». La doctrine considérerait cette disposition comme étant incohérente avec le système légal

⁷⁸ Ce principe est tellement connu que, le plus souvent, l'expression « *lex specialis* » (sans l'adage complet) est employée. Cf. p.ex. ATF 116 (1990) II 645 (responsabilité du propriétaire d'immeuble du Code des obligations comme *lex specialis* par rapport aux règles générales de responsabilité des employés de l'Etat) ; ATF 109 (1983) II (« *La Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route [CMR] l'emporte, en tant que lex specialis, sur les dispositions du Code des obligations et de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, lesquelles ne s'appliquent qu'à titre subsidiaire* ») ; ATF 127 (2001) III 241 c. 5b/aa (la règle spéciale du Code civil sur les eaux souterraines l'emporte comme *lex specialis*, en cas de modification de la nappe phréatique, sur l'interdiction générale des immixtions excessives). — Il est très souvent possible de coordonner deux normes sans que l'une doive être considérée comme une *lex specialis* (ainsi les règles sur les hypothèques ne sont pas, en matière de paiement partiel, une *lex specialis* aux règles du Code des obligations sur l'imputation d'un paiement partiel, ATF 121 (1995) III 432 c. 3 [245] : « *l'affirmation [...] selon laquelle l'art. 818 CC constituerait une lex specialis par rapport à l'art. 85 CO et serait seul applicable en l'espèce ne repose sur rien* »). Dans le même esprit, les règles sur la garantie en matière de vente ne sont pas une *lex specialis* par rapport à celles sur l'erreur (ATF 114 [1988] II 131 ; il y a concours alternatif entre l'invocation de la garantie et celle de l'erreur ; idem ATF 82 [1956] II 411 [422] c. 6c : « [...] « *Wesensunterschied zwischen der Unverbindlichkeit wegen Irrtums und der Gewährleistung. Diese ist kein Sonderfall der Willensmängel, sondern gehört systematisch in das Gebiet der Vertragserfüllung. Der Irrtum dagegen beschlägt das Zustandekommen des Vertrages. Die beiden Gruppen von Bestimmungen und die daran geknüpften Rechtsbehelfe beruhen somit auf verschiedenem Rechtsgrund. Sie stehen also in Wirklichkeit zu einander nicht im Verhältnis von lex generalis und lex specialis, weshalb aus der genannten Regel nichts abgeleitet werden kann. Die beiden Tatbestände überschneiden sich vielmehr, keiner von ihnen umfasst den andern völlig, sondern sie weisen neben gewissen, beiden gemeinsamen Merkmalen auch solche auf, die nur beim einen oder beim andern vorkommen* »).

⁷⁹ L'adage complet est cité in ATF 129 (2003) III 305 c. 2.1 (307 : « *lex specialis posterior derogat legi generali priori* » ; en l'espèce, les règles d'attribution des prestations de prévoyance professionnelle sont une *lex specialis* et *posterior* par rapport au droit successoral).

⁸⁰ ATF 138 (2012) III 625 consid. 2.2 : « *Si on lit l'art. 317 al. 1 CPC, on comprend qu'il régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux. Il résulte clairement de la systématique de la loi que l'art. 229 al. 3 CPC ne s'applique qu'à la procédure de première instance. L'art. 317 CPC concerne la procédure d'appel et ne contient aucun renvoi, ni aucune règle spéciale pour la procédure simplifiée ou pour les cas où le juge établit les faits d'office.* » ; ATF 141 (2015) III 270 consid. 3.3 : « *L'art. 126 CPC se trouve au Chapitre 1 du Titre 9 du CPC relatif à la "conduite du procès" ("Prozessleitung"; "Direzione del processo") qui traite des "décisions d'instruction" ("prozessleitende Verfügungen"; "disposizioni ordinatorie") comme l'art. 124 al. 1 CPC l'indique expressément. Il ne fait donc aucun doute que l'"ordonnance de suspension" ("Sistierung"; "decisione di sospensione") visée par l'art. 126 al. 2 CPC ne peut être autre chose qu'une "ordonnance d'instruction" au sens de l'art. 321 al. 2 CPC. Il en résulte que la confiance que les recourants ont placée dans l'indication erronée du délai de recours donnée par le Juge instructeur de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois n'a pas à être protégée, comme la cour cantonale l'a correctement constaté. Une lecture systématique de la loi suffisait en effet à déceler l'erreur commise par le premier juge. Il suit de là que le grief, infondé, doit être rejeté.* »

⁸¹ Cf. par exemple ATF 131 (2005) III 623 c. 2.4.4.3 : « *Cette conclusion n'est pas démentie si l'on met en regard de l'art. 324a al. 1 CO d'autres dispositions du titre dixième du code des obligations.* ».

(« *systemwidrig* ») au regard du régime de responsabilité pour faute (non limitée au dommage direct) qui résulte en général des autres dispositions du Code des obligations⁸².

La cohérence implique, en général, d'éviter de donner un sens ou un contenu différent à une même notion. Le Tribunal fédéral le rappelle fréquemment dans le droit des signes distinctifs : la notion de « risque de confusion » est en principe la même en droit des marques, des raisons de commerce et de la concurrence déloyale⁸³. Toutefois, les différences quant aux intérêts protégés requièrent de la prudence sur ce plan. La cohérence n'est pas une uniformité aveugle. L'approche systématique peut justement impliquer que le contenu d'une même notion soit différent selon le domaine. Ainsi, le Tribunal fédéral a pris soin de différencier entre le devoir de fidélité d'un gérant d'une société à responsabilité limitée (art. 812 CO) et le devoir de fidélité du mandataire (art. 400 CO). Le devoir de renseigner du gérant de Sàrl est ainsi décrit comme différent de celui du mandataire⁸⁴.

Le Tribunal fédéral a été amené à trancher quelques questions procédurales en tenant compte de la systématique de la loi. Pour prendre un exemple très concret, un arrêt se sert de la systématique afin de résoudre un doute sémantique, soit pour déterminer si l'expression « *jusqu'aux délibérations* » (art. 229 al. 3 CPC) signifiait la même chose que « *avant le début des délibérations* » (art. 313 al. 2 let. c CPC), ce qui a été admis⁸⁵.

⁸² ATF 133 (2007) III 257 c. 2.5.4 « *Nach dem Gesagten ergeben sich weder aus der Entstehungsgeschichte noch dem systematischen Zusammenhang triftige Gründe dafür, dass der Gesetzgeber den aus dem Wortlaut von Art. 208 Abs. 2 OR abzuleitenden Sinn nicht gewollt habe. Demnach sieht diese Bestimmung für den dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware verursachten Schaden eine verschuldensunabhängige Haftung vor, wobei bezüglich der Beschränkung auf den unmittelbar verursachten Schaden auf die Länge der Kausalkette zwischen der Lieferung fehler- bzw. mangelhafter Ware und dem eingetretenen Schaden abzustellen ist [...] Daran vermag nichts zu ändern, dass in der Lehre geltend gemacht wird, die kausale Haftung für Mangelfolgeschäden gemäss Art. 208 Abs. 2 OR stelle auch bei der Beschränkung auf die unmittelbare Verursachung im Vergleich zur allgemeinen verschuldensabhängigen Vertragshaftung und zur Schadenersatzpflicht bei anderen Verträgen über Sachleistungen eine systemwidrige, sachlich nicht gerechtfertigte Ausnahmeregelung dar [...]. Ob diese rechtspolitische Kritik berechtigt ist, haben gemäss dem Prinzip der Gewaltenteilung die gesetzgebenden und nicht die rechtsanwendenden Behörden zu entscheiden [...]. Dass ein Abweichen von Art. 208 Abs. 2 OR ausnahmsweise zulässig sei, weil der Gesetzgeber beim Erlass dieser Bestimmung einem offensichtlichen Versehen erlegen oder ihre Anwendung auf Grund veränderter Umstände als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren sei, macht der Kläger nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich ».*

⁸³ ATF 128 (2002) III 353 c. 4 pr. (359 : « *La notion de risque de confusion [...] est identique pour tout le domaine des signes distinctifs* ») ; v. p.ex. jugement du Tribunal de commerce de Berne du 29.1.2016, HG 13 57.

⁸⁴ ATF 140 (2014) III 409 c. 3.2.2 : « *Ein materiellrechtlicher Anspruch auf Auskunftserteilung wurde in der Lehre und der Rechtsprechung aus dieser Norm bisher nicht abgeleitet. Ein solcher ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus den Materialien [...]. Systematisch und teleologisch ist zu berücksichtigen, dass in den von der Beschwerdeführerin angeführten Beispielen die Rechenschaftspflicht jeweils nicht aus den zitierten Artikeln abgeleitet, sondern Auftragsrecht (analog oder ergänzend) angewandt wird [...]. Eine analoge Anwendung von Art. 400 OR auf das gesellschaftsrechtliche Verhältnis zwischen Gesellschaft und Organ ist indessen nicht am Platz. Dieses mag zwar auftragsähnliche Merkmale aufweisen. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass die eigenständige auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht nach Art. 400 OR allgemein und ohne Rücksicht auf die konkreten vertraglichen Vereinbarungen auf das gesellschaftsrechtliche Verhältnis zwischen einer Gesellschaft und ihren Organen übertragen werden kann. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht lässt sich insofern nicht zu einem eigentlichen Auftrag erweitern ».*

⁸⁵ L'ATF 138 (2012) III 788 c. 4.2 : « *Dans la procédure ordinaire de première instance, on trouve la mention des délibérations à l'art. 229 al. 3 CPC. Selon cette disposition, lorsqu'il établit les faits d'office, le tribunal admet des faits et moyens de preuve nouveaux "jusqu'aux délibérations". Les faits et l'ensemble des moyens de preuve à disposition des parties doivent en effet être portés à la connaissance du juge avant la clôture des débats principaux, puisque c'est en se basant sur son appréciation des faits et des preuves qu'il appliquera - dans le cadre des délibérations - le droit aux faits constatés et rendra sa décision (art. 236 CPC). On en déduit que les délibérations*

En ce qui concerne les avis au législateur, ils sont rares. L'une des raisons est que le processus législatif en Suisse est très lent⁸⁶ ; de ce seul fait, un tel appel ressemble à un vœu pieux. Cela peut aussi s'expliquer parce qu'en ce qui concerne la problématique des incohérences, le Tribunal fédéral parvient le plus souvent à les éviter par la méthode pluraliste (littérale, historique, systématique et téléologique). Néanmoins, de tels appels peuvent arriver lorsque le Tribunal fédéral refuse de combler une lacune – ou de corriger la portée d'un texte légal – alors qu'il considère que d'un point de vue de politique juridique, un tel comblement ou correction serait fort souhaitable⁸⁷.

7) Quelle importance donnent les juridictions suprêmes aux finalités de la politique du droit (Policy) poursuivies par le législateur (interprétation téléologique) (Aucune importance ? Une importance aux finalités de la norme seulement quand celle-ci se montre en conflit avec la formulation du texte ? Une importance aux finalités de la norme entre les limites dans lesquelles la formulation du texte le permet ? Une importance aux finalités de la norme même modifiant la formulation du texte ?)

L'interprétation fondée sur le but de la norme (*ratio legis*), dite téléologique, est l'une des plus importantes en droit suisse. On peut dire que, fondamentalement, ce mode d'interprétation est aussi important que le texte légal lui-même, à tout le moins⁸⁸ si celui-ci n'est pas « absolument clair »⁸⁹

commencent après la clôture des débats principaux (titre du chapitre 3), lesquels comprennent les différentes phases suivantes: les premières plaidoiries (art. 228 CPC), l'administration des preuves (art. 231 CPC) [...] et les plaidoiries finales (art. 232 CPC; [...]). Le terme "jusqu'aux délibérations" utilisé à l'art. 229 al. 3 CPC vise le même moment du déroulement de la procédure que l'expression "avant le début des délibérations" figurant à l'art. 313 al. 2 let. c CPC. En effet, la procédure d'appel, même si elle a généralement un développement plus restreint, comprend les mêmes phases dans la mesure où l'instance d'appel peut notamment ordonner des débats principaux (art. 316 al. 1 CPC) au cours desquels elle peut administrer des preuves (art. 316 al. 3 CPC). Du texte et de la systématique de la loi, on peut par conséquent déduire que, dans le cadre de l'application de cette norme également, les délibérations constituent une étape procédurale distincte qui ne peut débiter qu'une fois les débats principaux clos ».

⁸⁶ Pour les réformes du droit des sociétés, v. p.ex. ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, *La société anonyme suisse* (2^e éd., Zurich 2017), N 770 ss : l'une des réformes a fait l'objet d'un processus législatif qui a duré de 1956 à 1991.

⁸⁷ Avis au législateur à propos de l'inexistence, en droit suisse, d'une disposition « immunisant » globalement l'activité thérapeutique du médecin contre l'effet des brevets ; ATF 137 (2011) III 170 c. 2.2.12 (184 s.) : « *Es erscheint daher angebracht, den schweizerischen Gesetzgeber auf die entsprechende Problematik hinzuweisen. Das Fehlen einer nationalen Sonderbestimmung, nach der die Behandlungstätigkeit des Arztes generell nicht als Patentverletzung erachtet würde, kann aber nicht als Argument für eine abweichende Auslegung des Europäischen Patentübereinkommens und eine Erweiterung der Ausnahmen von der Patentierbarkeit nach den vereinheitlichten Regeln des EPÜ dienen* ».

⁸⁸ Sur cette précision, voir *infra* ad n. 93-97. Voir aussi *supra* n. 76.

⁸⁹ Pour un arrêt en matière de marques (importations parallèles), ATF 122 (1996) 469 c. 5a (474) : « *La loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme, en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé, (interprétation téléologique) ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique)* ». La même formule est régulièrement reprise (cf. p.ex., règles légales sur l'arbitrage, ATF 141 [2015] III 444 c. 2.1 [448] ; sur les normes relatives à la durée du contrat de travail, ATF 131 [2005] III 623 c. 2.4.4 [630]). Autre rappel, concernant la nécessité pour l'assureur de mentionner dans sa sommation la suspension des prestations et la faculté de résilier la couverture en cas de défaut persistant dans le paiement de la prime, à l'ATF 128 (2002) III 186 c. 2e (190).

(étant rappelé que le sens du texte légal, rédigé selon un processus très élaboré qui est de nature à aboutir généralement à une formulation limpide, est évidemment plus facile à cerner immédiatement que le but de la loi, qui doit être retrouvé notamment par l'étude des travaux parlementaires⁹⁰). L'interprétation téléologique peut être distinguée de l'interprétation historique en ceci que celle-ci identifie le but du législateur au moment où la norme est adoptée, tandis que l'interprétation téléologique permet de tenir compte également des fonctions qui reviennent à une norme longtemps après son adoption, dans un contexte qui peut être très différent (en bref : pourquoi une norme n'est pas abrogée ; pourquoi d'autres normes ne sont pas adoptées).

Pour poser que l'interprétation fondée sur le but n'est pas de rang inférieur à l'interprétation littérale, la jurisprudence expose qu'elle recourt à un « pluralisme des méthodes » ou à une « pluralité de méthodes »⁹¹ (*Methodenpluralismus*)⁹².

En doctrine⁹³, il a été exposé qu'au même titre que l'on admet l'extension de la portée du texte légal en appliquant la solution qui y est exprimée à des situations qu'il ne vise pas explicitement, parce qu'au vu de l'analogie des situations, on doit admettre que le but de la loi implique que cette solution s'y applique également, le but peut aussi exiger qu'un texte légal ne soit pas appliqué aux situations que celui-ci paraît viser mais dont il s'avère – au vu de ce but – qu'elles ne sont pas visées.

L'interprétation téléologique permet donc, en réalité, d'aller même contre le texte légal : *contra verba sed secundum rationem legis*.

Cette « réduction téléologique » du texte légal a été admise par la jurisprudence à plusieurs reprises et tout à fait explicitement : « *Au besoin, une norme dont le texte est à première vue clair se verra étendre par analogie à une situation qu'elle ne vise pas ou au contraire ne sera pas appliquée à une situation visée par une interprétation téléologique restrictive. Une interprétation de ce type constitue, selon les conceptions actuelles, un acte de création du droit par le juge et non une ingérence inadmissible dans la compétence du législateur* »⁹⁴.

⁹⁰ En soi, identifier les objectifs du législateur historique est relativement aisé, car il est possible de consulter – outre les travaux des commissions d'expert – le message du gouvernement (Conseil fédéral) et le procès-verbal des débats parlementaires, qui comprennent un rapport de la majorité de la commission préparatoire et un rapport de la minorité, ainsi que les interventions individuelles (et, bien sûr, les votes). Il n'est cependant pas toujours possible d'aboutir à une conclusion limpide, car il arrive, évidemment, que le texte soit modifié par rapport au projet gouvernemental ou, ce qui est plus complexe, que les débats parlementaires démontrent que les objectifs qui permettent certes le vote d'un texte sont en réalité partiellement divergents (le texte était un compromis regroupant différentes intentions quelque peu *contenues*).

⁹¹ Pour cette expression, ATF 127 V 484 c. 3b/bb (488).

⁹² Ainsi p.ex. ATF 138 (2012) V 23 (29) ; 137 (2011) V 1 (6) ; 136 (2010) I 297 (299).

⁹³ Cf. avant tout Ernst KRAMER, *Teleologische Reduktion - Plädoyer für einen Akt methodentheoretischer Rezeption*, in : *Rechtsanwendung in Theorie und Praxis* (Bâle 1993), p. 65 ss, spéc. 73 ss. — Sur le caractère décisif de cette contribution, voir p.ex. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14^e éd., 2015), § 5, N 35 s.

⁹⁴ Cette formulation en français (dans un arrêt rendu en matière d'assurance-chômage, ATF 127 (2001) V 484 c. 3b/bb [488] ; cf. ég. c. 3b/cc [489 : « *méthode téléologique restrictive* », appliquée en l'espèce]) reprend, en la résumant, les formulations d'arrêts civils rédigés en allemand, dont l'ATF 121 (1995) III 219, important en matière de droit des sociétés (*infra* ad n. 96 s.). Voir aussi, en matière de prescription des créances, ATF 123 (1997) III 213 (« réduction téléologique » admise en l'espèce, étant précisé que la solution matérielle de cet arrêt, soit la possibilité d'invoquer la prescription acquise en procédure de recours, est désormais dépassée par une réforme législative suspendant le cours de la prescription pendant toute la procédure, art. 138 CO).

La façon de procéder a été exposée de façon complète, en français, dans les termes suivants : « *La loi s'interprète pour elle-même, c'est-à-dire selon sa lettre, son esprit et son but, ainsi que selon les valeurs sur lesquelles elle repose, conformément à la méthode téléologique. Le juge s'appuiera sur la ratio legis, qu'il déterminera non pas d'après ses propres conceptions subjectives, mais à la lumière des intentions du législateur.*

Le but de l'interprétation est de rendre une décision juste d'un point de vue objectif, compte tenu de la structure normative, et d'aboutir à un résultat satisfaisant fondé sur la ratio legis. Ainsi, une norme dont le texte est à première vue clair peut être étendue par analogie à une situation qu'elle ne vise pas ou, au contraire, si sa teneur paraît trop large au regard de sa finalité, elle ne sera pas appliquée à une situation par interprétation téléologique restrictive [...].

Si la prise en compte d'éléments historiques n'est pas déterminante pour l'interprétation, cette dernière doit néanmoins s'appuyer en principe sur la volonté du législateur et sur les jugements de valeur qui la sous-tendent de manière reconnaissable, tant il est vrai que l'interprétation des normes légales selon leur finalité ne peut se justifier par elle-même, mais doit au contraire être déduite des intentions du législateur qu'il s'agit d'établir à l'aide des méthodes d'interprétation habituelles »⁹⁵.

Le premier arrêt qui a admis la « réduction téléologique »⁹⁶ (rendu en langue allemande) a été traduit en français de cette façon⁹⁷ :

« La loi s'interprète en premier lieu pour elle-même, c'est-à-dire -- au moyen d'une méthode téléologique -- selon sa lettre, son esprit et son but ainsi que les valeurs sur lesquelles elle repose. Il convient à cet égard de prendre pour repère la ratio legis, que le tribunal déterminera non pas d'après ses propres conceptions subjectives, mais à la lumière des intentions du législateur. L'idée d'équilibre qui préside au principe de la séparation des pouvoirs ne détermine pas seulement l'interprétation de la loi au sens usuel du terme, mais pourvoit de surcroît à ce que les méthodes habituelles d'interprétation soient appliquées dans le domaine de la création du droit par le juge, en ce sens qu'une norme dont le texte est à première vue clair se verra étendre par analogie à une situation qu'elle ne vise pas, ou au contraire ne sera pas appliquée à une telle situation en raison d'une interprétation téléologique restrictive [...]. Si la prise en compte d'éléments historiques n'est pas déterminante pour l'interprétation, cette dernière doit néanmoins s'appuyer en principe sur la volonté du législateur et sur les jugements de valeur qui la sous-tendent de manière reconnaissable, tant il est vrai que l'interprétation des normes légales selon leur finalité ne peut se justifier par elle-même, mais doit au contraire être déduite des intentions du législateur, qu'il s'agit d'établir à l'aide des éléments d'interprétation habituels [...]

Selon les conceptions actuelles, l'interprétation téléologique restrictive constitue un acte admissible de création du droit par le juge et non une ingérence inadmissible dans la compétence juridico-politique du législateur [...] Il est certes indéniable que le principe du caractère contraignant de la loi invite le juge à s'appuyer, dans sa création du droit, sur les institutions de la loi. Ce principe n'exclut cependant pas à lui seul que le juge jouisse d'une certaine liberté d'appréciation, mais définit simplement les limites légales de cette liberté. L'interprétation doit être guidée par l'idée selon laquelle la lettre de la loi n'est pas constitutive de la norme légale, seule la loi appréhendée et concrétisée à partir de cas d'espèce lui donnant sa consistance. La décision doit être juste d'un point de vue objectif, compte tenu de la structure normative, et doit aboutir à un résultat satisfaisant fondé sur la ratio legis. Dans ce cadre, le TF poursuit une politique pragmatique consistant à appliquer plusieurs mé-

⁹⁵ ATF 131 (2004) III 61 c. 2.2 (65).

⁹⁶ ATF 121 (1995) III 219 c. 1d/aa (224-226).

⁹⁷ JdT 1996 I 162 (167-170).

thodes d'interprétation et se refuse en particulier à soumettre les différents éléments d'interprétation à un ordre de priorité à caractère hiérarchique [...]

[...] il convient dès lors d'examiner en premier lieu si le sens littéral de la loi doit céder le pas à un sens juridique restrictif; l'on se demandera ensuite si le sens juridique grammatical présente une redondance ne se justifiant pas d'un point de vue téléologique et autorisant une interprétation restrictive contra verba legis. Ainsi, la notion de lacune n'est appropriée que lorsque l'interprétation téléologique restrictive du sens littéral démontre que l'ordre juridique ne peut fournir de réglementation adéquate et révèle ainsi une lacune occulte -- mais proprement dite --, qu'il s'agit de combler dans le cadre du processus de création du droit par le juge [...] Or, si l'on a bien affaire à une interprétation légale lorsque la teneur trop large d'une norme est interprétée restrictivement d'après sa finalité, il n'en va pas différemment dans l'hypothèse où, en raison d'une interprétation téléologique restrictive, une lacune occulte est mise à jour et se voit corrigée. Dans les deux cas, le résultat obtenu relève de la compétence du juge et ne constitue pas une création correctrice du droit qui serait inadmissible ».

On observera que, concrètement, la solution qui paraissait ressortir du texte légal, à savoir la faculté de déléguer largement au conseil d'administration d'une société anonyme la compétence de supprimer le droit préférentiel des actionnaires de souscrire de nouvelles actions lors d'une augmentation de capital offerte aux titulaires d'obligations convertibles et aux collaborateurs, a été déclarée inadmissible : l'interprétation téléologique a exigé de protéger davantage les actionnaires contre le risque de dilution de leur participation (en requérant que la décision de l'assemblée générale précise dans quelle mesure la souscription était offerte aux créanciers obligataires et aux collaborateurs, et expose les justes motifs de la suppression du droit de souscription préférentiel)⁹⁸.

Partie II

8) Dans la doctrine publiée récente, quel est l'espace dédié à la formulation et à l'éclaircissement des concepts ? (La construction des concepts est-elle évitée ? La doctrine se réfère-t-elle aux concepts classiques sans les discuter ? Ceux-ci sont-ils rappelés et discutés de façon critique, l'abandon étant suggéré ? Les concepts classiques sont-ils rappelés et discutés de façon critique pour être remplacés par des concepts plus appropriés ?)

8.1 De façon générale, la doctrine suisse est moins susceptible d'élaborer de nouveaux concepts que la doctrine allemande (8.2). On ajoutera que ce n'est qu'avec réticence et rarement que l'abandon de concepts classiques peut être proposée ; des évolutions peuvent occasionnellement être proposées (8.3).

⁹⁸ Pour la traduction française, JdT 1996 I 184 c. 5 pr. (« Le système légal pris au pied de la lettre apparaissant à plusieurs égards comme peu pratique [...], le Tribunal de commerce, en mettant à juste titre l'accent sur la ratio legis, plaide pour une interprétation qui soit favorable à la société. Ce nonobstant, il tient la décision attaquée pour nulle, essentiellement aux motifs que les cercles des bénéficiaires des droits de conversion ou d'option n'ont pas été définis de manière suffisamment différenciée, que l'assemblée générale a délégué au conseil d'administration la décision portant sur la suppression du droit préférentiel de souscription ») et 5b : (« cette conception reviendrait dans le résultat à une renonciation globale au droit préférentiel de souscription, ce qui n'est pas conciliable avec la loi, même interprétée de façon large. La suppression du droit préférentiel de souscription doit dès lors pouvoir être justifiée dans tous les cas par un intérêt prépondérant de la société »). Sur la problématique, cf. ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER, La société anonyme suisse (2^e éd., Zurich 2017), N 224 et 251.

8.2 La doctrine helvétique se perçoit volontiers comme étant pragmatique et orientée vers des solutions pratiques. Elle ne s'illusionne pas sur les mérites des différenciations théoriques (d'où peuvent fleurir les concepts nouveaux) et paraît craindre les excès dans les différenciations (*Überdifferenzierung*).

L'une des explications peut ressortir au contexte linguistique de la Suisse. La langue allemande permet de créer sans peine des substantifs composés pour habiller un concept nouveau⁹⁹. Mais si un tel concept n'a pas une substance claire, il se heurtera à l'écueil de la traduction en français et en italien. L'impossibilité de le traduire trahira le flou de la réflexion sous-jacente et donc la défectuosité du concept (« *ce qui se conçoit bien s'énonce clairement* »). Ou l'expression équivalente en français ou en italien permettra, par sa limpidité et son évidence, de saisir qu'il ne s'agit pas véritablement d'un nouveau concept, mais simplement d'une explication.

8.3 Même si la doctrine a des réticences à remettre en cause les concepts classiques, cela peut se produire dans les problématiques où les concepts classiques paraissent peiner à apporter des solutions prévisibles et matériellement satisfaisantes.

Ainsi, la problématique des contrats de droit privé contrevenant au droit public est, dans une approche classique, résolue par la nullité absolue des contrats (en vertu de laquelle le contrat est censé n'avoir déployé aucun effet). Toutefois, la jurisprudence, sans abandonner le concept classique, a depuis près de 100 ans nuancé cette sanction en indiquant qu'elle ne devait intervenir que si le sens et le but (*Sinn und Zweck*) de l'interdiction violée exigeait cette sanction¹⁰⁰; il en résulte, concrètement, une très grande imprévisibilité¹⁰¹. Des auteurs ont proposé un concept de « nullité flexible » (*flexible Nichtigkeitsfolge*) pour que l'effet ne soit pas toujours absolu¹⁰². Un autre auteur a proposé le concept de « nullité utile » (*verbotsdurchsetzende Nichtigkeit*), n'anéantissant que les effets du contrat qui peuvent induire une violation de l'interdiction (p.ex. prétentions en exécution de la prestation illicite) ou entraver la restauration d'un état de fait conforme à l'interdiction¹⁰³.

Une autre innovation conceptuelle a consisté dans la « responsabilité fondée sur la confiance » (*Vertrauenshaftung*), censée combler les lacunes laissées par la notion d'engagements contractuels (notamment fondés sur le principe dit de la confiance, *Vertrauensprinzip*), la responsabilité

⁹⁹ Cf. p.ex. SCHMID, *Beobachter* 26.11.2008, *Juristendeutsch – Was soll das bedeuten ?*

¹⁰⁰ ATF 34 (1908) II 681 c. 3 (686); 43 (1917) II 293 c. 2 (298); 45 (1919) II 548 c. 4 (551).

¹⁰¹ Ainsi p.ex. GUGGENHEIM, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé* (Paris 1970), p. 174 (« le critère retenu par le Tribunal fédéral ne permet pas, dans la plupart des cas, d'arriver à une conclusion sûre »); OFTINGER, *RDS* 1938 p. 549a (« *das [...] Kriterium [erlaubt] nur in den seltensten Fällen einen zwingenden Schluss. Den meist ist es eben fraglich, ob Sinn und Zweck des Gesetzes die Nichtigkeit erfordern* ») et 774a (« *Die [...] erörterten Erlasse zeigen gelegentlich drastisch, wie das Kriterium unbehelflich ist* »); SCHMID, *Die Einseitigkeit des gesetzlichen Verbots und der Vertrag* (1988), p. 7 (« *kraftlose Sinn- und Zweck-Formel* »); GIGER, *Rechtsfolgen normen- und sittenwidriger Verträge* (1989), p. 21 (« *widersprüchliche und allzu fallbezogene Gerichtspraxis* »).

¹⁰² HUGUENIN, *Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel* (Berne 1984).

¹⁰³ ROUILLER, *Der widerrechtliche Vertrag* (Berne 2002), p. 460 ss. Dans ce sens, ACOCELLA, *Nichtigkeitsbegriff und Konzept einer einheitlichen vertragsrechtlichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge*, *RJS* 2003 494 ss; REYMOND, *CR ad art. 13 LCart* (2^e éd., Bâle 2012), N 34; MARTENET, *La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence*, *Cedidac* 77 (2008), p. 126, n. 242; POSTIZZI, *Contratto e reato penale – Irradiazioni penalistiche sull'invalidità contrattuale*, *RPS* 2009 p. 127 ss (149 s., ad n. 114).

précontractuelle (découlant d'une *culpa in contrahendo*) et la responsabilité délictuelle. Ce concept, inspiré du droit allemand¹⁰⁴, a été proposé par quelques auteurs¹⁰⁵ et activement défendue par un membre éminent de la cour du Tribunal fédéral chargée de l'application du droit civil¹⁰⁶. Elle a été retenue par plusieurs arrêts qui ont eu un grand retentissement¹⁰⁷ et ont inspiré de très nombreux plaideurs. Dans l'ensemble cependant, la doctrine s'est montrée plutôt prudente, voire réticente, à l'égard de ce nouveau concept¹⁰⁸. La jurisprudence a posé de si nombreuses cautions à cette responsabilité qu'elle ne trouve pour ainsi dire plus de cas d'application véritables¹⁰⁹. On peut réellement se demander si ce nouveau concept, pour bâtir un nouveau type de responsabilité, était une création heureuse. Il semble avoir induit le risque de perdre de vue les cas-limite où des engagements de nature contractuelle peuvent encore être reconnus en vertu du principe de la confiance¹¹⁰ (consentement dit normatif, notamment les lettres de patronage de sociétés mères ou les nombreux autres engagements de soutien propres à faire penser de bonne foi au partenaire d'affaires qu'une société mère ou un actionnaire unique interviendra pour assurer l'exécution des dettes d'une société fille). Quoi qu'il en soit, vu sa portée désormais limitée, il semble que cette *Vertrauenshaftung* ne donne lieu à aucune responsabilité qui n'aurait pas pu être considérée comme délictuelle (c'est-à-dire comme résultant d'un délit civil)¹¹¹. Plutôt qu'un nouveau concept, il aurait semblé préférable de reconnaître que la violation de la bonne foi (soit tromper une attente légitimement créée par un comportement précis) peut représenter un acte illicite de nature à engendrer une responsabilité délictuelle¹¹² (en plus des cas désormais classiques de *culpa in contrahendo*). C'est surtout en tant qu'il a donné l'impression de créer un nouveau type de responsabilité que le concept est critiquable. En tant qu'appellation permettant de *regrouper des cas* de responsabilité délictuelle où c'est la violation – particulièrement forte – de la bonne foi qui constitue un délit civil et génère donc la responsabilité, le terme peut s'avérer tout à fait utile.

¹⁰⁴ CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Munich 1971, spéc. 206 ss.

¹⁰⁵ Sur les premières étapes de la réception en Suisse, KRAMER, *BJM* 1995 1 ss, spéc. 7 ss, combattant l'usage de ce concept là où la problématique relève de la conclusion du contrat (selon le *principe* de la confiance). — Les auteurs cités par les premiers arrêts qui admettent la responsabilité fondée sur la confiance (*Vertrauenshaftung*), soit notamment KELLER (KELLER/GABI, *Das Schweizerische Schuldrecht*, tome II [2^e éd. Bâle 1988], p. 39 ss; KELLER, *Ist eine Treu und Glauben verletzende Schädigung widerrechtlich?* in *recht* 1987, p. 136 ss) et REY (*Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung*, in *Festschrift Keller* [Zurich 1989], p. 231 ss) paraissaient simplement souhaiter que certaines violations de la bonne foi donnent lieu à une responsabilité, sans que cela ne nécessite la création d'un nouveau concept (rejoignant l'approche suivie *infra* ad n. 112).

¹⁰⁶ WALTER, *Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages*, *RJB* 1996 p. 291 s.

¹⁰⁷ Ainsi ATF 120 (1994) III 331 (Swissair) puis ATF 121 (1995) III 350 (Fédération suisse de lutte amateur).

¹⁰⁸ Outre KRAMER (*supra* n. 99), cf. p.ex. MORIN, *La responsabilité fondée sur la confiance: étude critique des fondements d'une innovation controversée* (Bâle 2002).

¹⁰⁹ Cf. p.ex. ROUILLER, *Tiers et contrat* (Rapport suisse), in : *Les tiers* (Journées panaméennes de l'Association Capitant, Paris 2016), II/D/2, p. 226 ss, ad n. 34-41. Cf. TF 2.4.2012, 4A_747/2011, c. 2.7, selon lequel les conditions d'application de cette responsabilité fondée sur la confiance sont « *particulièrement strictes* » ; voir ég. ATF 142 (2016) III 84 c. 3.3 (88).

¹¹⁰ Le danger de vider le concept de contrat de sa substance a toutefois été perçu à temps (ATF 133 [2007] III 449 c. 4.1 [451-452 : « *Die Anerkennung der Vertrauenshaftung darf nicht dazu führen, dass das Rechtsinstitut des Vertrags ausgehöhlt wird* ») ; et déjà ATF 130 [2004] III 345 ; cela est dit ég. in ATF 142 III 84 c. 3.3 [88].

¹¹¹ Qui plus est, il a été retenu que le régime de cette responsabilité est celui de la responsabilité extracontractuelle (ATF 134 [2008] III 390 c. 4, spéc. 4.3.3 [398]).

¹¹² C'est, selon notre analyse, ce que préconisaient les premiers auteurs qui soutenaient que la confiance violée puisse donner lieu à une responsabilité, la violation de la bonne foi devant être considérée comme un acte illicite (cf. *supra* n. 105).

9) Attention consacrée aux valeurs constitutionnelles dans la doctrine publiée récente ? (Aucune ? Occasionnelle, selon l'objet précis de leur enquête ? Grande attention ?)

En droit suisse, l'approche qui a été décrite en ce qui concerne la jurisprudence civile est très proche de celle que suit la doctrine civile quant à l'attention accordée aux règles et valeurs constitutionnelles. La jurisprudence cite abondamment les auteurs ; la doctrine, évidemment, cite abondamment la jurisprudence, et le mode de réflexion est très proche.

Cela étant, la doctrine peut naturellement se permettre – et, pour convaincre, se doit – d'être beaucoup plus disserte et extensive dans la justification des solutions qu'elle ne peut que proposer. De plus, la doctrine peut accorder davantage d'attention à la *cohérence approfondie* de l'ordre juridique et donc tenter de percevoir la portée que les règles et valeurs constitutionnelles doivent avoir sur le plan du droit civil. Ainsi, sur le plan de la nullité des contrats comme sanction de l'illicéité, il a été proposé en doctrine de moduler les effets d'anéantissement attachés à la nullité en fonction du principe constitutionnel de proportionnalité¹¹³.

La doctrine peut aussi accorder de l'attention à ce que l'on nomme « *l'effet horizontal* » des droits constitutionnels, c'est-à-dire l'obligation d'un particulier de respecter les droits constitutionnels d'un autre particulier (*Drittwirkung*), alors que ces droits sont à l'origine conçus comme n'étant opposables qu'à l'Etat. Il faut toutefois observer que, si cela a d'abord été proposé par la doctrine, un tel effet horizontal a été ensuite reconnu par la jurisprudence¹¹⁴ et même par la constitution¹¹⁵. Sur ce plan, la discussion doctrinale ne présente donc plus de particularité de méthode par rapport au débat judiciaire et à l'ordre juridique en général.

¹¹³ Cf. *supra* ad n. 26 s.

¹¹⁴ Par ex. ATF 132 (2006) III 122 c. 4.5 : « le juge, qui est appelé à examiner la licéité d'un moyen de combat en droit collectif du travail, doit prendre en compte cette garantie constitutionnelle. Pour qu'un moyen de combat soit licite, il doit se rapporter aux relations de travail, être conforme à l'obligation de paix relative du travail, être appuyé par une organisation de travailleurs et respecter le principe de la proportionnalité [...]. Sous l'angle de ce principe, s'il est disproportionné de mettre en œuvre des moyens de combat faisant usage de la violence ou portant atteinte aux biens de l'entreprise, il est licite d'organiser des piquets de grève pour autant qu'ils n'usent pas de la force ». ATF 137 (2011) III 59 : « égalité entre enfants de parents divorcés. Lors de la fixation de la contribution d'entretien au sens de l'art. 285 CC, le débiteur d'aliments qui s'est remarié ne peut invoquer le respect que de son propre minimum vital et non de celui de sa seconde famille dans son ensemble. Détermination de ce minimum d'existence dans le respect de l'égalité de traitement de tous les enfants bénéficiaires de l'entretien. Répartition d'un éventuel déficit entre tous les enfants concernés du débiteur de l'entretien » (résumé).

¹¹⁵ Art. 35 al. 3 Cst : « Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ». Le législateur a fait de même en adoptant le droit des cartels (comme le reconnaît explicitement, p.ex., l'ATF 132 (2006) III 389 c. 3.1 : « *Pour assurer la garantie horizontale de la liberté économique, la Constitution suisse a donné mandat à la Confédération de légiférer afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence (art. 31bis al. 3 let. d aCst. devenu l'art. 96 al. 1 Cst.). En exécution de ce mandat, le législateur fédéral a adopté, le 6 octobre 1995, la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [...]. Ainsi que le précise son article premier, cette loi, en cherchant à remédier à de pareilles conséquences, vise à promouvoir la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral* ».

10) Dans la doctrine publiée récente, quelle est l'attention dédiée aux effets économiques et sociaux des règles du droit civil ? (Aucune ? Occasionnelle, en fonction de l'argument spécifique traité ? Beaucoup d'attention ?)

Beaucoup d'auteurs évoqueront volontiers les effets attendus ou observés de l'application ou de l'interprétation d'une norme sur le plan économique ou social, s'ils proposent ou combattent une telle application ou interprétation. Toutefois, il nous semble que la conscience est assez répandue parmi les auteurs que l'on dispose de peu d'outils de nature scientifique, notamment sociologique, pour mesurer réellement ces effets économiques et sociaux. Il s'agit, assez souvent, d'intuitions ou d'attentes subjectives. Lorsqu'il ne dispose pas d'outils sociologiques ou économétriques, le juriste est plus convaincant, dans la solution qu'il propose, lorsqu'il décrit ce qui lui apparaît juste sur la base d'un raisonnement fondé sur des valeurs et sur l'analyse des intérêts directement aux prises les uns aux autres dans une problématique précise.

Certaines lois de droit privé sont cependant explicitement orientées sur des effets économiques à combattre ou favoriser. Ainsi la loi sur la concurrence déloyale (LCD) vise-t-elle expressément à ce que règne une concurrence non faussée (art. 1 LCD) par les comportements trompeurs (art. 2 LCD). L'effet sur la concurrence doit donc être examiné lorsque l'on interprète les différentes dispositions de cette loi. La loi sur les cartels est encore plus nettement orientée sur les effets économiques puisqu'elle proclame vouloir « empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral » (art. 1 LCart). Il faut donc identifier ce qui est nuisible économiquement ou socialement et déterminer si l'application ou l'interprétation d'une règle a des effets économiques et sociaux (qui combattent ce qui est nuisible). Toutefois, sauf cas particuliers où les effets peuvent être perçus, les moyens manquent pour faire une analyse qui soit réellement approfondie et convaincante.

La doctrine de propriété intellectuelle part volontiers du postulat qu'une interprétation qui protège davantage l'inventeur ou le titulaire de droits sur l'invention (en matière de brevets), l'auteur ou l'éditeur (en matière de droit d'auteur) ou l'entreprise qui a été la première à développer un signe distinctif (en droit des marques) favorisera l'innovation et la création. Toutefois, on conserve en Suisse le souvenir d'une analyse extrêmement nuancée faite pour le Congrès des Etats-Unis sur le système des brevets pour aboutir à la conclusion qu'il ne serait probablement pas raisonnable de le créer s'il n'existait pas, mais qu'étant donné qu'il existe, il ne serait probablement pas raisonnable de le supprimer¹¹⁶. Les effets économiques des institutions juridiques sont décidément difficiles à anticiper de façon précise.

En matière contractuelle, lorsqu'il s'agit de déterminer si une partie peut se libérer d'un contrat suite à un changement inattendu de circonstances qui déséquilibre profondément le contrat en défaveur d'une partie (imprévision, *clausula rebus sic stantibus*), on invoque non seulement les aspects strictement interindividuels, qui relèvent du sentiment de justice, mais aussi l'effet perturbateur sur le

¹¹⁶ Ainsi la conclusion du rapport de Fritz MACHLUP de 1958 (« *If we did not have a patent system, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge of its economic consequences, to recommend instituting one. But since we have had a patent system for a long time, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge, to recommend abolishing it* » (cité in ROUILLER, Contrat et immatériel en Suisse, in L'immatériel [Journées espagnoles de l'Association Capitant, Bruxelles 2015], p. 624, n. 172).

système économique que l'atteinte à la force obligatoire des contrats pourrait avoir s'il était possible de se libérer des engagements au motif que les circonstances ont changé et induit que le contrat (dont l'exécution était attendue comme bénéfique) est désormais désavantageux. Il s'agit cependant d'une réflexion générale, difficilement contestable, mais qui ne peut guère être décisive si ce n'est pour inviter à la prudence pour déterminer que seul des déséquilibres inattendus et très amples entrent en considération pour être susceptibles de justifier une adaptation du contrat. Cette réflexion générale économique conduit aussi la doctrine à proposer de n'admettre une adaptation que si la partie désavantagée par le changement de circonstances n'a pas assumé le risque d'un tel changement (même si nul ne s'y attendait concrètement).

On précisera encore que le processus législatif donne une large place aux effets économiques des normes dont l'adoption est proposée. Selon la Loi sur la consultation (et l'Ordonnance sur la consultation), une procédure de consultation est ouverte à la participation de pratiquement tous les groupes intéressés afin de permettre « *de déterminer si un projet de la Confédération est matériellement correct, exécutable et susceptible d'être bien accepté* » (art. 2 al. 2 LCo). Ainsi, dans ce cadre, les effets économiques et sociaux sont immanquablement discutés et, le plus souvent, une certaine analyse est retenue¹¹⁷. Un auteur souhaitant insister sur l'application sans restrictions de la norme adoptée invoquera les effets économiques et sociaux attendus tels qu'identifiés dans la procédure de consultation, s'ils sont positifs ; s'ils sont négatifs, cette identification pourra être invoquée pour préconiser de s'en tenir à une application restrictive de la règle. Enfin, un auteur pourra critiquer la description des effets économiques et sociaux retenue dans la procédure de consultation (parce que cette description n'est pas convaincante ou qu'elle est devenue obsolète en raison d'une évolution sociale ou technique) pour mettre en exergue que la norme adoptée repose sur un fondement matériellement vicié (ou dépassé) et qu'elle doit dès lors être appliquée restrictivement.

Enfin, on observera que la doctrine doit s'attacher aux effets économiques et sociaux des solutions dans le droit de la famille, puisqu'il s'agit de décider en fonction du bien de l'enfant (sur un plan économique et social). Cependant, là aussi, au-delà de ce que préconisera dans un cas concret une expertise, il n'est pas évident de saisir les effets économiques et sociaux en l'absence d'instruments sociologiques précis que puissent utiliser les juristes.

11) Dans la doctrine publiée récente, quelle est le rôle assigné aux règles déontologiques comme la bonne foi ?

En droit suisse, comme exposé à la question 1, la bonne foi est bien plus qu'une règle déontologique : elle est l'un des principes cardinaux du droit civil, et de tout l'ordre juridique, mis en exergue aux articles 2 et 3 du Code civil depuis 1907 et aux articles 5 et 9 de la Constitution depuis 1999. On peut dire sans exagérer que chaque relation juridique est examinée sous le prisme de la bonne foi. Dans le droit des contrats (y compris le droit de la représentation), l'interaction de

¹¹⁷ Les Messages du Conseil fédéral (gouvernement) aux Chambres fédérales (parlement) mentionnent systématiquement un examen des effets économiques, qui est obligatoire sur le plan budgétaire. Le Contrôle fédéral des finances (une division du Département fédéral des finances) a publié en février 2017 une étude intitulée « *Prévisions dans les messages du Conseil fédéral – Evaluation des analyses prospectives de l'impact des projets législatifs* ». Elle évoque, avec esprit critique, « *Des pronostics peu fiables et des réflexions pas suffisamment abouties* » (p. 3 ; cf. ég. p. 53, 67, 72 s.).

l'autonomie de la volonté et de la bonne foi représentent en fin de compte l'essentiel des règles juridiques. La bonne foi se présente sous différentes facettes : l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), mais aussi l'exigence que chacun fasse preuve de l'attention commandée par les circonstances (art. 3 al. 2 CC). Ainsi, d'une part, celui qui entend abuser d'un droit n'est pas protégé. Mais d'autre part, si un sujet de droit n'a pas fait preuve de l'attention exigible d'une personne raisonnable placée dans la même situation, on ne pourra considérer qu'il ignorait des circonstances perceptibles pour une personne attentive.

12) Dans la doctrine publiée récente, quelle est la place dédiée aux sources autres que nationales? (Une certaine place, consacrée aux seules sources institutionnelles européennes? Accent mis sur les sources autres que nationales? Importance reconnue aux principes transnationaux sélectionnés comme le principe de proportionnalité, de subsidiarité, de justice – fairness?)

La place accordée au droit comparé est très importante, aussi bien avant la codification du droit privé au tournant des XIX^e et XX^e siècle que depuis lors. Les sources étrangères (lois, jugement, doctrine) sont examinées même dans des études qui ne se présentent nullement comme des travaux de droit comparé.