



Procédure de consultation  
FER No 29-2016

Personne responsable:  
Mme Olivia Guyot-Unger

Date de réponse:  
29 décembre 2016

## Modification du code des obligations – droit du mandat

### I. Droit actuel et remarques générales

L'article 404 du Code des obligations (CO) stipule ce qui suit :

1. *Le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps.*
2. *Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause.*

Ainsi le droit de résilier le mandat peut être exercé en tout temps, n'est soumis à aucune condition. Cela signifie que le contrat peut prendre fin avec effet immédiat et sans nécessité, pour la partie qui le résilie, d'invoquer un motif particulier.

Selon le Tribunal fédéral, le droit de résilier le contrat en tout temps est de nature **impérative**, c'est-à-dire qu'il ne peut donc être ni supprimé ni restreint par des clauses contractuelles. Selon notre haute Cour, il est insensé de vouloir maintenir un contrat si le **rapport de confiance** entre les parties a été rompu.<sup>1</sup>

A l'instar de la plupart des contrats nommés en droit suisse, c'est donc le principe de **liberté contractuelle** qui prévaut. Ce principe est tempéré par l'obligation, pour celle des parties qui résilie en temps inopportun, d'indemniser l'autre du dommage causé ainsi. Cette indemnisation ne couvre en revanche pas le gain manqué.

L'actuelle jurisprudence du Tribunal fédéral relative au caractère absolument impératif de l'article 404 CO pose un certain nombre de problèmes pratiques. Notre haute Cour déduit en effet de ce caractère impératif que l'éventuelle indemnisation en cas de résiliation en temps inopportun doit nécessairement intervenir de manière restrictive. Cette approche est cependant critiquée par la majeure partie de la doctrine récente.<sup>2</sup>

### II. Le projet du Conseil fédéral

La proposition du Conseil fédéral donne suite à Barthassat 11.3909 « *Adapter le droit du mandat et l'article 404 CO au XXI<sup>e</sup> siècle.* »

Le projet de modification du Code des obligations vise ainsi à **supprimer le caractère impératif** de l'article 404 CO et à ajouter un nouvel article 404a CO qui permettrait aux parties de supprimer ou révoquer leur droit de résilier le mandat en tout temps. Toutefois, cette possibilité serait frappée de nullité si elle figurait dans des conditions générales.

---

<sup>1</sup> Cf. notamment ATF 115 II 466 et ss.

<sup>2</sup> Cf. références citées aux notes de bas de page n°24 et ss. du *Rapport explicatif* de septembre 2016

Notre fédération reconnaît que les dispositions relatives au mandat revêtent, dans leur application, un caractère obsolète au vu des réalités économiques et juridiques de notre siècle.

Toutefois, les modifications législatives proposées nous apparaissent inadéquates pour répondre à l'objectif visé tout en portant atteinte au rapport particulier de confiance qui par essence lie les mandants aux mandataires.

Dans cette optique, **la FER s'oppose à la suppression du caractère impératif de la possibilité de résilier le mandat en tout temps**, c'est-à-dire dès que le rapport de confiance entre les parties à ce contrat est rompu.

En revanche, dans le respect du principe de liberté contractuelle et pour répondre aux impératifs de l'économie de marché moderne, les parties au contrat de mandat devraient pouvoir, en cas de résiliation du mandat, prévoir des sanctions plus librement que ne le permet la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, très restrictive en la matière.

Notre fédération propose, à titre exemplatif, les mesures suivantes :

- 1) Possibilité pour les parties au contrat de mandat de définir elles-mêmes, aux termes du contrat, ce qu'elles considèrent comme une résiliation « en temps inopportun » ;
- 2) Possibilité pour ces mêmes parties de prévoir à l'avance une clause pénale (peine conventionnelle) en cas de résiliation ;
- 3) Possibilité pour les parties au mandat de prévoir l'indemnisation du gain manqué suite à la résiliation du mandat, en prévoyant également et d'avance la méthode de calcul pour celui-ci.

### **III. Conclusion**

Notre Fédération s'oppose à la modification du droit du mandat proposée par le Conseil fédéral dans la mesure où la suppression, par principe, du caractère absolument impératif de la possibilité, pour les parties, de résilier le mandat en tout temps, porterait atteinte à l'indispensable rapport de confiance qui doit exister entre mandant et mandataire.

Cette modification limiterait de manière excessive le principe de liberté contractuelle tel que garanti par la Constitution fédérale d'une part et, d'autre part et plus généralement, le principe fondamental d'économie de marché, valeur sur la base de laquelle tant les entreprises que les particuliers ont construit leurs relations.