

L'application du droit privé suisse reprenant de manière autonome des directives communautaires

708



LAURENT BIERI,
docteur en droit, avocat,
Neuchâtel/Fribourg

Plan:

- I. Introduction
- II. Les limites imposées par la "méthodologie interne"
- III. Les notions de "doute" et d'interprétation "conforme" au droit communautaire
- IV. L'extension des principes à d'autres situations
- V. Conclusion

I. Introduction

Afin d'harmoniser certaines parties du droit privé suisse avec le droit de l'Union européenne (ci-après "droit communautaire"), l'Assemblée fédérale a repris de manière autonome plusieurs directives communautaires¹. Elle a notamment adopté la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, la Loi fédérale sur le voyage à forfait, la Loi fédérale sur le crédit à la consommation, ainsi que plusieurs dispositions du Code des obligations (art. 40a ss; art. 333 ss; art. 335d ss)².

Dans un arrêt de principe du 25 mars 2003, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la manière d'interpréter les textes de droit privé suisse reprenant de manière autonome des directives communautaires (ci-après "textes adaptés")³. Après avoir rappelé que le droit communautaire "ne déploie aucun effet direct et contraignant sur le droit suisse"⁴, le Tribunal fédéral a précisé ceci:

"Le droit interne adapté doit, en cas de doute, être interprété conformément au droit [communautaire]⁵. Il s'agit d'un droit harmonisé et unifié dans son résultat, à l'instar du droit des traités internationaux. Certes, il ne s'agit pas d'un droit unifié prenant la forme d'un droit unique. Mais lorsque l'ordre juridique suisse est adapté à un droit étranger – en l'espèce le droit [communau-

taire] –, on ne doit pas uniquement viser une harmonisation dans l'adoption des règles, mais également dans leur interprétation et dans leur application, dans la mesure où la méthodologie appliquée dans l'ordre juridique interne permet un tel rapprochement. [...] Le rapprochement dans l'application du droit ne doit pas uniquement s'orienter sur la base du droit [communautaire] en vigueur au moment où le législateur a adapté le droit interne. Il faut bien plus tenir compte de l'évolution de l'ordre juridique avec lequel une harmonisation est souhaitée."⁶

Je remercie le professeur PAUL-HENRI STEINAUER de ses judicieuses remarques et suggestions. Je remercie également Me EMMANUEL PIAGET, docteur en droit, de ses précieux commentaires.

- 1 Pour un aperçu des directives communautaires importantes pour le droit privé suisse, voir en particulier MARC AMSTUTZ/PASCAL PICHONNAZ/THOMAS PROBST/Franz WERRO, *Droit privé européen, Directives choisies*, Berne/Athènes 2005.
- 2 Voir THOMAS PROBST, *La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: un nouveau défi pour la pratique juridique en droit privé suisse*, RJN 2004, p. 20 sv., qui donne les références aux directives reprises.
- 3 ATF 129/2003 III 335 = JdT 2003 II 75 (interprétation de l'art. 333 CO). Cet arrêt a été confirmé ultérieurement: voir ATF 130/2004 III 182/190 (interprétation de la loi sur les voyages à forfait) et ATF 132/2006 III 32/37 (interprétation de l'art. 333 CO). Voir aussi l'ATF 133/2007 III 81, dans lequel le Tribunal fédéral évoque l'importance du droit communautaire pour interpréter la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, sans toutefois approfondir la question, et sans se référer à sa jurisprudence antérieure. Des arrêts du Tribunal fédéral antérieurs à l'arrêt de principe de 2003 ont pris position sur cette problématique, mais de manière moins développée (sur ces arrêts, voir en particulier PROBST [note 2], 22 ss). Des arrêts cantonaux antérieurs à l'arrêt de principe de 2003 ont également pris en considération le droit communautaire pour interpréter le droit privé suisse, voir notamment l'arrêt de la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal neuchâtelois du 27 août 2001 (RJN 2001, 100/103, avec une note critique de THOMAS PROBST) et l'arrêt de la Chambre d'appel des Prud'hommes du canton de Genève du 20 décembre 1999 (JAR 2001, 261/263 sv.).
- 4 ATF 129/2003 III 335/350 = JdT 2003 II 75/90 (texte original en allemand, citation d'après la traduction contenue au JdT). Voir également PROBST (note 2), 33, qui relève que la Suisse n'a aucune obligation relevant du droit international public de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice lors de l'interprétation des textes adaptés.
- 5 Le Tribunal fédéral utilise l'expression "droit européen" ("Europarechtskonforme Auslegung"). Il est toutefois préférable de se référer au droit "communautaire", afin notamment d'éviter toute confusion avec le droit du Conseil de l'Europe (PROBST [note 2], 38 sv.).
- 6 ATF 129/2003 III 335/350 = JdT 2003 II 75/90 (texte original en allemand, citation d'après la traduction contenue au JdT).

Trois principes ressortent de cet arrêt. Premièrement, *l'interprétation d'un texte adapté doit se faire selon les règles ordinaires du droit suisse* ("dans la mesure où la méthodologie appliquée dans l'ordre juridique interne permet un tel rapprochement")⁷. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer *a priori* si l'on a affaire à un texte adapté ou à un texte non adapté afin d'en déterminer le sens⁸. La précision peut à première vue sembler superflue, mais certains auteurs avaient envisagé, avant que le Tribunal fédéral ne se prononce sur la question, de ne pas utiliser les règles d'interprétation usuelles pour interpréter les textes adaptés, afin d'assurer une meilleure harmonisation du droit suisse avec le droit communautaire⁹.

Deuxièmement, *l'interprétation d'un texte adapté doit viser une harmonisation avec le droit communautaire* ("on ne doit pas uniquement viser une harmonisation dans l'adoption des règles, mais également dans leur interprétation et dans leur application")¹⁰. Cet effort d'harmonisation est justifié par la mise en oeuvre de la méthode d'interprétation usuelle du droit suisse; c'est en prenant en considération les quatre éléments de l'interprétation (texte, histoire, système, et but) que l'interprète doit établir la volonté du législateur d'harmoniser le droit suisse avec le droit communautaire. Pour interpréter un texte adapté, il est donc nécessaire de déterminer le sens de la directive reprise¹¹. La tâche est délicate car elle suppose une connaissance de la méthodologie juridique utilisée dans l'ordre juridique communautaire¹². Elle est certes facilitée si la Cour de justice des communautés européennes s'est prononcée sur la question litigieuse; il faut alors quand même s'assurer que les conditions d'un changement de jurisprudence ne sont pas remplies¹³.

Troisièmement, il ne faut pas uniquement rechercher une harmonisation avec le droit communautaire en vigueur au moment de l'adoption du droit suisse; il faut au contraire *tenir compte de l'évolution de l'ordre juridique communautaire* ("Il faut bien plus tenir compte de l'évolution de l'ordre juridique avec lequel une harmonisation est souhaitée"). Dans l'arrêt de principe du 25 mars 2003, le Tribunal

lois contiennent un chapitre consacré à la compatibilité de la législation proposée avec le droit communautaire (voir art. 141 de la Loi sur le Parlement). Ensuite, la reprise autonome du droit communautaire peut avoir une influence (matérielle) sur des dispositions qui ne sont pas (formellement) modifiées. Par exemple, les dispositions sur le transfert des rapports de travail en cas de transfert d'entreprise (art. 333 ss CO) ont été harmonisées avec le droit communautaire. Mais le litige qui a donné lieu à l'arrêt de principe mentionné dans le texte portait sur le sens à donner au troisième alinéa l'article 333 CO. Or, cet alinéa n'a pas été modifié lors de la révision de 1993 visant à harmoniser les dispositions du droit suisse sur le transfert des rapports de travail avec le droit communautaire, ce que note d'ailleurs le Tribunal fédéral (ATF 129/2003 III 335/341 = JdT 2003 II 75/81). Voir également PROBST (note 2), 38.

- 9 Voir notamment ROLAND BÜHLER, *Definition des Produktfehlers im Produkthaftpflichtgesetz (PrHG)*, 1431, qui estime qu'il ne faut pas utiliser la méthode d'interprétation usuelle pour interpréter la notion de défaut d'un produit au sens de l'art. 4 de la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, mais au contraire faire une interprétation "autonome". Comme le relève justement MARC AMSTUTZ, *Interpretatio Multiplex, Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335*, in HEINRICH HONSELL et autres (édit.), *Festschrift Kramer, Bâle/Genève/Munich 2004*, 86, si la voie proposée par BÜHLER était suivie, elle aboutirait à une scission de la méthodologie suisse, certaines règles d'interprétation étant applicables pour les textes purement nationaux, d'autres règles pour les textes adaptés. Voir aussi WOLFGANG WIEGAND, *Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht*, *Festschrift zum 60. Geburtstag von Roger Zäch, Zurich 1999*, 187 ss, qui envisage de modifier les règles d'interprétation classiques afin de permettre une interprétation conforme au droit communautaire des textes adaptés; il conclut toutefois qu'une telle modification n'est en principe pas nécessaire, car ces règles offrent en général suffisamment de flexibilité pour permettre une interprétation conforme au droit communautaire.
- 10 Les directives communautaires s'adressent aux Etats membres, qui doivent adopter les mesures appropriées pour atteindre les objectifs qu'elles fixent. A moins d'une volonté contraire exprimée par le législateur suisse, il faut admettre que seule une harmonisation avec la directive est recherchée, non une harmonisation avec la transposition opérée par les Etats membres. Il est d'ailleurs possible que les Etats membres transposent une directive de manières différentes, ce qui rend une harmonisation impossible. Les solutions adoptées par les Etats membres font toutefois partie du droit comparé et peuvent à ce titre servir de moyens auxiliaires de l'interprétation des textes adaptés.
- 11 Dans ce sens WOLFGANG WIEGAND/MARCEL BRÜHLART, *Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht der Europäischen Gemeinschaft*, Berne 1999, 29.
- 12 Sur l'interprétation des directives communautaires, voir notamment MARCUS LUTTER, *Die Auslegung angeglichenen Rechts*, JZ 1992, 598 ss; STAUDER (note 7), 80 ss; WIEGAND (note 9), 178 ss; WIEGAND/BRÜHLART (note 11), 21 ss. Sur le comblement des lacunes des directives communautaires, voir en particulier PETER FRIEDRICH BULTMANN, *Rechtsfortbildung von EG-Richtlinienrecht*, JZ 2004, 1100 ss, et les références citées.
- 13 Sur les changements de jurisprudence en droit communautaire, voir notamment L. NEVILLE BROWN/TOM KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, Londres 2000, 368 ss.

7 Voir en outre PROBST (note 2), 33: "La pertinence de la jurisprudence communautaire pour les [textes adaptés] se détermine [...] par l'interprétation de la loi conformément aux règles méthodologiques classiques"; BERND STAUDER, *L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats de consommation en Suisse*, in FRANZ WERRO/THOMAS PROBST (édit.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Berne 2004, 102: "c'est en interprétant le texte suisse avec les méthodes d'interprétation du droit suisse que le juge suisse devrait déterminer si et dans quelle mesure le législateur suisse a voulu que le texte en question soit compatible avec le droit communautaire".

8 La distinction entre textes adaptés et non adaptés est d'ailleurs délicate. D'abord, l'influence du droit communautaire se fait aujourd'hui sentir sur la plupart des textes adoptés par le législateur suisse. C'est pourquoi, depuis plusieurs années, tous les messages du Conseil fédéral qui accompagnent des projets de

fédéral a d'ailleurs pris en considération une directive communautaire adoptée après le texte adapté à interpréter¹⁴. La justification de cette règle doit également être recherchée dans l'application de la méthode usuelle d'interprétation du droit suisse, dont doit ressortir par hypothèse une volonté d'harmonisation avec le droit communautaire au moment de l'application du texte adapté et non au moment de son adoption.

L'arrêt de principe du 25 mars 2003 a eu le grand mérite de clarifier la méthode à suivre pour interpréter les textes adaptés. Il conduit néanmoins à s'interroger sur la portée des réserves exprimées par le Tribunal fédéral quant aux limites imposées par la "méthodologie appliquée dans l'ordre juridique interne" au rapprochement du droit suisse avec le droit communautaire (*infra* II) et quant à la nécessité d'un "doute" pour pouvoir interpréter le droit suisse "conformément" au droit communautaire (*infra* III). Il appelle également certaines remarques quant à la possibilité d'étendre les principes qu'il énonce à d'autres situations (*infra* IV).

II. Les limites imposées par la "méthodologie interne"

L'application de la méthode usuelle pour interpréter un texte adapté a pour conséquence que le sens donné à ce texte ne sera pas forcément toujours identique à celui de la directive pertinente. Selon cette méthode, le juge doit en effet donner à ces textes le sens correspondant à la volonté du législateur telle qu'elle est perçue par un destinataire de bonne foi qui prend en considération les quatre éléments de l'interprétation (texte, histoire, système, et but)¹⁵. *Le juge ne doit donc pas tenir compte uniquement de la volonté d'harmonisation avec le droit communautaire, mais de tous les enseignements livrés par les quatre éléments de l'interprétation*¹⁶.

A. Le juge doit en premier lieu analyser attentivement le texte adapté. Il est possible que les enseignements tirés de ce texte l'amènent à penser que le sens de celui-ci est identique à celui du droit communautaire¹⁷. Mais il n'est pas exclu que le texte montre au contraire que le législateur voulait lui donner un sens différent¹⁸. Par exemple, dans l'arrêt de principe de 2003, le Tribunal fédéral a constaté que l'élément littéral allait dans un sens différent de celui prévalant dans l'ordre juridique communautaire (ce qui ne l'a pas empêché de donner au texte adapté un sens conforme au droit communautaire après avoir considéré les autres éléments de l'interprétation)¹⁹. Le juge doit aussi avoir à l'esprit qu'il ne peut donner à un texte adapté un sens qui ne trouve aucun écho dans la formulation que lui a donnée le législateur²⁰. Procéder différemment porterait en effet atteinte à la

Die Anwendung autonom nachvollzogener Normen des EU-Rechts, in Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zurich/Bâle/Genève 2005, 41 sv., le Tribunal fédéral n'aurait pas dû prendre en considération la directive de 2001, car le fait que le législateur suisse n'a pas réagi suite à l'entrée en vigueur de cette nouvelle directive montre que celui-ci ne voulait pas une harmonisation avec la nouvelle directive (NYFFELER estime toutefois que la nouvelle directive aurait pu être prise en considération au titre de droit comparé). Le Tribunal fédéral a au contraire considéré (implicitement) que l'inaction du législateur suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle directive devait être comprise comme une confirmation que le sens de cette nouvelle directive correspond au sens à donner à l'art. 333 CO.

- 15 Voir notamment HENRI DESCHENAUX, Le Titre préliminaire du Code civil, in *Traité de droit privé suisse*, T. II/I, Fribourg 1969, 75 ss; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Berne 2003, n. 1 ss ad art. 1; ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, Berne/Munich/Vienne 2005, 47 ss; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Art. 1, in *Einleitung, Artikel 1–10 ZGB*, Berner Kommentar, Berne 1962, n. 1 ss.
- 16 Il ressort clairement de l'arrêt de principe de 2003 que la volonté d'harmonisation avec le droit communautaire n'est qu'un des éléments qui ont conduit le Tribunal fédéral à adopter la solution retenue.
- 17 Il n'existe à ce jour apparemment aucun texte adapté qui contient une référence expresse à la volonté d'harmonisation avec le droit communautaire mais rien n'exclut qu'une telle volonté soit mentionnée à l'avenir (NYFFELER [note 14], 54, propose que la volonté d'harmonisation avec le droit communautaire soit à l'avenir mentionnée dans les textes adaptés; PROBST [note 2], note 79, suggère d'indiquer dans des notes de bas de page quelles sont les directives reprises).
- 18 ATF 129/2003 III 335/349 = JdT 2003 II 75/89. De telles situations risquent surtout de se produire dans les cas où la directive reprise a été modifiée ou abrogée depuis l'adoption du texte adapté, puisque le texte adapté et le texte de la directive pertinente (si on admet que le juge suisse doit prendre en considération la nouvelle directive, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans l'arrêt de principe de 2003; voir en outre ci-dessus note 14) risquent alors de diverger fortement.
- 19 ATF 129/2003 III 335/349 = JdT 2003 II 75/89.
- 20 Dans le même sens DESCHENAUX (note 15), 76; KRAMER (note 15), 47 ss; ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, thèse d'habilitation, Zurich 1951, 42 ("Der Wortlaut hat danach eine doppelte Aufgabe: Er ist Ausgangspunkt für die richterliche Sinnesermittlung und steckt zugleich die Grenzen seiner Auslegungstätigkeit ab"), qui s'est exprimé de manière plus réservée ultérieurement (voir MEIER-HAYOZ [note 15], n. 136 ad art. 1); THOMAS PROBST, *Die Grenze des möglichen Wortsinns: methodologische Fiktion oder hermeneutische Realität?*, in Festschrift für Ernst A. Kramer, Bâle/Genève/Munich, 249 ss. D'un avis contraire PHILIPP GELZER, *Plädoyer für ein objektiv-historisches Verständnis des Gesetzes, recht 2005*, 42; HAUSHEER/JAUN (note 15), n. 81 ad art. 1 ("Vor dem Hintergrund von Art. 1 Abs. 1 ZGB, wonach 'Wortlaut' und 'Auslegung' bei der Anwendung einer Gesetzesvorschrift gleichermaßen zu beachten sind, wird in der Schweizer Literatur traditionellerweise von der Annahme einer Wortsinnngrenze abgesehen"). L'écho peut être implicite. Le juge ne doit en effet pas se cantonner à une interprétation restrictive des textes adaptés; ce serait contraire à l'injonction affirmée avec force à l'art. 1 al. 1 CC de tenir compte non seulement de la lettre mais

14 ATF 129/2003 III 335/350 ss = JdT 2003 II 75/90 sv. Le Tribunal fédéral constate que le but de la révision de l'art. 333 CO en 1993 était d'adapter le droit suisse à une directive du 14 février 1977 (modifiée en 1998), mais tient néanmoins compte d'une directive du 25 mars 2001. Selon FRANZ NYFFELER,

confiance que le destinataire de la norme peut placer dans le législateur et les tribunaux; ce serait contraire au principe de la bonne foi ancré à l'art. 5 al. 3 de la Constitution fédérale²¹. Si le sens donné à la directive pertinente ne trouve aucune expression dans le texte adapté, le juge suisse ne peut donc pas attribuer à celui-ci un sens identique à celui de la directive.

B. L'application d'un texte adapté à un état de fait est l'application de tout le *système* juridique à cet état de fait²². Les textes adaptés ne doivent donc pas être analysés isolément, mais comme partie d'un tout. Le juge doit tenir compte de l'ensemble du droit suisse pour déterminer la volonté du législateur²³. Par exemple, pour déterminer si la perte d'agrément des vacances doit être reconnue comme un dommage réparable en vertu de la Loi fédérale sur les voyages à forfait (ci-après "LVF"), le juge ne doit pas seulement tenir compte du fait que la directive reprise dans cette loi fédérale admet l'indemnisation d'un tel dommage²⁴. Il doit aussi considérer que l'indemnisation de ce type de dommage n'est pas reconnue dans le reste du droit privé suisse²⁵, ce qui est un argument contre la reconnaissance de l'indemnisation d'un tel dommage²⁶.

Il convient également de noter que l'élément systématique impose de tenir compte du droit suisse en vigueur au moment de l'application d'un texte adapté, et non uniquement du droit suisse en vigueur au moment de son adoption²⁷. Le juge doit donc tenir compte de l'évolution législative et de l'influence que celle-ci a pu avoir sur le texte adapté²⁸. Il sera particulièrement attentif aux réactions du législateur suisse suite à d'éventuelles décisions judiciaires interprétant le texte adapté et suite à d'éventuels changements législatifs ou jurisprudentiels intervenus dans l'ordre juridique communautaire²⁹; il se demandera alors ce qu'il peut inférer de l'action ou de l'inaction du législateur³⁰.

aussi de l'esprit de la loi (voir MEIER-HAYOZ [note 15], n. 177 ad art. 1; PAUL-HENRI STEINAUER, La bonne foi en droit privé et en droit public, in Studi in onore di Marco Borghi, Diritto senza devianza, Bâle/Genève/Munich 2006, 786 sv.).

21 Dans ce sens STEINAUER (note 20), 786 ss. Il n'est en revanche pas interdit au juge de compléter le texte, s'il est lacunaire, de le corriger, s'il est manifestement insatisfaisant, ou d'en écarter l'application dans un cas particulier, en cas d'abus de droit. Mais il ne s'agit alors plus d'interprétation. Sur l'influence du droit communautaire dans ces situations, voir ci-dessous section IV.

22 DESCHENAUX (note 15), 85; MEIER-HAYOZ (note 15), n. 188 ad art. 1. L'ordre public suisse, c'est-à-dire les valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse (voir PIERRE TERCIER, Le droit des obligations, Genève/Zurich/Bâle 2004, n. 475), fait partie de l'ordre juridique suisse et doit par conséquent être pris en considération pour interpréter les textes adaptés. Sur la relation entre l'interprétation des textes adaptés et l'ordre public, voir en outre PROBST (note 2), 39; FRANZ WERRO, La péremption dans la loi sur la responsabilité du fait des produits, Droit de la consommation, Liber amicorum Bernd Stauder, Baden-Baden 2006, 571. L'ordre public étranger peut éventuellement aussi être pris en considération lors de l'application d'un texte adapté. Voir notamment ATF 80/1954 II 49 = JdT 1954 I581 et FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER/SIMON OTHE-

NIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 3^e éd., Berne 2005, n. 389 ss.

23 L'élément systématique de l'interprétation repose sur l'idée d'unité et de cohérence de l'ordre juridique suisse. Comme l'ordre juridique communautaire est un ordre juridique distinct de l'ordre juridique suisse, cet élément ne justifie pas de prendre en considération *directement* le droit communautaire lors de l'interprétation des textes adaptés. En revanche, l'élément systématique peut avoir pour conséquence indirecte que l'interprétation d'un texte doit tenir compte du droit communautaire en raison d'un autre texte du droit suisse (pour un exemple, voir ci-dessous note 26). On peut se demander si un texte qui est influencé par le droit communautaire uniquement indirectement est un texte adapté ou un texte non adapté. Selon la perspective défendue ici, la question est toutefois sans intérêt pratique et peut donc rester ouverte. EMMANUEL PIAGET, L'influence de la jurisprudence communautaire sur l'interprétation des lois suisses relatives à la propriété intellectuelle: argument contraignant ou simple aide à l'interprétation?, SIC! 2006, 731, PROBST (note 2), 35, et JÖRG SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zurich 2001, n. 143, semblent estimer que l'élément systématique justifie une prise en considération *directe* du droit communautaire.

24 Cour de justice des Communautés européennes, 12 mars 2002, aff. C-168/00, *Simone Leitner/TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, Rec. 2002 I 2631. Pour un examen des conséquences de cet arrêt pour la suisse, voir notamment Christine CHAPPUIS, Cour de Justice des Communautés Européenne: un arrêt significatif pour la notion suisse de dommage?, SJ 2002 II, 389 ss; PROBST (note 2), 40 sv.; STAUDER (note 7), 97 ss; FRANZ WERRO, Contrat de voyage à forfait et ... vacances gâchées! Y a-t-il un lien entre l'indemnité due et le contrat, in Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2004, 695 ss.

25 Selon le reste du droit privé, la perte d'agrément résultant de vacances gâchées est considérée comme un tort moral, qui n'est indemnisé que si l'atteinte est suffisamment grave. Voir notamment WERRO (note 24), 699 sv. et les références citées.

26 Certains auteurs ont suggéré d'utiliser l'élément systématique en sens inverse; partant de l'idée qu'il fallait admettre l'indemnisation de la perte d'agrément des vacances selon la LVF, ils en tirent argument en faveur d'une reconnaissance de l'indemnisation de la perte d'agrément des vacances dans les domaines qui ne sont pas régis par la LVF (voir PROBST [note 2], 40 sv., et WERRO [note 24], 707 sv.).

27 Voir ATF 125/1999 II 192/202; ATF 122/1996 I 222/224; KRAMER (note 15), 150; MEIER-HAYOZ (note 15), n. 218 ad art. 1. Voir aussi AHARON BARAK, Purposive Interpretation, Princeton 2005, 353, qui ne s'exprime toutefois pas spécifiquement au sujet de l'interprétation du droit suisse.

28 Voir ATF 125/1999 II 192/202; ATF 122/1996 I 222/224; KRAMER (note 15), 150; MEIER-HAYOZ (note 15), n. 218 ad art. 1. Voir aussi WILLIAM N. ESKRIDGE, Dynamic Statutory Interpretation, Cambridge/Londres 2004, 54; CASS SUNSTEIN, Interpreting Statutes in the Regulatory State, Harvard Law Review 103/1989, 495, qui ne s'expriment toutefois pas spécifiquement au sujet de l'interprétation du droit suisse.

29 Voir par exemple l'arrêt de principe de 2003, dans lequel le Tribunal fédéral a implicitement considéré que l'absence de réaction du législateur suisse suite à l'adoption d'une nouvelle directive communautaire ne devait pas être compris comme un refus d'harmonisation avec la nouvelle directive (voir en outre ci-dessus note 14).

C. Pour déterminer la volonté du législateur, *l'histoire* du texte est également importante. Lorsqu'il consulte les travaux préparatoires, le juge va par hypothèse trouver des informations qui mettent en évidence la volonté d'harmonisation avec le droit communautaire. Mais il se peut qu'il trouve aussi d'autres éléments entrant en conflit avec cette volonté. Dans ce cas, le juge doit non seulement tenir compte de la volonté d'harmonisation avec le droit communautaire mais aussi des autres enseignements qui ressortent de l'histoire du texte. Il doit également avoir à l'esprit que les travaux préparatoires peuvent montrer que, même si l'adoption d'une loi fédérale avait pour objectif principal d'harmoniser le droit suisse avec le droit communautaire, le législateur peut avoir voulu, sur un point particulier, s'écarter de la solution prévalant en droit communautaire³¹. Ainsi, bien que l'adoption de la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits visait principalement à transposer une directive communautaire en droit suisse, les travaux préparatoires indiquent clairement que sur un point précis – la possibilité pour le juge de réduire le montant des dommages-intérêts pour tenir compte du fait que la réparation du préjudice exposerait le responsable "à la gêne" – le législateur a volontairement refusé de suivre la voie communautaire³².

D. Le juge doit enfin considérer tous *les buts* poursuivis par le législateurs lors de l'adoption du texte adapté. Même si l'adoption d'un texte adapté a par hypothèse pour objectif d'harmoniser le droit suisse avec le droit communautaire, cela ne signifie pas que le législateur n'avait pas d'autres objectifs. Par exemple, dans l'arrêt de principe de 2003, le Tribunal fédéral note que le but de la révision de l'art. 333 CO était d'adapter cet article au droit communautaire³³; mais il précise également qu'outre "celle de protéger le travailleur de l'insolvabilité du nouvel employeur, on peut entrevoir une autre fonction de la responsabilité solidaire de l'acquéreur d'une entreprise au sens de l'art. 333 al. 3 CO, à savoir celle d'empêcher que l'ancien employeur ne s'enrichisse en aliénant l'entreprise pour un prix qui ne prendrait pas en compte les créances de salaire pendantes"³⁴. Rien n'exclut qu'un conflit apparaisse entre les différents buts poursuivis. Dans ce cas, le juge doit non seulement tenir compte du but d'harmonisation avec le droit communautaire, mais aussi des autres buts poursuivis afin de retenir la solution qui correspond le mieux à la volonté du législateur.

E. Ayant pris en considération les quatre éléments de l'interprétation, le juge peut se trouver dans deux situations. Il est d'abord possible que tous les enseignements convergent pour donner au texte adapté le même sens. Dans ce cas, le juge peut s'arrêter là. La démarche interprétative a permis de mettre en évidence le sens du texte adapté³⁵. Vu qu'on a affaire à un texte adapté, les enseignements ne peuvent par hypothèse pas tous converger pour donner un sens différent de celui prévalant dans l'ordre juridique communautaire; le sens retenu sera donc le même que celui de la directive.

Il peut cependant aussi arriver que les enseignements tirés des quatre éléments de l'interprétation livrent des enseignements divergents. Dans ce cas, le juge doit poursui-

vre la réflexion en pondérant les résultats obtenus afin de déterminer le véritable sens de la règle³⁶. Il s'agit là d'une étape importante de la méthode usuelle, même si certaines expressions du Tribunal fédéral ont pu laisser croire qu'elle n'avait pas lieu d'être. Depuis une vingtaine d'années, le Tribunal fédéral qualifie en effet sa méthode d'interprétation de "pluralisme méthodologique pragmatique"³⁷, ce qui peut

30 Sur l'interprétation des inactions du législateur, voir en particulier ESKRIDGE (note 28), 241 ss.

31 Dans ce sens FRANZ WERRO/THOMAS PROBST, La jurisprudence de la CJCE en matière de droit privé et son influence sur la pratique du droit suisse, Annuaire suisse de droit européen 2005/2006, Berne 2006, 456.

32 Voir en particulier le Message I du Conseil fédéral relatif à l'adaptation du droit suisse au droit de l'EEE (FF 1992 V 423) et l'intervention de GILLES PETITPIERRE au Conseil des Etats (BO CE 1993, 248). Sur la solution retenue en droit suisse, voir notamment WALTER FELLMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3^e éd., Bâles/Genève/Munich 2003, n. 3 ad Art. 11 PrHG, et les références citées. Sur la solution retenue en droit communautaire, voir notamment le Message I du Conseil fédéral relatif à l'adaptation du droit suisse au droit de l'EEE (FF 1992 V 423); ANDRES CHRISTEN, Produkthaftung nach der EG-Produkthaftungsrichtlinie im Vergleich zur Produkthaftung nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1992, 249; WALTER FELLMANN (note 32), n. 3 ad Art. 11 PrHG; WALTER FELLMANN/GABRIELLE VON BÜREN-VON MOOS, Grundriss der Produkthaftungspflicht, Berne 1993, n. 26; SUSANNE HILL-ARNING/WILLIAM C. HOFFMAN, Produkthaftung in Europa, Heidelberg 1995, 166.

33 ATF 129/2003 III 335/350 = JdT 2003 II 75/89 sv.

34 ATF 129/2003 III 335/343 = JdT 2003 II 75/83 (texte original en allemand, citation d'après la traduction contenue au JdT).

35 En principe, le juge doit alors appliquer le texte adapté conformément à ce sens, sous trois réserves. D'abord, il ne peut modifier une (éventuelle) jurisprudence que s'il peut invoquer de sérieuses raisons (sur les conditions d'un changement de jurisprudence, voir notamment ATF 125/1999 III 312/321; ATF 122/1996 I 57/59; ATF 114/1988 II 131/138 sv.; HAUSHEER/JAUN [note 15], n. 56 ss et les références citées). Ensuite, en cas de conflit entre un texte adapté et une règle de droit international liant la Suisse, il faut en principe donner la priorité au droit international (voir notamment à ce sujet ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6^e éd., Zurich 2005, n. 1917 ss; PASCAL MAHON, in JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zurich/Bâle/Genève 2003, n. 17 ss ad art. 5). Enfin, en cas de conflit entre un texte adapté (par hypothèse une loi fédérale) et une règle constitutionnelle adoptée après le texte adapté, et suffisamment précise pour être appliquée directement, il faut donner la priorité à la règle constitutionnelle (voir MAHON [note 35], n. 15 ad art. 190).

36 Sur la pondération des éléments de l'interprétation, voir notamment MEIER-HAYOZ (note 15), n. 181 sv. ad art. 1, et HENRI TORRIONE, Le poids des arguments, in Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève, 2004, 288 ss.

37 Voir notamment ATF 132/2006 III 707/711; ATF 131/2005 III 623/630; ATF 131/2005 III 314/315 sv.; ATF 131/2005 III

donner l'impression que, dès que les éléments de l'interprétation ne livrent pas des résultats convergents, le juge est libre d'adopter la solution qu'il considère la plus adéquate³⁸. Cette expression signifie cependant seulement que la pondération des éléments de l'interprétation n'est pas régie par des critères stricts (il n'y a par exemple pas priorité d'un élément par rapport aux autres); le juge doit quand même rechercher la volonté du législateur³⁹. L'expression du Tribunal fédéral signifie uniquement qu'il lui appartient alors d'évaluer dans chaque cas la pertinence des différents enseignements fournis par les éléments de l'interprétation pour déterminer cette volonté⁴⁰. Dans cette perspective, il serait plus clair de parler de "libre appréciation des éléments de l'interprétation" plutôt que de "pluralisme méthodologique pragmatique"⁴¹.

*Si le juge parvient à déterminer la volonté du législateur, il doit donner au texte adapté le sens correspondant à cette volonté, que ce sens corresponde ou non au sens donné à la directive reprise dans l'ordre juridique communautaire*⁴². Lorsque les enseignements livrés par les éléments de l'interprétation livrent des résultats divergents, le juge ne doit donc pas utiliser toute la marge de manœuvre qui lui reste pour arriver au résultat prévalant dans l'ordre juridique communautaire mais doit au contraire rechercher la volonté du législateur⁴³.

Restent les cas où, même après avoir pondéré soigneusement les quatre éléments de l'interprétation, le juge n'est pas en mesure d'établir la volonté du législateur. Deux hypothèses peuvent alors se présenter. Premièrement, seule l'une des interprétations possibles est conforme au droit supérieur (droit constitutionnel et droit international)⁴⁴. *Le juge doit alors donner au texte adapté le sens conforme au droit supérieur. Peu importe que ce sens soit conforme ou contraire au sens prévalant dans l'ordre juridique communautaire*.

Deuxièmement, le droit supérieur ne permet pas de trancher entre les différentes interprétations possibles du texte adapté (tout en permettant peut-être de restreindre le nombre de solutions admissibles). *Le juge doit alors se laisser guider par son propre système de valeur et choisir parmi les solutions qui n'ont pas pu être exclues à ce stade celle*

38 Dans ce sens GELZER (note 20). Certains auteurs semblent d'ailleurs avoir compris ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral. Voir notamment PICHONNAZ/VOGENAUER (note 37), 424.

39 Voir notamment ATF 128/2002 I 34 /41 et ATF 121/1995 III 219/224, où le Tribunal fédéral souligne que le juge ne doit pas faire prévaloir sa volonté sur celle du législateur. Voir aussi GELZER (note 20), 45, et les références citées. Voir en outre GIOVANNI BIAGGINI, "Ratio Legis" und richterliche Rechtsfortbildung, in Die Bedeutung der "Ratio Legis", Bâle/Genève/Munich 2001, 57: "Die primäre Aufgabe des Richters in der Demokratie ist es, die Arbeit des Gesetzgebers loyal zu Ende führen [...]".

40 La situation est similaire à celle existant en matière d'appréciation des preuves (la similarité entre les deux situations n'est pas fortuite; elle résulte du fait que les éléments de l'interprétation sont des "preuves" de la volonté du législateur). Le droit suisse ne connaît en principe plus le système des preuves légales (voir Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile [CPC] du 28 juin 2006, FF 2006 6924). Sauf exception, le juge est donc libre d'apprécier les différentes preuves administrées. Mais cela ne signifie pas que le juge est libre d'arriver au résultat qu'il souhaite; cela veut dire qu'on lui fait confiance pour juger de la pertinence des différentes preuves afin d'établir les faits. Pour un parallèle entre l'appréciation des preuves et la pondération des éléments de l'interprétation, voir aussi TORRIONE (note 36), 288.

41 En plus d'éviter l'emploi du terme "pragmatique", qui peut suggérer que le Tribunal fédéral choisit d'accorder plus ou moins de poids à certains éléments de l'interprétation en fonction du résultat qu'il souhaite atteindre, cela aurait aussi l'avantage de mettre en évidence qu'il n'y a pas plusieurs méthodes d'interprétation, mais une seule, qui se fonde sur plusieurs éléments (ou points d'appui) (voir aussi GELZER [note 20], 45; HANS MICHAEL RIEMER Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–10 ZGB): eine Einführung, 2^e éd., Berne 2003, § 4 n. 27, qui soulignent qu'il n'y a pas plusieurs méthodes d'interprétation mais plusieurs éléments de l'interprétation).

42 En principe, le juge doit alors appliquer le texte adapté conformément à ce sens. Il faut toutefois réserver les cas où cela représenterait un changement de jurisprudence injustifié, et ceux où une disposition de niveau supérieur qui a un sens différent prime le texte adapté (voir ci-dessus note 35).

43 Pour AMSTUTZ (note 9), 87, en ne précisant pas le poids de l'objectif d'harmonisation par rapport aux autres éléments de l'interprétation, on crée des difficultés dans les situations où les autres éléments de l'interprétation éloignent d'une interprétation conforme au droit communautaire, ce qui fait perdre de la force de conviction à toute la méthode (AMSTUTZ relève justement que le problème n'est pas propre à l'interprétation des textes adaptés, mais se pose pour tous les textes, chaque fois que les différents éléments de l'interprétation ne conduisent pas tous au même résultat).

44 Le droit communautaire repris de manière autonome ne fait pas partie du droit supérieur; il fait partie d'un autre ordre juridique. Sur l'interprétation conforme au droit supérieur, voir notamment ATF 130/2004 II 65/71 (interprétation conforme au droit constitutionnel); ATF 125/1999 II 417/424 (interprétation conforme au droit international); HÄFELIN/HALLER (note 35), n. 148 ss; HAUSHEER/JAUN (note 15), n. 175 ss; KRAMER (note 15), 89 ss; MAHON (note 35), n. 15 ad art. 190; SCHMID (note 23), n. 143.

33/35 = JdT 2005 I 255/257; ATF 130/2004 III 76/82. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral qualifiait sa méthode de "pluralisme méthodologique" (voir ATF 116/1990 Ia 359/367; ATF 114/1988 V 219/220; ATF 110/1984 Ib 1/8 = JdT 1985 I 483/490). Voir en outre KRAMER (note 15), 109 ss; PETER FORSTMOSER, Einführung in das Recht, 3^e éd., Berne 2003, § 19 n. 126 ss; HANS PETER WALTER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999, 157 ss; GELZER (note 20), 45; PASCAL PICHONNAZ/STEFAN VOGENAUER, Le "pluralisme pragmatique" du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode? (réflexions sur l'ATF 123 III 292), PJA 1999, 417 ss.

qu'il considère comme la plus juste⁴⁵. Cette solution peut correspondre à la solution retenue dans l'ordre juridique communautaire, mais elle peut aussi être différente.

F. En résumé, le juge doit interpréter les textes adaptés selon les règles ordinaires du droit suisse. Dans trois cas, ces règles peuvent le conduire à donner au texte adapté un sens qui diffère de celui donné à la directive reprise. D'abord, lorsqu'il ressort de la pondération des quatre éléments de l'interprétation que le législateur voulait donner au texte adapté un sens différent de celui de la directive. Ensuite, lorsque le juge n'est pas en mesure de déterminer la volonté du législateur mais que le droit supérieur le contraint à donner au texte adapté un sens différent de celui de la directive. Enfin, lorsque le juge n'est pas en mesure de déterminer la volonté du législateur, que le droit supérieur ne le contraint pas à donner au texte adapté un sens différent de celui de la directive, mais que le juge considère néanmoins que la solution juste n'est pas celle qui est retenue en droit communautaire.

III. Les notions de "doute" et d'interprétation "conforme" au droit communautaire

Selon l'arrêt de principe précité, un texte adapté doit, "en cas de doute, être interprété conformément" au droit communautaire. La formule rappelle celle que le Tribunal fédéral utilise pour décrire l'interprétation des lois fédérales conformément au droit supérieur (droit constitutionnel et droit international)⁴⁶. Les deux situations doivent toutefois être soigneusement distinguées.

L'interprétation conforme au droit supérieur intervient si, après avoir soigneusement pondéré les quatre éléments de l'interprétation, le juge a encore un doute quant à la volonté du législateur. Elle signifie qu'il doit alors s'efforcer de donner la préférence à l'interprétation qui est compatible avec le droit supérieur⁴⁷. L'interprétation "conforme au droit communautaire" ne suppose en revanche pas l'existence d'un doute quant à la volonté du législateur; elle intervient, comme expliqué ci-dessus, à un stade antérieur de la démarche interprétative: lors de la tentative de détermination de cette volonté. L'interprétation "conforme au droit communautaire" et l'interprétation conforme au droit supérieur peuvent d'ailleurs intervenir lors de l'interprétation d'une même disposition, mais à des étapes différentes du raisonnement.

La formulation utilisée dans l'arrêt de principe du 25 mars 2003 est donc malheureuse car elle entraîne un risque de confusion entre deux démarches distinctes⁴⁸. C'est d'ailleurs apparemment aussi l'avis du Tribunal fédéral lui-même puisque, dans un arrêt du 5 août 2005, il a, sans signaler un changement de jurisprudence et en se référant à l'arrêt de principe du 25 mars 2003, renoncé à évoquer tant la notion "d'interprétation conforme au droit communautaire" que la nécessité de l'existence d'un "doute". Il s'est simplement

contenté d'affirmer qu'il fallait "prendre en considération" le droit communautaire pour interpréter un texte adapté⁴⁹.

Les références faites dans l'arrêt de principe de 2003 à la nécessité de l'existence d'un doute et à la notion d'interprétation conforme semblent donc uniquement refléter une formulation inadéquate qui a été corrigée ultérieurement⁵⁰. Quoiqu'il en soit, il est préférable de parler d'interprétation "prenant en considération" le droit communautaire, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans l'arrêt de 2005, plutôt que d'interprétation qui doit, en cas de doute, être conforme au droit communautaire. Il faut également renoncer à essayer de donner un sens à la notion de doute exprimée dans l'arrêt de principe de 2003.

IV. L'extension des principes à d'autres situations

L'interprétation d'un texte adapté peut conduire à la mise en évidence d'une lacune, d'une délégation de compétence au juge, voire d'un défaut. Il est aussi possible que la mise en oeuvre d'un droit tiré d'un texte adapté soit manifestement abusive. Dans chacune de ces hypothèses, l'application des règles usuelles a pour conséquence que le juge doit, comme cela a été suggéré par le Tribunal fédéral dans l'arrêt de principe précité, prendre en considération le droit commu-

45 Le juge doit alors appliquer cette solution, à moins que ce faisant il ne modifie de manière injustifiée une (éventuelle) jurisprudence (sur les conditions d'un changement de jurisprudence, voir en outre note 35 et les références citées). MEIER-HAYOZ (note 15), n. 182 ad art. 1, relève que lorsque la pondération des éléments de l'interprétation ne permet pas d'emporter la conviction du juge, celui-ci doit choisir la solution qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Sur le pouvoir du juge d'imposer la solution qu'il considère juste lorsque la méthode d'interprétation suivie ne permet pas de trancher, voir aussi BARAK (note 27), 207 ss; HAUSHEER/JAUN (note 15), n. 168 ss; RIEMER (note 41), § 4 n. 59; STEINAUER (note 20), 786.

46 Dans ce sens PROBST (note 2), 36.

47 Sur l'interprétation conforme au droit supérieur, voir les références citées à la note 44.

48 Les références à la nécessité de l'existence d'un doute et à la notion d'interprétation conforme se trouvent aussi dans l'ATF 130/2004 III 182/190.

49 ATF 132/2006 III 32/37. Voir aussi l'ATF 133/2007 III 81, qui ne mentionne pas non plus la notion "d'interprétation conforme au droit communautaire" et ne fait pas non plus référence à la nécessité de l'existence d'un "doute"; cet arrêt ne précise toutefois pas clairement dans quelle mesure le droit communautaire doit influencer l'interprétation des textes adaptés.

50 Ces références se trouvent aussi dans l'ATF 130/2004 III 182/190. Pour WERRO (note 22), 571, la référence faite par le Tribunal fédéral à l'existence d'un doute est "essentiellement rhétorique". Quant à PROBST (note 2), 39, il estime que le sens de la référence faite par le Tribunal fédéral à l'existence d'un doute n'est pas clair.

nautaire ("on ne doit pas uniquement viser une harmonisation dans l'adoption des règles, mais également dans leur interprétation *et dans leur application*, dans la mesure où la méthodologie appliquée dans l'ordre juridique interne permet un tel rapprochement."⁵¹).

Sous réserve de l'existence d'une (improbable) règle coutumière, le juge doit combler les *lacunes* des textes adaptés "selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur" (art. 1 al. 2 CC)⁵². Il ne jouit toutefois pas d'une totale liberté dans l'établissement d'une règle supplétive⁵³. La règle doit s'intégrer harmonieusement dans le système mis en place par le législateur⁵⁴. Cela requiert de prendre en considération la volonté d'harmonisation avec le droit communautaire manifestée par le législateur. *Il faut donc admettre qu'un juge appelé à combler une lacune d'un texte adapté doit porter une attention particulière au droit communautaire parmi les points d'appui de sa réflexion pour créer la règle applicable*⁵⁵.

Lorsqu'un texte adapté contient une *délégation de compétence au juge*, celui-ci doit exercer son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC)⁵⁶. Il ne jouit pas d'une totale liberté lors de l'exercice de ce pouvoir, mais doit au contraire se fonder sur des critères objectifs⁵⁷. Il doit notamment tenir compte des buts poursuivis par le législateur lors de l'adoption du texte adapté⁵⁸. *Comme un de ces buts est d'harmoniser le droit suisse avec le droit communautaire, le juge doit donc également prendre en considération la manière dont le droit communautaire règle la question lorsqu'il exerce son pouvoir d'appréciation.*

Le juge ne peut en principe pas corriger *les défauts* des textes adaptés⁵⁹. Le principe de la séparation des pouvoirs et le principe de la légalité (art. 5 al. 1 et 190 Cst.; art. 1 al. 1 CC) lui imposent de respecter les choix faits par le législateur⁶⁰. L'art. 2 al. 2 CC pourrait toutefois lui imposer de

tion téléologique est cependant souvent utilisé aujourd'hui dans un sens large, qui comprend la réduction téléologique au sens étroit, la réduction systématique et la réduction historique. Voir par exemple EMMANUEL PIAGET, *Le contrat d'édition portant sur une publication numérique*, thèse Neuchâtel, Berne 2004, 86, qui utilise l'expression "réduction téléologique" dans un sens large, tout en remarquant que la terminologie peut induire en erreur.

- 53 DESCHENAUX (note 15), 101; KRAMER (note 15), 215 sv.
- 54 Voir DESCHENAUX (note 15), 104; KRAMER (note 15), 216; MEIER-HAYOZ (note 15), n. 344 ad art. 1.
- 55 On peut se demander si le Tribunal fédéral n'a pas comblé implicitement une lacune occulte dans l'arrêt de principe de 2003, où il a restreint la portée de l'art. 333 al. 3 CO de manière très importante; le Tribunal fédéral affirme d'ailleurs dans cet arrêt qu'il "interprète" cette disposition "contra verba legis" (ATF 129/2003 III 335/349 = JdT 2003 II 75/89). Le droit communautaire ne sera pas toujours utile. Il est en effet possible que la question n'ait pas encore été tranchée en droit communautaire ou qu'elle relève de la compétence des Etats membres (le droit des Etats membres peut cependant alors être pris en considération comme source d'inspiration pour combler la lacune).
- 56 Ces délégations au juge sont parfois qualifiées de "lacune interne", "lacune intra legem" ou "lacune intra verba legis". Voir notamment DESCHENAUX (note 15), 91 sv.; KRAMER (note 15), 166 sv.; YVES LE ROY/MARIE-BERNADETTE SCHÖNENBERGER, *Introduction générale au droit suisse*, Zurich/Bâle/Genève 2002, 325 ss. Plusieurs textes adaptés contiennent des délégations au juge. Ainsi, selon l'art. 4 al. 1 de la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits le juge doit tenir compte "de toutes les circonstances" afin de déterminer si un produit est défectueux (l'article 6 § 1 de la directive 85/374/CEE, qui a été repris de manière autonome à l'art. 4 al. 1 de la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, évoque également les "circonstances"). De même, selon l'art. 13 al. 2 LVF, il doit examiner si le consommateur avait des "justes motifs" pour refuser des arrangements proposés par l'organisateur (l'article 7 § 2 de la directive 90/314/CEE, qui a été repris de manière autonome à l'art. 13 al. 2 LVF, évoque des "raisons valables").
- 57 DESCHENAUX (note 15), 123 sv.; HAUSHEER/JAUN (note 15), n. 2 sv. ad art. 4; HEINRICH HONSELL, Art. 4, in Art. 1–4, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, Bâle/Genève/Munich 2002, n. 1. Le pouvoir conféré au juge dans les cas visés par l'art. 4 CC n'est donc pas un pouvoir discrétionnaire. Dans ce sens DESCHENAUX (note 15), 127 sv.; LE ROY/SCHÖNENBERGER (note 56), 329 sv.
- 58 DESCHENAUX (note 15), 131; HAUSHEER/JAUN (note 15), n. 18 sv. ad art. 4; HONSELL (note 57), n. 14.
- 59 Les défauts de la loi sont souvent appelés "lacunes improprement dites". Voir par exemple DESCHENAUX (note 15), 94 sv.; LE ROY/SCHÖNENBERGER (note 56), 333. Sur la distinction entre les lacunes (proprement dites) et les défauts (lacunes improprement dites), voir notamment DESCHENAUX (note 15), 91; KRAMER (note 15), 165; LE ROY/SCHÖNENBERGER (note 56), 333.
- 60 Dans ce sens ATF 125/1999 III 57/61 = JdT 1999 I 223/228; ATF 123/1997 III 445/447 ss = JdT 1998 I 354/356 sv.; ATF 117/1991 II 523/526 = SJ 1992 286/290 ss; ATF 115/1989 II 149/155 = JdT 1989 I 583/584; DESCHENAUX (note 15), 94; HAUSHEER/JAUN (note 15), n. 254 ad art. 1; LE ROY/SCHÖNENBERGER (note 56), 333; MEIER-HAYOZ (note 15), n. 302 sv. ad art. 1.

51 ATF 129/2003 III 335/350 = JdT 2003 II 75/90 (texte original en allemand, citation d'après la traduction contenue au JdT; mise en évidence ajoutée). Quelques lignes plus loin, le Tribunal fédéral précise encore: "Le rapprochement dans l'application du droit ne doit pas uniquement s'orienter sur la base du droit [communautaire] en vigueur au moment où le législateur a adapté le droit interne. Il faut bien plus tenir compte de l'évolution de l'ordre juridique avec lequel une harmonisation est souhaitée." (mise en évidence ajoutée).

52 Le juge doit donc exprimer soit une règle positive pour une situation qui n'est pas régie par la loi (lacune ouverte), soit une règle négative réduisant la portée d'une règle légale trop générale (lacune occulte). Voir notamment DESCHENAUX (note 15), 101. Lorsque le juge comble une lacune occulte, il réduit la portée du texte. Lorsque cette réduction se fonde sur la divergence existant entre le but de la loi et sa formulation, on parle de réduction téléologique. Lorsque la réduction se fonde sur le système de la loi ou la genèse de celle-ci, la réduction est systématique, respectivement historique. La réduction peut bien sûr aussi se fonder sur deux ou trois points d'appui. Il peut par exemple s'agir d'une réduction téléologique et historique. Dans ce sens DESCHENAUX (note 15), 106, note 22. Le terme réduc-

corriger un texte adapté dans des circonstances exceptionnelles. En effet, si une disposition contenue dans un texte adapté devait reposer sur une erreur manifeste du législateur ou que, depuis l'adoption de la disposition, les conditions s'étaient à ce point modifiées que la disposition soit devenue manifestement insatisfaisante, le juge doit la corriger⁶¹. En raison de la volonté d'harmonisation manifestée par le législateur suisse, *le juge doit prendre en considération le droit communautaire pour évaluer si une correction d'un texte adapté est nécessaire et pour poser une (éventuelle) règle correctrice*.

Enfin, le juge ne doit pas protéger celui qui *abuse manifestement d'un droit tiré d'un texte adapté* (art. 2 al. 2 CC)⁶². Il doit au contraire refuser d'appliquer (formellement) le texte adapté dans le cas concret et adopter un correctif⁶³. *Vu la volonté d'harmonisation manifestée par le législateur suisse, le juge ne doit pas faire abstraction du droit communautaire lorsqu'il a affaire à un prétendu abus d'un droit (formel) tiré d'un texte adapté. Il doit au contraire s'inspirer du droit communautaire tant pour évaluer si la mise en oeuvre d'un droit (formel) tiré d'un texte adapté est abusive que pour formuler une règle correctrice*.

V. Conclusion

Les textes adaptés doivent être appliqués selon la même méthode que le reste du droit privé fédéral. Il n'existe aucune méthode particulière pour interpréter ces textes ni pour les compléter, les corriger, exercer le pouvoir d'appréciation qu'ils peuvent réserver au juge ou traiter un éventuel abus de droit. Ce sont donc les règles usuelles qui permettent de déterminer dans quelle mesure le droit communautaire doit influencer l'application des textes adaptés.

L'examen des règles usuelles d'application du droit privé suisse a permis de mettre en évidence les principaux résultats suivants. Premièrement, lorsque le Tribunal fédéral affirme que l'harmonisation des textes adaptés avec le droit communautaire doit être réalisée "dans la mesure où la méthodologie appliquée dans l'ordre juridique interne permet un tel rapprochement", il faut uniquement comprendre que le juge, en appliquant la méthode usuelle d'interprétation, va parfois se retrouver dans des situations où le sens qu'il doit donner au texte adapté diverge de celui de la directive reprise, car le poids accordé à la volonté d'harmonisation se retrouve à l'arrière plan par rapport à d'autres facteurs dont il doit tenir compte.

Deuxièmement, il est doublement malheureux d'affirmer que le juge doit avoir un "doute" pour pouvoir interpréter les textes adaptés "conformément" au droit communautaire. D'une part, le juge doit toujours prendre en considération le droit communautaire pour interpréter les textes adaptés; il n'est pas nécessaire qu'il ait un doute. D'autre part, la référence à la notion "d'interprétation conforme" évoque une similarité avec l'idée d'interprétation "conforme au droit supérieur", alors que les deux concepts sont différents. Il serait préférable d'abandonner ces deux expressions et par-

ler simplement d'interprétation "prenant en considération" le droit communautaire, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans un arrêt récent.

Enfin, le juge ne doit pas seulement prendre en considération le droit communautaire pour interpréter les textes adaptés, mais aussi pour combler les lacunes qu'ils peuvent contenir, exercer le pouvoir d'appréciation qu'ils lui réserve, voire corriger les défauts qu'ils pourraient contenir. De même, il doit tenir compte du droit communautaire pour juger les cas d'abus de droits tirés de textes adaptés.

61 ATF 125/1999 III 57/61 = JdT 1999 I 223/228; ATF 123/1997 III 445/448 sv. = JdT 1998 I 354/356 sv.; DESCHEAUX (note 15), 94; HAUSHEER/JAUN (note 15), n. 255 ad art. 1; MEIER-HAYOZ (note 15), n. 296 ad art. 1.

62 Il ne faut pas confondre l'abus d'un droit tiré d'un texte adapté avec la fraude à un texte adapté, qui doit être traitée par voie d'interprétation. Sur la distinction entre l'abus de droit et la fraude à la loi, voir en particulier DESCHEAUX (note 15), 148 sv.

63 Voir DESCHEAUX (note 15), 146; HAUSHEER/JAUN (note 15), n. 92 ad art. 2.

Die Privatrechterlasse, die Gemeinschaftsrichtlinien autonom nachvollziehen, müssen nach derselben Methode angewendet werden wie der Rest des Bundesprivatrechts. Es gibt keine spezielle Methode, wonach diese Erlasse auszulegen, zu ergänzen oder zu korrigieren sind oder wonach der Richter ein Ermessen ausübt oder einen eventuellen Rechtsmissbrauch behandeln muss. Die Prüfung der üblichen Rechtsfindungsmethode des Bundesprivatrechts zeigt auf, dass der Richter das Gemeinschaftsrecht in Erwägung ziehen muss, wenn er diese Erlasse anwendet, aber dass er auch andere Faktoren zu berücksichtigen hat.