



17.067

**Rapport  
demandant le classement de la motion Barthassat 11.3909  
«Adapter le droit du mandat et l’art. 404 CO  
au XXI<sup>e</sup> siècle»**

du 25 octobre 2017

---

Messieurs les Présidents,  
Mesdames, Messieurs,

Par le présent rapport, nous vous proposons de classer l’intervention parlementaire suivante:

2012 M 11.3909 Adapter le droit du mandat et l’art. 404 CO  
au XXI<sup>e</sup> siècle  
(N 23.12.2011, Barthassat; E 27.09.2012)

Nous vous prions d’agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs, l’assurance de notre haute considération.

25 octobre 2017

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris Leuthard  
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

# Rapport

## 1 Contexte

La motion Barthassat 11.3909 «Adapter le droit du mandat et l'art. 404 CO au XXI<sup>e</sup> siècle», déposée le 29 septembre 2011 et acceptée par le Conseil national et le Conseil des Etats respectivement les 23 décembre 2011 et 27 septembre 2012, charge le Conseil fédéral de «présenter au Parlement un projet de révision de l'art. 404 du code des obligations afin d'adapter celui-ci aux réalités économiques et juridiques modernes. Cette révision devra permettre aux parties de conclure de véritables contrats de mandat de durée.»

Un avant-projet a été mis en consultation par le Conseil fédéral du 16 septembre au 31 décembre 2016<sup>1</sup>. Conservant l'art. 404 du code des obligations (CO)<sup>2</sup> dans sa forme actuelle, il le complétait par un art. 404a qui, d'une part, autorisait la suppression ou la limitation du droit de révoquer ou de répudier le contrat (al. 1) et, d'autre part, interdisait que cette clause dérogatoire soit prévue dans des conditions générales (al. 2).

Les avis émis lors de la consultation sont très contrastés. 22 cantons et trois partis politiques, mais seulement quatre organisations, soutiennent l'avant-projet du Conseil fédéral dans son ensemble ou du moins dans ses grandes lignes<sup>3</sup>; 13 organisations, deux cantons et un parti s'opposent tant à l'idée même d'une révision qu'aux modalités proposées<sup>4</sup>. Enfin, un canton, un parti politique et plusieurs organisations et particuliers jugent certes a priori nécessaire de modifier le droit en vigueur mais critiquent les options concrétisées par l'avant-projet<sup>5</sup>.

## 2 Appréciation politique

À considérer l'ensemble des avis exprimés, il apparaît clairement que la nécessité de réviser l'art. 404 CO est mise en cause fondamentalement et par les milieux les plus divers.

Il est frappant de constater, par exemple, que plusieurs grandes associations économiques, directement concernées par l'avant-projet, estiment inutile de modifier la loi (bauenschweiz, GastroSuisse, le Hauseigentümerversand Schweiz, l'Association suisse de l'économie immobilière, Swissmem; quant à l'USAM, elle ne s'est prononcée ni pour ni contre l'avant-projet). Ces associations jugent que la disposition proposée affaiblirait les relations contractuelles, qui donnent aujourd'hui toute satisfaction, et qu'il n'y a pas lieu, au vu des expériences faites, de s'écarter du droit actuel. Il ressort des réponses reçues que le droit en vigueur ne cause pas de pro-

<sup>1</sup> Le dossier mis en consultation est disponible à l'adresse [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2016.

<sup>2</sup> RS 220

<sup>3</sup> Synthèse des résultats de la consultation, ch. 4.1.

<sup>4</sup> Synthèse des résultats de la consultation, ch. 4.2.

<sup>5</sup> Synthèse des résultats de la consultation, ch. 4.3.

blème majeur aux milieux économiques. Au contraire, la possibilité dont dispose chaque partie de résilier en tout temps le contrat est bien ancrée dans la pratique et correspond visiblement aux besoins de nombreux acteurs économiques. Ce droit de pouvoir prendre ses distances par rapport au mandat est considéré comme un élément important de la réglementation, qui mérite d'être conservé. La position critique qu'adopte une grande partie de la doctrine vis-à-vis de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>6</sup> n'est pas partagée par la pratique.

Les syndicats (Union syndicale suisse, Travail.Suisse) et les organisations de protection des consommateurs (Fédération romande des consommateurs, Schweizerische Stiftung für Konsumentenschutz) ont eux aussi un avis négatif très tranché sur l'avant-projet et notamment sur la suppression de la nature impérative de la disposition: le droit de révocation renforce souvent à leurs yeux la position de la partie faible au contrat en lui permettant de se dégager de manière relativement simple d'une relation à long terme dont elle ne veut plus. Selon la prise de position des syndicats, le dispositif proposé par le Conseil fédéral favoriserait l'apparition de «faux indépendants» auxquels ni le droit du travail, ni le droit des assurances sociales ne s'appliqueraient et qui ne pourraient plus mettre librement un terme au contrat.

Il faut aussi considérer qu'au-delà de la nécessité même d'une révision, les modalités de la traduction concrète de la motion 11.3909 sont également loin de faire l'unanimité: plusieurs participants à la consultation veulent exclure de manière générale du domaine d'application de la nouvelle disposition les contrats conclus avec des consommateurs (Dettes Conseils Suisse, Commission fédérale de la consommation), tandis que d'autres demandent que soit abandonnée l'interdiction de faire figurer les clauses dérogatoires dans les conditions générales, telle qu'elle est prévue à l'art. 404a, al. 2, AP-CO (economiesuisse). Ces positions sont inconciliables, ce qui là encore laisse présager de grandes difficultés à parvenir à un consensus.

Enfin, il faut souligner que le texte actuel de la disposition ne contient rien qui permette d'affirmer son caractère impératif. La situation juridique actuelle résulte en réalité d'une jurisprudence ancienne du Tribunal fédéral. Aussi celui-ci a-t-il toute latitude pour moduler celle dernière s'il le juge nécessaire, et il doit conserver cette liberté.

On voit donc que la nécessité de modifier l'art. 404 CO n'est pas démontrée. Quoiqu'une partie des organismes consultés soient favorables à l'avant-projet, il paraît très difficile de dégager une solution susceptible de réunir une majorité, d'autant que de nombreux intervenants contestent la nécessité même d'une révision. Conformément à la maxime de Montesquieu qui affirme que «quand il n'est pas nécessaire de faire une loi, il est nécessaire de ne pas en faire», il apparaît souhaitable que le législateur s'abstienne de réviser l'art. 404 CO. Compte tenu que la loi en vigueur est muette quant à la nature impérative de cet article, le Tribunal

<sup>6</sup> Voir le rapport explicatif accompagnant l'avant-projet de septembre 2016, ch. 1.5.1, disponible à l'adresse [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2016.

fédéral doit rester libre d'infléchir sa jurisprudence s'il devait un jour se révéler nécessaire de ne plus considérer l'art. 404 CO comme de droit impératif.

### **3 Proposition**

Eu égard aux considérations précitées, le Conseil fédéral propose de classer la motion 11.3909.