



UNIL | Université de Lausanne

Unicentre

CH-1015 Lausanne

<http://serval.unil.ch>

Year : 2019

L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats (art. 1 et 2 CO)

Vion Adrien

Vion Adrien, 2019, L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats (art. 1 et 2 CO)

Originally published at : Thesis, University of Lausanne

Posted at the University of Lausanne Open Archive <http://serval.unil.ch>

Document URN : urn:nbn:ch:serval-BIB_E6EB8C48A85A3

Droits d'auteur

L'Université de Lausanne attire expressément l'attention des utilisateurs sur le fait que tous les documents publiés dans l'Archive SERVAL sont protégés par le droit d'auteur, conformément à la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA). A ce titre, il est indispensable d'obtenir le consentement préalable de l'auteur et/ou de l'éditeur avant toute utilisation d'une oeuvre ou d'une partie d'une oeuvre ne relevant pas d'une utilisation à des fins personnelles au sens de la LDA (art. 19, al. 1 lettre a). A défaut, tout contrevenant s'expose aux sanctions prévues par cette loi. Nous déclinons toute responsabilité en la matière.

Copyright

The University of Lausanne expressly draws the attention of users to the fact that all documents published in the SERVAL Archive are protected by copyright in accordance with federal law on copyright and similar rights (LDA). Accordingly it is indispensable to obtain prior consent from the author and/or publisher before any use of a work or part of a work for purposes other than personal use within the meaning of LDA (art. 19, para. 1 letter a). Failure to do so will expose offenders to the sanctions laid down by this law. We accept no liability in this respect.

L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats (art. 1 et 2 CO)

Entre points essentiels du contrat, liberté contractuelle et complètement judiciaire

Adrien Vion



EDITIONS JURIDIQUES LIBRES
FREIER JURISTISCHER VERLAG

L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats (art. 1 et 2 CO)

Entre points essentiels du contrat, liberté contractuelle et complètement judiciaire

Adrien Vion



**EDITIONS JURIDIQUES LIBRES
FREIER JURISTISCHER VERLAG**

Éditions juridiques libres (Freier juristischer Verlag)

Les Éditions juridiques libres (EJL | FJV) sont une maison d'édition juridique suisse fondée par un groupe de chercheurs en droit.

Sans but lucratif, les EJL publient des ouvrages scientifiques en allemand, français, italien et anglais à destination de tous les professionnels du droit suisse. Au sein de leurs collections, les EJL accueillent tout type d'ouvrage scientifique de qualité (monographie et thèse, ouvrage collectif, commentaire, revue, etc.), qu'il s'agisse des travaux de chercheurs indépendants ou issus d'institutions publiques de recherche.

Les ouvrages publiés aux EJL sont disponibles au format numérique, gratuitement et en intégralité (*open access*). Des exemplaires papier de leurs publications sont également disponibles au moyen d'un système d'impression à la demande.

Les EJL ont pour triple objectif d'améliorer l'accessibilité des publications juridiques, d'en réduire les coûts pour les institutions et les particuliers, ainsi que d'en améliorer le bilan écologique.

Toutes les publications des EJL | FJV sont en accès libre et gratuit sur

<https://www.ejl-fjv.ch/>



La présente œuvre est soumise à une licence Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0. L'utilisation, la reproduction, le partage de l'œuvre sont notamment autorisés à condition : (i) d'attribuer l'œuvre à son auteur ; (ii) de ne pas exploiter l'œuvre commercialement ; (iii) de ne pas effectuer de modifications de l'œuvre. Le logo « open access », créé par The Public Library of Science (PLoS), est soumis à une licence CC BY-SA 3.0. Les polices de caractères Roboto et Roboto Condensed, créées par Christian Robertson, sont soumises à une licence Apache 2.0.

Éditions Juridiques Libres (Freier Juristischer Verlag)

Lausanne 2019

ISBN 978-2-88954-006-8 (print)

ISBN 978-2-88954-007-5 (PDF)

Avant-propos et remerciements

La présente thèse de doctorat a été acceptée à l'issue d'une soutenance publique le 14 juin 2017 à l'Université de Lausanne par un jury composé de Monsieur Philippe Meier, Professeur à l'Université de Lausanne et Président du jury, Madame Susan Emmenegger, Professeure à l'Université de Berne, Monsieur Pascal Pichonnaz, Professeur à l'Université de Fribourg, Madame Ariane Morin, Professeure à l'Université de Lausanne et Monsieur Laurent Bieri, Professeur à l'Université de Lausanne.

Mes remerciements vont tout d'abord au Professeur Laurent Bieri, directeur de thèse, pour son soutien indéfectible tout au long de ce travail. Sa bienveillance, ses encouragements, nos discussions et ses questions ont guidé ma réflexion et ce travail n'aurait pas vu le jour sans son précieux apport. Qu'il trouve ici l'expression de ma profonde gratitude.

Je tiens ensuite à remercier tout particulièrement les membres du jury de thèse précité pour le temps consacré à cet ouvrage et pour la qualité de leurs remarques et conseils avisés. Ce fut un honneur et un plaisir de pouvoir discuter avec eux du sujet de cette thèse lors de la soutenance.

Je souhaite aussi remercier particulièrement Mesdames Ariane Morin et Anne-Christine Fornage, Professeures à l'Université de Lausanne, dont j'ai eu la chance et la plaisir d'être l'assistant pendant la rédaction de cette thèse. Nos nombreuses discussions ainsi que leurs conseils judicieux m'ont permis d'avancer sur le chemin (parfois tortueux) des doctorants.

Mes remerciements vont également à Monsieur Benoît Chappuis, Professeur aux Universités de Genève et de Fribourg, ainsi qu'à Monsieur Vincent Martenet, Professeur à l'Université de Lausanne, qui ont tout deux accepté bien aimablement de relire un chapitre particulier de cette thèse. Qu'ils reçoivent ici l'expression de ma sincère reconnaissance.

Évidemment, ce travail n'aurait pas pu être mené à bien sans le soutien indéfectible de ma famille et de mes amis, qui ont su m'accompagner pendant ces années de thèse. Je pense en particulier à Killian, Vincent, Serkan, Géraldine, David, Pascal, Sarah, Azadi, Mikael, Virginie, Loïc, Lauris, Sébastien, et tous les autres que je remercie du fond du cœur.

Enfin, je tiens à remercier les contribuables vaudois pour la subvention dont ce travail a bénéficié au travers de mon salaire d'assistant à l'Université de Lausanne.

Les sources ont été prises en compte jusqu'au 14 juin 2017, soit la date de la soutenance. Par ailleurs, l'emploi du masculin (par exemple « le juge ») ou du féminin (par exemple « la partie ») désigne en principe des personnes de tout sexe ou genre.

Lausanne, décembre 2018

Table des matières

Avant-propos et remerciements	I
Table des schémas	XVI
Abréviations	XVII
Bibliographie	XXIII
Commentaires	XXIII
Monographies, articles et autres ouvrages	XXXI
Introduction générale	1
§ 1. Problématique	3
§ 2. Définition du sujet	7
I. L'étendue minimale de l'accord en droit positif suisse	7
II. Délimitations	8
A. L'étendue de la forme légale (art. 11 ss CO)	8
B. L'erreur sur les « éléments nécessaires du contrat » (art. 24 al. 1 ch. 4 CO)	12
	III

§ 3. Méthode et plan	14
§ 4. Terminologie	17
Développements préliminaires	19
1 La conclusion du contrat en général	21
§ 1. La manifestation de volonté et l'acte juridique	21
§ 2. L'interprétation des manifestations de volonté	25
I. Généralités	25
II. Les éléments d'interprétation	26
III. L'interprétation subjective	31
IV. L'interprétation objective	32
V. Les maximes d'interprétation subsidiaires	39
§ 3. Les conditions de la conclusion du contrat	40
I. L'échange des manifestations	41
II. La concordance des volontés	43
A. L'existence des volontés d'être lié	43
B. L'accord sur le contenu	48
a) Trois questions	48
b) La méthode de recherche de l'accord sur un point	49
§ 4. En particulier : le degré de détermination nécessaire à l'exis- tence d'un accord sur un point	51
I. La notion de « point déterminable »	51
II. Les critères de détermination admissibles	53
A. En général : critères objectifs et subjectifs	53
B. La décision d'une partie ou d'un tiers (critère subjectif)	54
a) Admissibilité	54
b) Limites	56
(i) Interprétation ; maximes subsidiaires	56
(ii) Normes relatives aux conditions (art. 151 ss CO)	58

(iii)	Droit de déterminer les points du contrat octroyé dans des conditions générales	59
(iv)	Limites de validité générales	60
(v)	Inexistence de la volonté d'être lié	60
III.	Impossibilité ou refus de la détermination ultérieure	61
A.	Impossibilité de déterminer le point à partir de critères objectifs	61
B.	Impossibilité ou refus de déterminer le point à partir de critères subjectifs	63
a)	Si le point doit être déterminé par le débiteur	63
b)	Si le point doit être déterminé par le créancier	66
c)	Si le point doit être déterminé par un tiers	69
C.	Cas particulier : si le point à déterminer est la personne du créancier	71
2	Le complètement du contrat	73
§ 1.	Définition et objectif général	73
§ 2.	Champ d'application du complètement (art. 2 al. 2 CO)	75
I.	Un problème à régler dans la relation contractuelle	76
II.	L'absence d'accord sur le point à régler	78
A.	En particulier : la réserve	78
B.	En particulier : la lacune	80
III.	Précision : le rôle de l'exécution	83
§ 3.	Méthode du complètement	84
I.	Généralités	84
II.	Point de départ : l'art. 1 al. 1 CC	85
III.	En présence d'une norme dispositive spéciale	86
A.	Les normes légales spéciales	86
B.	L'existence d'une norme dispositive exclut-elle la recherche de la volonté hypothétique des parties?	87
C.	La volonté hypothétique des parties de s'écarter du droit dispositif	89

IV.	En l'absence d'une norme dispositive spéciale ou lorsque celle-ci ne s'applique pas	92
A.	Fondement juridique du complètement	92
B.	Méthode du complètement (art. 2 al. 2 CO)	96
3	La liberté contractuelle et la sécurité juridique	103
§ 1.	La liberté contractuelle	103
I.	Définition	103
A.	Notion et composantes	103
B.	Nature juridique	105
II.	Rôle de l'État et liberté contractuelle en droit positif	107
A.	Rôle passif de l'État	107
B.	Rôle actif de l'État	108
C.	Précision : rapport avec les conceptions formelle et matérielle de la liberté contractuelle	110
III.	Limites de la liberté contractuelle	113
A.	Sous l'angle du droit privé	113
a)	Limites à la liberté de conclure	114
b)	Limites à la liberté de l'objet	115
B.	Sous l'angle du droit constitutionnel	118
§ 2.	La sécurité juridique	121
I.	Notion	121
II.	Composantes principales	124
A.	Orientation vers un droit matériellement juste	125
B.	Orientation vers un droit clair et accessible à ses destinataires	126
C.	Orientation vers un droit effectif	128
D.	Orientation vers le maintien des solutions préexistantes	129
4	Les définitions des points essentiels du contrat	131

§ 1. Généralités	131
§ 2. Points subjectivement essentiels	133
I. Définition	133
II. Rapport avec la volonté de conclure le contrat	135
III. Rapport avec la notion d'accord	135
§ 3. Définition typologique des points objectivement essentiels	136
I. Définition et diffusion	136
A. Définition	136
B. Diffusion	139
II. Développement : la typologie contractuelle	140
A. Notion	140
B. Sources et classifications des types contractuels	142
C. Les critères typologiques	145
D. La qualification contractuelle	150
E. Fonctions juridiques et « liberté du type »	152
III. Application en fonction du rapport des types contractuels à la loi	153
A. En cas de contrats nommés	153
a) Sources	153
b) Exemples	154
B. En cas de contrats innommés typiques	162
a) Sources	162
b) Exemples	163
C. En cas de contrats atypiques	164
a) Recours à des expressions générales (« cœur de l'affaire », « sens du contrat », « tout cohérent »)	164
b) Généralisations	165
IV. Discussion	167
A. Assimilation des points objectivement essentiels aux éléments constitutifs des types contractuels	167
B. Accessibilité et stabilité du droit à géométrie variable	170
a) En cas de contrats nommés	170

b)	En cas de contrats innommés typiques	172
c)	En cas de contrats atypiques	173
d)	Rapport avec les évolutions du droit des contrats . . .	177
(i)	Complexification de la typologie contractuelle	177
(ii)	« Décodification » du droit des contrats ?	179
(iii)	Internationalisation du droit des contrats	180
§ 4.	Définitions structurelles des points objectivement essentiels	182
I.	La définition faisant référence à la structure de l'acte juridique contractuel (« tout cohérent » ; « <i>sinnvolles Ganzes</i> »)	183
A.	Développement par JÄGGI	183
B.	Diffusion	185
C.	Discussion	186
II.	Les définitions faisant référence à la structure des obligations issues du contrat	187
A.	La définition faisant référence aux obligations principales	187
B.	La définition faisant référence aux prestations synallagmatiques	188
C.	Développement : les structures d'obligations	189
D.	Discussion	193
a)	Définition ambiguë des obligations principales	193
b)	Examen d'une définition purement structurelle des points objectivement essentiels	195
§ 5.	Définition fonctionnelle des points objectivement essentiels	198
I.	Définition	198
II.	Diffusion	198
III.	Discussion	201
	Développements principaux	203
5	Présentation des approches envisageables	205
§ 1.	Les deux approches discutées : description et diffusion . . .	206
I.	Approche 1 (approche majoritaire)	206

A.	Description	206
B.	Diffusion	207
II.	Approche 2 (approche minoritaire)	208
A.	Description	208
B.	Diffusion	210
a)	Jurisprudence	210
b)	Doctrine	212
c)	Opinions historiques et/ou étrangères	214
§ 2.	Explication détaillée de l'approche 2	217
I.	Interprétation des volontés de s'engager, en général et eu égard à l'objet de l'accord	217
A.	Rapport entre l'interprétation des volontés de s'engager <i>en général</i> et l'interprétation de la volonté de s'engager <i>eu égard à l'objet de l'accord</i>	217
B.	Interprétation des volontés de s'engager eu égard à l'objet de l'accord	219
a)	Interprétation subjective des volontés de s'engager eu égard à l'objet de l'accord	219
(i)	Identification des points subjectivement essentiels ; application de l'art. 2 al. 1 CO	219
(ii)	Accord ou désaccord sur les points subjectivement essentiels	223
b)	Interprétation objective des volontés de s'engager eu égard à l'objet de l'accord	226
(i)	Identification des points subjectivement essentiels légitimement reconnaissables	227
(ii)	Accord ou désaccord sur les points subjectivement essentiels légitimement reconnaissables	228
c)	Résultat de l'interprétation objective	229
II.	Pas d'exigence de « reconnaissabilité » ou de « clarté » du caractère subjectivement essentiel des points	230
III.	Différences entre les approches 1 et 2, en fonction des cas	234
§ 3.	Prémisse : les points objectivement essentiels sont-ils toujours subjectivement essentiels ?	235
I.	Principe	235
II.	Exemples	238

§ 4. Rapport entre l'approche 2 et la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels	242
§ 5. Autres approches	243
I. Approches intermédiaires entre les approches 1 et 2	244
A. Une présentation de l'approche 1 orientée vers l'approche 2 (KOLLER)	244
B. Les <i>essentialia negotii</i> comme catégorie de points subjectivement essentiels (OSER/SCHÖNENBERGER)	244
C. L'exigence d'un accord sur le « type des <i>essentialia negotii</i> » (PIOTET ; HERZOG)	245
II. Autre approche : renoncer à la distinction entre points objectivement et subjectivement essentiels (CARBONARA) ?	247
III. Autre approche : utiliser l'approche 1 uniquement pour les contrats de consommation (Parlement européen) ?	248
6 Interprétation littérale et historique	255
§ 1. Interprétation littérale	255
I. Art. 1 al. 1 CO	256
A. Le terme « volonté »	256
B. Les termes « d'une manière concordante »	257
II. Art. 2 al. 1 CO	259
A. Fait probant	259
a) Les termes « accord sur tous les points essentiels »	259
(i) Renvoi aux points subjectivement essentiels ?	259
(ii) Rapport avec l'exigence spécifique posée par l'approche 1	261
b) Les termes « même lors que des points secondaires ont été réservés »	261
B. Fait présumé	263
C. Renversement de la présomption	264
III. Art. 2 al. 2 CO	265
IV. Conclusion	265
§ 2. Interprétation historique	266

I.	Généralités	266
II.	Conception historiquement voulue par le législateur	267
A.	Évolution du texte légal et travaux préparatoires	267
B.	Discussion	270
a)	Problématique	270
b)	Rapport avec les Projets de 1863-1879	271
c)	L'exigence d'un accord sur les <i>essentialia negotii</i> n'est pas une « évidence » historique	274
(i)	Opinions similaires à l'art. 52 D. Entw	274
(ii)	Opinions contraires	274
C.	Appréciation globale	278
III.	Hypothèses quant aux origines de l'exigence spécifique posée par l'approche 1	278
A.	Influences de certains pandectistes sur la jurisprudence et la doctrine suisses ; <i>Begriffsjurisprudenz</i> et/ou libéralisme classique ?	278
B.	Un anachronisme romain ?	282
7	Interprétation systématique et téléologique : la liberté contractuelle	287
§ 1.	Cadre d'analyse	288
I.	Complètement et points subjectivement essentiels	288
A.	Principe	288
B.	Limitation : l'obligation de contracter	290
C.	Rapport avec les deux approches discutées	290
II.	Complètement et points objectivement essentiels	291
A.	Principe	291
B.	Limitation : l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels ?	292
III.	Remarques sur ce cadre d'analyse	293
IV.	Rapport entre liberté et responsabilité	294
§ 2.	Motifs liés au fonctionnement du système judiciaire ?	295

I.	L'absence de critères de complètement s'agissant des points objectivement essentiels ?	296
A.	Problématique	296
B.	Complètement sur des points objectivement essentiels mais subjectivement secondaires (dans l'approche 2)	297
a)	Critères de complètement	297
(i)	Généralités	297
(ii)	Liste exemplative	298
(iii)	Complémentarité des critères concrets et des critères généraux	303
b)	Précision : l'attribution judiciaire d'un droit formateur de déterminer un point du contrat	305
c)	Preuve des critères de complètement	306
(i)	Principes	306
(ii)	Discussion d'arrêts quant au fardeau de la preuve des critères de complètement	308
d)	Exemples	312
C.	Rapport avec les normes de complètement sur le rôle des parties, la prestation caractéristique et la rémunération	315
D.	Conclusion	322
II.	Une perte de temps judiciaire ?	323
A.	Problématique	323
B.	Arguments pratiques	324
a)	L'approche 1 décourage-t-elle en général les parties d'accéder au tribunal ?	324
b)	L'approche 1 permet-elle une économie de temps judiciaire si un tribunal est saisi ?	328
C.	Arguments systématiques et téléologiques	333
D.	Conclusion	336
§ 3.	Motifs liés à la personnalité et à la sécurité juridique des parties ?	336
I.	Le pouvoir du juge comme « menace » ou comme « risque » pour la liberté et la sécurité des parties ?	337
A.	Problématique	337

B.	Analyse des risques de l'intervention du juge pour les parties	339
a)	Risques « d'erreur du juge », facteurs de maîtrise et rapport avec le degré d'ouverture des règles	339
b)	Attentes objectivisées des parties en matière de conclusion et de complètement des contrats	345
(i)	Généralités	345
(ii)	Les parties s'attendent-elles objectivement à l'application de la règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord?	346
(iii)	À défaut : quelles sont les attentes objectivisées des parties en matière d'interprétation des volontés et de complètement des contrats?	351
(iv)	Quid des points objectivement essentiels dans l'approche 2?	354
c)	Risques d'erreurs dans les situations où les approches 1 et 2 mènent aux mêmes résultats	356
(i)	Cas où le contrat n'est conclu ni dans l'approche 1, ni dans l'approche 2	356
(ii)	Cas où le contrat est conclu dans les deux approches	357
d)	Risques d'erreurs dans les situations où les approches 1 et 2 ne mènent pas aux mêmes résultats	358
(i)	Dans l'approche 1	359
(ii)	Dans l'approche 2	371
e)	Synthèse	374
C.	Comparaison avec quelques cas voisins d'un complètement judiciaire sur des points objectivement essentiels	376
a)	Comparaison des garanties offertes par le juge étatique et le tiers-déterminant privé	376
b)	Comparaison avec la détermination judiciaire faisant suite à une décision du tiers privé ou de l'une des parties	378
D.	Conclusion	379
II.	Un déséquilibre entre les parties?	380
§ 4.	Contexte constitutionnel	382
I.	Base légale	382
II.	Buts légitimes	383
III.	Proportionnalité	384
§ 5.	Conclusion	386

8	Interprétation systématique : rapport avec d'autres normes et institutions juridiques	387
§ 1.	Rapport avec les présomptions de l'art. 7 al. 2 et 3 CO	388
§ 2.	Impact sur l'étendue minimale de la forme constitutive (art. 16 CO)	390
§ 3.	Rapport avec le complètement sur des points objectivement essentiels en cas de nullité partielle (art. 20 al. 2 CO)	395
I.	La nullité partielle	395
II.	Le rôle des points subjectivement essentiels	400
III.	Le rôle des points objectivement essentiels	403
§ 4.	Rapport avec la promesse de contracter (art. 22 CO)	405
I.	La promesse de contracter	406
II.	L'étendue minimale du précontrat	408
III.	L'action en exécution d'une promesse de contracter qui ne définit pas les points objectivement essentiels du contrat principal	410
IV.	Conclusion	414
§ 5.	Comparaison avec l'étendue minimale de l'accord dans la CVIM	415
I.	Généralités ; rapport avec notre étude	415
II.	Les composantes subjective et objective de l'étendue minimale de l'accord dans la CVIM (art. 14 al. 1, 18 al. 1 et 19 al. 3 CVIM)	417
A.	Composante subjective (art. 14 al. 1, 1 ^{ère} phrase ; art. 18 al. 1 CVIM)	418
B.	Composante objective (art. 14 al. 1 et 19 al. 3 CVIM)	419
III.	Portée respective de ces composantes au regard de l'art. 6 CVIM	422
A.	Rapport entre l'art. 6 et les art. 14-24 CVIM	422
B.	Portée de la composante subjective des art. 14 al. 1 et 18 al. 1 CVIM	423

C.	Portée de la composante objective de l'art. 14 al. 1 CVIM	424
a)	Quant au prix : rapport avec l'art. 55 CVIM	425
b)	Quant aux autres points mentionnés à l'art. 14 al. 1, 2 ^e phrase CVIM	429
D.	Portée de la composante objective de l'art. 19 al. 3 CVIM	432
IV.	Conclusion	433
	Synthèse de l'interprétation et conclusion générale	435
§ 1.	Synthèse de l'interprétation ; appréciation d'ensemble	437
I.	Synthèse de l'interprétation	437
II.	Dernière question : le changement de jurisprudence	444
§ 2.	Conclusion générale	445
	Résumé	LX
	Index	LXIX
	Index des matières	LXIX
	Index des dispositions citées	LXXVI
	Dispositions suisses	LXXVI
	Dispositions internationales et étrangères ; <i>Soft Law</i>	LXXXV
	Index de la jurisprudence citée	LXXXVIII

Table des schémas

1	Rapports des contrats concrets avec la loi (axe 1) et avec les types contractuels (axe 2)	146
2	Synthèse I : interprétation de la volonté d'être lié en général (vue d'ensemble)	231
3	Synthèse II : interprétation subjective des volontés d'être lié, eu égard à l'objet du contrat	232
4	Synthèse III : interprétation objective des volontés d'être lié, eu égard à l'objet du contrat	233

Abréviations

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil autrichien)
aCO	Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, RO 5 p. 577 ss
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
al.	alinéa(s)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)
art.	article(s)
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
BGH	Bundesgerichtshof (Allemagne)
BK	Berner Kommentar
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des États
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BsK	Basler Kommentar
c.	contre
C. Cass.	Cour de Cassation (France)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CC-BE	Civil-Gesetzbuch für den Canton Bern (1831)
CCF	Code civil français
CC-ZH	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zurich (1856)
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
CISG-online	http://www.cisg-online.ch/
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
CO-2020	Code des obligations suisse 2020, Projet relatif à une nouvelle partie générale (cf. Bibliographie, Autres commentaires, HUGUENIN / HILTY [édit.])
comm.	commenté (in)
consid.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CR	Commentaire Romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101

CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises conclue à Vienne le 11 avril 1980, RS 0.221.211.1
D.	Digeste
D. Entw.	Dresdner Entwurf (1866)
DAF, 9 ^e éd.	Dictionnaire de l'Académie française, 9 ^e éd. (http://atilf.atilf.fr/academie9.htm)
DB	Droit du Bail
DC	Droit de la Construction (Baurecht)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
dern. consult.	dernière consultation
Dir. 93/13/CEE	Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
FF	Feuille fédérale
HK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
ibid.	ibidem
Intr. gén.	Introduction générale (à/aux)
JBl	Juristische Blätter
JdT	Journal des Tribunaux
JuS	Juristische Schulung
JusL	Jusletter
JZ	Juristen Zeitung
KuKo	Kurzkomentar
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS 251
LCC	Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation, RS 221.214.1
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS 241
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291
let.	lettre(s)
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, RS 221.301
LG	Landgericht (Allemagne)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide

LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1
LPO	Loi sur la poste du 17 décembre 2010, RS 783.0
LPubl	Loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale, RS 170.512
LTC	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications, RS 784.10
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110
LVF	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait, RS 944.3
MBVN	Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen
MünK	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
n. publ.	non publié
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK	Nomos Kommentar
n°	numéro
n ^{os}	numéros
OBLF	Ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, RS 221.213.11
Off. Rec.	United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods ; Vienna, 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York 1991 (https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf)
OGH	Oberste Gerichtshof (Autriche)
OLG	Oberlandesgericht (Allemagne)
p.	page
p. an.	par analogie
Palandt	Beck'sche Kurz-Kommentare (Palandt)
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947, RS 273
pCO-1863	Entwurf. Konkordat über Handels- und Verkehrsrecht, Berne 1863
pCO-1864	Projet de Code de Commerce suisse, Genève 1864 / Entwurf Schweizerisches Handelsrecht, Berne 1864
pCO-1869	Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil und Kaufvertrag. Entwurf 1869, von Walther Munzinger
pCO-1871	Schweizerisches Obligationenrecht. Entwurf 1871, von Walther Munzinger

pCO-1875	Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes. Entwurf bearbeitet nach den Bechlüssen einer Kommission vom 22.-28. Oktober 1869 und vom 6.-13. Oktober 1872, Berne 1875
pCO-1877	Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes. Entwurf bearbeitet nach den Bechlüssen einer Kommission vom 16. bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 7. Oktober 1876, Berne 1877
pCO-1879	Loi fédérale sur les Obligations et le Droit commercial (art. 64 de la Constitution fédérale) – Projet présenté par le Département fédéral de Justice et Police sur la base des délibérations d'une Commission préconsultative, Berne 1879
pCO-1904	Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Fünfter Teil, Das Obligationenrecht. Entwurf von 1904 ausgearbeitet von Eugen Huber
pDCEV	Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD)
PECL	Principles of European Contract Law
PJA	Pratique Juridique Actuelle (Aktuelle Juristische Praxis)
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
pp.	pages
PTArr	Président(e) du Tribunal d'arrondissement
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de Droit suisse (Zeitschrift für Schweizerisches Recht)
REAS	HAVE/REAS – Responsabilité et assurance
recht	recht : Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
Rem. pré.	Remarques préliminaires (à/aux)
rés.	résumé (in)
R.I.D.C.	Revue Internationale de droit comparé
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de Jurisprudence (Schweizerische Juristen-Zeitung)
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins)
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	et suivant(e)
s. l.	sans lieu

s. v.	<i>sub verbo</i>
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJ	La Semaine Judiciaire
ss	et suivant(e)s
Staudinger	Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
StGK	St. Galler Kommentar
Stud. gen.	Studium generale : Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden
Syst. Teil	Systematischer Teil
TAdm	Tribunal administratif (Verwaltungsgericht)
TAF	Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht)
TC	Tribunal cantonal (Obergericht / Kantonsgericht / etc.) [+ abréviation officielle du canton]
TCom	Tribunal de commerce (Handelsgericht)
TDP	Traité de droit privé suisse (Schweizerisches Privatrecht)
TF	Tribunal fédéral (Bundesgericht)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), 2012/C 326/47
th.	thèse
th. hab.	thèse d'habilitation
tit. fin. CC	Titre final du Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
TLFi	Trésor de la langue française informatisé (http://atilf.atilf.fr/)
tr. lib.	traduction libre
tr. pers.	traduction personnelle
trad.	traduit (in)
UCC	Uniform Commercial Code (États-Unis d'Amérique)
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom (Royaume-Uni)
UNIDROIT	Principes UNIDROIT 2010
vol.	volume(s)
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO-AG	Zivilrechtsplegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984 (Loi de procédure civile du canton d'Argovie)
ZPO-SG	Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990 (Loi de procédure civile du canton de St-Gall)
ZPO-ZH	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976 (Loi de procédure civile du canton de Zurich)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Abréviations

ZRG RA

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung

Bibliographie

Commentaires

Zürcher Kommentar

AEPLI Viktor, *Das Erlöschen der Obligationen*, Art. 114-126 OR, Zürcher Kommentar, vol. V/1h/1, Zurich 1991.

BAUMANN Max / DÜRR David / MARTI Arnold / LIEBER Viktor / SCHNYDER Bernhard, Art. 1-7 ZGB. *Einleitung*. – *Mit einer Einführung zu den Artikeln 1-10 von Bernhard Schnyder*, 3^e éd., Zürcher Kommentar, vol. I, Zurich 1998.

BÜHLER Theodor, *Der Agenturvertrag*, Art. 418a-418v OR, Zürcher Kommentar, vol. V/2f, Zurich 2000.

BÜHLER Theodor, *Der Werkvertrag*, Art. 363-379 OR, Zürcher Kommentar, vol. V/2d, Zurich 1998.

EGGER August, *Einleitung*, Art. 1–10; *Das Personenrecht*, Art. 11–89, 2^e éd., Zürcher Kommentar, vol. I, Zurich 1930.

GIRSBERGER Daniel / HEINI Anton / KELLER Max / KREN KOSTKIEWICZ Jolanta / SIEHR Kurt / VISCHER Frank / VOLKEN Paul (édit.), *Zürcher Kommentar zum IPRG – Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*, 2^e éd., Zürcher Kommentar, Bâle / Genève / Zurich 2004.

HAAB Robert / SIMONIUS August / SCHERRER Werner / ZOBL Dieter, *Das Eigentum – Art. 641 bis 729*, 2^e éd., Zürcher Kommentar, vol. IV/I, Zurich 1977.

HIGI Peter, *Die Leihe*, Art. 305-318 OR, 3^e éd., Zürcher Kommentar, vol. V/2b, Zurich 2003.

HIGI Peter, *Die Miete*, Art. 253-265 OR, 3^e éd., Zürcher Kommentar, vol. V/2b, Zurich 1994.

HOCHREUTNER Inge, *Der Verlagsvertrag*, Art. 380-393 OR, 4^e éd., Zürcher Kommentar, vol. V/2e, Zurich 2011.

JÄGGI Peter / GAUCH Peter / HARTMANN Stephan, Art. 18 OR – *Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation*, 4^e éd., Zürcher Kommentar, vol. V/1b, Bâle / Genève / Zurich 2014.

- LIVER Peter, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 bis 792) – Die Grunddienstbarkeiten*, 3^e éd., Zürcher Kommentar, vol. IV/2a/1, Zurich 1980.
- OFTINGER Karl / BÄR Rolf, *Das Fahrnispfand – Art. 884-918, mit ergänzender Darstellung der in Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis*, 3^e éd., Zürcher Kommentar, vol. IV/2c, Zurich 1981.
- OSER Hugo, *Das Obligationenrecht – Art. 1-529*, 1^{re} éd., Zürcher Kommentar, Zurich 1915.
- OSER Hugo / SCHÖNENBERGER Wilhelm, *Das Obligationenrecht : Art. 1-183*, 2^e éd., Zürcher Kommentar, vol. V/1, Zurich 1929.
- OSER Hugo / SCHÖNENBERGER Wilhelm, *Das Obligationenrecht : Art. 184-418*, 2^e éd., Zürcher Kommentar, vol. V/2, Zurich 1936.
- OSER Hugo / SCHÖNENBERGER Wilhelm, *Das Obligationenrecht : Art. 419-529*, 2^e éd., Zürcher Kommentar, vol. V/3, Zurich 1945.
- SCHÖNENBERGER Wilhelm / JÄGGI Peter, *Allgemeine Einleitung, einschl. Internationales Privatrecht – Vorbemerkungen vor Art. 1 OR – Kommentar zu den Art. 1-17 OR*, 3^e éd., Zürcher Kommentar, vol. V/1a, Zurich 1973.
- SCHÖNLE Herbert, *Kauf und Schenkung, Art. 184-191 OR*, 3^e éd., Zürcher Kommentar, vol. V/2a (erste Lieferung), Zurich 1993.
- SCHRANER Marius, *Die Erfüllung der Obligationen – Art. 68-96 OR*, 3^e éd., Zürcher Kommentar, vol. V/1e, Zurich 2000.
- SIEGWART Alfred, *Das Obligationenrecht – Die Personengesellschaften (Art. 530-619)*, Zürcher Kommentar, vol. V/4, Zurich 1938.
- STAEHELIN Adrian, *Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR*, 4^e éd., Zürcher Kommentar, vol. V/2c, Zurich 2006.
- WIELAND Carl, *Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs*, 1^{re} éd., Zürcher Kommentar, Zurich 1909.

Berner Kommentar

BECKER Hermann, *Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR*, 2^e éd., Berner Kommentar, vol. VI/1, Berne 1945.

BECKER Hermann, *Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551 OR*, Berner Kommentar, vol. VI/2, Berne 1934.

BREHM Roland, *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, 4^e éd., Berner Kommentar, Berne 2013.

BUCHER Eugen, *Kommentar zu Art. 27 ZGB*, 3^e éd., Berner Kommentar, vol. I/2/2, Berne 1993.

FELLMANN Walter, *Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR*, Berner Kommentar, vol. VI/2/4, Berne 1992.

FELLMANN Walter / MÜLLER Karin, *Art. 530-544 OR. Die einfache Gesellschaft*, Berner Kommentar, vol. VII/2/8, Berne 2006.

GAUTSCHI Georg, *Besondere Auftrags- und Geschäfts- führungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491*, 2^e éd., Berner Kommentar, vol. VI/2/6, Berne 1962.

GIGER Hans, *Allgemeine Bestimmungen, Der Fahrniskauf – Artikel 184-215 OR*, 2^e éd., Berner Kommentar, vol. VI/2/1/1, Berne 1979.

GIGER Hans, *Der Konsumkredit*, 3^e éd., Berner Kommentar, vol. VI/2/1/1, Berne 2007.

GIGER Hans, *Die Miete, Grundsatzanalyse, Vorbemerkungen und Art. 253-255 OR*, Berner Kommentar, vol. VI/2/1, Berne 2013.

GIOVANOLI Silvio / SCHAETZLE Marc, *Die Bürgschaft, Spiel und Wette, Artikel 492-515 OR, Die Leibrentenvertrag und die Verpfändung, Artikel 516-529 OR*, 2^e éd., Berner Kommentar, vol. VI/2/7, Berne 1978.

GÜNGERICH Andreas (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung – Vol. II : Artikel 150-352 ZPO, Artikel 400-406 ZPO*, Berner Kommentar, Berne 2012.

HAUSHEER Heinz / WALTER Hans Peter (édit.), *Einleitung – Artikel 1-9 ZGB*, Berner Kommentar, vol. I/1, Berne 2012.

KOLLER Alfred, *Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR*, Berner Kommentar, vol. VI/2/3/1, Berne 1998.

KRAMER Ernst, *Inhalt des Vertrages – Kommentar zu den Art. 19-22 OR*, Berner Kommentar, vol. VI/1/2/1a, Berne 1991.

KRAMER Ernst / SCHMIDLIN Bruno, *Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Berner Kommentar, vol. VI/1/1, Berne 1986.

LIVER Peter / MEIER-HAYOZ Arthur / MERZ Hans / JÄGGI Peter / HUBER Hans / FRIEDRICH Hans-Peter / KUMMER Max, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Einleitung, Artikel 1-10 ZGB*, Berner Kommentar, vol. I/1, Berne 1962.

MEIER-HAYOZ Arthur, *Grundeigentum I. Artikel 655-679 ZGB*, 3^e éd., Berner Kommentar, vol. IV/1/2, Berne 1974.

REHBINDER Manfred / STÖCKLI Jean-Fritz, *Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR*, Berner Kommentar, vol. VI/2/2/1, Berne 2010.

REHBINDER Manfred / STÖCKLI Jean-Fritz, *Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR*, Berner Kommentar, vol. VI/2/2/1, Berne 2010.

SCHMIDLIN Bruno, *Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, 2^e éd., Berner Kommentar, Berne 2013.

WEBER Rolf H., *Beziehungen zu dritten Personen, Art. 110-113 OR*, Berner Kommentar, vol. VI/1/6, Berne 2002.

WEBER Rolf H., *Das Darlehen, Art. 312-318 OR*, Berner Kommentar, Berne 2013.

WEBER Rolf H., *Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR*, Berner Kommentar, vol. VI/1/4, Berne 2005.

WEBER Rolf H., *Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR*, Berner Kommentar, vol. VI/1/5, Berne 2000.

Basler Kommentar

HILTY Reto / ARPAGAUS Reto (édit.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Basler Kommentar, Bâle 2013.

HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / GEISER Thomas (édit.), *Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 5^e éd., Basler Kommentar, Bâle 2014.

HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / SCHNYDER Anton K. / BERTI Stephen V. (Édit.), *Internationales Privatrecht*, 3^e éd., Basler Kommentar, Bâle 2013.

HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang (édit.), *Art. 1-529 OR. Obligationenrecht*, 5^e éd., Basler Kommentar, Bâle 2011.

HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang (édit.), *Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*, 6^e éd., Basler Kommentar, Bâle 2015.

SPÜHLER Karl / TENCHIO Luca / INFANGER Dominik (édit.), *Schweizerisches Zivilprozessordnung*, 2^e éd., Basler Kommentar, Bâle 2013.

Commentaire romand

BUCHER Andreas (édit.), *Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Commentaire Romand, Bâle 2011.

PICHONNAZ Pascal / FOËX Bénédicte (édit.), *Code civil I. Art. 1-359 CC*, Commentaire Romand, Bâle 2010.

STAUDER Bernd / FAVRE-BULLE Xavier (édit.), *Droit de la consommation – Loi sur les voyages à forfait ; Code des obligations, articles 40a–40f CO ; Loi sur le crédit à la consommation*, Commentaire Romand, Bâle 2004.

THÉVENOZ Luc / WERRO Franz (édit.), *Code des obligations I. Art. 1-529 CO – Loi sur le crédit à la consommation – Loi sur les voyages à forfait*, 1^{re} éd., Commentaire Romand, Bâle 2003.

THÉVENOZ Luc / WERRO Franz (édit.), *Code des obligations I. Art. 1-529 CO*, 2^e éd., Commentaire Romand, Bâle 2012.

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

AMSTUTZ Marc / ROBERTO Vito / TRÜEB Hans Rüdolf (édit.), *Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse : FusG, UWG, PauRG und KKG*, 3^e éd., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich 2016.

FURRER Andreas / SCHNYDER Anton K. (Édit.), *Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen*, 3^e éd., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, vol. 4, Zurich 2016.

MÜLLER-CHEN Markus / HUGUENIN Claire (édit.), *Vertragsverhältnisse Teil 1 : Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe*, 3^e éd., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, vol. 5, Zurich 2016.

ROBERTO Vito / TRÜEB Hans Rüdolf (édit.), *Personengesellschaften und Aktiengesellschaften (Art. 530-771 OR)*, 3^e éd., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, vol. 7, Zurich 2016.

Autres commentaires

- ACHILLES Wilhelm-Albrecht, *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*, Neuwied / Kriftel / Berlin 2000.
- AUBERT Jean-François / MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Bâle / Genève / Zurich 2003.
- BAMBERGER Heinz Georg / ROTH Herbert (édit.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – §§ 1-610. CISG*, 3^e éd., vol. 1, Munich 2012.
- BIELITZ Gustav Alexander, *Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten*, vol. I, Erfurt 1823 (URL : <https://books.google.ch/books?id=IFxDAAAACAAJ>, dern. consult. le 18 mars 2017).
- BLUNTSCHLI Johann Kaspar, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich : mit Erläuterungen – Forderungen und Schulden*, vol. 3, Zurich 1855.
- BOHNET François / HALDY Jacques / JEANDIN Nicolas / SCHWEIZER Philippe / TAPPY Denis, *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011.
- BONELL Michael Joachim / BIANCA Cesare Massimo (édit.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan 1987.
- BORK Reinhard / ROTH Herbert, *Buch 1 : Allgemeiner Teil, §§ 139-163*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2015.
- BRUDERMÜLLER Gerd / ELLENBERGER Jürgen / GÖTZ Isabell / GRÜNEBERG Christian / HERRLER Sebastian / SPRAU Hartwig / THORN Karsten / WEIDENKAFF Walter / WEIDLICH Dietmar / WICKE Hartmut, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetze*, 76^e éd., Beck'sche Kurz-Kommentare (Palandt), Munich 2017.
- BRUNNER Alexander / GASSER Dominik / SCHWANDER Ivo (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Kommentar*, 2^e éd., 2 vol., St-Gall / Zurich 2016.
- BRUNNER Christoph (édit.), *UN-Kaufrecht – CISG*, 2^e éd., Stämpfli Handkommentar, Berne 2014.
- BÜHLER Alfred / EDELMANN Andreas / KILLER Albert, *Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung – Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984*, 2^e éd., Aarau / Francfort-sur-le-Main / Salzbourg 1998.
- COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI), *Précis de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, New York 2014.

- CORBOZ Bernard / WURZBURGER Alain / FERRARI Pierre / FRÉSARD Jean-Maurice / AUBRY GIRARDIN Florence, *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Berne 2014.
- DAUNER-LIEB Barbara / LANGEN Werner (édit.), *BGB Schuldrecht, §§ 241-610*, 3^e éd., Nomos Kommentar, vol. 2/1, Baden-Baden 2016.
- DOUVILLE Thibault (édit.), *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article – Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Issy-les-Moulineaux 2016.
- DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4^e éd., Bâle 2005.
- EHRENZELLER Bernhard / SCHINDLER Benjamin / SCHWEIZER Rainer J. / VALLENDER Klaus A. (Édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, 3^e éd., St. Galler Kommentar, St. Gall / Zurich 2014.
- ERMAN Walter / WESTERMANN Harm Peter (édit.), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7^e éd., 2 vol., Münster 1981.
- ERMAN Walter / WESTERMANN Harm Peter / GRUNEWALD Barbara / MAIER-REIMER Georg (édit.), *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBG, VersAusglG und WEG*, 14^e éd., 2 vol., Cologne 2014.
- FRANK Richard / STRÄULI Hans / MESSMER Georg, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung – Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976 : mit einem Anhang zu verfahrensrechtlichen Bestimmungen des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes*, 3^e éd., Zurich 1997.
- FUNK Fritz, *Handkommentar des Obligationenrechtes – Art. 1-530*, Aarau 1928.
- HAUSHEER Heinz / JAUN Manuel, *Die Einleitungsartikel des ZGB – Art. 1-10 ZGB*, Stämpflis Handkommentar, Berne 2003.
- HEIDEL Thomas / HÜBTEGE Rainer / MANSEL Heinz-Peter / NOACK Ulrich (édit.), *BGB Allgemeiner Teil, §§ 1-240, EGBGB*, 3^e éd., Nomos Kommentar, vol. 1, Baden-Baden 2016.
- HERBER Rolf / CZERWENKA Beate, *Internationales Kaufrecht : Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, Munich 1991.
- HONSELL Heinrich (édit.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht – Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, 2^e éd., Berlin / Heidelberg 2009.

- HUGUENIN Claire / HILTY Reto (édit.), *Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020, Projet relatif à une nouvelle partie générale*, Bâle / Genève / Zurich 2013.
- JUNG Peter / SPITZ Philippe (édit.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 2^e éd., Stämpfli Handkommentar, Berne 2016.
- VON KIRCHSTETTER Ludwig, *Commentar zum oesterreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche mit vorzüglicher Berücksichtigung des gemeinen deutschen Privatrechts*, 2^e éd., Leipzig / Vienne 1872 (URL : <https://books.google.ch/books?id=aYRUAAAACAAJ>, dern. consult. le 18 mars 2017).
- KOZIOL Helmut / BYDLINSKI Peter / BOLLENBERGER Raimund (édit.), *Kurzkomentar zum ABGB – Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz und Europäisches Vertragsstatutübereinkommen*, 2^e éd., Vienne 2007.
- KRÖLL Stefan / MISTELIS Loukas / PERALES VISCASILLAS Pilar (édit.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Munich 2011.
- KRÜGER Wolfgang / WESTERMANN Harm Peter (édit.), *Schuldrecht, Besonderer Teil §§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG*, 6^e éd., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. 3, Munich 2012.
- LEUCH Georg / MARBACH Omar / KELLERHALS Franz / STERCHI Martin, *Die Zivilprozessordnung führungsverhältnisse den Kanton Bern : Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse*, 5^e éd., Berne 2000.
- MAGNUS Ulrich, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, 16^e éd., Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2012.
- NEUMAYER Karl H. / MING Catherine, *Convention de Vienne sur les contrats de vente de marchandises – Commentaire*, Lausanne 1993.
- OBERHAMMER Paul / DOMEJ Tanja / HAAS Ulrich (édit.), *ZPO*, 2^e éd., Kurzkomentar, Bâle 2014.
- RIEBLE Volker / SCHWARZE Roland, *Buch 2 : Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht 2)*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2015.
- RUMMEL Peter / LUKAS Meinhard (édit.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit wichtigen Nebengesetzen und EU-Verordnungen – Teilband §§ 859-916 ABGB (Vertragsrecht)*, 4^e éd., Vienne 2014.

- SÄCKER Franz Jürgen / RIXECKER Roland / OETKER Hartmut / LIMPERG Bettina (édit.), *Schuldrecht, Allgemeiner Teil §§ 241-432*, 7^e éd., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. 2, Munich 2016.
- SCHLECHTRIEM Peter / SCHWENZER Ingeborg (édit.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 6^e éd., Bâle / Munich 2013.
- SCHMIDT-KESSEL Martin (édit.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Kommentar*, Munich 2014.
- SCHNEIDER Albert / FICK Heinrich, *Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911 – Titel 1–22 mit leicht faßlichen Erläuterungen*, Zurich 1911.
- SCHULZE Reiner (édit.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Baden-Baden 2012.
- SCHWENZER Ingeborg (édit.), *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4^e éd., Oxford 2016.
- SCHWIMANN Michael (édit.), *ABGB Taschenkommentar – mit EheG, EPG, KSchG, ASVG und EKHG*, 3^e éd., Vienne 2015.
- SOERTEL Hans-Theodor / SIEBERT Wolfgang (édit.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Allgemeiner Teil 2 §§ 104-240*, 13^e éd., vol. 2, Stuttgart / Berlin / Köln 1999.
- STOFER Hellmut, *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag*, 2^e éd., Bâle / Stuttgart 1972.
- STREIFF Ullin / VON KAENEL Adrian / RUDOLPH Roger, *Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7^e éd., Bâle / Genève / Zurich 2012.
- SUTTER-SOMM Thomas / HASENBÖHLER Franz / LEUENBERGER Christoph (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e éd., Bâle / Genève / Zurich 2016.
- VOGENAUER Stefan (édit.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2^e éd., Oxford 2015.
- WITZ Wolfgang / SALGER Hanns-Christian / LORENZ Manuel, *International Einheitliches Kaufrecht: Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG*, 2^e éd., Francfort-sur-le-Main 2016.

Monographies, articles et autres ouvrages

- ABEGG Andreas, *Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts – ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit*, th. Fribourg, Bâle / Genève / Zurich 2004.
- AEBI-MABILLARD Jessica, *La rémunération de l'architecte*, th. Fribourg, Zurich 2015.
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Second) – Contracts 2d, Volume 1, §§ 1–177*, St-Paul 1981.
- AMSTUTZ Marc / ABEGG Andreas / KARAVAS Vaios, *Soziales Vertragsrecht – Eine rechtsevolutorische Studie*, Bâle 2006.
- ANDEREGG Karl, *Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht*, th., Berne 1943.
- ARISTOTE, *Les Topiques, Organon*, vol. 5, Paris 1967–2007 (traduction par Jacques BRUNSCHWIG).
- ARNDTs Ludwig, *Lehrbuch der Pandekten*, 9^e éd., Stuttgart 1877.
- ARNET Ruth, *Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss – Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit*, th. hab. Bâle, Berne 2008.
- ATIYAH Patrick Selim, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979.
- AUDARD Catherine, *Qu'est-ce que le libéralisme ? – Éthique, politique, société*, Paris 2009.
- AUDIT Bernard, *La vente internationale de marchandises : convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris 1990.
- AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse – Volume I : L'Etat – Volume II : Les droits fondamentaux*, 3^e éd., 2 vol., Berne 2013.
- BALDUS Christian, *Römische Privatautonomie*, in : AcP 2010 pp. 2–31.
- VON BAR Christian / CLIVE Eric / SCHLUTE-NÖLKE Hans (édit.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009 (URL : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, dern. consult. le 18 mars 2017).
- BÄR Rolf, *Praxisänderung und Rechtssicherheit*, in : FORSTMOSER Peter / SCHLUEP Walter R. (Édit.), *Freiheit und Verantwortung im Recht – Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, Berne 1982, pp. 1–26.

- BARBEY Richard, *Les contrats informatiques*, in : SJ 1987 pp. 289–320.
- BAUDENBACHER Carl, *Wirtschafts-, Schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Zurich 1984.
- BÉGUELIN Edouard, *Contrat (Conditions générales) – Éléments nécessaires*, Fiches juridiques suisses n°114, Genève 1941.
- BEKKER Ernst Immanuel, *System des heutigen Pandektenrechts*, 2 vol., Weimar 1886–1889.
- BELSER Eva Maria, *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*, th., Fribourg 2000.
- BENÖHR Hans-Peter, *Der Dresdner Entwurf von 1866 und das schweizerische Obligationenrecht von 1881 – Motivationen der Redaktoren und Lösungen in den Kodifikationen*, in : PETER Hans / STARK Emil W. / TERCIER Pierre (édit.), *Le centenaire du code des obligations – Mélanges édités au nom des Facultés suisses de droit*, Fribourg 1982, pp. 57–89.
- BERGER Bernhard, *Allgemeines Schuldrecht*, 2^e éd., Berne 2012.
- VON BERTALANFFY Ludwig, *Théorie générale des systèmes*, Paris 1973 (traduction par Jean Benoît CHABROL de l'ouvrage paru sous le titre *General System Theory*, New York 1968).
- BESSON Samantha, *L'égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers*, th., Fribourg 1999.
- BLUMER Maja, *Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht)*, Traité de droit privé suisse, vol. VII/3, Bâle 2012.
- BORK Reinhard, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 4^e éd., Tubingue 2016.
- BORNEMANN Friedrich Wilhelm Ludwig, *Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts*, 2^e éd., 6 vol., Berlin 1842–1845.
- BOSSHART Fritz, *L'interprétation des contrats*, th. Genève, Zurich 1939.
- BRADGATE Robert, *Formation of Contracts*, in : FURMSTON Michael (édit.), *The Law of Contract*, 4^e éd., Butterworths Common Law Series, Londres 2010, pp. 255–645.
- BROGGINI Gerardo, *Ordine pubblico e norme imperative quali limiti alla libertà contrattuale in diritto svizzero*, in : FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG (édit.), *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönnenberger offerts à l'occasion de son 70^e anniversaire le 21 septembre 1968*, Fribourg 1968, pp. 93–119.

BRULHART Vincent, *Droit des assurances privées*, Berne 2008.

BUCHER Eugen, *Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen – Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze*, in : FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG (édit.), *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, pp. 249–269 (cité : *Dispositives Recht*).

BUCHER Eugen, *Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages*, in : BUCHER Eugen / SALADIN Peter (édit.), *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Berne / Stuttgart 1979, pp. 169–195 (cité : *Vorvertrag*).

BUCHER Eugen, *Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht : Wo stehen wir heute im Vertragsrecht ?*, in : RDS 1983 II pp. 251–383 (cité : *Hundert Jahre*).

BUCHER Eugen, *Preisvereinbarung als Voraussetzung der Vertragsgültigkeit beim Kauf – Zum angeblichen Widerspruch zwischen Art. 14 und Art. 55 des « Wiener Kaufrechts »*, in : STURM Fritz (édit.), *Mélanges Paul Piotet*, Berne 1990, pp. 371–408 (cité : *Preisvereinbarung*).

BUCHER Eugen, « *Schuldverhältnis* » des BGB : ein Terminus – drei Begriffe – 140 Jahre Wanderung eines Wortes durch die Institutionen, und wie weiter ?, in : BUCHER Eugen / CANARIS Claus-Wilhelm / HONSELL Heinrich / KOLLER Thomas (édit.), *Norm und Wirkung : Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive – Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, Berne 2005, pp. 93–139 (cité : *Schuldverhältnis*).

BUCHER Eugen, *Schweizerisches Obligationenrechts – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2^e éd., Zurich 1988 (cité : AT).

BÜHLER Theodor, *Eine Lanze für die gesetzlichen Vertragstypen*, in : TERCIER Pierre / AMSTUTZ Marc / KOLLER Alfred / SCHMID Jörg / STÖCKLI Hubert (édit.), *Gauchs Welt – Recht, Vertragsrecht und Baurecht – Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Bâle / Genève / Zurich 2004, pp. 371–377.

BURCKHARDT Walther, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2^e éd., Zurich 1944 (cité : *Organisation*).

BURCKHARDT Walther, *Methode und System des Rechts*, Zurich 1936 (cité : *Methode*).

VON BÜREN Bruno, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, Zurich 1964.

BURRI Christoph, *Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags – Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen*, th. Fribourg, Bâle / Genève / Zurich 2010.

- BÜSCHER Andreas, *Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen*, th. Fribourg, Bâle / Genève / Zurich 2015.
- BYDLINSKI Franz, *Das allgemeine Vertragsrecht*, in : DORALT Peter (édit.), *Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht – Referate und Diskussionen des Symposiums in Baden bei Wien, 17.–19. April 1983*, Vienne 1985, pp. 57–90 (cité : *UN-Kaufrecht*).
- BYDLINSKI Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2^e éd., Vienne / New York 1991 (cité : *Methodenlehre*).
- BYDLINSKI Franz, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Vienne 1967 (cité : *Privatautonomie*).
- CARBONARA Antonio, *Privatautonomie und Vertragsschluss*, in : *Vertrauen – Vertrag – Verantwortung – Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag*, Bâle / Genève / Zurich 2007, pp. 85–105.
- CARONI Pio, *(De)Kodifikation : wenn historische Begriffe ins Schleudern geraten*, in : MALÝ Karel V. / CARONI Pio (édit.), *Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung*, Prague 1998, pp. 31–47 (cité : *(De)Kodifikation*).
- CARONI Pio, *«Privatrecht» – Eine sozialhistorische Einführung*, 2^e éd., Bâle / Francfort-sur-le-Main 1999 (cité : *Privatrecht*).
- CARONI Pio, *Privatrecht im 19. Jahrhundert – Eine Spurensuche*, *Traité de droit privé suisse*, vol. I/1, Bâle 2015 (cité : *19. Jahrhundert*).
- CAVIN Pierre, *La promesse de contracter – Conférence présentée le 10 janvier 1961 à la société genevoise de droit et de législation*, in : SJ 1970 pp. 321–335 (cité : *Promesse*).
- CAVIN Pierre, *Vente, échange, donation*, *Traité de droit privé suisse*, vol. VII/1, Fribourg 1978 (cité : *TDP*).
- CHAIX François, *Le contrat de sous-traitance en droit suisse – Limites du principe de la relativité des conventions*, th. Genève, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1995.
- CHAPPUIS Christine, *Le texte clair du contrat*, in : KELLERHALS Jean / MANAÏ Dominique / ROTH Robert (édit.), *Pour un droit pluriel – Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève / Bâle / Munich 2002, pp. 3–22.
- CHAPUIS Olivier, *Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat – Le régime de responsabilité applicable à la violation des devoirs accessoires découlant d'un contrat et notamment à la violation des devoirs de protection*, th. Neuchâtel, Bâle 2005.

- CHARMATZ Hans, *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen – Mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge*, Vienne 1937.
- COING Helmut, *A Typical Development in th Roman Law of Sales*, in : SIMON Dieter (édit.), *Helmut Coing – Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht, 1947-1975*, Francfort-sur-le-Main 1982, pp. 61–74 (cité : *Development*).
- COING Helmut, *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in : ZRG RA 1952 pp. 24–59 (cité : *Aristoteles*).
- CORBIN Arthur Linton / PERILLO Joseph M., *Corbin on Contracts*, 2^e éd., St-Paul 1993.
- CORBISIER Isabelle, *La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Réflexions comparatives*, in : R.I.D.C. 1988 pp. 767–831.
- CORBOZ Bernard, *La réception du contrat par le juge : la qualification, l'interprétation et le complètement*, in : BELLANGER François / CHAIX François / CHAPPUIS Christine / HÉRITIER LACHAT Anne (édit.), *Le contrat dans tous ses états – Publication de la société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la semaine judiciaire*, Berne 2004, pp. 269–287.
- CROME Carl, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Tubingue / Leipzig 1900–1912.
- VON DER CRONE Hans Caspar, *Rahmenverträge – Vertragsrecht, Systemthorie, Ökonomie*, th. hab., Zurich 1993.
- VAN DEN DAELE Wolfgang, *Probleme des gegenseitigen Vertrages – Untersuchungen zur Äquivalenz gegenseitiger Leistungspflichten*, th., Hambourg 1968.
- DASSER Felix, *Vertragsrecht ohne Vertragstypenrecht ?*, in : HONSELL Heinrich / PORTMANN Wolfgang / ZÄCH Roger / ZOBL Dieter (édit.), *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts – Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*, Zurich 2003, pp. 207–216 (cité : *FS Rey*).
- DASSER Felix, *Vertragstypenrecht im Wandel – Konsequenzen mangelnder Abgrenzbarkeit der Typen*, th. hab. Zurich, Zurich / Baden-Baden 2000 (cité : *Wandel*).
- DERNBURG Heinrich / SOKOLOWSKI Paul, *System des Römischen Rechts – Der Pandekten*, 2 vol., Berlin 1911–1912.
- DEROUSSIN David, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., Paris 2012.
- DESCHENAUX Henri, *La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral – Étude critique de la jurisprudence*, Fribourg 1948 (cité : *Fait et droit*).

- DESCHENAUX Henri, *Le titre préliminaire du code civil*, II/10^e éd., *Traité de droit privé suisse*, Fribourg 1969 (cité : TDP).
- DOMAT Jean, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, 2^e éd., 2 vol., Paris 1695 (URL : <https://books.google.ch/books?id=6JFXAAAACAAJ>, dern. consult. le 18 mars 2017).
- DONATIELLO Giuseppe, *Prescription des droits du travailleur exposé à l'amiante*, in : RDS 2015 I pp. 281–311.
- DU PASQUIER Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 6^e éd., Lausanne / Paris 1988.
- DUBS Hans, *Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen*, in : SOCIÉTÉ SUISSE DES JURISTES (édit.), *L'art de légiférer – Centenaire de la Constitution fédérale, 1874-1874, Recueil des travaux présentés au Congrès des juristes suisses 1974*, Bâle 1974, pp. 223–247.
- DUVANEL Laurent, *La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain*, th., Lausanne 2004.
- EBENROTH Carsten Thomas, *Internationale Vertragsgestaltung im Spannungsverhältnis zwischen ABGB, IPR-Gesetz und UN-Kaufrecht*, in : JBI 1986 pp. 681–695.
- EGGER August, *Die Freiheitsidee in der Gegenwart*, in : HUG Walther (édit.), *August Egger – Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, vol. I, Zurich 1957, pp. 29–54 (cité : *Freiheitsidee*).
- EGGER August, *Grundsätze der Vertragsauslegung*, in : HUG Walther (édit.), *August Egger – Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, vol. II, Zurich 1957, pp. 103–107 (cité : *Vertragsauslegung*).
- EMMENEGGER Susan, *Feministische Kritik des Vertragsrecht – Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht*, th., Fribourg 1999.
- ENDEMANN Friedrich, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin 1899.
- ENGEL Pierre, *Contrats de droit suisse – Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés*, 2^e éd., Berne 2000 (cité : *Contrats*).
- ENGEL Pierre, *Épingles, donatifs et douceurs ou de l'art des arrhes au nectar des pots-de-vin*, in : *Mélanges Jean-Pierre Sortais*, Bruxelles 2002, pp. 145–154 (cité : *Épingles*).

- ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse – Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne 1997 (cité : *Obligations*).
- ENGERT Andreas, *Regelungen als Netzgüter – Eine Theorie der Rechtsvereinheitlichung im Vertragsrecht*, in : AcP 2013 pp. 321–365.
- ESSER Josef / SCHMIDT Eike, *Schuldrecht – Band I. Allgemeiner Teil. Teilband 1. Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen. Ein Lehrbuch*, 8^e éd., Heidelberg 1995.
- EUGSTER Richard, *Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechtes vom Jahre 1883*, th. Zürich, Weida 1926.
- EVENSKY Jerry, *Adam Smith's Wealth of Nations – A Reader's Guide*, New York 2015.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations – 1, Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris 2016.
- FARNSWORTH E. Allan, *Farnsworth on Contracts*, 3^e éd., New York 2004.
- FAVRE Antoine, *Essai sur la cause des obligations en droit suisse*, th. Fribourg, St-Maurice 1927.
- FELLMANN Walter, *Der Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR – «Vollstreckungstheorie» oder «Erfüllungstheorie»*, in : recht 1993 pp. 109–118.
- FIKENTSCHER Wolfgang, *Law and Anthropology*, 2^e éd., Munich 2016.
- FLUME Werner, *Das Rechtsgeschäft*, 4^e éd., Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, vol. 2, Berlin / Heidelberg 1992.
- FONTAINE Marcel, *Le processus de formation du contrat dans tous ses états*, in : BELLANGER François / CHAIX François / CHAPPUIS Christine / HÉRITIER LACHAT Anne (édit.), *Le contrat dans tous ses états – Publication de la société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la semaine judiciaire*, Berne 2004, pp. 227–255.
- FORNAGE Anne-Christine, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant – Etude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand*, th. Fribourg, Berne 2011.
- FORSTMOSER Peter / VOGT Hans-Ueli, *Einführung in das Recht*, 5^e éd., Berne 2012.
- FRÖDE Christian, *Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Geschäftsfähigkeit*, th. Passau, Tübingen 2012.
- FUHRER Stephan, *Aufpassen beim Anpassen – Möglichkeiten und Grenzen der einseitigen Änderung von Versicherungsverträgen*, in : HONSELL Heinrich / PORTMANN Wolf-

- gang / ZÄCH Roger / ZOBL Dieter (édit.), *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts – Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*, Zurich 2003, pp. 409–425.
- GABELLON Adrien, *Le précontrat – Développements et perspectives*, th. Fribourg, Bâle / Genève / Zurich 2014.
- GAIUS, *Institutes*, Paris 1950 (traduction par Julien REINACH).
- GAUCH Peter, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge*, in : GAUCH Peter / SCHMID Jörg (édit.), *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert – Symposium zum Schweizerischen Privatrecht*, Zurich 2001, pp. 209–244 (cité : *Auslegung*).
- GAUCH Peter, *Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge*, in : HARRER Friedrich / PORTMANN Wolfgang / ZÄCH Roger (édit.), *Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme – Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag*, Zurich 2002, pp. 3–27 (cité : *Vertragstypenrecht*).
- GAUCH Peter, *Der vernünftige Mensch – ein Bild aus dem Obligationenrecht*, in : STEINAUER Paul-Henri (édit.), *L'image de l'homme en droit / Das Menschbild im Recht – Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg*, Fribourg 1990, pp. 177–203 (cité : *Vernünftige Mensch*).
- GAUCH Peter, *Der Werkvertrag*, 5^e éd., Bâle / Genève / Zurich 2011 (cité : *Werkvertrag*).
- GAUCH Peter, « *Modifizierte* » *Teilnichtigkeit* – *Anmerkungen zu BGE 107 II 216 ff.*, in : *recht* 1983 pp. 95–100 (cité : *Teilnichtigkeit*).
- GAUCH Peter, *Vertrag und Parteiwille*, in : PETER Hans / STARK Emil W. / TERCIER Pierre (édit.), *Le centenaire du code des obligations – Mélanges édités au nom des Facultés suisses de droit*, Fribourg 1982, pp. 343–368 (cité : *Parteiwille*).
- GAUCH Peter, *Vom Formzwang des Grundstückkaufes und seinem Umfang – Ausdehnung auf eine "Architektenverpflichtung" des Käufers und auf konnexe Werkverträge ? Ein Urteil des Luzerner Obergerichts (LGVE 1985 I, Nr. 12) und eine Weisung der Luzerner Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen (LGVE 1985 I, Nr. 13)*, in : *DC* 1986 p. 80 (cité : *Formzwang*).
- GAUCH Peter, *Von den wesentlichen Vertragspunkten*, in : *recht* 1991 pp. 45–52 (cité : *Vertragspunkten*).
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter, *Zum « Reinen Auslegungsstreit » – Eine Klarstellung*, in : *RSJ* 1982 pp. 230–232 (cité : *Auslegungsstreit*).
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter / SCHMID Jörg (vol. 1) / EMMENEGGER Susan (vol. 2), *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 10^e éd., 2 vol., Bâle / Genève / Zurich 2014.

- GENNER Susanne, *Dekodifikation – Zur Auflösung der kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht*, th. Berne, Bâle 2006.
- GERNHUBER Joachim, *Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*, Handbuch des Schuldrechts, Tubingue 1989.
- GIGER Hans, *Geldleistung als vertragstypenbestimmender Faktor – Zur Umformung des Abzahlungsvertragsbegriffs im zeitalter der zweiten industriellen Revolution*, in : KELLER Max (édit.), *Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts – Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger*, Zurich 1969, pp. 63–86 (cité : *Geldleistung*).
- GIGER Hans, *Grundsätzliches zum richterlichen Eingriff in den Vertrag*, in : RSJB 1969 pp. 309–333 (cité : *Eingriff*).
- GIGER Hans, *Rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von der Bestimmbarkeit vertraglicher Leistungen*, in : *In Dubio Pro Libertate – Ausgewählte Schriften über Rechts- und Ordnungspolitik im Bereich von Wirtschaft und Konsum vom Professor Hans Giger, Universität Zurich*, Festgabe zum 65. Geburtstag, Berne 1994, pp. 487–531 (cité : *Bestimmbarkeit*).
- GIRARD Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris 1929.
- VON GLÜCK Christian Friedrich, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – ein Commentar für meine Zuhörer*, vol. IV/1, Erlangen 1796.
- GONZENBACH Rainer, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, th. Berne, s. l., 1987.
- GRISEL Etienne, *Liberté économique – Libéralisme et droit économique en Suisse*, Berne 2006.
- GRONER Roger, *Beweisrecht – Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht*, Berne 2011.
- GUGGENHEIM Daniel, *Le droit suisse des contrats, Principes généraux – La conclusion des contrats*, vol. 1, Genève 1991.
- GUHL Theo, *Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen während des verflissenen Jahrhunderts*, in : *Cent ans de droit suisse – Don du jubilé*, Bâle 1952, pp. 141–172.
- GUHL Theo / KOLLER Alfred / SCHNYDER Anton K. / DRUEY Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht – mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9^e éd., Zurich 2000.
- GULDENER Max, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich 1979.

- GYSIN Arnold, *Der rechtsgeschäftliche Prinzipienstreit*, in : RSJB 1929 pp. 193–217.
- HABERSTICH Johann, *Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts*, 2 vol., Zurich 1884–1887 (URL : <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22149629%22>, dern. consult. le 18 mars 2017).
- HABSCHEID Walther, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht – Ein Lehrbuch seiner Grundlagen*, 2^e éd., Bâle 1990.
- HÄFELIN Ulrich / HALLER Walter / KELLER Helen, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8^e éd., Zurich 2012.
- HARTMANN Stephan, *Die Rückabwicklung von Schuldverträgen – Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln*, th. hab. Lucerne, Zurich 2005.
- HARVEY Caroline / SCHELLIG Michael, *Conclusion of Contract*, in : DANNEMANN Gerhard / VOGNAUER Stefan (édit.), *The Common European Sales Law in Context – Interactions with English and German Law*, Oxford 2013, pp. 248–293.
- HECK Philipp, *Grundriß des Schuldrechts*, Tubingue 1929.
- HEDINGER Martin, *Grundlegung zu einem System des Vertragsrechtes*, Berne 1989.
- HEMPEL Carl G. / OPPENHEIM Paul, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik – Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, Leiden 1936.
- HERZ Wilhelm, *Die Bedeutung der Form des Formalgeschäfts nach deutschem und schweizerischem Recht*, th. Bâle, s. l., 1934.
- HERZOG Nicolas, *Der Vorvertrag in schweizerischen und deutschen Schuldrecht*, th., Zurich 1999.
- HEYDE Erich Johannes, *Typus. Ein Beitrag zur Typologie*, in : Stud. gen. 1952 pp. 235–247.
- HIRSCH Laurent, *Les critères de la conclusion du contrat*, in : HÉRITIER LACHAT Anne / HIRSCH Laurent (édit.), *De lege ferenda – Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, Genève 2004, pp. 333–339.
- HÖHN Ernst, *Die Bedeutung der Verfassung für die Auslegung der Gesetze*, in : HALLER Walter / KÖLZ Alfred / MÜLLER Georg / THÜRER Daniel (édit.), *Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag*, Zurich 1989, pp. 257–274 (cité : *Bedeutung der Verfassung*).
- HÖHN Ernst, *Praktische Methodik der Gesetzesauslegung*, Zurich 1993 (cité : *Methodik*).

- HÖLDER Eduard, *Pandekten – Allgemeine Lehren mit Rücksicht auf den Civilgesetzentwurf*, Freiburg in Breisgau 1891.
- VON HOLZSCHUHER Rudolf, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, 3 vol., Leipzig 1863–1864 (URL : <http://dlib-pr.mpij.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22156748%22>, dern. consult. le 18 mars 2017).
- HONNOLD John O. / FLECHTNER Harry M., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4^e éd., Alphen aan den Rijn 2009.
- HONSELL Heinrich, *100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht*, in : RDS 2011 II pp. 5–115 (cité : *100 Jahre*).
- HONSELL Heinrich, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 9^e éd., Berne 2010 (cité : *BT*).
- HONSELL Heinrich, *Willenstheorie oder Erklärungstheorie?*, in : FORSTMOSER Peter / HONSELL Heinrich / WIEGAND Wolfgang (édit.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis – Festschrift für Hans Peter Walter – Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht*, Berne 2005, pp. 335–350 (cité : *Willenstheorie*).
- HUBER Eugen, *Recht und Rechtsverwirklichung – Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, Bâle 1925 (cité : *Rechtsverwirklichung*).
- HUBER Eugen, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch : Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, vol. 1, Berne 1914 (cité : *Erläuterungen*).
- HUBER Eugen, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, 4 vol., Bâle 1886–1893 (cité : *System*).
- HUBER Ulrich, *Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge*, in : *RabelsZ* 1979 pp. 413–526 (cité : *UNCITRAL-Entwurf*).
- HUGUENIN Claire, *Nichtigkeit und Verbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel – Eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR, th.*, Berne 1984 (cité : *Nichtigkeit*).
- HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2^e éd., Genève / Bâle / Zurich 2014 (cité : *OR*).
- HUNTER Howard O., *Modern Law of Contracts*, 2^e éd., vol. 1, Singapore / Franklin (Tennessee) 2016.
- HÜRLIMANN Roland, *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, th.*, Fribourg 1984.

- HUSMANN David / ALIOTTA Massimo, *Zeit heilt nicht alle Wunden – Zur verjährungsrechtlichen Problematik bei Personenschäden durch Asbest*, in : REAS 2010 pp. 128–134.
- JÄGGI Peter, *Vertrauensprinzip und Gesetz*, in : GAUCH Peter / SCHNYDER Bernhard (édit.), *Privatrecht und Staat – Gesammelte Aufsätze*, Zurich 1976, pp. 149–163 (cité : *Vertrauensprinzip*).
- JÄGGI Peter, *Von der atypischen Aktiengesellschaft*, in : GAUCH Peter / SCHNYDER Bernhard (édit.), *Privatrecht und Staat – Gesammelte Aufsätze*, Zurich 1976, pp. 251–267 (cité : *Aktiengesellschaft*).
- JEANPRÊTRE Raymond, *Note sur l'ATF 100 II 330*, in : JdT 1975 I pp. 610–614.
- JOLIDON Pierre, *Problèmes de structure dans le droit des sociétés – Portée et limites de la théorie des types*, in : RDS 1968 II pp. 427–567.
- JUNG Ute, *Die Einigung über die "essentialia negotii" als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages*, in : JuS 1999 pp. 28–32.
- KAHN Philippe, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, in : R.I.D.C. 1980 pp. 951–986.
- KAROLLUS Martin, *UN-Kaufrecht – Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis*, Vienne / New York 1991.
- KASER Max, *Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt : Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht – Zweiter Abschnitt : Die Nachklassischen Entwicklungen*, 2^e éd., 2 vol., Munich 1971–1975.
- KELLER Ernst, *Der Vorbehalt von Nebenpunkten beim Vertragsabschlusse – Art. 2, Abs. 1 und 2 OR*, th. Zurich, Aarau 1943 (cité : *Vorbehalt*).
- VON KELLER Friedrich Ludwig, *Pandekten*, 2 vol., Leipzig 1866 (cité : *Pandekten*).
- KELLER Max, *Der Vertragswille im Obligationenrecht*, in : RSJ 1962 pp. 365–371 (cité : *Vertragswille*).
- KELLER Max, *Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge*, in : RSJ 1961 pp. 313–322 (cité : *Auslegung*).
- KELLER Max, *Die Theorie des sog. «Reinen Auslegungstreites»*, in : RSJ 1982 pp. 126–128 (cité : *Auslegungstreit*).
- KELLER Max / SCHÖBI Christian, *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, 3^e éd., Das Schweizerische Schuldrecht, vol. I, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1988.

- KEYNES John Maynard, *The End of Laissez-Faire* (1926), in : JOHNSON Elizabeth / MCGRIDGE Donald (édit.), *The Collected Writings of John Maynard Keynes – Essays in Persuasion*, vol. 9, Cambridge 1978, pp. 272–294.
- KLAUSBERGER Kurt, *Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht – Typologie, Wesentlichkeit und Abgrenzungen (auch zu verwandten Tatbeständen)*, th., Zurich 1989.
- KLETT Kathrin, *Vertragsrecht und dispositives Gesetzesrecht*, in : TERCIER Pierre / AMSTUTZ Marc / KOLLER Alfred / SCHMID Jörg / STÖCKLI Hubert (édit.), *Gauchs Welt – Recht, Vertragsrecht und Baurecht – Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Bâle / Genève / Zurich 2004, pp. 459–468.
- KNOBEL Ulrike, *Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit*, th. Erlangen-Nürnberg, Berlin 2000.
- KOLLER Alfred, *Dienstleistungsverträge – Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen*, in : PJA 2014 pp. 1627–1634 (cité : *Dienstleistungsverträge*).
- KOLLER Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3^e éd., Berne 2009 (cité : AT).
- KOLLER Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil – Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-318 OR*, vol. 1, Berne 2012 (cité : BT I).
- KOLLER Arnold, *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*, th., Fribourg 1967 (cité : *Typuslehre*).
- KOLLER Thomas, *Art. 8 UWG : Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB*, in : PJA 2014 pp. 19–39 (cité : 8 UWG).
- KOLLER Thomas, *Die sozial sensiblen Bereiche des Vertragsrechts in der schweizerischen Zivilrechtskodifikation*, in : MALÝ Karel V. / CARONI Pio (édit.), *Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung*, Prague 1998, pp. 49–90 (cité : *Sensiblen Bereiche*).
- KRAMER Ernst, *Die « Krise » des liberalen Vertragsdenkens*, in : *Zur Theorie und Politik des Privat- und Wirtschaftsrechts – Beiträge aus den Jahren 1969-1996*, Bâle 1997, pp. 69–123 (cité : *Krise*).
- KRAMER Ernst, *Die Lebenskraft des schweizerischen Obligationenrecht*, in : RDS 1983 I pp. 241–276 (cité : *Lebenskraft*).
- KRAMER Ernst, *Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftsperspektiven der Innominatverträge*, in : KRAMER Ernst A. (Édit.), *Neue Vertragsformen der Wirtschaft : Leasing, Factoring, Franchising*, 2^e éd., Berne 1992, pp. 23–45 (cité : *Innominatverträge*).

KRAMER Ernst, *Grundfragen der vertraglichen Einigung – Konsens, Dissens und Erklärungsirrtum als dogmatische Probleme des österreichischen, schweizerischen und deutschen Vertragsrechts*, th. hab. Salzburg, Munich / Salzburg 1972 (cité : *Einigung*).

KRAMER Ernst, *Juristische Methodenlehre*, 4^e éd., Berne 2013 (cité : *Methodenlehre*).

KRAMER Ernst, *Konsensprobleme im Rahmen des UN-Kaufrechts*, in : FISCHER-CZERMAK Constanze / KLETEČKA Andreas / SCHAUER Martin / ZANKL Wolfgang (édit.), *Festschrift Rudolf Welsler zum 65. Geburtstag*, Vienne 2004, pp. 539–558 (cité : *Konsensprobleme*).

KRAMER Ernst, *Literatur Besprechungen. Dasser Felix : Vertragstypenrecht im Wandel*, in : RSJ 2002 pp. 26–27 (cité : *Rezension Dasser*).

KRAMER Ernst, *Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts*, in : RDS 2005 I pp. 421–433 (cité : *Privatrechtskodifikationen*).

KRAMER Ernst / PROBST Thomas / PERRIG Roman, *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Berne 2016.

KRAUSKOPF Patrick, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, th., Fribourg 2000.

KREN KOSTKIEWICZ Jolanta, *Das Verhältnis zwischen dem engsten Zusammenhang und der charakterischen Leistung (Art. 117 Abs. 1 und 2 IPRG) – dargestellt anhand ausgewählter Innominatverträge*, in : *Private Law in the International Arena / Privatrecht in der internationalen Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haye 2000, pp. 361–378.

KUMMER Max, *Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung*, in : RDS 1954 I pp. 163–205.

KUONEN Nicolas, *La responsabilité précontractuelle – Analyse historique, Étude de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels, Théorie générale en droit suisse*, th. Fribourg, Bâle / Genève / Zurich 2007 (cité : *Responsabilité*).

KUONEN Nicolas, *Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du Phénix*, in : SJ 2014 II pp. 1–36 (cité : *CG*).

KUONEN Nicolas, *Les précontrats ou la renaissance de l'hydre de Lerne*, in : RDS 2011 I pp. 301–321 (cité : *Précontrats*).

KUT Ahmet / STAUBER Demian, *Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick*, in : JusL 20 février 2012.

LACHAT David, *Le bail à loyer*, 2^e éd., Lausanne 2008.

- LAINE Mathieu, *Contrat*, in : *Dictionnaire du libéralisme*, Paris 2012, pp. 161–164.
- LARENZ Karl, *Entwicklungstendenzen des heutigen Zivilrechtsdogmatik*, in : JZ 1962 pp. 105–110 (cité : *Entwicklungstendenzen*).
- LARENZ Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6^e éd., Berlin / Heidelberg / New York 1991 (cité : *Methodenlehre*).
- LARENZ Karl / WOLF Manfred / NEUNER Jörg, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 11^e éd., Munich 2016.
- LAURENT Alain, *Lumières et laissez-faire : Turgot, entre les Physiocrates et un « moment américain »*, in : NEMO Philippe / PETIOT Jean (édit.), *Histoire du libéralisme en Europe*, Paris 2006, pp. 313–322.
- LEENEN Detlef, *Abschluß, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages – zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Dissens*, in : AcP 1988 pp. 381–418 (cité : *Abschluß*).
- LEENEN Detlef, *Typus und Rechtsfindung – Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*, Berlin 1971 (cité : *Typus*).
- LEUENBERGER Christoph, *Abschluss des Grundstückkaufvertrages*, in : KOLLER Alfred (édit.), *Der Grundstückkauf*, 2^e éd., Berne 2001, pp. 27–76.
- L'HUILLIER Laurent, *La notion du droit formateur en droit privé suisse*, th., Genève 1947.
- LIVER Peter, *Das Eigentum*, in : MEIER-HAYOZ Arthur (édit.), *Sachenrecht, Traité de droit privé suisse*, vol. V/1, Bâle / Stuttgart 1977, pp. 1–401.
- LOMBARDINI Carlo, *Droit bancaire suisse*, 2^e éd., Bâle / Genève / Zurich 2008.
- LOOKOFSKY Joseph, *Understanding the CISG – A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 4^e éd., Copenhagen 2012.
- LOSER Peter, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht – Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung*, th. hab. Bâle, Berne 2006.
- LUKAS Meinhard, *Abbruch von Vertragsverhandlungen (2. Teil – Fortsetzung aus JBI 2009, S. 751-766)*, in : JBI 2010 pp. 23–37.
- MACHOLD Saskia, *Schadenersatz nach gescheiterten Vertragsverhandlungen*, th. Salzburg, Vienne 2009.
- MARCHAND Sylvain, *Clauses contractuelles – Du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle 2008.

- MARTENET Vincent, *Géométrie de l'égalité*, Bâle / Genève / Zurich 2003 (cité : *Égalité*).
- MARTENET Vincent, *La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence*, in : BRAUN Martina (édit.), *Actualités du droit des contrats – Le contrat à la croisée des chemins*, Lausanne 2008, pp. 79–156 (cité : *Liberté contractuelle*).
- MARTENET Vincent, *La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse*, in : RDS 2011 I pp. 243–285 (cité : *Réalisation*).
- MARTIN Alfred, *Le code des obligations – Théorie des obligations*, Genève 1919.
- MEDICUS Dieter / LORENZ Stephan, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil – Ein Studienbuch*, 20^e éd., Munich 2012.
- MEDICUS Dieter / PETERSEN Jens, *Allgemeiner Teil des BGB*, 11^e éd., Heidelberg 2016.
- MEIER Philippe / DE LUZE Estelle, *Droit des personnes – Articles 11–89a CC*, Bâle / Genève / Zurich 2014.
- MEIER-HAYOZ Arthur, *Contrats non prévus par la loi, I : Généralités – Contrats « sui generis »*, Fiches juridiques suisses n°1134, Genève 1965 (cité : *FJS 1134*).
- MEIER-HAYOZ Arthur, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss – Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag*, th., Zurich 1948 (cité : *Vertrauensprinzip*).
- MEIER-HAYOZ Arthur / SCHLUEP Walter / OTT Walter, *Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht*, in : RDS 1971 I pp. 293 ss.
- MENGIARDI Peider, *Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts – Zur Bedeutung der Typuslehre für das Recht der Personengesellschaften und juristischen Personen*, in : RDS 1968 II pp. 1–220.
- MERZ Hans, *Das Schweizerische Obligationenrecht von 1881 – Übernommenes und Eigenständiges*, in : PETER Hans / STARK Emil W. / TERCIER Pierre (édit.), *Le centenaire du code des obligations – Mélanges édités au nom des Facultés suisses de droit*, Fribourg 1982, pp. 3–29 (cité : *OR von 1881*).
- MERZ Hans, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1974 – Obligationenrecht*, in : RSJB 1976 pp. 97 ss (cité : *Rechtsprechung 1974*).
- MERZ Hans, *Die Revision der Verträge durch den Richter*, in : BÄR Rolf / BUCHER Eugen / KUMMER Max (édit.), *Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht – Festschrift zum 70. Geburtstag des Verfassers am 26. Februar 1977*, Berne 1977, pp. 213–312 (cité : *Revision*).

- MERZ Hans, *Droit des obligations – Partie générale*, Traité de droit privé suisse, vol. VI/I, Fribourg 1993 (traduction par Pierre GIOVANNONI de l'ouvrage paru sous le titre *Obligationenrecht, allgemeiner Teil*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1984) (cité : *TDP*).
- MERZ Hans, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2^e éd., Fribourg 1992 (cité : *Vertrag*).
- MESSERLI Peter, *Die Vollstreckung des Urteils auf Abgabe einer Willenserklärung nach Art. 407/408 der Bernischen Zivilprozessordnung*, th., Berne 1983.
- MEYLAN Jacques-Henri, *Essai pour une systémique du droit*, Bâle 2010.
- MIDDENDORF Patrick, *Nachwirkende Vertragspflichten*, th., Fribourg 2002.
- MONIER Raymond, *Manuel de droit romain – Les obligations*, 5^e éd., Paris 1954.
- MORAND Pierre-André, *La transaction – Transaction judiciaire, extrajudiciaire et arbitrale*, Berne 2016.
- MORIN Ariane, *La décision du juge suisse sur la nature impérative de la loi*, in : JUNG Peter (édit.), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint, Droit privé européen : l'unité dans la diversité – richterliche Eingriffe in den Vertrag, l'intervention du juge dans le contrat*, Munich 2013, pp. 119–132 (cité : *Nature impérative*).
- MORIN Ariane, *La liberté contractuelle*, in : FOËX Bénédicte / HOTTELIER Michel (édit.), *Propriété et liberté d'entreprendre – De la liberté de contracter à l'arbitrage immobilier*, Bâle / Genève / Zurich 2016, pp. 15–34 (cité : *Liberté*).
- MORIN Ariane, *La responsabilité fondée sur la confiance – Etude critique des fondements d'une innovation controversée*, th. Genève, Bâle / Genève / Munich 2002 (cité : *RFC*).
- MORIN Ariane, *L'article 2 CO et la formation du contrat*, in : PIOTET Denis / TAPPY Denis (édit.), *L'arbre de la méthode et ses fruits civils – Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz*, Genève / Bâle / Zurich 2006, pp. 463–473 (cité : *Mél. Sandoz*).
- MORIN Ariane, *Les articles 2 et 4 CC : deux règles dans l'esprit du Code civil suisse*, in : RDS 2007 II pp. 203–236 (cité : *Art. 2 et 4 CC*).
- MORIN Edgar, *La Méthode*, 6 vol., Paris 1977–2004 (cité : *La Méthode*).
- MÜLLER Christoph, *Contrats de droit suisse*, Berne 2012 (cité : *Contrats*).
- MÜLLER Jörg Paul, *Funktion der Garantie eines Kerngehalts der Grundrechte in der Verfassung*, in : recht 1993 pp. 33–37 (cité : *Kerngehalt*).
- MÜLLER Jörg Paul / SCHEFER Markus, *Grundrechte in der Schweiz : im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^e éd., Berne 2008.

- MÜLLER Theodor, *Der Abschluss des Dienstvertrages und des Lehrvertrages*, th., Zurich 1948 (cité : *Abschluss*).
- MUNZINGER Walther, *Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes*, Berne 1865 (URL : <https://archive.org/details/motivezudemw00switgoog>, dern. consult. le 18 mars 2017) (cité : *Motive*).
- MUNZINGER Walther, *Referat über die Wucherfrage – Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins in Aarau den 5. October 1866*, in : RDS 1867 pp. 41–78 (cité : *Wucherfrage*) (URL : <https://archive.org/details/diewucherfrage00munzgoog>, dern. consult. le 18 mars 2017).
- MUSIELAK Hans-Joachim, *Zum Verhältnis von Wille und Erklärung – Eine Auseinandersetzung mit dem Tatbestand der Willenserklärung*, in : AcP 2011 pp. 769–802.
- NAJORK Eike Nikolai, *Treu und Glauben im CISG*, th., Bonn 2000.
- NANZ Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, th. Cologne, s. l., 1985.
- NOLL Andreas, *Vom abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems – Ein Kontrapunkt zum Aufsatz von Hansjörg Seiler aus systemtheoretischer Optik*, in : RDS 2007 I pp. 557–575.
- OFTINGER Karl, *Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts – für das Studium ausgewählt und erläutert*, 2^e éd., Zurich 1973 (cité : *Bundesgerichtspraxis*).
- OFTINGER Karl, *Die Vertragsfreiheit*, in : *Ausgewählte Schriften*, Zurich 1978, pp. 46–62 (cité : *Vertragsfreiheit*).
- OFTINGER Karl, *Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte*, in : *Ausgewählte Schriften*, Zurich 1978, pp. 79–100 (cité : *Auslegung*).
- OFTINGER Karl, *Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht*, in : RDS 1938 pp. 481a–695a (cité : *Eingriffe*).
- OFTINGER Karl / STARK Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht – Allgemeiner Teil*, 5^e éd., vol. 1, Zurich 1995.
- OTT Walter, *Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts*, th., Berne 1972.
- PAOLETTO Bruno, *Die Falschbeurkundung beim Grundstückkauf*, th., Zurich 1973.

- PAPAUX Alain, *Sécurité juridique formelle v. Sécurité juridique relationnelle*, in : RDS 2012 I pp. 33–62.
- PERRIN Jean-François, *Le droit de choisir – Essai sur l'avènement du « principe d'autonomie »*, Bâle / Genève / Zurich 2013.
- PÉTERMANN Nathanaël, *Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse*, th. Lausanne, Berne 2014.
- PEYER Patrik Roger, *Vollstreckung unvertretbarer Handlungen und Unterlassungen*, th., Zurich 2005.
- PIAGET Emmanuel, *Le contrat d'édition portant sur une publication numérique – Analyse des articles 380 ss CO sur la base d'un modèle méthodologique permettant de distinguer contrats nommés et innommés*, th. Neuchâtel, Berne 2004 (cité : *Publication numérique*).
- PIAGET Emmanuel, *Les règles du mandat face aux contrats innommés – Analyse conceptuelle et typologique du contrat de mandat*, in : PJA 2005 pp. 986–1001 (cité : *Mandat*).
- PICHONNAZ Pascal, *Bibliométrie en droit : quelques réflexions sur les enjeux de la littérature juridique future*, in : RDS 2014 I pp. 377–398 (cité : *Bibliométrie*).
- PICHONNAZ Pascal, *Impossibilité et exorbitance – Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVM)*, th., Fribourg 1997 (cité : *Impossibilité*).
- PICHONNAZ Pascal, *Le centenaire du Code des obligations – Un code toujours plus hors du code*, in : RDS 2011 II pp. 117–226 (cité : *Centenaire*).
- PICHONNAZ Pascal, *L'effet rétroactif du changement de jurisprudence : quelques réflexions à l'aune du pluralisme méthodologique*, in : RUMO-JUNGO Alexandra / PICHONNAZ Pascal / HÜRLIMANN-KAUP Bettina / FOUNTOLAKIS Christina (édit.), *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Berne 2013, pp. 47–63 (cité : *Changement de jurisprudence*).
- PICHONNAZ Pascal, *Les contrats innommés : quelques questions récurrentes*, in : PICHONNAZ Pascal / WERRO Franz (édit.), *La pratique contractuelle : actualité et perspectives*, Berne 2009, pp. 21–44 (cité : *Contrats innommés*).
- PICHONNAZ Pascal, *Les fondements romains du droit privé*, Genève / Zurich / Bâle 2008 (cité : *Fondements romains*).

- PICHONNAZ Pascal / FORNAGE Anne-Christine, *Le projet de révision de l'art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales*, in : RSJ 2010 pp. 285–293.
- PILTZ Burghard, *Internationales Kaufrecht : das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung*, Munich 1993.
- PIOTET Denis, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières*, 2^e éd., *Traité de droit privé suisse*, vol. V/2, Bâle 2012 (cité : *Droits réels limités*).
- PIOTET Paul, *De l'invalidité partielle des actes juridiques, spécialement en cas de vice du consentement*, in : RDS 1957 I pp. 97–131 (cité : *Invalidité partielle*).
- PIOTET Paul, *La formation du contrat – En doctrine générale et en droit privé suisse*, Berne 1956 (cité : *Formation*).
- PIOTET Paul, *Le complètement judiciaire du contrat*, in : RDS 1961 I pp. 367–401 (cité : *Complètement*).
- POTHIER Robert-Joseph, *Traité des obligations – selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, 2^e éd., vol. 1, Paris / Orléans 1764 (URL : <https://archive.org/details/traitedesobliga01poth>, dern. consult. le 18 mars 2017).
- PROBST Thomas, *Die Änderung der Rechtsprechung : eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law)*, th., Bâle / Francfort-sur-le-Main 1993.
- PUCHTA Friedrich Georg / RUDORFF Adolf August Friedrich / SCHIRMER Johann Theodor, *Pandekten*, 12^e éd., Leipzig 1877.
- VON PUFENDORF Samuel, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des Principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, 5^e éd., 2 vol., Amsterdam 1734 (traduction du latin par Jean BARBEYRAC) (URL : <http://archive.org/details/ledroitdelanatur01pufe>, dern. consult. le 18 mars 2017).
- REGELBERGER Ferdinand, *Pandekten*, vol. 1, Leipzig 1893.
- REICH Markus / UTTINGER Laurence, *Praxisänderungen im Lichte der Rechtssicherheit und der Rechtsrichtigkeit*, in : RDS 2010 I pp. 163–186.
- RHINOW René / SCHEFER Markus / UEBERSAX Peter, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3^e éd., Bâle 2016.
- RHINOW René / SCHMID Gerhard / BIAGGINI Giovanni / UHLMANN Felix, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2^e éd., Bâle 2011.

- RIEDO Christopf / NIGGLI Marcel Alexander, *Unantastbar? Bemerkungen zum so genannten Kerngehalt von Grundrechten oder Much Ado About Nothing*, in : PJA 2011 pp. 762–770.
- RIESENHUBER Karl, *Der Vertragsschluss im Entwurf für ein OR 2020*, in : HARKE Jan Dirk / RIESENHUBER Karl (édit.), *OR 2020 – Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht*, Tubingue 2016, pp. 61–95.
- RIMLE Alois, *Der erfüllte Schuldvertrag – Vom Einfluss auf die Entstehung des Vertrages und von weiteren Wirkungen der Vertragserfüllung*, th., Fribourg 1995.
- ROSSEL Virgile, *Manuel du droit fédéral des obligations*, 4^e éd., 2 vol., Genève / Lausanne 1920.
- ROTH Wulf-Henning / KUNZ Christian, *Zur Bestimmbarkeit des Preises im UN-Kaufrecht*, in : RIW 1997 pp. 17–21.
- ROUILLER Nicolas, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, CEDIDAC n°72, Lausanne 2007.
- RÜEGG Theodor, *Die Offerte im schweizerischen OR unter besonderer Berücksichtigung der Zusendung unbestellter Ware*, th. Berne, Rütli (Zürich) 1946.
- RUF Peter, *Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückskauf*, in : RNR 1997 pp. 361–377.
- RUSCH Arnold F., *Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen*, in : PJA 2014 pp. 205–210.
- SAMELI Katharina, *Freiheit und Sicherheit im Recht – Zum Problem der Wertantinomie im Recht auf der Grundlage der Wertlehre Nicolai Hartmanns*, th., Zurich 1969.
- SAMUELS Warren J. / JOHNSON Marianne F. / PERRY William H., *Erasing the Invisible Hand – Essays on an Elusive and Misused Concept in Economics*, Cambridge / New York 2011.
- VON SAVIGNY Friedrich Carl, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, 2 vol., Berlin 1851–1853 (URL : https://books.google.ch/books?id=PyYT2_LihckC, dern. consult. le 18 mars 2017) (cité : *Obligationenrecht*).
- VON SAVIGNY Friedrich Carl, *System des heutigen Römischen Rechts*, 9 vol., Berlin 1840–1851 (URL : <https://books.google.ch/books?id=CVAUAAAQAAJ>, dern. consult. le 18 mars 2017) (cité : *System*).
- SCHEFER Markus, *Die Kerngehalte von Grundrechten : Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Berne 2001.

- SCHERRER Werner, *Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit*, Bâle 1948.
- SCHLECHTRIEM Peter / SCHROETER Ulrich G., *Internationales UN-Kaufrecht – Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, 5^e éd., Tubingue 2013.
- SCHLUEP Walter, *Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht*, in : SOLOTHURNISCHER JURISTENVEREIN (édit.), *Festgabe Max Obrecht*, Soleure 1961, pp. 9–25 (cité : *Typus*).
- SCHLUEP Walter, *Einladung zur Rechtstheorie*, Berne 2006 (cité : *Rechtstheorie*).
- SCHLUEP Walter, *Innominatverträge*, in : VISCHER Frank (édit.), *Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse*, *Traité de droit privé suisse*, vol. VII/2, Bâle 1979, pp. 761–974 (cité : *Innominatverträge*).
- SCHMID Jörg, *Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen – Ausgewählte bundesrechtliche Probleme*, 2^e éd., th., Fribourg 1989 (cité : *Beurkundung*).
- SCHMID Jörg, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008*, in : RSJB 2011 pp. 876–922 (cité : *Rechtsprechung 2008*).
- SCHMID Jörg / STÖCKLI Hubert, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, Bâle / Genève / Zurich 2010.
- SCHMIDLIN Bruno, *Der Vertragsabschluss nach Art. 1 OR und die Vertragsauflösung nach Art. 31 OR : Selbstverständliches, Missverständliches und neues Verständnis*, in : RDS 2015 I pp. 107–133.
- SCHMIDLIN Bruno / CANNATA Carlo Augusto, *Droit privé romain – Obligations, Successions, Procédure*, 2^e éd., vol. 2, Lausanne 1991.
- SCHMIDT-RIMPLER Walter, *Zum Vertragsproblem*, in : BAUR Fritz / ESSER Josef / KÜBLER Friedrich / STEINDORFF Ernst (édit.), *Funktionswandel der Privatrechtseinrichtungen – Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Tubingue 1974, pp. 3–26.
- SCHNELL Samuel Ludwig, *Handbuch des Civilrechts in einer ausführlichen Erörterung der wichtigsten Gegenstände desselben mit besonderer Hinsicht auf die positiven Gesetze des Kantons Bern*, Berne 1811 (URL : <https://books.google.ch/books?id=TJtDAAAACAAJ>, dern. consult. le 18 mars 2017).
- SCHNYDER Bernhard, *Vertragsfreiheit als Privatrechtbegriff*, th. Fribourg, Naters / Brig 1960.
- SCHÖBI Christian, *Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung*, th., Zurich 1990.

- SCHÖNLE Herbert, *Les fondements constitutionnels de la liberté contractuelle*, in : *Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique – Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1991*, pp. 61–81.
- SCHUHMACHER Rainer, *Vertragsgestaltung – Systemtechnik für die Praxis*, Bâle / Genève / Zurich 2004 (cité : *Vertragsgestaltung*).
- SCHUHMACHER Rainer, *Vertrauen in und durch Verträgen*, in : TERCIER Pierre / AMSTUTZ Marc / KOLLER Alfred / SCHMID Jörg / STÖCKLI Hubert (édit.), *Gauchs Welt – Recht, Vertragsrecht und Baurecht – Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Bâle / Genève / Zurich 2004, pp. 637–649 (cité : *Vertrauen*).
- SCHWEIZER Rainer J., *Über die Rechtssicherheit und ihre Bedeutung für die Gesetzgebung*, th. Bâle, s. l., 1974.
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 7^e éd., Berne 2016.
- SCOTT Robert E. / KRAUS Jody S., *Contract Law and Theory*, 3^e éd., Newark / San Francisco / Charlottesville 2003.
- SEROZAN Rona, *Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht*, th., Tubingue 1968.
- SEUFFERT Johann Adam, *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*, 3 vol., Würzburg 1825.
- SIMMEN Robert, *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags – Unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik bei den Veräusserungsverträgen*, th., Berne 1981.
- SIMONIUS August, *Du principe de la confiance et des dérogations qu'il subit dans le droit suisse – Leçon faite aux étudiants de la Faculté de droit de Genève le 25 juin 1948*, in : SJ 1949 pp. 505–528 (cité : *Principe de la confiance*).
- SIMONIUS August, *La notion de l'ordre public et des bonnes moeurs dans le droit privé – Rapport particulier pour la Suisse*, in : ASSOCIATION HENRI CAPITANT (édit.), *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française – Tome VII, Année 1952*, Montréal 1956, pp. 797–808 (cité : *Ordre public*).
- SINTENIS Carl Friedrich Ferdinand, *Das practische gemeine Civilrecht – Erster Band : Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht*, Leipzig 1844.
- SMITH Adam, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, vol. 1, Londres 1776 (URL : <https://books.google.ch/books?id=C5dNAAAACAAJ>, dern. consult. le 18 mars 2017).

- SONO Kazuaki, *Formation of International Contracts under the Vienna Convention : A Shift above the Comparative View*, in : SARČEVIĆ Petar / VOLKEN Paul (édit.), *International Sale of Goods – Dubrovnik Lectures*, New York / Londres / Rome 1986, pp. 111–131.
- SPIRO Karl, *Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf – Eine zivilistische Studie*, Bâle 1964 (cité : *Beurkundung*).
- SPIRO Karl, *Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden ?*, in : RSJB 1952 pp. 449–470, 497–533 (cité : *Übermässige Verpflichtungen*).
- STAEHELIN Adrian, *Der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts von 1864*, in : PETER Hans / STARK Emil W. / TERCIER Pierre (édit.), *Le centenaire du code des obligations – Mélanges édités au nom des Facultés suisses de droit*, Fribourg 1982, pp. 31–55.
- STEHLE Bernhard, *Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien*, in : recht 2014 pp. 257–263.
- STEINAUER Paul-Henri, *Le Titre préliminaire du Code civil*, Traité de droit privé suisse, vol. II/1, Bâle 2009 (cité : *TDP*).
- STEINAUER Paul-Henri, *L'interprétation des silences du législateur à l'aide des arguments « a contrario », « a simili » et « a fortiori »*, in : PERRIN Jean-François (édit.), *Les règles d'interprétation : principes communément admis par les juridictions*, Fribourg 1989, pp. 41–53 (cité : *Silences*).
- STÖCKLI Hubert, *Das Synallagma im Vertragsrecht – Begründung, Abwicklung, Störungen*, th. hab. Fribourg, Bâle / Genève / Zurich 2008.
- STOFFEL Walter, *Formation du contrat – Rapport*, in : INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (édit.), *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises – Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984*, Zurich 1985, pp. 55–76 (cité : *Formation*).
- STOFFEL Walter, *La promesse de contracter*, in : INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (édit.), *Pouvoir exécutif et pouvoir législatif, La responsabilité pré- et postcontractuelle, Droit international public et privé – Recueil des travaux présentés aux deuxièmes journées juridiques yougoslavo-suissees, Belgrade, 19 au 21 mars 1986*, Zurich 1986, pp. 131–151 (cité : *Promesse*).
- STÖHR Alexander, *Die Vertragsbindung – Legitimation, Herkunft, Grenzen*, in : AcP 2014 pp. 425–458.

- TANDOĞAN Halûk, *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats – Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques*, th., Genève 1952 (cité : *Nullité partielle*).
- TANDOĞAN Halûk, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, Genève 1972 (cité : *Théorie générale*).
- TERCIER Pierre, *Des législateurs innommés*, in : FORSTMOSER Peter / TERCIER Pierre / ZÄCH Roger (édit.), *Innominatverträge – Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe*, Zurich 1988, pp. 45–60 (cité : *Législateurs*).
- TERCIER Pierre, *Quels fondements pour le contrat au XXI^e siècle ?*, in : BELLANGER François / CHAIX François / CHAPPUIS Christine / HÉRITIER LACHAT Anne (édit.), *Le contrat dans tous ses états – Publication de la société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125^e anniversaire de la semaine judiciaire*, Berne 2004, pp. 209–225 (cité : *XXI^e siècle*).
- TERCIER Pierre / BIERI Laurent / CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Bâle / Genève / Zurich 2016.
- TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Bâle / Genève / Zurich 2012.
- THÉVENAZ Alain, *La protection contre soi-même – Etude de l'art. 27 alinéa 2 CC*, th. Lausanne, Berne 1997.
- THIBAUT Anton Friedrich Justus / VON BUCHHOLTZ Alexander August, *System des Pandekten-Rechts*, 9^e éd., Jena 1846.
- TONGSIR Ferih Bedii, *Les actes juridiques concrets et les actes juridiques abstraits en droit privé suisse*, th. Genève, Istanbul 1951.
- TREITEL Guenter / PEEL Edwin, *The Law of Contract*, 14^e éd., Londres 2015.
- TSCHANNEN Pierre, § 9. *Verfassungsauslegung*, in : THÜRER Daniel / AUBERT Jean-François / MÜLLER Jörg Paul (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, pp. 955–966 (cité : *Verfassungsauslegung*).
- TSCHANNEN Pierre, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^e éd., Berne 2016 (cité : *Staatsrecht*).
- VON TUHR Andreas, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2 vol., Berlin 1910–1918 (cité : *AT BGB*).
- VON TUHR Andreas, *Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht*, in : RDS 1896 pp. 278 ss (cité : *Mängel*).

- VON TUHR Andreas / PETER Hans (vol. 1) / ESCHER Alfred (vol. 2), *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3^e éd., 2 vol., Zurich 1979.
- TUOR Peter / SCHNYDER Bernhard / SCHMID Jörg / RUMO-JUNGO Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14^e éd., Zurich / Bâle / Genève 2015.
- UNIDROIT – INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome 2010 (URL : <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, dern. consult. le 18 mars 2017).
- VALLENDER Klaus A., § 61. *Wirtschaft*, in : THÜRER Daniel / AUBERT Jean-François / MÜLLER Jörg Paul (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, pp. 955–966.
- VILLERS Robert, *Rome et le droit privé*, Paris 1977.
- VION Adrien, *La prescription de la réparation des dommages différés en droit suisse face à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in : BOILLET Véronique / MAIANI Francesco / POLTIER Etienne / RIETIKER Daniel / WILSON Barbara (édit.), *L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse*, Bâle / Genève / Zurich 2016, pp. 157–175 (cité : *Prescription*).
- VION Adrien, *L'art. 320 al. 2 CO : une règle compatible avec les dispositions sur la conclusion des contrats ?*, in : SJ 2013 II pp. 29–63 (cité : *Art. 320 al. 2 CO*).
- VIONNET Guillaume, *L'exercice des droits formateurs*, th. Lausanne, Bâle / Genève / Zurich 2008.
- VISCHER Frank / HUBER Lucius / OSER David, *Internationales Vertragsrecht*, 2^e éd., Berne 2000.
- VISCHER Frank / MÜLLER Roland M., *Der Arbeitsvertrag*, 4^e éd., Bâle 2014.
- VOGT Emil, *Entwurf eines Schweizerischen Obligationenrechtes – Heft I. Einleitung und Artikel 1–77*, Berne 1877.
- WALTER Hans Peter, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2007 bis 2009 – Veröffentlicht in den Bänden 133 bis 135*, in : RSJB 2011 pp. 222–249.
- WENDT Otto, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena 1888 (URL : <http://dlib-pr.mpij.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22220434%22>, dern. consult. le 18 mars 2017).
- WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 2011 (cité : *RC*).

- WERRO Franz, *Le mandat et ses effets – Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations : analyse critique et comparative*, th. hab., Fribourg 1993 (cité : *Mandat*).
- WESTERMANN Harm Peter, *Vertragsfreiheit und Typusgesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, th. hab. Cologne, Berlin / Heidelberg / New York 1970.
- WIDMER Esther, *Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG – Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken*, th. Berne, St-Gall / Zurich 2015 (cité : *Art. 8 UWG*).
- WIDMER Pierre, *Le dies a (quipro)quo dans la prescription subsidiaire*, in : REAS 2014 pp. 69–72 (cité : *Prescription*).
- WIDMER Urs, *Der richterliche Eingriff in den Vertrag*, th., Zurich 1971 (cité : *Eingriff*).
- WIEACKER Franz, *Römische Rechtsgeschichte – Erster Abschnitt : Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, Munich 1988.
- WIEGAND Wolfgang, *Akzessorietät und Spezialität – Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand*, in : *Probleme der Kreditsicherung – Berner Tage für die juristische Praxis*, Berne 1982, pp. 35–59 (cité : *Akzessorietät*).
- WIEGAND Wolfgang, *Europäisierung, Globalisierung und/oder Amerikanisierung des Rechts ?*, in : MALÝ Karel V. / CARONI Pio (édit.), *Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung*, Prague 1998, pp. 217–239 (cité : *Europäisierung*).
- WIEGAND Wolfgang / BRUNNER Christoph, *Vom Umfang des Formzwanges und damit zusammen hängende Fragen des Grundstückkaufvertrages*, in : *recht* 1993 pp. 1–12.
- WILLISTON Samuel / LORD Richard A., *A Treatise on the Law of Contracts*, 4^e éd., vol. 1, s. I., 2007.
- WINDSCHEID Bernhard / KIPP Theodor, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9^e éd., 3 vol., Leipzig 1906.
- WISMER Jacqueline, *Die Suche nach der richtigen Anknüpfung typisierbarer Austauschverträge des internationalen Schuldvertragsrechts*, th. St-Gall, St-Gall / Lachen (SZ) 2002.
- WITZ Wolfgang, *Der unbestimmte Kaufpreis : ein rechtsvergleichender Beitrag zur Bedeutung des « pretium certum »*, Francfort-sur-le-Main 1989.
- WOLF Burkard J., *Vertragsfreiheit – das verkannte Verfassungsrecht*, in : PJA 2002 pp. 8–11.

- WYLER Rémy / HEINZER Boris, *Droit du travail*, 3^e éd., Berne 2014.
- VON WYSS Friedrich, *Bemerkungen zum Commissionaleutwurfe erster Lesung eines Schweiz. Obligationenrechtes*, Berne 1877.
- YUNG Walter, *Eugène Huber et l'esprit du Code civil suisse*, in : *Études et articles*, Genève 1971, pp. 27–48 (cité : *Eugène Huber*).
- YUNG Walter, *L'acceptation par le silence d'une offre de contracter*, in : *Études et articles*, Genève 1971, pp. 209–227 (cité : *Acceptation par le silence*).
- YUNG Walter, *Le Code civil suisse et nous*, in : *Études et articles*, Genève 1971, pp. 1–26 (cité : *Code civil*).
- YUNG Walter, *Le contenu des contrats formels*, in : *Études et articles*, Genève 1971, pp. 252–291 (cité : *Contrats formels*).
- YUNG Walter, *Les éléments objectifs dans les contrats civils et commerciaux*, in : *Études et articles*, Genève 1971, pp. 228–251 (cité : *Éléments objectifs*).
- YUNG Walter, *L'interprétation supplétive des contrats*, in : *Études et articles*, Genève 1971, pp. 185–208 (cité : *Interprétation supplétive*).
- ZELLER Ernst, *Auslegung von Gesetz und Vertrag – Methodenlehre für die juristische Praxis*, th. hab., Zurich 1989.
- ZIMMERMANN Reinhard, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.
- ZINDEL Gaudenz, *Reiner Auslegungsstreit und Konsensfrage*, in : RSJ 1982 pp. 356–361.
- ZUFFEREY-WERRO Jean-Baptiste, *Le contrat contraire aux bonnes mœurs – Etude systématique de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux bonnes mœurs en droit suisse des contrats*, th., Fribourg 1988.

Introduction générale

§ 1. Problématique

Exemple A et B se mettent d'accord sur ce qui suit : « B vend à A le tableau "Les nénuphars" du peintre Solvat pour un prix entre 28 000 et 30 000 francs (à fixer exactement selon entente ultérieure) ». Les deux parties signent un document écrit ayant cette teneur et déclarent au surplus toutes deux, entre elles et auprès de tiers, qu'elles considèrent la vente comme ferme. Dans cet exemple, le contrat est-il conclu ? 1

Conception dominante Un juriste qui suivrait la jurisprudence et la doctrine dominantes en Suisse¹ devrait en principe répondre que non : l'un des points objectivement essentiels (art. 2 al. 1 CO) du contrat de vente, le prix, n'est pas suffisamment déterminé (art. 184 al. 3 CO) car une nouvelle entente des parties à son sujet est encore nécessaire². Les œuvres d'art étant dépourvues de « prix du marché »³, l'art. 212 al. 1 CO ne devrait pas permettre de considérer le contrat comme conclu. 2

Volonté d'être lié Malgré l'absence d'accord sur le prix, les circonstances indiquent que les parties souhaitaient être liées juridiquement par leur accord. Elles l'ont déclaré expressément en parlant de vente « ferme » ; leurs signatures indiquent également la volonté d'un engagement définitif. En outre, 3

1 *Infra* n^{os} 716 ss.

2 *Infra* n^{os} 187 ss.

3 ATF 89 II 214 [de], consid. 5c, trad. JdT 1964 I p. 54. Sur la notion de « prix du marché », cf. *infra* n^o 525.

on peut raisonnablement admettre qu'il n'importe ni à A, ni à B, que le prix définitif soit de 28 000 ou de 30 000 francs⁴.

- 4 **Tension ; justifications respectives** Il y donc une *tension* entre **a)** l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels et **b)** le respect de la volonté des parties d'être liées⁵.
- 5 Quelles sont les raisons d'être de ces exigences divergentes ?
- 6 Comme nous le verrons, le respect de la volonté des parties d'être liées se rattache au respect de leur liberté contractuelle, elle-même fille de l'autonomie privée – l'un des principes cardinaux du droit privé suisse. Cette exigence trouve donc des appuis solides dans la Constitution (art. 10 al. 2, 27, 94 al. 1 Cst.) et dans la loi (art. 1 al. 1, 7 al. 1, 18 al. 1 CO)⁶.
- 7 Face à cela, l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels peut être remise en question. On la rattache tantôt à l'art. 1 CO, tantôt à l'art. 2 al. 1 CO, mais elle ne ressort pas directement de la loi⁷. Bien qu'elle soit très largement admise par la jurisprudence et la doctrine suisses, au point qu'elle soit parfois présentée comme une « évidence »⁸, seuls quelques auteurs évoquent ses raisons d'être, sans véritablement les explorer en profondeur⁹ : **a)** elle servirait à respecter la liberté contractuelle, car les parties seraient tenues de définir elles-mêmes les principaux points de leur contrat ; **b)** le juge n'aurait de toute manière pas les moyens concrets de compléter le contrat à leur égard ; **c)** la sécurité du droit l'exigerait¹⁰.
- 8 Ces justifications sont-elles réellement convaincantes ?
- 9 **Questions** Répondre par la négative impliquerait de concevoir l'étendue minimale de l'accord en se passant de l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels. Une telle démarche poserait de nombreuses questions, qui font partie des principales interrogations de ce travail :

4 Si, par hypothèse, le prix avait été fixé à 28 000 francs mais que serait restée ouverte la question de savoir qui de A ou B allait supporter les 2 000 francs de frais d'expertise du tableau (point objectivement secondaire), l'incertitude économique aurait été la même, sans que l'on ne doute de la volonté des parties d'être liées (cf. PIOTET, *Formation*, p. 35).

5 VON DER CRONE, pp. 112-113 ; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 342 ; KOLLER, AT, § 6 n° 26 ; ainsi que FONTAINE, pp. 236-237, 249 ; HIRSCH, p. 333.

6 *Infra* n°s 336 ss.

7 *Infra* n°s 925 ss.

8 *Infra* n° 732.

9 Faisant le même constat : VON DER CRONE, p. 115.

10 *Infra* n°s 1035 ss.

- Quel serait le rôle des points subjectivement essentiels dans un tel système ? 10
 - À défaut d'être une exigence absolue quant à la conclusion du contrat, l'accord sur les points objectivement essentiels conserverait-il un rôle dans l'interprétation des volontés de conclure, et si oui, lequel ? 11
 - Quel serait le rôle de l'art. 2 al. 1 CO dans ce système ? En particulier : comment comprendre les termes « points essentiels » dans cette disposition ? 12
 - Quel serait le champ d'application du complètement judiciaire des contrats dans une telle conception de l'étendue minimale de l'accord ? Un complètement sur des points objectivement essentiels par le juge étatique serait-il conforme au rôle que l'État doit jouer quant au droit fondamental qu'est la liberté contractuelle ? 13
 - Comment le juge pourrait-il concrètement compléter le contrat sur des points objectivement essentiels ? 14
 - Comment les parties sont-elles protégées contre des engagements trop indéfinis ? 15
 - Quel système offre-t-il le plus de sécurité juridique ? 16
 - Un système s'affranchissant de l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels serait-il compatible avec d'autres normes qui sont en rapport avec l'étendue minimale de l'accord ? 17
- Controverses quant aux points objectivement essentiels** La définition des points objectivement essentiels est controversée dans la doctrine, et la jurisprudence semble alterner entre différentes conceptions¹¹. Alors que les points objectivement essentiels étaient classiquement définis à partir des types contractuels (*essentialia negotii*), sont apparues des définitions faisant appel à des notions indéterminées (« cœur de l'affaire », « tout cohérent » ; « idée du contrat ») ou à la distinction entre obligations principales et accessoires. Un courant doctrinal prenant de l'ampleur propose une définition « fonctionnelle » qui veut définir les points objectivement essentiels à partir du pouvoir du juge de compléter le contrat. 18

11 *Infra* nos 429 ss.

- 19 Ces controverses doctrinales ne sont pas dépourvues d'incidences pratiques : **a)** elles ne donnent pas toujours des résultats identiques¹² ; **b)** elles contribuent à complexifier le système, ce qui peut avoir un impact sur la sécurité du droit¹³.
- 20 Cela constitue une incitation supplémentaire à poser les questions qui viennent d'être évoquées. La doctrine part généralement du postulat qu'un accord sur tous les points objectivement essentiels est toujours nécessaire, avant de débattre de ce qui doit être considéré comme objectivement essentiel, et sans pour autant parvenir à des résultats pleinement convaincants.
- 21 Et si le vrai problème était le point de départ, à savoir l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels ?
- 22 Si l'on s'en passait, l'enjeu de ces controverses pourrait diminuer.
- 23 Comme nous le verrons, ce questionnement s'inscrit dans la suite logique de divers développements doctrinaux¹⁴.
- 24 **Impact pratique** Le principal impact pratique de cette problématique concerne les cas où les parties avaient déjà la volonté d'être liées définitivement avant qu'un accord ne soit trouvé sur tous les points objectivement essentiels — ainsi dans l'exemple par lequel nous avons commencé¹⁵. Dans ces hypothèses, l'existence du contrat est en jeu puisque selon l'approche dominante, le contrat n'existe pas, tandis qu'il pourrait exister si l'on suivait une approche se passant de l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels.
- 25 Dans tous les autres cas, c'est-à-dire lorsque les parties ont trouvé un accord sur tous les points objectivement essentiels, se passer de l'exigence d'un tel accord ne conduirait pas à un résultat différent de celui auquel aboutit la théorie dominante (le contrat est en principe conclu, sauf désaccord sur un point subjectivement essentiel). Dans ces autres cas, l'impact pratique de la présente problématique ne concerne donc pas le résultat auquel on parvient, mais la complexité du raisonnement à mener pour y aboutir et les risques pour les parties à des procès. Se passer de l'exigence d'un accord sur les points objectivement essentiels permettrait-il aux parties de déterminer plus

12 *Infra* n^{os} 434 ss.

13 Sur la clarté du droit comme élément de la sécurité juridique, cf. *infra* n^{os} 416 ss.

14 *Infra* n^{os} 883 ss.

15 Pour d'autres exemples, cf. *infra* n^{os} 871 ss.

facilement (en termes de connaissances, de coûts, etc.) si elles sont liées par un contrat ?

§ 2. Définition du sujet

I. L'étendue minimale de l'accord en droit positif suisse

Description Le but de cette étude est de discuter de manière approfondie l'étendue minimale que l'accord doit atteindre pour que le contrat puisse être conclu selon les art. 1 ss CO, eu égard à la problématique qui vient d'être esquissée. Puisque l'étendue minimale de l'accord est généralement décrite à l'aide de la notion de *points essentiels du contrat*, elle-même décomposée en *points subjectivement essentiels* et en *points objectivement essentiels*, ces notions seront également au centre de notre réflexion. La *liberté contractuelle* et le *complètement judiciaire des contrats* seront également traités, dans la mesure où ces institutions présentent des liens avec l'étendue minimale de l'accord et qu'ils constituent des éléments importants de la discussion. 26

Droit positif suisse L'étendue minimale de l'accord sera ici étudiée en droit positif suisse : 27

- La démarche relève de l'*interprétation de la loi* (art. 1 al. 1 CC). Nous discutons donc de solutions dans le cadre de la loi actuelle (*de lege lata*). Cela exclut la discussion de potentielles modifications législatives (*de lege ferenda*) mais également les considérations historiques dépassant celles qui sont pertinentes dans l'interprétation historique de la loi (art. 1 al. 1 CC). 28
- Il s'agit d'une étude de *droit suisse* et non de droit comparé. Cependant, nous serons parfois amené à nous pencher sur le droit étranger (et en particulier sur le droit allemand) **a)** dans la mesure où l'on s'y réfère dans l'application du droit suisse (par exemple, application en droit suisse de la solution prévue aux §§ 315 ss BGB¹⁶) ou **b)** à titre de moyen d'interprétation complémentaire de la loi suisse¹⁷, lorsque le 29

¹⁶ *Infra* n^{os} 199 s.

¹⁷ ATF 138 III 497 [de], consid. 3.4, trad. JdT 2013 II p. 219; ATF 127 III 318 [de], consid. 2b, trad. JdT 2001 I p. 381; ATF 124 III 266 [de], consid. 4, trad. JdT 1999 I p. 414; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n^{os} 314 ss; SHK-HAUSHEER/JAUN, art. 1 CC, n^o 120; STEINAUER, *TDP*, n^o 296.

droit étranger permet d'enrichir la discussion en droit interne ; ces incursions dans les ordres juridiques voisins seront en principe circonscrites à des références additionnelles ou à de brefs développements. En outre, à titre d'argument comparatif dans l'interprétation de la loi suisse, l'étendue minimale de l'accord dans la CVIM sera également examinée en fin d'ouvrage¹⁸.

- 30 **Partie générale du CO** Notre étude concerne la conclusion du contrat au sens des art. 1 ss CO ; elle est donc principalement orientée sur la *partie générale du Code des obligations*. Évidemment, celle-ci est en lien avec les différents types contractuels et les normes spéciales y relatives, qui fourniront à la fois exemples et matériau d'analyse systématique. En particulier, les fonctions des types contractuels seront étudiées, puisque l'une des définitions des points objectivement essentiels se réfère aux types contractuels. Une étude des différents types contractuels dépassant la conclusion ou le complètement des contrats spéciaux n'est cependant pas visée.

II. Délimitations

A. L'étendue de la forme légale (art. 11 ss CO)

- 31 **Exclusion** La présente étude ne porte pas sur l'étendue minimale de la forme légale (art. 11 ss CO), c'est-à-dire sur la question consistant à savoir quels points du contrat doivent être soumis à la forme prescrite pour que celui-ci soit formellement valable (art. 11 al. 2 CO)¹⁹. L'exclusion de ce domaine, qui présente certains liens avec notre sujet d'étude, est justifiée par les nombreuses différences qui les opposent.
- 32 En revanche, nous traiterons de l'étendue minimale de la forme conventionnelle (régie par l'art. 16 CO), car elle se rattache à la volonté d'être lié et à la conclusion du contrat, tandis que la forme légale fait partie des règles sur la validité des contrats²⁰.

18 *Infra* n^{os} 1458 ss.

19 Sur cette question en général : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 536 ss ; MERZ, *Vertrag*, n^{os} 335 ss ; YUNG, *Contrats formels*, pp. 252 ss.

20 Sur la distinction entre forme légale et forme conventionnelle, cf. *infra* n^{os} 1377 ss.

Liens avec notre sujet L'étendue de la forme légale présente certains liens avec notre sujet d'étude. En particulier, en l'absence d'une norme spéciale définissant son étendue (cf. le renvoi de l'art. 11 al. 2 CO), la jurisprudence et la plupart des auteurs la définissent à l'aide des notions de points objectivement essentiels et de points subjectivement essentiels²¹, qui sont également employées pour définir l'étendue minimale de l'accord, sujet de notre étude.

En outre, la conclusion du contrat et sa validité formelle sont reliées, dans la mesure où ces deux conditions sont nécessaires à l'efficacité de l'acte juridique (c'est-à-dire au fait qu'il existe et qu'il produise ses pleins effets juridiques²²).

Différences avec notre sujet : a) Usage fait des points essentiels L'emploi qui est fait des points essentiels du contrat pour définir l'étendue minimale de la forme légale diffère de celui qui a cours dans notre sujet d'étude.

En matière de conclusion du contrat, la jurisprudence et la doctrine largement majoritaire considèrent que l'accord doit porter sur tous les points objectivement essentiels et sur tous les points subjectivement essentiels pour que le contrat existe²³.

Les avis sont plus divers en matière d'étendue de la forme légale. **a)** Le Tribunal fédéral, suivi par une partie de la doctrine, considère que la forme doit s'étendre à tous les points objectivement essentiels, ainsi qu'aux points subjectivement essentiels, dans la mesure où ces derniers entrent dans le « cadre naturel du contrat », c'est-à-dire lorsqu'ils influencent le rapport entre les prestations principales²⁴. **b)** D'autres auteurs adoptent au contraire une théorie dite objective étendue, selon laquelle doivent respecter la forme pres-

21 VON BÜREN, p. 142; CAVIN, *TDP*, pp. 126-127; ZK-JÄGGI, art. 11 CO, n° 28; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 11 CO, n° 10; CR-XOUDIS, art. 11 CO, n° 24; chez MERZ, *Vertrag*, comparer les nos 174-175 et 336; soulignant la « congruence » entre le consensus et l'instrumentation : WIEGAND/BRUNNER, pp. 1-2; cf. aussi ATF 81 II 502 *Göldlin c. Brunner* [de], consid. 4; *Regierungsrat BE* (25.08.1916) = MBVN 1916 p. 456.

22 Sur la notion d'efficacité des actes juridiques, cf. *infra* n° 667.

23 *Infra* nos 716 ss.

24 Arrêt TF n. publ. 4A_63/2015 (18.02.2016) [it], consid. 3; Arrêt TF n. publ. 4A_29/2013 (06.06.2013) [fr], consid. 3.1; ATF 135 III 295 [fr], consid. 3.2; Arrêt TF n. publ. (07.01.1999) *G.A et J.A.-G. c. R.I.* [de], consid. 2, trad. et comm. SJ 2000 I p. 533; ATF 119 II 135 [it], consid. 2a, trad. JdT 1994 I p. 99; ATF 113 II 402 [de], consid. 2a, trad. JdT 1988 I p. 67; ATF 90 II 34 *Dallèves* [fr], consid. 2; ATF 78 II 435 [de], consid. 2b, trad. JdT 1953 I p. 362; ENGEL, *Obligations*, pp. 256-257; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 536-540; HUGUENIN, *OR*, n° 365; KOLLER, *AT*, § 12 nos 83-85; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 468; BSK-SCHWENZER, art. 11 CO, nos 14-15; SCHWENZER, n° 31.23; WIEGAND/BRUNNER, pp. 3-6; CR-XOUDIS, art. 11 CO, nos 25-27; dans le même sens : YUNG, *Contrats formels*, pp. 290-291; critiques quant

critère tous les points objectivement essentiels ainsi que tous les éléments qui précisent les prestations principales ou qui accroissent les devoirs de prestation du (ou des) débiteur(s), le caractère subjectivement essentiel des points n'étant pas déterminant²⁵. **c)** Certains auteurs restés minoritaires soutiennent une théorie dite objective stricte, ne soumettant à l'exigence de forme que les éléments constitutifs du type contractuel (*essentialia negotii*)²⁶. **d)** Ces différentes théories sont parfois combinées au sein de théories mixtes²⁷. **e)** Enfin, d'autres auteurs définissent l'étendue minimale de la forme légale en se passant de la notion de points essentiels du contrat²⁸; ces théories sont restées isolées²⁹.

38 **Différences avec notre sujet : b) Champ d'application** Les règles sur la conclusion du contrat (art. 1-10 CO) s'appliquent à tous les actes juridiques bilatéraux ou multilatéraux et servent à définir et à préciser quand ces actes

à certains éléments de cette théorie : GAUCH, *Formzwang*, p. 82; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 539.

- 25 Initialement développée par ZK-HAAB, art. 657 CC, n° 17; elle a trouvé appui chez VON BÜREN, pp. 142-143; CAVIN, *TDP*, pp. 125-128; BK-SCHMIDLIN, art. 11 CO, nos 96-98; SCHMID, *Beurkundung*, nos 577-589, qui rejette, sur un plan terminologique, les points objectivement essentiels, tout en employant la notion dans sa définition typologique. On trouve déjà l'utilisation de critères purement objectifs chez BK-BECKER, art. 11 CO, n° 7. La théorie objective étendue a été expressément écartée par le Tribunal fédéral (ATF 90 II 34 *Dallèves* [fr], consid. 2; ATF 78 II 435 [de], consid. 2b, trad. JdT 1953 I p. 362; ATF 68 II 229 [de], consid. 1, trad. JdT 1943 I p. 70).
- 26 ANDEREGG, p. 7; HERZ, pp. 105-108; PAOLETTO, pp. 33 s.; RUF, p. 373; SEROZAN, pp. 14-15. Sur les *essentialia negotii*, cf. *infra* nos 453 ss.
- 27 Cf. par exemple BK-MEIER-HAYOZ, art. 657 CC, nos 84-90.
- 28 Selon VON TUHR/PETER, § 30 VII, tous les points faisant l'objet d'un accord des parties doivent être couverts par la forme prescrite, sauf exception résultant des art. 12 et 115 CO p. an. (dans le même sens : ZK-WIELAND, art. 657 CC, n° 7; dans la même direction : ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 11 CO, n° 9; exposant l'avis de VON TUHR/PETER : YUNG, *Contrats formels*, pp. 269-270). En outre, en matière de vente immobilière, SPIRO ne soumet à l'exigence de forme authentique que « la promesse du vendeur et son extension, soit par accroissement de la prestation, soit par affaiblissement des conditions de son admission y compris la diminution de la contre-prestation » (SPIRO, *Beurkundung*, pp. 23-24 [tr. lib.]). Si un prix doit toujours être mentionné dans l'acte (*Ibid.*, p. 15), un prix réel supérieur au prix instrumenté n'affecte pas la validité de l'acte (*Ibid.*, p. 24).
- 29 Relevant que la théorie de VON TUHR/PETER n'est « plus soutenue » : CAVIN, *TDP*, p. 126. La théorie de SPIRO a notamment été rejetée par le Tribunal fédéral (ATF 90 II 154 [fr], consid. 1) et la doctrine (MERZ, *Vertrag*, nos 444-445; BK-SCHMIDLIN, art. 11 CO, n° 95; YUNG, *Contrats formels*, pp. 286-287). Toutefois, LIVER va dans la même direction que SPIRO lorsqu'il retient que la contrepartie versée pour la constitution d'une servitude foncière (art. 732 CC) n'a pas besoin de figurer dans l'acte (ZK-LIVER, art. 732 CC, nos 16, 44-45, 81-83; *contra* PIOTET, *Droits réels limités*, nos 174-178).

existent ; le contenu des actes est *a priori* indifférent dans ce cadre. Les art. 1-10 CO sont donc d'application générale.

Les règles relatives à la forme légale (art. 11 ss CO) ne s'appliquent au contraire que lorsqu'une « prescription spéciale de la loi » (art. 11 al. 1 CO) l'ordonne. Les règles de forme sont donc nécessairement typiques, faute de quoi le principe de la liberté de la forme (art. 11 al. 1 CO) serait dépourvu de sens. Quelques exemples³⁰ figurent à l'art. 216 CO en matière de vente immobilière, à l'art. 243 CO quant à la promesse de donner, à l'art. 344a al. 1 CO pour le contrat d'apprentissage, à l'art. 493 CO en matière de cautionnement, etc. Certaines dispositions spéciales se trouvent dans la partie générale du Code des obligations (art. 165 al. 1 CO pour le *pactum de cedendo*) ou dans d'autres lois fédérales (art. 9 al. 1 LCC quant au crédit à la consommation).

Différences avec notre sujet : c) Buts Les règles sur la conclusion du contrat servent à concrétiser les principes d'autonomie privée et de liberté contractuelle, en donnant aux sujets de droit la possibilité juridique d'organiser eux-mêmes leurs existences au moyen de contrats³¹.

Par contraste, les règles de forme sont construites comme des exceptions au principe de la liberté contractuelle (art. 11 al. 1 CO). Ces restrictions poursuivent des buts divers³², dont notamment : **a)** la protection des parties au contrat, dès lors que le respect d'une forme les rend attentives à la portée de leur engagement³³ ; **b)** la sécurité des affaires, tant pour les parties que pour les tiers (par exemple facilitation de la preuve et des procès) ; **c)** la facilitation de la tenue des registres publics ; **d)** l'information des parties. Une norme formelle peut tendre vers plusieurs de ces buts à la fois³⁴, qui peuvent à la fois relever de la protection d'intérêts privés et publics³⁵.

Différences avec notre sujet : d) Conséquences juridiques Les actes juridiques contractuels ne répondant pas aux conditions posées par les art. 1-10 CO sont inexistantes. Aucune nuance n'est possible quant aux conséquences juridiques d'une telle absence d'acte : l'effet formateur et l'effet obligatoire ne peuvent se produire, et il est notamment impensable qu'un acte juridique ait

30 Pour plus d'exemples, cf. BK-SCHMIDLIN, art. 11 CO, n^{os} 60-62, 65-67, 82-83.

31 *Infra* n^o 336.

32 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 497-501 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n^o 466 ; MERZ, *Vertrag*, n^{os} 331-332 ; CR-XOUDIS, art. 11 CO, n^{os} 4-5.

33 ATF 118 II 32 [de], consid. 3d, trad. JdT 1993 I p. 387 ; ATF 117 II 382 [de], consid. 2b, trad. JdT 1993 I p. 130 ; ATF 116 II 700 [de], consid. 3a, trad. JdT 1991 I p. 643.

34 KOLLER, AT, § 12 n^o 11 ; CR-XOUDIS, art. 11 CO, n^o 5.

35 ATF 116 II 700 [de], consid. 3b, trad. JdT 1991 I p. 643 ; MERZ, *Vertrag*, n^{os} 331-334a ; CR-XOUDIS, art. 11 CO, n^o 5.

une « existence partielle ». L'acte inexistant ne peut en outre pas être converti³⁶ puisque le consensualisme consacré à l'art. 1 al. 1 CO est le seul mode de conclusion des contrats en droit suisse³⁷.

- 43 En revanche, en matière de validité formelle, les conséquences juridiques appellent de plus fines nuances. En fonction du but de chaque règle de forme considérée individuellement et de la volonté hypothétique des parties, le vice de forme peut donner lieu à l'inexistence³⁸ de tout ou partie du rapport d'obligation contractuel ou au maintien de celui-ci³⁹.
- 44 Il faut donc distinguer clairement les actes inexistants des actes nuls⁴⁰.

B. L'erreur sur les « éléments nécessaires du contrat » (art. 24 al. 1 ch. 4 CO)

- 45 L'expression « éléments nécessaires du contrat » (*notwendige Grundlage des Vertrages*; *necessario elemento del contratto*) figurant à l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO présente, en français et en italien, une certaine proximité terminologique

36 Sur la conversion des actes juridiques nuls, cf. notamment : ATF 133 III 311 [fr], consid. 3.4.2; ATF 126 III 182 [de], consid. 3b, trad. JdT 2000 I p. 315 (arrêts rendus en matière de nullité de l'objet); ENGEL, *Obligations*, pp. 265-266; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 584b-584c; ZK-JÄGGI, art. 11 CO, n^{os} 82-93; BK-SCHMIDLIN, art. 11 CO, n^{os} 161-169; SCHMID, *Beurkundung*, n^{os} 806-816; BsK-SCHWENZER, art. 11 CO, n^{os} 25-26.

37 Certaines normes spéciales dérogent certes aux art. 1-10 CO en modifiant quelque peu les modalités de la conclusion du contrat (par exemple art. 1-2 LCA), mais sans s'écarter du principe consensualiste prévu à l'art. 1 al. 1 CO. Dans cette logique, la vente aux enchères forcée (art. 239 al. 1 CO) ne constitue pas un contrat de droit privé, mais un acte de puissance publique (ATF 128 III 198 [de], consid. 3a, trad. JdT 2002 II p. 61).

38 Il faut bien distinguer l'inexistence du contrat (pas d'acte juridique au sens de l'art. 1 CO) et l'inexistence du rapport d'obligation contractuel (l'acte juridique existant ne génère pas de rapport d'obligation, par exemple en cas de nullité totale au sens de l'art. 20 al. 1 CO).

39 *Infra* n^o note 2035.

40 CARBONARA, p. 97; DASSER, *Wandel*, n^o 608; ENGEL, *Obligations*, pp. 217, 259-261; GAUCH, *Parteiwille*, p. 360; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 587, 597-598, 933; HÜRLIMANN, n^o 200; KOLLER, *AT*, § 6 n^o 45; PIOTET, *Formation*, pp. 12-13, 31; dans ce sens également : Arrêt TF n. publ. 4A_314/2016, 4A_320/2016 (17.11.2016) [fr], consid. 4.3; ATF 127 III 248 [fr], consid. 3c; ATF 121 III 118 *Dürrenmatt* [de], consid. 4b/bb, trad. et rés. JdT 1995 I p. 274; ATF 120 II 341 [fr], consid. 5c; ATF 90 II 21 [de], consid. 2b, trad. JdT 1964 I p. 567; du même avis en droit allemand : LEENEN, *Abschluß*, pp. 386-390. Ne semblant au contraire pas distinguer clairement la conclusion et la validité : BUCHER, *Preisvereinbarung*, p. 376; VON TUHR/PETER, § 24 V; BsK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 CO, n^{os} 31-37.

avec les « points essentiels » du contrat (art. 2 al. 1 CO), notion qui se trouve au cœur de la présente étude⁴¹.

Pour autant, les « points essentiels » du contrat (art. 2 al. 1 CO) et ses « éléments nécessaires » (art. 24 al. 1 ch. 4 CO) ne doivent pas être confondus⁴². En effet, alors que les points essentiels du contrat (art. 2 al. 1 CO) sont des éléments de son *objet*⁴³, les « éléments nécessaires du contrat » (art. 24 al. 1 ch. 4 CO) sont plus largement tous les faits ayant un impact sur les *but*s poursuivis par les parties au contrat⁴⁴.

L'expression « objet du contrat » renvoie à son contenu, c'est-à-dire aux droits et obligations qu'il affecte⁴⁵. La notion de buts poursuivis par les parties au contrat est beaucoup plus large, car elle comprend non seulement des buts immédiats, intégrés à l'objet du contrat (par exemple : obtenir 1 kg de tomates en échange de leur prix)⁴⁶, mais aussi un nombre indéfini de buts médiats⁴⁷, qui ne font pas partie de l'objet du contrat (par exemple : préparer une salade de tomates, se nourrir sainement, etc.).

Par conséquent, la présente étude ne traite ni des « éléments nécessaires du contrat », ni de l'erreur de base (*Grundlagenirrtum* ; art. 24 al. 1 ch. 4 CO), à laquelle ils se rattachent⁴⁸.

41 *Supra* n° 26.

42 ENGEL, *Obligations*, p. 328 ; KOLLER, *AT*, § 14 n° 34.

43 *Infra* n° 61.

44 Si à l'origine, le Tribunal fédéral définissait les motifs pertinents dans le cadre de l'erreur de base uniquement comme des éléments de l'objet du contrat (ATF 47 II 86 [de], consid. 3), cela fut abandonné (ATF 56 II 424 [de], consid. 2 ; ATF 79 II 155 [de], consid. 4b/cc, trad. JdT 1954 I p. 133) ; la doctrine suit également cette opinion : BUCHER, *AT*, p. 204 ; ENGEL, *Obligations*, p. 329 ; KLAUSBERGER, p. 57 ; PIOTET, *Formation*, pp. 116-119 ; BK-SCHMIDLIN, art. 23-24 CO, n°s 100-103 ; BsK-SCHWENZER, art. 24 CO, n° 17 ; VON TUHR/PETER, § 37 V/2.

45 Sur la notion d'objet du contrat, cf. notamment BUCHER, *Dispositives Recht*, pp. 252-256 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 236-239 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 284 ss.

46 Sur la distinction entre buts intégrés à l'objet du contrat et autres buts, cf. notamment BUCHER, *AT*, p. 178 ; ENGEL, *Obligations*, p. 151 ; FAVRE, pp. 55-57 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n°s 85-87 ; BK-SCHMIDLIN, Rem. prélim. art. 23-27 CO, n° 137 ; WINDSCHEID/KIPP, II § 318 2.

47 SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n°s 564-570 ; cf. aussi FAVRE, p. 14 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 35 ; FLUME, § 4 5 ; REGELSBERGER, § 143 I ; WINDSCHEID/KIPP, II § 318 1.

48 Sur la notion d'erreur de base, cf. notamment ATF 136 III 528 [de], consid. 3.4.1, trad. JdT 2014 II p. 439 ; ATF 132 III 737 [de], consid. 1.3, trad. DB 2007 p. 34 ; ATF 132 II 161 [de], consid. 4.1 ; ATF 127 V 301 [fr], consid. 3c ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 775 ss ; KLAUSBERGER, pp. 51-54 ; KOLLER, *AT*, § 14 n°s 19 ss ; BK-SCHMIDLIN, art. 23-24 CO, n°s 90 ss.

§ 3. Méthode et plan

49 **Interprétation de la loi ; analogie** Notre démarche vise à proposer une interprétation de la loi (art. 1 al. 1 CC), qui s'opère au moyen des méthodes d'interprétation classiques (littérale, historique, systématique, téléologique)⁴⁹, sans qu'il n'y ait, selon le Tribunal fédéral, à respecter de hiérarchie particulière à cet égard (« pluralisme de méthodes pragmatique » ; « *pragmatischen Methodenpluralismus* »)⁵⁰ ; elle doit tenir compte « des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence » (art. 1 al. 3 CC). L'application d'une norme légale peut être directe ou analogique, c'est-à-dire qu'elle peut également s'appliquer à des états de faits similaires à celui qui est directement régi par elle, dès lors que « le but et les valeurs poursuivis par la ou les règles appliquées par analogie [justifient] la mise en œuvre de ces dernières dans l'hypothèse à trancher »⁵¹. Nous suivrons ici l'opinion qui rattache l'application analogique de la loi à l'art. 1 al. 1 CC (plutôt qu'à l'art. 1 al. 2 CC)⁵².

49 ATF 140 II 289 [de], consid. 3.2 ; ATF 138 III 497 [de], consid. 3.4, trad. JdT 2013 II p. 219 ; ATF 134 IV 297 [de], consid. 4.3.1, trad. JdT 2010 IV p. 13 ; ATF 127 III 318 [de], consid. 2b, trad. JdT 2001 I p. 381 ; DESCHENAUX, *TDP*, pp. 75-89 ; ZK-DÜRR, art. 1 CC, n^{os} 57-260 ; BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, art. 1 CC, n^{os} 206-343 ; KRAMER, *Methodenlehre*, pp. 55-179 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n^{os} 78-232 ; STEINAUER, *TDP*, n^{os} 261-312 ; SAVIGNY, *System*, I § 33. Sur l'interprétation historique en particulier, cf. *infra* n^o 963.

50 ATF 142 III 402 [fr], consid. 2.5.1 ; ATF 140 IV 118 [fr], consid. 3.3 ; ATF 136 III 283 [fr], consid. 2.3.1 ; ATF 134 IV 297 [de], consid. 4.3.1, trad. JdT 2010 IV p. 13 ; ATF 133 III 175 [de], consid. 3.3.1, trad. DB 2008 p. 38 ; BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, art. 1 CC, n^{os} 194-200 ; KRAMER, *Methodenlehre*, pp. 179-181 ; STEINAUER, *TDP*, n^{os} 320-322 ; CR-WERRO, art. 1 CC, n^{os} 71-75. D'un point de vue terminologique, la doctrine parle parfois « d'une méthode » fondée sur « plusieurs éléments » (cf. par exemple STEINAUER, *TDP*, n^{os} 261 ss) ; le Tribunal fédéral parle de « méthodes » au pluriel (cf. par exemple ATF 142 III 402 [fr], consid. 2.5.1 ; cf. également CR-WERRO, art. 1 CC, n^o 71), ce qui semble préférable puisque « la méthode » consiste justement à dire qu'il n'y en a pas qu'une, mais plusieurs.

51 STEINAUER, *TDP*, n^o 386 ; dans le même sens : BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, art. 1 CC, n^o 376 ; KRAMER, *Methodenlehre*, pp. 205-208 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n^{os} 346-350.

52 Rattachant l'application par analogie à l'art. 1 al. 1 CC : ATF 134 IV 297 [de], consid. 4.3.1, trad. JdT 2010 IV p. 13 ; ATF 120 II 341 [fr], consid. 6 ; ATF 74 II 106 [de], consid. 1, trad. JdT 1949 I p. 62 ; BURCKHARDT, *Methode*, pp. 285-286 ; ZK-DÜRR, art. 1 CC, n^{os} 230-236 ; BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, art. 1 CC, n^{os} 156, 378 ; HUBER, *Erläuterungen*, p. 35 ; HUBER, *Rechtsverwirklichung*, p. 354 ; MORIN, *Art. 2 et 4 CC*, p. 225 ; STEINAUER, *TDP*, n^o 383 ; rattachant l'analogie à l'art. 1 al. 2 CC : ATF 134 III 497 [fr], consid. 4.3 ; DESCHENAUX, *TDP*, p. 105 ; KRAMER, *Methodenlehre*, pp. 203-204 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n^o 346 ; distinguant également l'interprétation de la loi de son application par analogie : BYDLINSKI, *Methodenlehre*, pp. 467-471 ; DU PASQUIER, n^o 214. La question a été expressément laissée ouverte par le Tribunal fédéral : ATF 142 III 329 [de], consid. 5.3.

Plus précisément, nous examinerons l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels en comparant l'approche dominante avec une autre approche qui s'en écarte, et en soumettant ces deux approches aux différentes méthodes d'interprétation de la loi⁵³. 50

Rôle de la Constitution Dans le cadre de cette interprétation de la loi (art. 1 al. 1 CC), nous nous référerons notamment à des notions relevant non seulement du droit privé, mais également du droit constitutionnel fédéral (liberté contractuelle⁵⁴; sécurité du droit⁵⁵). Cela implique de préciser le rôle que peut jouer la Constitution dans l'interprétation du droit privé. 51

D'après la conception retenue ici, la Constitution doit être prise en compte dans le cadre de l'interprétation de la loi (art. 1 al. 1 CC), principalement dans la méthode systématique⁵⁶ – la Constitution étant la pièce maîtresse du système juridique dans lequel s'insère la législation de droit privé (art. 122 al. 1 Cst.) – et dans la méthode téléologique⁵⁷, dans la mesure où la loi en cause a pour objectif de réaliser des dispositions constitutionnelles. Le pluralisme de méthodes pragmatique voulu par le Tribunal fédéral⁵⁸ implique de ne pas accorder de place particulière à la Constitution, qui est prise en compte comme tout autre élément d'interprétation de la loi⁵⁹. 52

La Constitution doit elle-même être interprétée en suivant le pluralisme de méthodes pragmatique⁶⁰. Lorsque l'on se réfère à la Constitution pour interpréter la loi, il faut donc prendre en compte la totalité des principes et dispositions constitutionnelles pertinents, qui doivent être considérés comme équivalents à moins que le Constituant ait donné la prépondérance à une règle sur une autre⁶¹. En particulier, sont *a priori* équivalents : 53

53 *Infra* n^{os} 925 ss.

54 *Infra* n^{os} 342 ss.

55 *Infra* n^o 408.

56 BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n^o 260.

57 Dans ce sens : BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 373.

58 *Supra* n^o note 50.

59 Par exemple, le Tribunal fédéral se réfère à l'art. 119 al. 2 let. d Cst. pour interpréter la notion d'ordre public au sens de l'art. 27 LDIP (ATF 141 III 312 [de], consid. 4.2); il prend en compte les art. 8 al. 3 et 190 Cst. dans l'interprétation des art. 160 et 30 CC (ATF 136 III 168 [de], consid. 3.3, trad. JdT 2010 I p. 335). Dans le même sens : ZK-DÜRR, art. 1 CC, n^o 220; HÖHN, *Methodik*, pp. 245-247; HÖHN, *Bedeutung der Verfassung*, pp. 269-273.

60 ATF 139 II 243 [de], consid. 8; ATF 139 I 16 [de], consid. 4.2.1, trad. JdT 2013 I p. 167; ATF 131 I 74 [de], consid. 4.1, trad. JdT 2007 I p. 652; ATF 118 Ib 187 [de], consid. 4; TSCHANNEN, *Verfassungsauslegung*, n^o 1.

61 ATF 139 I 16 [de], consid. 4.2.1, trad. JdT 2013 I p. 167; ATF 128 II 1 [de], consid. 3d, trad. RDAF 2003 I p. 520; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n^o 342; HÄFELIN/HALLER/KELLER, n^{os} 128 ss; TSCHANNEN, *Verfassungsauslegung*, n^o 5.

- 54 – Le principe de la hiérarchie des normes, qui implique que de plusieurs interprétations possibles de la loi, on écartera celles qui sont incompatibles avec la Constitution (interprétation conforme à la Constitution)⁶² et que parmi celles qui restent, on choisira celle qui correspond le mieux à la Constitution (interprétation orientée vers la Constitution)⁶³ ;
- 55 – Le principe de la séparation des pouvoirs, notamment concrétisé à l’art. 190 Cst., norme selon laquelle les lois fédérales doivent être appliquées par le Tribunal fédéral même si elles s’avèrent contraires à la Constitution.
- 56 La jurisprudence a harmonisé ces principes comme suit : **a)** La loi doit être interprétée le plus conformément possible à la Constitution. **b)** Dans le cas particulier où la lettre et l’esprit clairs de la loi sont incompatibles avec la Constitution⁶⁴, l’art. 190 Cst. impose d’appliquer la loi au détriment de la Constitution (*Anwendungsgebot*), sans pour autant interdire au Tribunal fédéral de signaler dans son arrêt le caractère anticonstitutionnel de la loi (*kein Prüfungsverbot*)⁶⁵.
- 57 La prise en compte *équivalente* de la hiérarchie des normes et de la séparation des pouvoirs et leur harmonisation au sein de la Constitution mènent à rejeter : **a)** les opinions qui accordent, vu la hiérarchie des normes, la priorité à l’interprétation constitutionnelle face aux éléments d’interprétation utilisés dans le cadre de l’art. 1 al. 1 CC⁶⁶ ; **b)** les opinions qui considèrent, vu la séparation des pouvoirs, l’interprétation constitutionnelle comme subsidiaire par rapport aux éléments d’interprétation utilisés dans le cadre de l’art. 1 al. 1 CC⁶⁷.
- 58 **Plan** Le présent travail est composé de deux parties. La première contient des développements fondamentaux nécessaires à la compréhension de la

62 ATF 131 II 697 [de], consid. 4.1, trad. RDAF 2006 II p. 140 ; ATF 130 II 65 [fr], consid. 4.2 ; BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, art. 1 CC, n° 262.

63 ATF 137 V 20 [de], consid. 5.2.4, trad. JdT 2012 I p. 43 ; BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, art. 1 CC, nos 276-279 ; HÖHN, *Bedeutung der Verfassung*, p. 258.

64 ATF 138 II 440 [de], consid. 13, trad. JdT 2013 I p. 135 ; ATF 131 II 697 [de], consid. 4.1, trad. RDAF 2006 II p. 140 ; ATF 130 II 65 [fr], consid. 4.2 ; ZK-DÜRR, art. 1 CC, n° 223 ; BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, art. 1 CC, nos 264-275 ; MARTENET, *Réalisation*, p. 249 ; STEINAUER, *TDP*, n° 340.

65 ATF 140 I 353 [de], consid. 4.1, trad. JdT 2015 I p. 39 ; ATF 140 I 305 [de], consid. 5, trad. RDAF 2015 I p. 247 ; ATF 139 I 180 [de], consid. 2.2, trad. RDAF 2014 I p. 265 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, I, nos 1919 ss.

66 BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, art. 1 CC, nos 260, 272-273.

67 STEINAUER, *TDP*, nos 288, 339-340.

discussion principale. Dans cette première partie sont traités : **a)** la conclusion du contrat en général (hormis la question de l'étendue minimale de l'accord)⁶⁸, avec un développement sur la déterminabilité des points du contrat qui sera utile dans le débat principal⁶⁹ ; **b)** le complètement du contrat⁷⁰ ; **c)** la liberté contractuelle et la sécurité juridique⁷¹ ; **d)** les différentes définitions des points essentiels du contrat⁷².

La seconde partie contient la discussion principale. **a)** Elle débute d'emblée par un exposé des conceptions de l'étendue minimale de l'accord qui seront discutées⁷³. **b)** Un chapitre sera ensuite consacré à l'interprétation littérale et historique⁷⁴. **c)** La liberté contractuelle et la sécurité juridique seront au centre du chapitre suivant, dans le contexte de l'interprétation systématique et téléologique de la loi⁷⁵. **d)** Le chapitre suivant contient des considérations systématiques additionnelles, afin d'analyser le rapport entre les approches ici discutées de l'étendue minimale de l'accord avec d'autres normes liées à cette question⁷⁶.

59

§ 4. Terminologie

Contrat En droit suisse, le mot « contrat » est employé dans plusieurs sens différents⁷⁷ : **a)** pour parler de l'acte juridique bilatéral créateur, modificateur ou extincteur d'obligations (cf. art. 1 al. 1 CO) ; **b)** pour désigner l'ensemble des obligations résultant de l'acte juridique contractuel (cf. art. 184 ss CO) ; **c)** pour désigner l'éventuel document écrit contenant l'échange de manifestations de volonté (cf. art. 6 LVF ou 9 al. 2 LCC). La présente étude étant centrée sur les art. 1 et 2 CO, nous emploierons le terme « contrat » dans son sens premier, désignant l'acte juridique. Ses conséquences juridiques seront

60

68 *Infra* n^{os} 64 ss.

69 *Infra* n^{os} 185 ss et 1320 ss.

70 *Infra* n^{os} 242 ss.

71 *Infra* n^{os} 336 ss.

72 *Infra* n^{os} 429 ss.

73 *Infra* n^{os} 714 ss.

74 *Infra* n^{os} 925 ss.

75 *Infra* n^{os} 1035 ss.

76 *Infra* n^{os} 1364 ss.

77 BUCHER, *AT*, pp. 97-98 ; BUCHER, *Schuldverhältnis*, pp. 102-104 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 222-235 ; GUGGENHEIM, pp. 11-12 ; KOLLER, *AT*, § 3 n^{os} 75-77 ; HK-KUT, art. 1 CO, n^o 1 ; ZK-JÄGGI, Rem. pré. art. 1 CO, n^{os} 187-190 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n^{os} 3-4 ; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n^{os} 429-435 ; TERCIER/PICHONNAZ, n^{os} 213 ss.

en principe désignées par leurs noms spécifiques (obligation, rapport d'obligation, etc.).

- 61 **Point** Un « point » d'un contrat est un élément potentiel⁷⁸ de son objet. L'étendue des points du contrat n'est pas définie *a priori* ; elle dépend de l'observateur (partie, juge, tiers) qui considère le contrat et divise son objet en fractions plus ou moins grandes⁷⁹. Le point du contrat est donc une notion juridique indéterminée.
- 62 **Juge** Sauf lorsque cela est précisé, l'expression « le juge » (au singulier) renverra aussi aux nombreux cas dans les lesquels la décision judiciaire est rendue par un collège de magistrats (par exemple art. 20 LTF)⁸⁰.
- 63 **Autres notions** Nous formulerons au long du texte d'autres précisions terminologiques, auxquelles il est renvoyé ici ; ces précisions concernent en particulier les notions « d'offre »⁸¹, d'état de fait « typique » ou « atypique » en lien avec la typologie contractuelle⁸², de « sécurité juridique »⁸³, « d'efficacité » des actes juridiques⁸⁴, de « forme réservée »⁸⁵.

78 La précision « potentiel » renvoie à l'idée que l'on parle déjà de point avant la conclusion du contrat, par exemple lors de négociations, sans encore savoir si ce point sera *in fine* objet de l'accord. Dans ce sens, ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 10, parle de « *Teil eines Lebensverhältnisses* » (sur cette notion : ZK-JÄGGI, Rem. prélim. art. 1 CO, n° 110).

79 ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 10 ; SCHMID, *Beurkundung*, nos 406-407 ; VON TUHR, *AT BGB*, II/1 § 52 II.

80 Nous suivons ainsi la terminologie employée dans la version française des art. 1 et 4 CC ; dans la version allemande de ces normes, la nouvelle du 26 juin 1998 a remplacé l'expression « *der Richter* » par « *das Gericht* » (RO 1999 pp. 1118 ss, p. 1143 [version allemande]). Sur la question, cf. STEINAUER, *TDP*, nos 15, 268. La nouvelle formulation a certes l'avantage d'être épïcène, mais tend quelque peu à faire oublier l'importance de l'élément humain dans le processus de décision judiciaire.

81 *Infra* n° note 223.

82 *Infra* n° 468.

83 *Infra* n° 406.

84 *Infra* n° 667.

85 *Infra* n° note 1981.

Première partie

**Développements
préliminaires**

Chapitre 1

La conclusion du contrat en général

§ 1. La manifestation de volonté et l'acte juridique

Contrat et manifestations de volonté L'art. 1 al. 1 CO dispose : « Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté »⁸⁶. Le contrat se forme donc en présence d'au moins deux *manifestations de volonté*⁸⁷. 64

Définition On peut définir la manifestation de volonté comme la « communication de la volonté de créer, modifier ou éteindre un droit ou un rapport de droit »⁸⁸. Cette notion cardinale du droit privé s'est cristallisée aux XVIII^e et 65

86 Les textes allemand et italien en sont proches : « *Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich* » ; « *Il contratto non è perfetto se non quando i contraenti abbiano manifestato concordemente la loro reciproca volontà* ».

87 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 68-73 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n^o 78 ; VON TUHR/PETER, § 21 I ; BsK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 CO, n^o 2.

88 ATF 132 III 609 [fr], consid. 5.2 ; cf. aussi VON BÜREN, p. 15 ; ENGEL, *Obligations*, p. 123 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 168 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 21 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^o 4 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n^o 7 ; TANDOĞAN, *Théorie générale*, p. 71.

XIX^e siècles à partir d'origines plus anciennes⁸⁹. On parle de « manifestation » ou de « déclaration » de volonté (*Willensäusserung, Willenserklärung*)⁹⁰.

- 66 **Sujets** Toute manifestation de volonté suppose un auteur ou déclarant d'une part et un destinataire d'autre part⁹¹; autre est la question de savoir si une manifestation de volonté est soumise à réception⁹², ce qui signifie qu'elle doit avoir été adressée à une ou plusieurs personnes déterminées et reçue par elle(s) pour produire l'effet juridique qu'elle vise⁹³.
- 67 **Volonté et manifestation** Le concept de *manifestation de volonté* se compose de deux éléments⁹⁴ cumulatifs :
- 68 1. La *volonté (Wille)*, qui est un fait interne à l'esprit du déclarant⁹⁵. Elle contient⁹⁶ :
- 69 (a) La *volonté de l'acte (Geschäftswille)*, c'est-à-dire « la volonté de produire un certain effet juridique »⁹⁷.

89 Sur l'histoire de la notion de manifestation de volonté : FLUME, § 2 4; FRÖDE, pp. 118-130; ZIMMERMANN, pp. 568-569; cf. aussi SAVIGNY, *System*, III § 104 3/B/a, § 114; WINDSCHEID/KIPP, I § 69.

90 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 167; parfois on réserve le terme « déclaration » (*Willenserklärung*) aux manifestations de volonté expresses : ENGEL, *Obligations*, pp. 123-124; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n°s 20, 35; BK-SCHMIDLIN, Rem. prélim. art. 3-10 CO, n° 26; TANDOĞAN, *Théorie générale*, p. 71.

91 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 205; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 21; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 28. Ainsi, un médecin ne peut passer de mandat avec lui-même (ATF 133 V 416 [de], consid. 2.2), puisqu'il n'y a aucune manifestation de volonté.

92 ENGEL, *Obligations*, pp. 127-128; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 193-205; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 129; BK-KRAMER, art. 1 CO, n°s 27-29; VON TUHR/PETER, § 22.

93 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 195; BK-KRAMER, art. 1 CO, n°s 28-29; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 13; VON TUHR/PETER, § 22 I.

94 ATF 47 II 308 *Cooperativa di Bellinzona c. Martignoni* [it], consid. 2; ENGEL, *Obligations*, p. 123; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n°s 21, 32-33; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 5; MERZ, *Vertrag*, n° 161; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 7; TONGSIR, p. 37.

95 RÜEGG, pp. 14-15; TONGSIR, p. 36; VON TUHR/PETER, § 21 I.

96 ENGEL, *Obligations*, p. 123; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 22; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 20; TONGSIR, p. 37; VON TUHR/PETER, § 21 I/1.

97 ENGEL, *Obligations*, pp. 126, 221-223; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 171; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 23; KOLLER, *AT*, § 3 n° 110; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 34; VON TUHR/PETER, § 21 I/1a. Par exemple, la distinction entre le contrat et l'acte de complaisance se fait par la recherche de la volonté de conclure (ATF 137 III 539 [de], consid. 4.1, trad. JdT 2012 I p. 329; ATF 116 II 695 [de], consid. 2b/bb, trad. JdT 1991 I p. 625; ATF 45 II 291 [de], consid. 2, trad. JdT 1919 I p. 423). Le déclarant doit-il vouloir la conséquence juridique (*Rechtsfolgentheorie*) de la déclaration, ou seulement son résultat socio-économique (*Grundfolgentheorie*)? La question fait l'objet d'une controverse (ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 44; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 35; FLUME, § 4 5), qui semble toutefois de peu d'importance pratique (ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 44; MERZ, *Vertrag*, n° 167; cf. aussi GYSIN, p. 198).

- (b) La volonté de déclarer (*Erklärungswille*), c'est-à-dire la volonté de communiquer au destinataire la volonté de l'acte⁹⁸. 70
2. La manifestation (*Erklärungsvorgang*), qui au contraire de la volonté est un fait perceptible par autrui⁹⁹. Elle est constituée des deux étapes suivantes¹⁰⁰ : 71
- (a) L'émission de la manifestation de volonté (*Abgabe*) par son auteur, soit l'acte de communication¹⁰¹, qui peut revêtir différentes formes¹⁰². 72
- (b) La prise de connaissance (*Kenntnisnahme*) par le destinataire¹⁰³. 73
- Théories de la volonté et de la déclaration** Il existe une controverse ancienne¹⁰⁴ quant à savoir lequel de ces deux éléments (volonté et manifestation) est déterminant dans la manifestation de volonté ; sont ainsi opposées la *théorie de la volonté* et la *théorie de la déclaration*¹⁰⁵. 74
- Cette controverse n'a aujourd'hui plus de portée pratique en droit suisse¹⁰⁶. En effet, l'interprétation des manifestations de volontés selon le principe de la confiance est unanimement reconnue¹⁰⁷, de même que son contexte d'application¹⁰⁸. On peut donc indifféremment dire que le droit suisse adopte la 75
- 98 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 24 ; KOLLER, *AT*, § 3 n° 111 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 33 ; VON TUHR/PETER, § 21 I/1b ; BsK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 CO, nos 15-16 ; distinguant en outre *materielle* et *formelle Erklärungswille* : KELLER, *Vertragswille*, pp. 366-367. La volonté de déclarer ne peut exister que si la volonté de l'acte existe (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 172).
- 99 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 27 ; TONGSIR, p. 37.
- 100 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 174-176 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 27.
- 101 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 175 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 27.
- 102 VON BÜREN, pp. 15-19 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 128-132 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 177-192 ; KOLLER, *AT*, § 3 nos 114-132 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, nos 7-26, 72-99 ; VON TUHR/PETER, § 21 II/1-5. À ce sujet, cf. *infra* n° 139 ss.
- 103 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 176 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 27.
- 104 Pour un exposé historique, cf. ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 183 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, nos 39-40 ; MEIER-HAYOZ, *Vertrauensprinzip*, pp. 27-66 ; FLUME, § 4 6-7.
- 105 ENGEL, *Obligations*, pp. 215-216 ; GYSIN, pp. 193-194, 196 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 184 ; KRAMER, *Einigung*, pp. 84-117 ; MERZ, *Vertrag*, n° 162 ; PIOTET, *Formation*, p. 3 ; RÜEGG, pp. 15-17 ; ainsi que FLUME, § 4 6-7 ; MUSIELAK, pp. 770 ss.
- 106 BK-SCHMIDLIN, Rem. prélim. art. 3-10 CO, n° 23 ; MERZ, *Vertrag*, nos 162-164 ; *contra* CR-DESSEMONTET, art. 1 CO (1^{ère} éd.), n° 8 ; HONSELL, *Willentheorie*, pp. 346-349. Nous n'adhérons pas aux arguments avancés par HONSELL : **a**) même un texte dit « clair » nécessite une interprétation (*infra* n° 93) ; **b**) la question de savoir si la détermination de la volonté réelle relève des faits ou du droit est indépendante de la théorie adoptée (*infra* n° 100).
- 107 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, nos 182, 187 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 40 ; SIMONIUS, *Principe de la confiance*, p. 513.
- 108 Sur le principe de la confiance, cf. *infra* nos 101 ss. L'arrêt publié aux ATF 123 III 35 [de], consid. 2b, trad. JdT 1997 I p. 322, résume parfaitement la situation : **a**) Dans le cas où

théorie de la volonté tempérée¹⁰⁹ par le principe de la confiance – opinion que nous adoptons à la suite de Paul PIOTET¹¹⁰ – ou qu’il retient la théorie de déclaration et rapprocher celle-ci de l’application du principe de la confiance¹¹¹. Notre ordre juridique tient à la fois compte de la volonté réelle et du sens objectif de sa manifestation ; autrement dit, le droit suisse a trouvé en la matière un point d’équilibre entre l’autonomie privée et la sécurité des affaires¹¹².

76

Le concept de manifestation de volonté est plus ou moins étendu selon la théorie adoptée¹¹³. Dans la théorie de la volonté, il n’y a manifestation de volonté que si volonté et sens objectif de la manifestation concordent ; dans la théorie de la déclaration, le concept est étendu au « cas pathologique » dans lequel ces deux éléments divergent et le sens objectif de la manifestation est privilégié¹¹⁴. Cela conduit à parler soit de fiction (théorie de la volonté), soit « d’imputation

volonté réelle du déclarant et sens objectif de la manifestation concordent, la controverse n’a pas d’objet (ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 75 ; MERZ, *Vertrag*, n° 163). **b)** Dans le cas où la volonté réelle n’a pas été manifestée correctement mais qu’elle a tout de même été comprise, c’est la volonté réelle qui l’emporte (*infra* n° 110). **c)** Dans le cas où la volonté réelle n’a pas été manifestée correctement et qu’elle n’a pas été comprise, le sens objectif de la manifestation de volonté peut alors primer sur la volonté (*infra* nos 101 ss).

109 Il faut vraiment parler de tempérance ou de dérogation, puisque le principe de la confiance permet, malgré la volonté réelle du déclarant, de lui imputer le sens objectif de sa manifestation de volonté, et cela même en l’absence de volonté de l’acte (*Geschäftswille*), comme le retient la doctrine majoritaire (sur cette question, cf. l’exposé détaillé de BK-KRAMER, art. 1 CO, nos 46-50, 56).

110 PIOTET, *Formation*, p. 167. On peut notamment déduire de l’art. 18 al. 1 CO le choix implicite du législateur pour la théorie de la volonté (cf. PIOTET, *Formation*, pp. 19, 22 ; *contra* SCHMIDLIN, pp. 110-113 ; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, *Intr. gén. art. 1 ss CO*, n° 80), puisque cette disposition implique la préséance de l’interprétation subjective sur l’interprétation objective (*infra* nos 106 ss).

111 VON BÜREN, pp. 123, 128 ; MERZ, *Vertrag*, n° 54. Historiquement en tous cas, théorie de la déclaration et principe de la confiance ont été associés (BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 39 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 182 ; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, *Intr. gén. art. 1 ss CO*, nos 73 ss ; adoptant cette approche : BYDLINSKI, *Privatautonomie*, p. 2 ; GUHL, pp. 159-160 ; critique quant à cette association : PIOTET, *Formation*, pp. 15-16, 48-49). STEHLE, pp. 258-261, proche de la théorie de la déclaration, « fusionne » les interprétations objectives et subjectives dans le cadre du principe de la confiance ; cette conception n’est toutefois pas compatible avec l’art. 18 al. 1 CO, puisque le caractère « inexact » ou « simulé » d’une déclaration ne peut être compris que par rapport aux volontés réelles (ou internes) des parties.

112 Puisque c’est en dernière analyse de cela qu’il s’agit (GYSIN, p. 194 ; dans le même sens : ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 113 *in fine*). Ce compromis fondamental est en outre complété par les règles sur l’erreur essentielle (art. 23 ss CO), à ce propos : BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 53 ; BK-SCHMIDLIN, *Rem. prélim. art. 23-27 CO*, nos 160-175 ; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, *Intr. gén. art. 1 ss CO*, n° 77.

113 BK-KRAMER, art. 1 CO, nos 44-45.

114 KRAMER distingue notamment la manifestation de volonté « finale » et la manifestation de volonté « normative » (BK-KRAMER, art. 1 CO, nos 30, 37 ; MERZ, *Vertrag*, n° 165).

normative »¹¹⁵ (théorie de la déclaration) à propos de l'application du principe de la confiance.

Acte juridique La manifestation de volonté est au cœur de la notion d'acte juridique¹¹⁶, dont le contrat est une catégorie particulière¹¹⁷. On peut définir l'acte juridique comme une « manifestation de volonté d'une personne (ou de plusieurs) tendant à produire un effet de droit et qui produit cet effet si toutes les conditions posées par le droit objectif sont remplies »¹¹⁸. L'acte juridique se distingue de l'action juridique¹¹⁹; il est une catégorie particulière de faits juridiques humains¹²⁰. 77

§ 2. L'interprétation des manifestations de volonté

I. Généralités

Définition Dans le contexte (général) des manifestations de volonté, l'interprétation est *l'opération qui consiste à déterminer le sens d'une déclaration ou d'un comportement au moyen d'un certain nombre de faits (appelés éléments d'interprétation)*¹²¹. 78

Buts Selon que le but de l'interprétation consiste à établir la volonté réelle du manifestant ou le sens extérieurement reconnaissable de la manifesta- 79

115 BK-KRAMER, art. 1 CO, n°s 4, 44.

116 ENGEL, *Obligations*, pp. 126, 137; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 167; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n°s 19-20; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 7; VON TUHR/PETER, § 21 I.

117 BUCHER, *AT*, p. 40; ENGEL, *Obligations*, p. 142; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 48; BK-KRAMER, *Intr. gén.* CO, n° 124; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 4.

118 ENGEL, *Obligations*, p. 136; ainsi que ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n°s 18, 37; MERZ, *Vertrag*, n° 2; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 5.

119 « L'action juridique est un comportement (action ou omission) conforme au droit qui entraîne des conséquences juridiques » (ENGEL, *Obligations*, p. 137; KOLLER, *AT*, § 3 n° 225; MERZ, *Vertrag*, n° 18).

120 ENGEL, *Obligations*, pp. 136-139; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 42; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 6.

121 ENGEL, *Obligations*, p. 235; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1196; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 240; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 309; KELLER, *Auslegung*, p. 313; VON TUHR/PETER, § 34 I.

tion, on distingue généralement l'interprétation subjective et l'interprétation objective¹²².

- 80 **Objet** L'objet de l'interprétation est en général la manifestation de la volonté ; nous envisageons ici plus précisément le contexte des manifestations de volonté formant le contrat¹²³.
- 81 **Sujet** Le sujet de l'interprétation est toujours *le juge* (ou cas échéant l'arbitre)¹²⁴ ; les « interprétations » effectuées par toute autre personne n'ont pas de valeur juridique dépassant la simple expression d'un avis, qui peut à ce titre faire partie des éléments d'interprétation¹²⁵. Cela explique également pourquoi l'interprétation n'aura lieu que dans le cadre d'un conflit d'interprétation (*Auslegungstreit*) porté devant justice¹²⁶.

II. Les éléments d'interprétation

- 82 **En général** L'interprétation des manifestations de volonté s'effectue à partir d'un certain nombre d'indices factuels¹²⁷, que l'on appelle éléments d'interprétation. Les éléments d'interprétation sont pertinents tant dans l'interprétation subjective¹²⁸ que dans l'interprétation objective¹²⁹. On distingue les éléments d'interprétation primaires et secondaires¹³⁰.

122 ATF 138 III 659 [de], consid. 4.2.1, trad. JdT 2013 II p. 400 ; ATF 123 III 35 [de], consid. 2b, trad. JdT 1997 I p. 322 ; CORBOZ, p. 271 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 1200-1201 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^{os} 102, 121 ; relativisant cette distinction : PICHONNAZ, *Centenaire*, pp. 150 ss ; critique à cet égard : SCHMIDLIN, pp. 110-116 ; considérant que cette distinction devrait être abandonnée : STEHLE, p. 263. Sur l'interprétation subjective, cf. *infra* n^{os} 96 ss ; sur l'interprétation objective, cf. *infra* n^{os} 101 ss.

123 ENGEL, *Obligations*, p. 235 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 242 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^{os} 309-310. Sur la mise en œuvre de cette interprétation pour savoir s'il y a concordance des volontés au sens de l'art. 1 al. 1 CO, cf. *infra* n^{os} 148 ss.

124 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 243 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 313 ; dans le même sens : GAUCH, *Auslegung*, p. 211.

125 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 313 ; dans le même sens : ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 243, 254.

126 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 1197-1199 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 169-173 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^{os} 328-337.

127 ATF 131 III 280 [fr], consid. 3.1 ; ATF 127 III 444 [fr], consid. 1b = SJ 2002 I p. 149.

128 Sur l'interprétation subjective, cf. *infra* n^{os} 98 s.

129 Avec une nuance toutefois quant à cette dernière, cf. *infra* n^o 102.

130 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1205 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 256 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 371 ; KOLLER, *AT*, § 9 n^o 6.

Éléments primaires Les éléments d'interprétation primaires sont le sens littéral des termes (*Wortlaut*¹³¹) employés par le déclarant lors d'une manifestation de volonté expresse (écrite ou orale), ou le « sens général d'un comportement social typique » lors d'une manifestation de volonté par actes concludants¹³².

83

À propos des termes employés par le déclarant : **a)** Les mots ont en principe leur sens commun¹³³, à moins qu'un sens particulier ne doive être retenu en raison de l'appartenance du déclarant et/ou du destinataire de la manifestation de volonté à un cercle commercial ou technique¹³⁴, ou en raison de leur définition d'un sens particulier¹³⁵. L'emploi de termes juridiques n'emporte pas qualification qui lierait le juge; tout au plus cela constitue-t-il un indice¹³⁶. **b)** L'agencement systématique des mots au sein de phrases, la ponctuation et l'ordre des phrases dans la manifestation de volonté permettent également de déterminer le sens de certains des termes employés¹³⁷. **c)** La mise en forme des manifestations de volonté écrites (par exemple mise en gras ou en italique, retraits, etc.) doit également être considérée, dans la mesure où elle permet de donner un poids plus ou moins important à certains des termes employés. **d)** La langue utilisée par le déclarant peut également jouer un rôle dans l'interprétation¹³⁸.

84

131 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^{os} 30-32, 372, 374; cf. aussi ATF 138 III 659 [de], consid. 4.2.1, trad. JdT 2013 II p. 400; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1206; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 257; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 22.

132 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1211 (tr. pers.); ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 261-263; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 373; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^{os} 45-46; dans le même sens : KOLLER, *AT*, § 9 n^o 6 *in fine*.

133 Par exemple : ATF 136 III 186 [fr], consid. 3.2.1; ATF 82 II 378 [de], consid. 4, trad. JdT 1957 I p. 175; cf. aussi CORBOZ, p. 275; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1207; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 257-259; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^{os} 375-376; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 23; dans la même direction : ENGEL, *Obligations*, p. 236.

134 Par exemple : ATF 131 III 606 [fr], consid. 4.2; ATF 129 III 702 [de], consid. 2.4.2, trad. JdT 2004 I p. 535; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1208; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 260; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 377; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^o 105; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^{os} 23-24.

135 CORBOZ, p. 275; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1238; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 379; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 25.

136 ATF 125 III 305 [fr], consid. 2b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1209; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 378.

137 CORBOZ, p. 275; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 1210, 1229; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^{os} 380-382, 472-477; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 26; par exemple : ATF 135 V 237 [de], consid. 3.5; ATF 131 III 606 [fr], consid. 4.2; ATF 127 III 444 [fr], consid. 1b = SJ 2002 I p. 149. L'art. 1189 al. 1 CCF traduit élégamment cette idée : « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier ».

138 ATF 130 III 417 [fr], consid. 2.2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1210a; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 259, 417; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 383.

85 **Éléments secondaires** Les éléments d'interprétation secondaires comprennent « toutes les circonstances » (*die gesamten Umständen*)¹³⁹ dépassant le contenu de la manifestation de volonté.

86 Les éléments secondaires comprennent en particulier :

- 87 – Les circonstances temporelles et spatiales de la manifestation de volonté¹⁴⁰.
- 88 – Tout fait s'étant produit avant la manifestation de volonté et pouvant indiquer le sens de celle-ci, dont en particulier son processus d'élaboration, comprenant notamment les éventuels documents de négociation¹⁴¹.
- 89 – Le comportement du manifestant et/ou du destinataire simultané et ultérieur à la conclusion du contrat (par exemple lettre de confirmation, déclaration d'invalidation ou de résiliation, actes d'exécution)¹⁴². Le comportement du manifestant au cours de la procédure peut également servir à l'interprétation de sa manifestation de volonté¹⁴³; toutefois, le juge doit apprécier ces comportements avec prudence puisqu'ils peuvent parfois traduire la volonté de gagner le procès en cours plutôt que la volonté qui existait réellement au moment de la manifestation de la volonté¹⁴⁴. Lorsqu'un contrat a été instrumenté par un officier public (par exemple par un notaire), la compréhension qu'avait cet officier public de l'acte peut éga-

139 ATF 138 III 659 [de], consid. 4.2.1, trad. JdT 2013 II p. 400; dans le même sens : Arrêt TF n. publ. 4A_376/2016 (02.12.2016) [fr], consid. 4.1.1.1; ATF 135 III 410 [fr], consid. 3.2; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1212; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n°s 266-267; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 385; KOLLER, AT, § 9 n° 6.

140 ATF 131 III 280 [fr], consid. 3.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1213; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 386; VON TUHR/PETER, § 34 I.

141 CORBOZ, p. 271; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1214; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n°s 269-270; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 388-390; VON TUHR/PETER, § 34 I; KOLLER, AT, § 9 n° 6; pour la constatation de la volonté réelle : BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 27; dans l'application du principe de la confiance : ENGEL, *Obligations*, p. 240; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 108; par exemple la personne ayant établi le texte du contrat : ATF 129 III 702 [de], consid. 2.5, trad. JdT 2004 I p. 535; le contenu des discussions préalables entre les parties ATF 123 III 35 [de], consid. 2c, trad. JdT 1997 I p. 322.

142 Arrêt TF n. publ. 4A_376/2016 (02.12.2016) [fr], consid. 4.1.1.1; Arrêt TF n. publ. 4A_642/2015 (29.07.2016) [fr], consid. 3.2; Arrêt TF n. publ. 4A_80/2013 (30.07.2013) [de], consid. 2.2; ATF 133 III 61 [fr], consid. 2.2.2.2; ATF 129 III 276 [de], consid. 2.3, trad. JdT 2003 I p. 346; ATF 107 II 417 [de], consid. 6, trad. JdT 1982 I p. 167; ATF 81 II 213 [fr], consid. 2b; ENGEL, *Obligations*, p. 241; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1215; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 271; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 319, 361, 396; KOLLER, AT, § 9 n° 6; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 28; RIMLE, n° 93; VON TUHR/PETER, § 34 I.

143 ATF 130 III 417 [fr], consid. 2.2.1; ATF 90 II 483 *Gossweiler* [fr], consid. 2a; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 265. Les déclarations procédurales comme éléments d'interprétation doivent être distinguées de l'interprétation des déclarations procédurales (à ce sujet ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 333; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 65).

144 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 320; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 28; OFTINGER, *Auslegung*, p. 90. Le Tribunal fédéral a par exemple qualifié de « manifestation de volonté tardive » une déclaration d'une partie lors d'une audience de jugement quant au caractère onéreux d'un contrat de dépôt, dès lors que ce caractère onéreux n'avait jamais été mis en doute avant le procès (ATF 98 II 211 [fr], consid. 7b).

lement être prise en compte en tant qu'indice des volontés des parties¹⁴⁵. En revanche, l'opinion ultérieure d'un tiers n'est pas nécessairement pertinente¹⁴⁶.

- Les buts poursuivis par le manifestant sont un indice important de sa volonté réelle¹⁴⁷. Les buts pertinents dans l'interprétation sont tant les buts réels du manifestant que ses buts supposés¹⁴⁸, que l'on peut appeler également ses « intérêts »¹⁴⁹. Les buts poursuivis par le déclarant sont déterminés à partir des éléments ordinaires d'interprétation et constituent à leur tour un élément d'interprétation¹⁵⁰. 90
- Les caractéristiques personnelles générales du manifestant et/ou du destinataire sont également des circonstances à prendre en compte¹⁵¹. Peuvent par exemple être pertinents leur nationalité et leur langue¹⁵², leur âge et expérience de la vie, ou encore leur formation et activité professionnelle¹⁵³. 91
- Parfois, les circonstances générales de la vie au moment de la manifestation de la volonté (par exemple les conditions sur un marché en particulier¹⁵⁴, l'état du droit objectif¹⁵⁵, le temps que prend l'accomplissement de certaines démarches administratives, etc.) fournissent également des indices sur la volonté du manifestant¹⁵⁶. En particulier, les conceptions commerciales et les usages commerciaux peuvent revêtir une certaine importance¹⁵⁷. 92

145 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 363.

146 Même s'il s'agit de l'opinion d'un professeur de droit : ATF 125 III 305 [fr], consid. 2c.

147 ATF 138 III 659 [de], consid. 4.2.1, trad. JdT 2013 II p. 400 ; ATF 136 III 186 [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 132 III 24 [de], consid. 4, trad. et rés. JdT 2006 II p. 187 ; ATF 131 III 606 [fr], consid. 4.2 ; ATF 129 III 702 [de], consid. 2.4.1, trad. JdT 2004 I p. 535 ; ATF 127 III 444 [fr], consid. 1b = SJ 2002 I p. 149 ; BOSSHART, pp. 121-122 ; CORBOZ, p. 275 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1216 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 272 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 391-392, 402-418 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n°s 35-39 ; KOLLER, AT, § 9 n° 6.

148 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 391.

149 L'intérêt du manifestant est le but que poursuivrait une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances ; sur la notion de « but raisonnable » et son rôle dans l'interprétation, cf. notamment EGGER, *Vertragsauslegung*, pp. 104-105 ; GUHL, pp. 168-170 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 43 ; BK-KUMMER, art. 8 CC, n° 332.

150 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 392, 410-418 ; dans le même sens : BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 35.

151 EGGER, *Vertragsauslegung*, p. 106 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 273 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 393.

152 ATF 131 III 606 [fr], consid. 4.2 ; ATF 129 III 702 [de], consid. 2.4.1, trad. JdT 2004 I p. 535 ; ATF 125 III 305 [fr], consid. 2c.

153 Par exemple : ATF 135 III 410 [fr], consid. 3.3 ; ATF 129 III 702 [de], consid. 2.4.2, trad. JdT 2004 I p. 535 ; ATF 126 III 25 [fr], consid. 3c ; ATF 125 III 305 [fr], consid. 2c.

154 ATF 99 II 290 *Fischer AG c. Strickler* [de], consid. 6b, trad. JdT 1974 I p. 361.

155 Par exemple, le but de protection de certaines normes peut avoir un impact sur l'interprétation : ATF 129 III 702 [de], consid. 2.5, trad. JdT 2004 I p. 535.

156 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 274 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 394 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 44.

157 ATF 94 II 157 [de], consid. 4b, trad. JdT 1969 I p. 538 ; ATF 90 II 92 *Diethelm c. Schlaepi & Söhne* [de], consid. 4, trad. JdT 1965 I p. 37 ; ENGEL, *Obligations*, p. 242 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 1217-1219 ; GUHL, pp. 165-166 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18

- 93 **Rapport entre éléments primaires et secondaires** En pratique, les éléments primaires jouent un rôle capital dans l'interprétation (d'où leur dénomination). Ils constituent en principe le point de départ de toute interprétation des manifestations de volonté¹⁵⁸. Pour autant, l'on ne peut jamais se passer d'un examen des éléments d'interprétation secondaires¹⁵⁹. En effet, la maxime dite « du texte clair » (*Eindeutigkeitsregel*, également exprimée par l'adage *clara non sunt interpretanda*) – qui voulait qu'en présence d'un texte « clair », il ne fallait pas prendre en compte les autres éléments d'interprétation¹⁶⁰ – a été abandonnée par le Tribunal fédéral¹⁶¹ ; elle est du reste critiquée par de nombreux auteurs¹⁶².
- 94 **Nature juridique** Les éléments d'interprétation sont des *faits*. À ce titre, ils doivent en principe être prouvés (art. 55 al. 1 CPC), à moins qu'ils ne soient pas contestés ou pas pertinents (art. 150 al. 1 CPC), qu'ils soient notoires ou qu'ils découlent d'une règle d'expérience généralement reconnue (art. 151 CPC).
- 95 *Exemples* : Doivent ainsi être prouvés : le contenu écrit ou oral d'une déclaration, le comportement d'une partie après la manifestation de sa volonté, les usages commerciaux¹⁶³ ; n'ont par contre pas besoin d'être prouvés : le sens commun des mots, les circonstances politiques et sociales au moment de la manifestation de volonté, etc.
-
- CO, n^{os} 395, 419-442 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^{os} 29-34 ; VON TUHR/PETER, § 34 I ; YUNG, *Éléments objectifs*, p. 239.
- 158 « [...] [I]l convient de partir du texte du contrat [...] avant de l'examiner dans son contexte [...] » (ATF 138 V 176 [fr], consid. 6 ; cf. aussi ATF 140 III 391 [de], consid. 2.3, rés. JdT 2015 II p. 123 ; ATF 132 V 286 [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 131 III 280 [fr], consid. 3.1) ; CORBOZ, p. 275 ; CHAPPUIS, p. 15 ; ENGEL, *Obligations*, p. 236 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 1220, 1228 ; VON TUHR/PETER, § 34 I.
- 159 Cela découle déjà de l'art. 18 al. 1 CO, qui précise qu'il n'y pas lieu de « s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont [les parties] ont pu se servir » ; dans le même sens : ATF 138 III 659 [de], consid. 4.2.1, trad. JdT 2013 II p. 400 ; ATF 136 III 186 [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 135 III 410 [fr], consid. 3.2 ; ATF 129 III 276 [de], consid. 2.3, trad. JdT 2003 I p. 346 ; ATF 17 p. 679 [de], consid. 8 ; CORBOZ, p. 276 ; CHAPPUIS, p. 14 ; EGGER, *Vertragsauslegung*, p. 106 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 258 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 12 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^{os} 11, 22 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n^o 122, qui rattache la prohibition de l'interprétation purement littérale à la fois à l'art. 18 al. 1 CO et à l'art. 2 CC.
- 160 ATF 111 II 284 [fr], consid. 2 ; ATF 99 II 282 [fr], consid. I.1.
- 161 Arrêt TF n. publ. 4A_221/2015 (23.11.2015) [de], consid. 5.2.2 (n. publ. aux ATF 141 III 549) ; ATF 136 III 186 [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 131 III 606 [fr], consid. 4.2 ; ATF 131 III 280 [fr], consid. 3.1 ; ATF 127 III 444 [fr], consid. 1b = SJ 2002 I p. 149 ; sur l'évolution de la jurisprudence en la matière : CHAPPUIS, pp. 12-15.
- 162 CHAPPUIS, pp. 5-7 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1221 ; GAUCH, *Auslegung*, pp. 215-217 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^{os} 470-471 ; KOLLER, *AT*, § 9 n^o 6 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 47 ; PAPAUX, p. 52 ; VON TUHR/PETER, § 34 I ; *contra* DESCHENAUX, *Fait et droit*, p. 81 ; HONSELL, *Willenstheorie*, p. 347.
- 163 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^{os} 430-431.

III. L'interprétation subjective

Volonté réelle L'interprétation subjective a pour but de déterminer la *volonté réelle* du déclarant. En matière contractuelle, l'interprétation subjective est prescrite par l'art. 18 al. 1 CO, qui enjoint le juge de « [...] rechercher la réelle et commune intention des parties [...] »¹⁶⁴. 96

Méthode La volonté réelle est un *fait* interne à l'esprit du déclarant¹⁶⁵ ; à ce titre, elle est nécessairement hypothétique¹⁶⁶ et ne peut être établie que de manière indirecte¹⁶⁷. 97

Pour déterminer la volonté réelle de l'auteur d'une manifestation de volonté, il y a lieu de se fonder sur tous les éléments d'interprétation¹⁶⁸ qui peuvent contribuer à l'indiquer, ceux-ci étant quant à eux fréquemment des faits externes¹⁶⁹. 98

La volonté à déterminer est celle qui existait au moment de sa manifestation¹⁷⁰, ce qui n'exclut pas le recours à des éléments d'interprétation postérieurs¹⁷¹. 99

164 Arrêt TF n. publ. 4A_376/2016 (02.12.2016) [fr], consid. 4.1.1.1 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 12 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 17 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 121 ; *contra* VON TUHR/PETER, § 34 I, dont la compréhension de l'art. 18 al. 1 CO est critiquée par BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 18.

165 ATF 138 III 659 [de], consid. 4.2.1, trad. JdT 2013 II p. 400 ; ATF 81 II 577 [it], consid. 3, trad. JdT 1956 I p. 455 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, nos 212, 240, 247-248 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, nos 26, 315, 332 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 16 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 94 ; SAVIGNY, *System*, III § 134 p. 258 ; considérant la volonté au sens juridique uniquement comme un « fait social » : BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 CO, n° 3.

166 Cela n'enlève rien à son caractère factuel. Sur les faits externes, internes et hypothétiques, cf. STEINAUER, *TDP*, n° 637 ; BK-WALTER, art. 8 CC, nos 92-96.

167 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 213 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 16 ; moins catégorique KOLLER, *AT*, § 9 n° 3.

168 *Supra* nos 82 ss.

169 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, nos 240-241.

170 Arrêt TF n. publ. 4A_376/2016 (02.12.2016) [fr], consid. 4.1.1.1 ; ATF 132 III 626 [de], consid. 3.1, trad. JdT 2007 I p. 423 ; ATF 97 II 201 *Hirschy c. Berthoud* [fr], consid. 5 ; EGGER, *Vertragsauslegung*, p. 106 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1223 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, nos 24, 318, 345, 454-455 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 102 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 18.

171 *Supra* n° 89.

100 **Nature juridique** Si les éléments d'interprétation¹⁷² et la volonté réelle¹⁷³ sont considérés comme des faits, la nature juridique de l'interprétation subjective elle-même (soit de la démarche qui permet de passer des premiers à la seconde) est controversée. Le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine considèrent que l'interprétation subjective est une question de fait¹⁷⁴; selon certains auteurs, l'interprétation subjective relève au contraire du droit¹⁷⁵. Cette controverse a un certain impact pratique, puisqu'elle détermine si l'interprétation subjective peut être revue devant les autorités de recours dont le pouvoir d'examen est restreint quant aux faits (art. 320 CPC, art. 105 LTF).

IV. L'interprétation objective

101 **Principe de la confiance** L'interprétation objective ou normative consiste à appliquer le *principe de la confiance* : le juge « doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi [par son destinataire] en fonction de l'ensemble des circonstances ; le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime »¹⁷⁶.

172 *Supra* n^{os} 94 s.

173 *Supra* n^o 97.

174 Arrêt TF n. publ. 4A_376/2016 (02.12.2016) [fr], consid. 4.1.1.1 ; ATF 138 III 659 [de], consid. 4.2.1, trad. JdT 2013 II p. 400 ; ATF 135 III 410 [fr], consid. 3.2 ; ATF 133 III 675 [fr], consid. 3.3 ; ATF 125 III 305 [fr], consid. 2b ; CORBOZ, p. 272 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1200 ; KOLLER, AT, § 9 n^o 5 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n^o 107.

175 DESCHENAUX, *Fait et droit*, p. 80 ; EGGER, *Vertragsauslegung*, p. 107 ; GULDENER, p. 481 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^{os} 76-79 ; STEHLE, pp. 261-263. Certains arrêts du Tribunal fédéral vont également dans ce sens (ATF 84 II 418 *Roschi c. Roschi* [fr], consid. 3 ; ATF 54 II 473 [de] ; ATF 33 II 247 [de], consid. 3 ; ATF 18 p. 824 [de], consid. 3). Dans l'arrêt publié aux ATF 72 II 79 [fr], consid. 3, le Tribunal fédéral admet à la fois les deux opinions. Un arrêt antérieur distinguait les déclarations « durables » (écrites) et les autres déclarations, dont l'appréciation était laissée aux autorités inférieures (ATF 66 II 265 [de], trad. JdT 1941 I p. 173).

176 Parmi de très nombreux arrêts : ATF 135 III 410 [fr], consid. 3.2 ; cf. aussi Arrêt TF n. publ. 4A_376/2016 (02.12.2016) [fr], consid. 4.1.1.2 ; ATF 138 III 659 [de], consid. 4.2.1, trad. JdT 2013 II p. 400 ; ATF 136 III 186 [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 133 III 675 [fr], consid. 3.3 ; ATF 131 III 280 [fr], consid. 3.1 ; ATF 125 III 305 [fr], consid. 2b ; dans la doctrine : EGGER, *Vertragsauslegung*, p. 104 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 216, 239 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 207 ; JÄGGI, *Vertrauensprinzip*, p. 149 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 181, 188, 195 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 458 ; KOLLER, AT, § 3 n^{os} 154, 175 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^{os} 102, 126 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n^o 125 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n^o 104 ; VON TUHR/PETER, § 34 I.

Le point de vue à adopter est celui du destinataire de la manifestation de volonté et non celui d'un « tiers abstrait »¹⁷⁷. Seuls les éléments d'interprétation antérieurs ou concomitants à la manifestation de la volonté peuvent être pris en compte¹⁷⁸.

Le principe de la confiance est étroitement lié au principe de la bonne foi objective (art. 2 al. 1 CC) puisqu'il en constitue une émanation¹⁷⁹.

Nature juridique L'application du principe de la confiance étant une question de droit, elle n'a pas à être prouvée¹⁸⁰ et le Tribunal fédéral peut la revoir librement (art. 106 al. 1 LTF)¹⁸¹.

Champ d'application L'application du principe de la confiance n'a de sens que si la manifestation de volonté à interpréter est soumise à réception¹⁸²,

177 ATF 138 V 176 [fr], consid. 6 ; ATF 132 III 24 [de], consid. 4, trad. et rés. JdT 2006 II p. 187 ; ATF 132 V 286 [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 131 III 280 [fr], consid. 3.1 ; ATF 125 III 305 [fr], consid. 2b ; ENGEL, *Obligations*, pp. 216-217 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 209, 216 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 195 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^o 126 ; dans le même sens : SIMONIUS, *Principe de la confiance*, pp. 505, 507 ; cf. en outre BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 466.

178 Arrêt TF n. publ. 4A_376/2016 (02.12.2016) [fr], consid. 4.1.1.2 ; ATF 138 V 176 [fr], consid. 6 ; ATF 133 III 61 [fr], consid. 2.2.1 ; ATF 132 III 626 [de], consid. 3.1, trad. JdT 2007 I p. 423 ; ATF 132 V 286 [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 107 II 417 [de], consid. 6, trad. JdT 1982 I p. 167 ; CORBOZ, pp. 274-275 ; ENGEL, *Obligations*, p. 239 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 209, 1215 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 195, 200 ; KOLLER, AT, § 3 n^o 176 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 71 ; dans le même sens : VON TUHR/PETER, § 34 I. Malgré cette nuance, les éléments d'interprétation sont les mêmes qu'en matière d'interprétation subjective ; à ce sujet, cf. *supra* n^{os} 82 ss.

179 CORBOZ, p. 274 ; EGGER, *Vertragsauslegung*, p. 104 ; ENGEL, *Obligations*, p. 239 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 211 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 201-203 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 456 ; KELLER, *Vertragswille*, p. 369 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 15 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n^o 106 ; SIMONIUS, *Principe de la confiance*, pp. 512-513 ; dans ce sens, cf. déjà ATF 38 II 459 [de], consid. 2, trad. JdT 1913 I p. 399 ; rattachant plutôt le principe de la confiance à l'art. 18 al. 1 CO : VON TUHR/PETER, § 34 I.

180 L'application du principe de la confiance ne peut pas être prouvée puisqu'il s'agit d'apprécier une situation à l'aune du point de vue d'une personne de bonne foi ; l'on se situe ainsi dans le domaine du fait normatif (*Normtatsache*), à ce sujet BK-WALTER, art. 8 CC, n^o 98.

181 Arrêt TF n. publ. 4A_376/2016 (02.12.2016) [fr], consid. 4.1.1.2 ; ATF 138 III 659 [de], consid. 4.2.1, trad. JdT 2013 II p. 400 ; ATF 136 III 186 [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 135 III 410 [fr], consid. 3.2 ; ATF 133 III 675 [fr], consid. 3.3 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 194, 240 ; ENGEL, *Obligations*, p. 239 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1201 ; CORBOZ, pp. 273-274 ; KOLLER, AT, § 9 n^o 5 ; BK-WALTER, art. 8 CC, n^o 497.

182 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 206 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 67. Ainsi, les testaments ne doivent pas être interprétés selon le principe de la confiance (ATF 131 III 106 [de], consid. 1.1, trad. JdT 2005 I p. 334 ; ATF 117 II 142 [fr], consid. 2a ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 191). Sur les manifestations de volonté soumises à réception, cf. *supra* n^o 66. C'est le cas quant à l'offre et l'acceptation, cf. *infra* n^o 135.

puisque dans le cas contraire, la question de la protection de la confiance de son destinataire ne se pose pas.

- 106 En matière contractuelle, l'application du principe de la confiance est toujours¹⁸³ subsidiaire par rapport à l'interprétation subjective¹⁸⁴, car elle n'intervient que dans deux hypothèses :
- 107 1. Si l'on peut établir comment le manifestant *ou* le destinataire a compris la manifestation de volonté, mais pas comment l'autre partie l'a comprise¹⁸⁵.
- 108 2. Si le manifestant et le destinataire d'une manifestation de volonté n'ont pas compris celle-ci de la même manière¹⁸⁶.
- 109 À l'inverse, si les parties se sont effectivement comprises (ce qui constitue le « cas normal »¹⁸⁷), il est alors indifférent que les volontés réelles correspondent au sens objectif des manifestations de volonté, et le principe de la confiance ne s'applique pas.

183 Le Tribunal fédéral considère que la primauté de l'interprétation subjective sur l'interprétation objective est limitée par l'art. 973 CC, lorsqu'il s'agit de déterminer quels sont les effets du contrat constitutif de servitude à l'égard du tiers acquéreur du bien-fonds (ATF 139 III 404 [de], consid. 7.1, trad. JdT 2014 II p. 407); cependant, cette situation concerne l'interprétation du registre foncier plutôt que l'interprétation du contrat constitutif de servitude (cf. aussi art. 738 CC et ATF 123 III 461 [de], trad. JdT 1998 I p. 664).

184 Arrêt TF n. publ. 4A_376/2016 (02.12.2016) [fr], consid. 4.1.1.2; ATF 140 III 391 [de], consid. 2.3, rés. JdT 2015 II p. 123; ATF 138 III 659 [de], consid. 4.2.1, trad. JdT 2013 II p. 400; ATF 137 III 145 [de], consid. 3.2.1, trad. JdT 2011 II p. 415; ATF 135 III 410 [fr], consid. 3.2; ATF 132 III 626 [de], consid. 3.1, trad. JdT 2007 I p. 423; ATF 123 III 35 [de], consid. 2b, trad. JdT 1997 I p. 322; CORBOZ, p. 271; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 212-215a, 1201; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 196; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^{os} 50, 62, 346, 357 (avec relativisation d'ordre pratique au n^o 358); KOLLER, AT, § 3 n^o 170; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^o 102; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^{os} 8, 67; BK-MERZ, art. 2 CC, n^{os} 48, 121, 146. Sur l'interprétation subjective, cf. *supra* n^{os} 96 ss.

185 Par contre, s'il n'est possible de déterminer ni comment le déclarant, ni comment le destinataire ont compris la manifestation de volonté, le principe de la confiance ne peut pas s'appliquer car il n'y a pas de confiance établie à protéger (Arrêt TF n. publ. 4A_376/2016 [02.12.2016] [fr], consid. 4.1.1.2; Arrêt TF n. publ. 4A_187/2015 [29.09.2015] [de], consid. 4.1 [n. publ. in ATF 141 III 489]; Arrêt TF n. publ. 4A_388/2012 [18.03.2013] [de], consid. 3.4.3; Arrêt TF n. publ. 4A_538/2011 [09.03.2012] [de], consid. 2.2).

186 Arrêt TF n. publ. 4A_376/2016 (02.12.2016) [fr], consid. 4.1.1.2; Arrêt TF n. publ. 1C_613/2015 (10.08.2016) [de], consid. 3.3.

187 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 310; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 14, 75; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^o 30; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 13; SAVIGNY, *System*, § 134 p. 258.

Cette primauté de l'interprétation subjective sur l'interprétation objective repose sur l'art. 18 al. 1 CO¹⁸⁸, qui implique **a**) que le sens objectif des termes employés par les parties n'est pas pertinent si la « réelle et commune intention des parties » en diverge (règle *falsa demonstratio non nocet*)¹⁸⁹, et **b**) que l'acte simulé est inexistant¹⁹⁰ et ne produit donc pas d'effet (outre celui prévu à l'art. 18 al. 2 CO)¹⁹¹, au contraire de l'acte dissimulé (sauf vice de forme, art. 11 al. 2 CO, ou autre vice)¹⁹².

110

En matière de conditions générales, la primauté de l'interprétation subjective sur l'interprétation objective est actuellement discutée. Certains auteurs minoritaires soutiennent que les conditions générales devraient toujours être interprétées de manière purement objective¹⁹³. Certes, lorsqu'une association de consommateurs agit contre un utilisateur de conditions générales (art. 10 al. 2

111

188 ATF 121 III 118 *Dürrenmatt* [de], consid. 4b/aa, trad. et rés. JdT 1995 I p. 274; CORBOZ, p. 271; KOLLER, *AT*, § 6 n° 4; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 8, pour qui la primauté de l'interprétation subjective découle du principe de l'autonomie privée; cf. aussi BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 466, qui rattache la primauté de l'interprétation subjective à la règle *falsa demonstratio non nocet* (exprimée à l'art. 18 al. 1 CO). Puisqu'elle repose sur l'art. 18 al. 1 CO, la violation de la primauté de l'interprétation subjective peut être un motif de recours devant le Tribunal fédéral (art. 95 let. a LTF); à ce sujet, CORBOZ, p. 271; BK-WALTER, art. 8 CC, n° 497.

189 ENGEL, *Obligations*, p. 214; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 214, 1008-1012; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 50, 92; KOLLER, *AT*, § 3 n°s 153, 172-174, § 6 n° 4; BK-KRAMER, art. 1 CO, n°s 124, 125; BK-KRAMER, art. 18 CO, n°s 14, 83-102; CR-MORIN, art. 1 CO, n°s 97-98; VON TUHR/PETER, § 34 I; dans le même sens, en prenant l'exemple d'une déclaration dont le caractère non sérieux a été reconnu par son destinataire : ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 251; cf. également GUHL, p. 161; *contra* SCHMIDLIN, pp. 110-113; STEHLE, p. 261, qui voient dans le principe *falsa demonstratio non nocet* un cas d'application du principe de la confiance.

190 Faute de volonté de l'acte; à ce sujet, cf. *supra* n° 69.

191 ATF 135 III 295 [fr], consid. 3.2, dans lequel l'acte simulé est improprement qualifié de « nul »; ATF 117 II 382 [de], consid. 2a, trad. JdT 1993 I p. 130; ATF 112 II 337 [de], consid. 4a, trad. JdT 1987 I p. 170; ATF 97 II 201 *Hirschy c. Berthoud* [fr], consid. 5; ATF 96 II 383 [de], consid. 3a, trad. JdT 1972 I p. 150; ENGEL, *Obligations*, p. 225, qui parle également de nullité; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1019; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 137-138, qui précisent que l'acte est inexistant; BK-KRAMER, art. 18 CO, n°s 14, 103 ss, 156; VON TUHR/PETER, § 35 III. En particulier quant à l'art. 18 al. 2 CO, cf. ATF 106 II 141 [de], consid. 3c, trad. JdT 1980 I p. 568; ENGEL, *Obligations*, p. 226; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 250-282.

192 ATF 117 II 382 [de], consid. 2b, trad. JdT 1993 I p. 130; ATF 96 II 383 [de], consid. 3a, trad. JdT 1972 I p. 150; ENGEL, *Obligations*, p. 225; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1021; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 156-157; BK-KRAMER, art. 18 CO, n°s 14, 182-185; VON TUHR/PETER, § 35 III.

193 RUSCH, p. 206; SCHWENZER, n° 45.08; BsK-THOUVENIN, art. 8 LCD, n° 92; *contra* FF 2009 pp. 5539-5578, p. 5567; ATF 135 III 1 [de], consid. 2, trad. JdT 2011 II p. 516; BUCHER, *AT*, p. 159; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 1240 ss; BK-KRAMER, art. 1 CO, n°s 218 s.; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 60; KRAMER/PROBST/PERRIG, n°s 240-243; WIDMER, *Art. 8 UWG*, n°s 106-107. La question est également discutée en matière d'interprétation des conditions générales d'assurance (à ce sujet, cf. par exemple BRULHART, n°s 282 ss).

let. b LCD), l'analyse sera forcément objective et abstraite¹⁹⁴. Mais il ne s'agit alors nullement de l'interprétation d'un contrat, puisque les conditions générales sont considérées ici indépendamment de leur intégration à un contrat. En revanche, lorsque c'est le consommateur lui-même qui agit, il faut toujours passer par une interprétation subjective en premier lieu, vu l'art. 18 CO. L'objet du procès est donc différent dans ces deux cas. Le « risque » de jugements contradictoires¹⁹⁵ est en fait une nécessité : rien ne permet d'exclure *a priori* que dans un contrat particulier (contenant par exemple certaines clauses négociées), le juge ne doive pas rendre une décision différant de la décision prise dans le procès intenté par l'association de consommateurs¹⁹⁶. Cela résulte tant de l'art. 18 CO que du principe de la relativité des jugements¹⁹⁷.

- 112 **Méthode** Selon les cas d'application du principe de la confiance, la question posée est légèrement différente :
- 113 – Si l'on peut établir comment le manifestant *ou* le destinataire a compris la manifestation de volonté, mais pas comment l'autre partie l'a comprise, alors la question consiste à se demander si la confiance que l'on a pu établir chez l'une ou l'autre était *légitime*.
- 114 – Si l'on peut établir que les deux parties ont compris la manifestation de volonté de manière différente, tant le manifestant que le destinataire de la manifestation de volonté lui ont attribué un certain sens, en lequel ils avaient confiance. Dans cette hypothèse, appliquer le principe de la confiance revient à se demander laquelle de ces personnes a une confiance *plus légitime que celle de l'autre*¹⁹⁸.
- 115 Parmi les critères pour apprécier la légitimité d'une confiance figurent les questions suivantes : **a)** La personne en cause (manifestant ou destinataire) pouvait-elle et devait-elle se rendre compte du sens objectif du comportement de l'autre personne¹⁹⁹ ? Cela équivaut à se demander : Le manifestant s'est-il efforcé de s'exprimer le plus clairement possible ? Le destinataire de la manifestation de volonté s'est-il efforcé de comprendre celle-ci au mieux ? **b)** Y a-t-il un rapport de causalité entre le comportement du manifestant putatif et l'apparence de manifestation de volonté²⁰⁰ ? **c)** L'apparence est-elle

194 RUSCH, p. 206.

195 Cf. notamment *Ibid.*, p. 206.

196 Dans ce sens : BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 60.

197 Quant à ce principe en matière d'interprétation contractuelle : ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 329.

198 Arrêt TF n. publ. 1C_613/2015 (10.08.2016) [de], consid. 3.3 ; dans le même sens (mais avec une terminologie différente) : PIOTET, *Formation*, pp. 52-53.

199 KOLLER, *AT*, § 3 n° 184 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 50 *in fine* ; dans le même sens : PIOTET, *Formation*, p. 54.

200 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, nos 424-425 ; PIOTET, *Formation*, p. 54.

née dans la sphère d'influence du manifestant putatif (par exemple art. 27 CO), dans celle du destinataire ou hors de ces deux sphères²⁰¹ ?

Résultats Cette méthode explique les résultats auquel l'application du principe de la confiance peut mener : 116

– Dans l'exemple de la *Trierer Weinversteigerung*²⁰², un étranger entre chez un caviste sans se douter qu'une vente aux enchères s'y déroule et lève la main pour saluer un ami qu'il reconnaît dans la salle. Pendant qu'il lève la main, un lot lui est adjugé. Si le manifestant pouvait et devait se rendre compte du sens objectif de son comportement²⁰³, sa confiance ne mérite pas d'être protégée, alors que celle du commissaire-priseur est légitime : dans ce cas, la manifestation de volonté vaut dans son sens objectif, malgré la volonté réelle du manifestant (putatif). 117

– Dans le cas d'une réserve mentale (*Mentalreservation*) non reconnue par le destinataire de la manifestation de volonté, le manifestant ne peut jamais s'en prévaloir²⁰⁴. Par définition, l'idée d'une réserve mentale implique en effet chez le manifestant la conscience d'émettre une manifestation ayant un sens objectif divergeant de sa volonté réelle, de sorte que le manifestant n'a même pas de confiance à protéger. 118

– Lorsque le caractère non sérieux d'une déclaration (*Scherzerklärung*) n'a pas été reconnu par le destinataire de celle-ci, l'on se demande si l'absence de volonté de l'acte était objectivement reconnaissable. S'il ne l'était pas, l'auteur a failli à son devoir de s'exprimer le plus clairement possible et la confiance du destinataire est protégée²⁰⁵. 119

Absence de résultat En revanche, le principe de la confiance n'aboutit à aucun résultat : 120

1. Lorsque la confiance d'aucune partie ne mérite d'être protégée²⁰⁶. On peut citer les cas de figure suivants : 121

201 PIOTET, *Formation*, pp. 54-56.

202 Pour un aperçu de la discussion à cet égard : BK-KRAMER, art. 1 CO, n°s 46-50.

203 *Ibid.*, n° 50 *in fine*.

204 ATF 41 III 140 [de], consid. 2 ; ENGEL, *Obligations*, p. 223 ; KOLLER, *AT*, § 3 n°s 203-205 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 54 ; VON TUHR/PETER, § 35 I ; BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 CO, n° 11.

205 ATF 45 II 43 [de], consid. 2, trad. JdT 1919 I p. 263 ; ATF 38 II 516 [de], consid. 4 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 419 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 55 ; VON TUHR/PETER, § 35 II ; BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 CO, n° 11.

206 Arrêt TF n. publ. 1C_613/2015 (10.08.2016) [de], consid. 3.3.

- 122 (a) Lorsque le sens objectif d'une manifestation de volonté ne correspond ni à la compréhension qu'en a eu le manifestant, ni à celle qu'en a eu le destinataire²⁰⁷.
- 123 (b) En cas d'échange de manifestations de volonté, lorsque les sens objectifs des manifestations de volontés ne sont pas les mêmes (*Erklärungsdissens*)²⁰⁸ ou lorsque celles-ci sont toutes deux objectivement ambiguës (*Scheinkonsens*)²⁰⁹.
- 124 2. Lorsque la confiance de chaque partie mériterait d'être protégée dans une mesure égale à celle de l'autre. Cela pourra par exemple être le cas :
- 125 (a) Dans l'exemple précité de la *Trierer Weinversteigerung*, si le manifestant ne pouvait et ne devait pas se rendre compte du sens objectif de son comportement, alors les deux parties avaient une confiance légitime dans le sens objectif de leurs comportements respectifs. Le principe de la confiance ne donnant pas de résultat, on en revient au système de la volonté : faute de volonté réelle du manifestant, il ne peut y avoir de manifestation de volonté.
- 126 (b) Lorsque le manifestant est incapable de discernement, il ne peut se rendre compte du sens objectif de sa manifestation de volonté (apparente). Il mérite donc tout autant d'être protégé que le destinataire de celle-ci ; là encore, personne ne mérite une protection plus étendue que l'autre et le système de la volonté s'applique donc. Il n'y a pas de manifestation de volonté, faute de volonté de l'acte chez l'incapable de discernement²¹⁰.
- 127 (c) Lorsqu'une personne se fait passer pour un tiers à l'occasion d'une déclaration de telle sorte que le destinataire de celle-ci soit fondé de bonne foi à croire qu'elle émane du tiers (*unterschobene Erklärung*), il n'y a pas de manifestation de volonté²¹¹ puisque le déclarant putatif n'avait pas de moyen de se rendre compte qu'une apparence de manifestation de volonté allait survenir.

207 Arrêt TF n. publ. 4A_187/2015 (29.09.2015) [de], consid. 4.1 (n. publ. in ATF 141 III 489) ; Arrêt TF n. publ. 4A_388/2012 (18.03.2013) [de], consid. 3.4.3 ; Arrêt TF n. publ. 4A_538/2011 (09.03.2012) [de], consid. 2.2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 220 ; KOLLER, AT, § 3 n° 161 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 146 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 108, let. c).

208 On parle d'*Erklärungsdissens* lorsque les sens objectifs des deux manifestations de volonté ne concordent pas sans que les parties en aient été conscientes (BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 144 ; pour un exemple : TC VD [13.06.1893] = JdT 1893 pp. 424 ss ; cet arrêt fait l'objet d'un commentaire de VON TUHR, *Mängel*, p. 291).

209 À ce propos : KOLLER, AT, § 3 nos 160, 179 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, nos 145, 148-149.

210 BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 58.

211 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, nos 307, 424-425 ; KOLLER, AT, § 3 n° 188 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 59 ; VON TUHR/PETER, § 21 I/1.

V. Les maximes d'interprétation subsidiaires

À titre subsidiaire, c'est-à-dire lorsque les interprétations subjective et objective ne donnent aucun résultat²¹², diverses maximes peuvent²¹³ permettre au juge de conférer un sens à une manifestation de volonté :

- On interprète la manifestation de volonté dans un sens qui lui confère validité juridique et sens raisonnable (*favor contractus, favor negotii*)²¹⁴, notamment dans le sens du droit dispositif²¹⁵. 129
- On interprète la manifestation de volonté dans le sens le plus favorable au débiteur (*favor debitoris*)²¹⁶. 130
- On interprète la manifestation de volonté dans un sens défavorable à son auteur (*in dubio contra stipulatorem*)²¹⁷. 131

212 ATF 122 III 118 [de], consid. 2d, trad. JdT 1997 I p. 805 ; ATF 99 II 290 *Fischer AG c. Strickler* [de], consid. 5, trad. JdT 1974 I p. 361 ; CORBOZ, p. 277 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 486.

213 Ces maximes ne permettent pas toujours d'obtenir un résultat, notamment dans la mesure où elles entrent en contradiction (ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 509-510).

214 CORBOZ, p. 277 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 241-242 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1235 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 488-491 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n°s 40, 42-43.

215 ATF 135 V 237 [de], consid. 3.6 ; CORBOZ, p. 278 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 1230-1230a ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 492-494 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 41.

216 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 495-497 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1235 ; VON TUHR/PETER, § 34 I.

217 Arrêt TF n. publ. 4A_327/2015 (09.02.2016) [de], consid. 2.2.1 (non publié aux ATF 142 III 91) ; ATF 138 V 176 [fr], consid. 6 ; ATF 135 III 410 [fr], consid. 3.2 ; ATF 133 III 675 [fr], consid. 3.3 ; ATF 99 II 290 *Fischer AG c. Strickler* [de], consid. 5, trad. JdT 1974 I p. 361 ; CORBOZ, p. 278 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 1231-1234 ; GUHL, p. 163 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 498-508 ; KÖLLER, AT, § 3 n° 197 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 109 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 48 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 171 ; VON TUHR/PETER, § 34 I. On retrouve cette idée à l'art. 33 LCA. La question de savoir si cette règle ne s'applique qu'aux conditions générales est controversée (ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 508).

§ 3. Les conditions de la conclusion du contrat

- 132 **Offre et acceptation** Le contrat consiste en l'échange d'au moins deux manifestations de volontés concordantes (art. 1 al. 1 CO) : l'offre et l'acceptation.
- 133 La première des manifestations de volonté concourant à la formation du contrat est l'offre²¹⁸. On peut définir celle-ci comme une « proposition ferme de conclure un contrat »²¹⁹. Plus précisément, l'offre est un acte juridique unilatéral qui confère à autrui un droit formateur, celui d'accepter l'offre²²⁰.
- 134 L'acceptation est « l'acte par lequel le destinataire de l'offre manifeste la volonté de conclure un contrat conforme à l'offre »²²¹.
- 135 L'offre et l'acceptation sont toutes deux soumises à réception²²².
- 136 **Conditions** Pour qu'il y ait offre et acceptation – et qu'il y ait donc contrat²²³ – il faut être en présence :
- 137 – D'un *échange de manifestations*²²⁴, qui constitue l'aspect « externe » du contrat – tout comme la *manifestation* constitue l'aspect externe de la manifestation de volonté en général²²⁵.

218 VON BÜREN, p. 124 ; ENGEL, *Obligations*, p. 192 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 363 ; ZK-JÄGGI, art. 3 CO, n° 2.

219 ENGEL, *Obligations*, p. 194 ; cf. aussi ZK-JÄGGI, art. 3 CO, n° 9 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 80 ; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 3 CO, n° 1.

220 VON BÜREN, p. 123 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 29, 195 ; ZK-JÄGGI, art. 3 CO, n° 9 ; MERZ, *Vertrag*, n°s 192, 198 ; VON TUHR/PETER, § 3 II/1 ; dans ce sens également : RÜEGG, p. 14 ; *contra* GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 396 ; KOLLER, *AT*, § 7 n° 8-10, 66 ; BK-SCHMIDLIN, art. 3 CO, n° 38 ; BK-SCHMIDLIN, Rem. pré. art. 3-10 CO, n°s 28-34.

221 ENGEL, *Obligations*, p. 200 ; dans le même sens : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 435 ; KOLLER, *AT*, § 7 n° 53 ; BK-SCHMIDLIN, art. 3 CO, n° 49 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 87.

222 ENGEL, *Obligations*, p. 200 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 195 ; MERZ, *Vertrag*, n° 199. Sur les manifestations de volontés soumises à réception, cf. *supra* n° 66.

223 Le terme « offre » est ambigu : dans la loi et dans la doctrine, il est tantôt employé comme synonyme de l'aspect extérieur de la manifestation de volonté uniquement (art. 7 al. 1 CO ; CR-MORIN, art. 1 CO, n°s 78, 93), tantôt comme synonyme de la manifestation de volonté dans son ensemble (art. 3-6a, 7 al. 2 et 3 CO ; ENGEL, *Obligations*, p. 194 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 363, 435 ; KOLLER, *AT*, § 7 n° 3 ; SCHMIDLIN, p. 108 ; VON TUHR/PETER, § 24 III ; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 3 CO, n° 1). Nous nous rattachons au second usage.

224 *Infra* n°s 139 ss.

225 *Supra* n°s 71 ss.

- De la *concordance des volontés*²²⁶, qui constitue l’aspect « interne » du contrat – tout comme la *volonté* constitue l’aspect interne de la manifestation de volonté en général²²⁷. 138

I. L’échange des manifestations

Forme des manifestations Les manifestations (de volonté) peuvent intervenir *de manière expresse ou par actes concludants* (art. 1 al. 2 CO)²²⁸. 139

Une manifestation de volonté *expresse (ausdrückliche Willenserklärung)* signifie que le déclarant a exprimé au moyen de mots ou de signes compréhensibles²²⁹ sa volonté de manière immédiate²³⁰, ou encore lorsque les parties sont convenues de donner à un certain comportement un sens déterminé²³¹. 140

Fait partie des *actes concludants (konkludente/schlüssige Willenserklärung)*²³² tout comportement qui ne constitue pas une manifestation de volonté expresse²³³ mais qui indique de manière claire et univoque la volonté de conclure le contrat en cause²³⁴; cette exigence découle du principe de la confiance²³⁵. On peut mentionner trois catégories de manifestations de volonté par actes concludants : 141

226 *Infra* n^{os} 148 ss.

227 *Supra* n^{os} 68 ss.

228 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 382-384; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 138-148; KOLLER, AT, § 3 n^{os} 114-127; MERZ, *Vertrag*, n^{os} 168-171; CR-MORIN, art. 1 CO, n^{os} 10-11, 83; BK-SCHMIDLIN, art. 3 CO, n^{os} 16-18; BsK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 3 CO, n^o 9. Sur la notion de forme du contrat en général : ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 124-125.

229 *Ibid.*, n^{os} 142, 133-137.

230 ATF 121 III 31 [de], consid. 2cJdT 1997 II p. 105; ATF 63 II 2 [de], consid. 2b; ENGEL, *Obligations*, p. 130; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 188; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 142-143; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^{os} 7-8.

231 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 145; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^o 8; MERZ, *Vertrag*, n^o 169; CR-MORIN, art. 1 CO, n^{os} 11, 89.

232 Le terme exact de l’art. 1 al. 2 CO est « tacite » (*stillschweigend, tacita*); on admet cependant qu’il faut comprendre ce terme dans le sens « d’actes concludants », dont le silence n’est qu’un cas particulier (BK-KRAMER, art. 1 CO, n^o 9; VON TUHR/PETER, § 21 II/5).

233 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 189; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 144.

234 ATF 113 II 522 [it], consid. 5c, trad. JdT 1988 I p. 354; ATF 123 III 53 [fr], consid. 5a; ATF 129 III 476 [de], consid. 1.4, trad. JdT 2004 II p. 63; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^{os} 10-11.

235 ATF 123 III 53 [fr], consid. 5a; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 198, 204; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^o 11; parlant « d’objectivisation » à propos de l’interprétation subjective des manifestations de volonté par actes concludants : ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^{os} 333, 342; on retrouve des conceptions similaires chez BYDLINSKI, *Privatautonomie*, p. 44.

- 142 1. Les significations supplémentaires implicites des mots ou signes employés pour formuler une manifestation de volonté expresse²³⁶ ;
- 143 2. « L'acte-indice de la volonté »²³⁷ (*Willensbetätigung*), qui désigne les actes concluants « au sens étroit », soit les comportements actifs²³⁸ qui réalisent la volonté en même temps qu'ils l'expriment²³⁹ ;
- 144 3. La manifestation de volonté par le silence, c'est-à-dire qui résulte d'un comportement purement passif ; celle-ci ne constitue toutefois qu'exceptionnellement une manifestation de volonté (principe « qui ne dit mot ne consent pas »)²⁴⁰. À cet égard, l'art. 6 CO régit l'*acceptation* par le silence²⁴¹ ; on trouve également une présomption d'acceptation par le silence à l'art. 395 CO.
- 145 **Échange** L'art. 1 al. 1 CO précise que les manifestations (de volonté) doivent être « réciproques », ce qui signifie qu'elles doivent avoir été échangées. Autrement dit, l'auteur de chaque manifestation de volonté doit être le destinataire de la manifestation de volonté de l'autre partie²⁴². L'offre et l'acceptation se succèdent souvent dans le temps ; il est toutefois possible qu'elles soient simultanées, par exemple en cas d'offres croisées (*Kreuzofferte*)²⁴³.
- 146 **Contenu des manifestations** Les *manifestations* n'ont pas besoin d'avoir le même contenu ; peu importe que l'offre et l'acceptation correspondent extérieurement l'une à l'autre. Si A dit « pomme », que B répond « poire », mais que tous deux ont compris qu'ils parlaient d'oranges, les manifestations de volonté valent dans le sens mutuellement compris (*falsa demonstratio non no-*

236 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 192 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 147.

237 Traduction donnée par ENGEL, *Obligations*, p. 130.

238 ATF 129 III 476 [de], consid. 1.4, trad. JdT 2004 II p. 63.

239 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n°s 146, 131-132 ; KOLLER, *AT*, § 7 n°s 94-96 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 20.

240 ATF 123 III 53 [fr], consid. 5a ; ENGEL, *Obligations*, p. 131 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 190-190a ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 145 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n°s 12-16 ; relevant que le silence entre aussi dans le champ d'application de l'art 1 al. 2 CO : YUNG, *Acceptation par le silence*, pp. 210-211.

241 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 453-459 ; KOLLER, *AT*, § 7 n°s 103-113 ; MERZ, *Vertrag*, n°s 217-220 ; VON TUHR/PETER, § 24 IV ; YUNG, *Acceptation par le silence*, pp. 209-227.

242 ENGEL, *Obligations*, pp. 191, 194 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 355-360 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 74 ; ZK-JÄGGI, art. 3 CO, n° 2 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n°s 163-166 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 92 ; PIOTET, *Formation*, p. VIII.

243 ENGEL, *Obligations*, p. 191 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 483 ; KOLLER, *AT*, § 7 n° 1 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n°s 165-166 ; MERZ, *Vertrag*, n° 226 ; PIOTET, *Formation*, p. VIII, note n° 3 ; RÜEGG, p. 13 ; VON TUHR/PETER, § 24 I.

cet, art. 18 al. 1 CO)²⁴⁴. L'offre n'a ainsi pas besoin d'être *formulée* de manière à ce que l'acceptation puisse intervenir par un simple « oui »²⁴⁵.

En définitive, la seule exigence quant au contenu des manifestations est qu'elles doivent, d'une manière ou d'une autre, permettre de comprendre la volonté qu'elles véhiculent. Les manifestations ne sont en principe rien d'autre que des éléments d'interprétation des volontés²⁴⁶. 147

II. La concordance des volontés

Pour qu'il y ait concordance des volontés, c'est-à-dire que l'élément « interne » du contrat soit réalisé, il faut cumulativement²⁴⁷ : 148

- Que chaque partie ait eu la *volonté d'être liée*, qu'il s'agisse de volonté réelle ou qu'une telle volonté puisse lui être imputée sur la base du principe de la confiance²⁴⁸ ; 149
- Que les parties aient trouvé un *accord*, c'est-à-dire qu'elles aient eu la même volonté sur un certain objet²⁴⁹. 150

A. L'existence des volontés d'être lié

Volonté de s'engager L'offre et l'acceptation étant des manifestations de volonté²⁵⁰, elles impliquent nécessairement que les deux parties aient voulu en produire les effets²⁵¹, c'est-à-dire qu'elles aient voulu être liées par le contrat²⁵². On peut indifféremment parler de volonté d'être lié juridiquement, 151

244 Sur la règle *falsa demonstratio non nocet*, cf. *supra* n° 110.

245 ATF 31 II 640 [de], consid. 3 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 365 ; KOLLER, AT, § 7 n° 11 ; VON TUHR/PETER, § 24 II ; *contra* BUCHER, AT, p. 126 ; VON BÜREN, p. 124 ; ENGEL, *Obligations*, p. 196 ; MERZ, *Vertrag*, n° 194 ; BK-SCHMIDLIN, art. 3 CO, n° 7.

246 Sur les éléments d'interprétation, cf. *supra* nos 82 ss.

247 Cf. par exemple Arrêt TF n. publ. 4A_80/2013 (30.07.2013) [de], consid. 3.3.

248 *Infra* n°s 151 ss.

249 *Infra* n°s 171 ss.

250 *Supra* n° 132.

251 *Supra* n° 69.

252 VON BÜREN, p. 124 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 193, 195 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 369-371, 378, 422 ; ZK-JÄGGI, art. 3 CO, nos 10-15 ; ZK-JÄGGI, art. 7 CO, n° 7 ; KOLLER, AT, § 7 n° 11, 13 ; MERZ, *Vertrag*, nos 194, 212 ; RÜEGG, p. 27 ; BK-SCHMIDLIN, art. 3 CO, nos 19, 21 ; BK-SCHMIDLIN, art. 7 CO, n° 2 ; VON TUHR/PETER, § 24 III.

de volonté de conclure le contrat ou d'en produire les effets, « d'intention de s'obliger » (art. 7 al. 1 CO) ou de s'engager, d'offre ou d'acceptation « fermes » (cf. art. 212 al. 1 CO), etc.

- 152 **Modalités** La volonté de s'engager dépend d'un certain nombre de facteurs, que l'on peut appeler ses *modalités*²⁵³ :
- 153 – Le *contenu* de l'accord est nécessairement déterminant : personne ne voudrait véritablement s'engager sans *aucun* égard au contenu de l'accord. Les points sur lesquels l'accord doit absolument intervenir pour que les parties se considèrent liées sont les points subjectivement essentiels²⁵⁴.
- 154 – La *forme* peut parfois être déterminante quant à la volonté de s'engager : c'est l'hypothèse de la forme constitutive (art. 16 CO, auquel renvoie notamment l'art. 2 al. 3 CO)²⁵⁵.
- 155 – La *personne* du cocontractant peut aussi être déterminante dans la volonté de conclure, mais elle ne l'est pas toujours, ainsi que l'envisage par exemple l'art. 32 al. 2 *in fine* CO.
- 156 – Toutes les *autres circonstances* peuvent également être pertinentes, par exemple si une partie ne souhaite s'engager qu'en un temps (d'où la possibilité de fixer un délai pour accepter, art. 3 CO)²⁵⁶ ou lieu précis (par exemple au lieu d'exposition d'une marchandise au sens de l'art. 7 al. 3 CO)²⁵⁷, etc.
- 157 **Interprétation : a) Principe** En plus de rappeler que l'intention de s'engager est nécessaire pour qu'il y ait offre²⁵⁸, l'art. 7 al. 1 CO implique que la volonté de s'engager doit être interprétée²⁵⁹. Il faut en effet se demander si elle « ré-

253 Ces modalités sont le reflet des composantes de la liberté contractuelle, cf. *infra* n^{os} 337 ss.

254 Sur les points subjectivement essentiels, cf. *infra* n^{os} 440 ss.

255 À ce sujet, cf. *infra* n^{os} 167 ss et 1376 ss.

256 Par exemple ATF 54 II 300 *Bär c. Burstein* [de], trad. JdT 1929 I p. 66 ; à ce sujet, cf. aussi ENGEL, *Obligations*, p. 196 ; ZK-JÄGGI, art. 3 CO, n^o 19 ; BK-SCHMIDLIN, art. 3 CO, n^{os} 7, 12 ; VON TUHR/PETER, § 24 n^o II ; BsK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 3 CO, n^{os} 15-16.

257 ZK-JÄGGI, art. 7 CO, n^o 33.

258 Cet alinéa est mal rédigé : puisqu'une offre suppose la volonté de s'engager, le terme « offre » à l'art. 7 al. 1 CO ne peut qu'être compris comme renvoyant à une « apparence d'offre » (ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 7 CO, n^{os} 3, 5-6 ; cf. aussi BK-BECKER, art. 7 CO, n^o 1 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 422 ; ZK-JÄGGI, art. 7 CO, n^o 3 ; BK-SCHMIDLIN, art. 7 CO, n^{os} 1-2 ; VON TUHR/PETER, § 24 n^o III).

259 Par exemple : ATF 84 II 418 *Roschi c. Roschi* [fr], consid. 3 ; ATF 81 II 213 [fr], consid. 2b. La jurisprudence sur la distinction entre contrat et acte de complaisance repose aussi sur

sulte » (« *sich [...] ergibt* ») d'une déclaration expresse, des circonstances ou de la nature de l'affaire.

Les *modalités* de la volonté de conclure²⁶⁰ constituent les paramètres principaux de cette interprétation : si l'on interprète toujours les volontés de s'engager eu égard à l'objet du contrat²⁶¹, on peut aussi les interpréter eu égard à sa forme, aux personnes des cocontractants, aux circonstances de la conclusion du contrat, etc. 158

Interprétation : b) Méthode À propos de chaque partie au contrat, il faut répéter la méthode qui suit : **a)** Il y a lieu de rechercher en premier lieu la volonté réelle de s'engager du manifestant, c'est-à-dire de l'interpréter subjectivement²⁶², sur la base de tous les éléments d'interprétation²⁶³. **b)** Si la volonté réelle de s'engager du manifestant ne peut pas être établie ou si le destinataire ne l'a pas correctement comprise²⁶⁴, il faut se demander si la confiance du destinataire est légitime (ou si elle est plus légitime que celle du manifestant), en appliquant le principe de la confiance²⁶⁵. 159

Dans le contexte contractuel, tant l'offre que l'acceptation doivent être interprétées²⁶⁶. Dans de nombreux cas²⁶⁷, une analyse séparée des manifestations de volonté est toutefois superflue²⁶⁸. 160

l'interprétation des volontés d'être lié (ATF 137 III 539 [de], consid. 4.1, trad. JdT 2012 I p. 329 ; ATF 129 III 181 [de], consid. 3.2, trad. JdT 2003 I p. 236 ; ATF 116 II 695 [de], consid. 2b/bb, trad. JdT 1991 I p. 625). Cf. aussi *infra* n° note 1213.

260 *Supra* n°s 152 ss.

261 Parfois, l'interprétation des volontés d'être lié eu égard à l'objet de l'accord passe au second plan ; à ce sujet, cf. *infra* n°s 757 s.

262 *Supra* n°s 96 ss.

263 *Supra* n°s 82 ss.

264 *Supra* n°s 106 ss.

265 *Supra* n°s 101 ss.

266 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 310 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 21.

267 Par exemple lorsque les deux volontés sont manifestées dans un seul document contractuel, ou lorsque l'acceptation est formulée de manière simple (« oui », « d'accord »).

268 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 459 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 130.

- 161 **Présomptions de volonté** Dans certaines hypothèses, la loi prévoit des présomptions²⁶⁹ quant à la volonté de s'engager de l'une ou l'autre des parties, de sorte que l'on déroge en partie à l'interprétation des volontés de s'engager.
- 162 L'art. 6a al. 1 CO présume, dans le cas de relations entre un professionnel et un consommateur, que l'envoi de choses non commandées ne constitue pas une offre²⁷⁰.
- 163 Celui qui fait connaître de manière générale les conditions de la conclusion de contrats avec lui ne formule en principe pas d'offre (art. 7 al. 2 CO) ; en revanche, celui qui expose des marchandises avec indication du prix fait, « dans la règle », une offre (art. 7 al. 3 CO)²⁷¹.
- 164 Ces présomptions ont la même structure, c'est-à-dire le même type de faits probants (une communication déterminée d'une personne à une autre) et le même type de faits présumés (l'existence ou l'inexistence d'une offre, ou plus précisément l'existence ou l'inexistence d'une volonté de conclure). Elles diffèrent cependant quant à leur caractère réfragable²⁷² (art. 7 al. 2 et 3 CO) ou irréfragable (art. 6a CO)²⁷³ ; elles visent d'ailleurs des buts tout à fait différents, l'art. 6a CO faisant partie du « droit privé social », contrairement à l'art. 7 CO²⁷⁴.
- 165 Les art. 6a et 7 CO ne valent, d'après leur esprit et leur lettre, que pour l'offre, et non pour l'acceptation.
- 166 Nous traiterons plus loin de l'art. 2 al. 1 CO²⁷⁵, qui prévoit une présomption affectant l'interprétation de la volonté de s'engager *spécifiquement quant à l'objet de l'accord*, là où les art. 6a et 7 CO valent pour l'interprétation de la volonté de s'engager en général.

269 Sur la notion de présomption, cf. *infra* n° 936.

270 ENGEL, *Obligations*, pp. 206-208 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 426-432 ; KOLLER, *AT*, § 7 n°s 84-87 ; MERZ, *Vertrag*, n° 221a ; CR-MORIN, art. 6a CO, n°s 3, 7 ; BSK-ZELLWEGGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 6a CO, n°s 3-4.

271 Pour plus de détails sur ces présomptions et leur rapport avec le système des art. 1 et 2 CO, cf. *infra* n°s 1365 ss.

272 Sur la notion de présomption réfragable ou irréfragable, cf. *infra* n° 936.

273 Sur le caractère réfragable des présomptions de l'art. 7 al. 2 et 3 CO, cf. *infra* n° note 1275 ; quant au caractère irréfragable de la présomption de l'art. 6a CO : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 427 ; KOLLER, *AT*, § 7 n° 86 ; CR-MORIN, art. 6a CO, n° 7.

274 À ce sujet, cf. *infra* n°s 364 ss et 1336 ss.

275 *Infra* n°s 773 ss.

Art. 2 al. 3 CO L'art. 2 al. 3 CO rappelle qu'il faut distinguer deux modalités de la volonté d'être lié²⁷⁶ : le contenu de l'accord, à propos duquel la présomption de l'art. 2 al. 1 CO s'applique, et la forme (constitutive) de l'accord, à propos de laquelle les présomptions de l'art. 16 CO s'appliquent²⁷⁷. Quelques précisions s'imposent quant à l'art. 2 al. 3 CO :

1. La doctrine considère parfois qu'en cas de forme constitutive, la présomption de l'art. 16 al. 1 CO prendrait le pas sur l'art. 2 al. 1 CO, et qu'en cas de renversement de la présomption de l'art. 16 al. 1 CO, on en reviendrait à l'art. 2 al. 1 CO²⁷⁸. En réalité, aucune de ces présomptions ne prend le pas sur l'autre : lorsqu'une partie a réservé une forme constitutive, le respect de celle-ci *s'ajoute simplement* à l'exigence de sa volonté eu égard à l'objet de l'accord, de sorte que la volonté d'être lié fait défaut tant en cas d'absence d'accord sur les points subjectivement essentiels²⁷⁹ que de non-respect de la forme constitutive²⁸⁰.
2. Contrairement à ce qu'on lit parfois dans la doctrine²⁸¹, il ne faut pas considérer le respect d'une forme constitutive comme un « point du contrat » puisque cela ne fait pas partie de l'objet du contrat à conclure²⁸². Cette idée conduit parfois la jurisprudence et la doctrine à admettre que le contrat n'existe pas si les parties sont en désaccord sur le point de savoir quelle sera la forme constitutive²⁸³. Ce point de vue nous semble erroné : chaque partie peut individuellement fixer une

276 *Supra* nos 152 ss.

277 *Infra* nos 1376 ss.

278 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 999 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, nos 43-44 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 28 ; MERZ, *Vertrag*, n° 418 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 28 ; dans ce sens également ATF 34 II 463 *Hydorion* [fr], consid. 3. Selon BK-BECKER, art. 2 CO, n° 11, s'il y a une forme constitutive au sens de l'art. 16 al. 1 CO, la forme devient un point essentiel au sens de l'art. 2 al. 1 CO (dans le même sens : BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 8).

279 *Infra* nos 446 s.

280 Dans ce sens : ATF 100 II 18 [de], consid. 2, trad. JdT 1974 I p. 354 ; ENGEL, *Obligations*, p. 258.

281 ZK-JÄGGI, art. 16 CO, n° 4 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 7 ; BsK-SCHWENZER, art. 16 CO, n° 2 ; CR-XOUDIS, art. 16 CO, n° 7. Certains auteurs font d'ailleurs de la réserve d'une forme constitutive un point subjectivement essentiel (BK-BECKER, art. 2 CO, n° 11 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 11 ; CR-XOUDIS, art. 16 CO, n° 12). Le point de vue de RIMLE, n° 87, est préférable à ce sujet.

282 *Supra* n° note 45.

283 Arrêt TF n. publ. 4C.288/2001 (16.01.2002) [de], consid. 1 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 353c ; HK-KUT, art. 16 CO, n° 4 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 11 ; présumant cette solution : BsK-SCHWENZER, art. 16 CO, n° 2. Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral s'appuie de manière surprenante sur les arrêts publiés in ATF 105 II 75 [de], consid. 1, trad. JdT 1980 I p. 66 et ATF 54 II 300 *Bär c. Burstein* [de], consid. 2, trad. JdT 1929 I p. 66, qui ne contiennent pas le principe qu'il entend « confirmer » ; de même quant à certains des auteurs que notre haute Cour cite à l'appui de sa position (ENGEL, *Obligations*, p. 258 ; KELLER/SCHÖBI, note. 26 s. ; VON TUHR/PETER, § 30 VIII).

forme en-deçà de laquelle elle ne souhaite pas être liée. Si les parties réservent chacune une forme différente (par exemple : la forme écrite et la forme authentique), la conclusion du contrat n'est en rien empêchée ; bien plutôt, le contrat ne sera conclu que si la forme la plus contraignante (la forme authentique) est respectée²⁸⁴.

- 170 3. L'art. 2 al. 3 CO renvoie également aux règles sur la forme légale (art. 11 ss CO)²⁸⁵, mais ce renvoi, dépourvu de sens particulier²⁸⁶, s'explique par des raisons historiques ayant disparu depuis le Projet de 1879²⁸⁷.

B. L'accord sur le contenu

a) Trois questions

- 171 **Accord** Parler de volontés *concordantes* (art. 1 al. 1 CO) renvoie à la notion « d'accord des volontés » (cf. la note marginale française de l'art. 1 CO). Il y a accord entre les parties lorsque leurs volontés étaient identiques quant à un

284 Pour la partie qui réserve la forme authentique, il n'importe en effet pas de savoir si l'autre partie est *d'accord* à ce sujet, c'est-à-dire si l'autre considère également la forme constitutive comme une condition *sine qua non* de sa propre volonté d'être liée. Il lui importe seulement que le contrat soit effectivement passé en la forme authentique (faute de quoi elle n'entend pas être liée).

285 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 590, 1000 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^o 42 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n^o 28 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n^o 29 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n^o 16.

286 Il indique simplement que la pleine efficacité des obligations contractuelles dépend aussi d'autres conditions que la conclusion du contrat (MERZ, *Vertrag*, n^o 418 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n^o 18). Mais dans ce sens, on aurait aussi bien pu réserver la validité de l'objet (art. 19-20 CO) ou du consentement (art. 23 ss CO), ou encore l'absence d'extinction des obligations contractuelles (notamment art. 114 ss CO). Dans tous les cas, le renvoi à la forme légale ne doit pas être compris comme faisant de son respect une condition d'existence du contrat au sens des art. 1 ss CO (*supra* n^{os} 42 ss).

287 La fonction des normes préfigurant l'art. 2 aCO consistait à distinguer le contrat des actes préparatoires non liants (*Punktationen, Traktate*) ; jusqu'au projet de 1879 (art. 2 pCO-1879), elles se fondaient notamment sur la forme écrite du document précontractuel (art. 51 al. 1 pCO-1877 ; 51 al. 1 pCO-1875 ; 53 al. 2 pCO-1871 ; § 32 al. 2 pCO-1869 ; art. 82 D. Entw. ; §§ 910, 915 CC-ZH ; § 885 ABGB ; §§ 1/5/120 ss ALR), ce qui justifiait alors un renvoi additionnel aux règles de forme. VON WYSS, p. 97, a maintenu un reliquat de l'art. 52 pCO-1877 dans ce qui est devenu l'art. 2 al. 3 pCO-1879, tout en constatant son inutilité (VON WYSS, p. 38). Pour un aperçu des questions historiques relatives à l'art. 2 CO, cf. *infra* n^{os} 961 ss.

point du contrat²⁸⁸, c'est-à-dire quant à une partie de son objet potentiel²⁸⁹. Trois questions distinctes se posent à cet égard :

1. Quelle est la *méthode* à appliquer pour déterminer s'il y a accord quant à un point²⁹⁰ ? 172
2. Quel est le *degré de détermination* qui doit être atteint sur un point pour que l'on considère qu'il y a accord à son égard²⁹¹ ? 173
3. Sur quels points l'accord doit-il au minimum porter pour que le contrat puisse être considéré comme conclu, ou autrement dit : quelle est l'*étendue minimale de l'accord*²⁹² ? 174

b) La méthode de recherche de l'accord sur un point

Accord de fait Pour savoir s'il y a accord sur un point, on commence par rechercher la volonté réelle de chaque partie à l'égard de ce point, au moyen de l'interprétation subjective²⁹³. On compare ensuite ces deux volontés réelles : si elles concordent, il y a *accord de fait* sur le point en cause²⁹⁴. 175

Absence d'accord de fait Il y a absence d'accord de fait dans deux hypothèses²⁹⁵ : 176

- On a pu établir les volontés réelles des parties, mais celles-ci ne concordent pas (*désaccord de fait*)²⁹⁶ ou elles consistent à ne pas produire d'effet juridique quant au point en cause (*réserve*)²⁹⁷. 177
- La volonté réelle d'au moins l'une des parties n'a pas pu être établie²⁹⁸. 178

288 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 76 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 117 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 14 ; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 CO, n° 4.

289 Sur la notion de « point » du contrat, cf. *supra* n° 61.

290 *Infra* n°s 175 ss.

291 Cette question sera traitée en détail ci-après, cf. *infra* n°s 185 ss.

292 C'est la principale question discutée dans cet ouvrage, cf. *infra* n°s 714 ss.

293 *Supra* n°s 96 ss.

294 ATF 123 III 35 [de], consid. 2b, trad. JdT 1997 I p. 322 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 312 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n°s 122-123 ; KRAMER, *Einigung*, p. 96 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 96.

295 ATF 135 III 410 [fr], consid. 3.2 ; ATF 133 III 675 [fr], consid. 3.3 ; ATF 129 III 118 [fr], consid. 2.5 ; CORBOZ, p. 274 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 255 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 335-336 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 67 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n°s 123-124.

296 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 252.

297 Sur la réserve, cf. *infra* n°s 263 ss.

298 Par exemple : ATF 136 III 186 [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 130 III 417 [fr], consid. 3.2 ; ATF 129 III 702 [de], consid. 2.4, trad. JdT 2004 I p. 535 ; ATF 125 III 305 [fr], consid. 2b ; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 315-316 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 253.

- 179 **Application du principe de la confiance** En cas d'absence d'accord de fait, il faut interpréter objectivement les manifestations de volonté, et donc appliquer le principe de la confiance²⁹⁹, sauf dans les hypothèses suivantes :
- 180 – Les parties étaient toutes conscientes de l'absence d'accord de fait (*désaccord patent*); autrement dit, le désaccord doit être *latent* pour que le principe de la confiance puisse s'appliquer³⁰⁰. La réserve constitue un cas de désaccord patent³⁰¹.
- 181 – La volonté réelle d'aucune partie n'a pu être établie. Dans ce cas, il n'est pas possible de dire que l'une ou l'autre des parties avait confiance en un certain sens objectif des déclarations, et le principe de la confiance ne peut donc pas s'appliquer³⁰².
- 182 **Accord de droit** On parle *d'accord de droit* lorsque le sens objectif (c'est-à-dire déterminé au moyen du principe de la confiance) de toutes les manifestations de volontés concorde avec la volonté réelle de l'une des parties³⁰³. Le contrat est alors conclu dans le sens de celle des volontés réelles qui correspond au sens objectif des manifestations de volonté³⁰⁴, puisque la confiance de la partie qui a eu cette volonté mérite d'être protégée alors que celle de l'autre ne le mérite pas (respectivement : parce que sa confiance est plus légitime que celle de l'autre partie)³⁰⁵.
- 183 Si la confiance de la partie dont on a pu déterminer la volonté réelle n'était pas légitime, ou si la confiance d'aucune partie ne mérite d'être plus protégée que celle de l'autre³⁰⁶, il ne peut y avoir d'accord de droit.
- 184 En présence d'un accord de droit, il faut réserver le cas où l'erreur de déclaration est essentielle (art. 24 al. 1 ch. 1-3 CO), ce qui permet à l'*errans* de

299 *Supra* nos 101 ss.

300 ATF 123 III 35 [de], consid. 2b, trad. JdT 1997 I p. 322; ENGEL, *Obligations*, p. 214; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, nos 326-331; KOLLER, *AT*, § 6 n° 9; BK-KRAMER, art. 1 CO, nos 138, 141; CR-MORIN, art. 1 CO, nos 101, 103; VON TUHR/PETER, § 24 V; FLUME, § 34 4.

301 *Infra* n° 263.

302 *Supra* nos 106 ss.

303 Comme relevé *supra* n° 160, le sens objectif de l'acceptation est fréquemment le même que celui de l'offre dès lors que celle-ci est formulée de manière simple.

304 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 218-219, 1203; KOLLER, *AT*, § 3 nos 155-157, 169; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 68; KRAMER, *Einigung*, p. 96; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 108, let. a) et b).

305 *Supra* nos 112 ss.

306 *Supra* nos 120 ss.

déclarer à l'autre partie qu'il ne veut pas maintenir le contrat dans un délai d'une année (art. 31 CO)³⁰⁷.

§ 4. En particulier : le degré de détermination nécessaire à l'existence d'un accord sur un point

I. La notion de « point déterminable »

Point déterminable Pour qu'il y ait accord sur un point au sens de l'art. 1 al. 1 CO, ce point doit être au moins *déterminable*³⁰⁸. Un point est déterminable lorsqu'il « n'acquiert une forme concrète qu'après la conclusion du contrat »³⁰⁹; on parle parfois de détermination « indirecte »³¹⁰ ou de « possibilité latente d'une concrétisation ultérieure, c'est-à-dire la détermination sub-séquentielle des prestations contractuelles [...] »³¹¹. L'art. 184 al. 3 CO évoque cette hypothèse dans un contexte spécial³¹², puisqu'il rappelle que la déter-

185

307 ATF 105 II 23 *Nussberger* [de], consid. 2a, trad. JdT 1979 I p. 474; ENGEL, *Obligations*, p. 217; KOLLER, *AT*, § 3 n^{os} 159, 193-194, § 6 n^o 6, § 14 n^o 100; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^{os} 133-136; BK-MERZ, art. 2 CC, n^o 130; PIOTET, *Formation*, p. 124; VON TUHR/PETER, § 24 V, § 34 I; YUNG, *Acceptation par le silence*, p. 210; *contra* VON BÜREN, p. 237; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 208-210; sur le régime de l'invalidité en cas de vice du consentement: ATF 114 II 131 *Picasso* [de], consid. 3b, trad. et comm. JdT 1988 I p. 508.

308 Arrêt TF n. publ. 4A_591/2012 (20.02.2013) [de], consid. 2.5.1; ATF 135 III 1 [de], consid. 2.5, trad. JdT 2011 II p. 516; ATF 127 III 248 [fr], consid. 3d; ATF 93 II 185 [fr], consid. 4; ATF 85 II 402 [de], consid. 2, trad. JdT 1960 I p. 204; ATF 84 II 266 [de], consid. 2, trad. et rés. JdT 1959 I p. 42; ATF 84 II 13 [de], consid. 1, trad. JdT 1958 I p. 263; ATF 81 II 221 [de], trad. JdT 1956 I p. 137; Arrêt TF n. publ. (02.07.1951) *David c. Cité Extensible* [fr] = SJ 1952 p. 197; ATF 47 II 19 *Luscher c. Baillod* [fr]; ATF 29 II 114 [de], consid. 5; ATF 20 p. 1070 *Hänni c. Fischer* [fr], consid. 3; BK-BECKER, art. 1 CO, n^o 20; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 344; GIGER, *Bestimmbarkeit*, p. 488; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 82-83; KOLLER, *AT*, § 6 n^o 42; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^o 170; MERZ, *TDP*, p. 113; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 184 CO, n^o 48; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n^{os} 13, 86; TERCIER/PICHONNAZ, n^o 577; VON TUHR/PETER, § 24 V; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 184 CO, n^o 55; BK-WEBER, art. 71 CO, n^o 4.

309 BK-GIGER, art. 184 CO, n^o 223 (tr. pers.).

310 VON BÜREN, p. 23; TERCIER/PICHONNAZ, n^o 577.

311 GIGER, *Bestimmbarkeit*, p. 488 (tr. pers.).

312 Arrêt TF n. publ. 5A_420/2008 (28.05.2009) [de], consid. 5; ATF 93 II 185 [fr], consid. 4; ATF 84 II 266 [de], consid. 2, trad. et rés. JdT 1959 I p. 42; ATF 84 II 13 [de], consid. 1, trad. JdT 1958 I p. 263; ATF 81 II 213 [fr], consid. 2b; TC VS (14.09.1992) *Savioz c. Schwéry* [fr], consid. 3a = RVJ 1993 p. 283; TC VS (30.06.1983) *Granges c. Bruchez*, consid. 1 = RVJ 1983 p. 291; TC ZH (10.02.1981), consid. 1 = ZR 1981 p. 212; ENGEL, *Contrats*, p. 17; HK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 184 CO, n^{os} 44-46; HUGUENIN, *OR*, n^o 2445; KOLLER, *BT I*, § 3

mination du prix de vente est suffisante lorsqu'elle peut être faite « selon les circonstances ».

186 On oppose souvent la déterminabilité d'un point à son caractère déterminé, c'est-à-dire « lorsqu'il fait immédiatement l'objet, dans le contrat, d'une description exhaustive et finale »³¹³, ou lorsqu'il y a « complétude suffisante des déclarations », « intelligibilité incluse dans l'acte, pour son destinataire, de la réglementation visée par l'acte juridique en cause »³¹⁴. Qu'un point soit déterminé ou déterminable, on considère qu'il y a accord à son sujet ; dès lors la distinction entre ces notions n'est pas fondamentale en matière de conclusion du contrat³¹⁵.

187 **Fonction ; exigences** La notion de déterminabilité sert à savoir s'il y a accord sur un point ; elle a donc pour fonction de marquer la *limite entre l'accord et l'absence d'accord*. Cette distinction est postulée par la loi pour définir le champ d'application du complètement des contrats (art. 2 al. 2 CO), sans pour autant décrire concrètement à partir de quel seuil il y a accord.

188 Jurisprudence et doctrine ont ainsi précisé que pour être déterminable :

189 1. Le point en cause doit pouvoir être déterminé sur la base de l'accord, *sans qu'un nouvel accord des parties ne soit nécessaire*³¹⁶. Cette exigence est d'ordre logique : un accord qui prévoirait le principe d'un nouvel accord pour déterminer le point en cause serait récursif.

190 2. Les parties doivent avoir prévu des *critères de détermination (Bestimmungsart)* dans leur accord³¹⁷. Puisque l'accord ne peut renvoyer à un

n° 22 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 184 CO, n° 48 ; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n° 13, 86 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 521.

313 BK-GIGER, art. 184 CO, n° 223 (tr. pers.) ; dans le même sens : ENGEL, *Obligations*, p. 78 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 344 ; SCHWENZER, n° 6.04 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 577.

314 BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 168 (tr. pers.) ; parlant également de *Vollständigkeit* : VON TUHR/PETER, § 24 II.

315 Elle peut par contre l'être en d'autres matières, par exemple dans la question de savoir si une dette est « liquide » au sens de l'art. 69 al. 1 CO (sur la notion de liquidité : ATF 136 III 624 [fr], consid. 4.2.3) ; ailleurs, le seuil de déterminabilité pertinent est parfois fixé entre le caractère déterminé et déterminable, par exemple la somme à payer doit être « aisément déterminable » pour qu'il puisse y avoir reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP (ATF 139 III 298 [fr], consid. 2.3.1).

316 ATF 127 III 248 [fr], consid. 3e ; ATF 93 II 185 [fr], consid. 2 ; ATF 22 p. 630 [de], consid. 2 ; ATF 20 p. 1070 *Hänni c. Fischer* [fr], consid. 3 ; BK-GIGER, art. 184 CO, n° 223 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 83 ; BSK-KOLLER, art. 184 CO, n° 45 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 170 ; BK-SCHMIDLIN, art. 3 CO, n° 9 ; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n° 86 ; VON TUHR/PETER, § 24 II, V ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 184 CO, n° 58. Cela rejoint le fait que la réserve soit considérée comme une absence d'accord ; à ce sujet, cf. *infra* n° 263.

317 ATF 114 II 127 [de], consid. 2, trad. JdT 1988 I p. 630 ; ATF 95 II 309 [de], consid. 2, trad. JdT 1970 I p. 243 ; ATF 23 p. 1102 [it], consid. 3 ; ATF 20 p. 1070 *Hänni c. Fischer* [fr],

accord ultérieur, il faut nécessairement qu'il renvoie à d'autres critères de détermination³¹⁸.

En outre, on déclare souvent que le point doit pouvoir être déterminé *au plus tard au moment de l'exécution* des prestations visées par ledit point³¹⁹. On peut en réalité douter de la portée pratique de cette exigence. Dès lors que des critères de détermination ont été prévus par les parties, la jurisprudence et la doctrine connaissent en effet une tendance assez nette à traiter le fait qu'un point ne puisse pas être déterminé au moment de l'exécution sous l'angle de l'impossibilité ou de l'inexécution, plutôt que de l'inexistence de l'accord³²⁰.

191

II. Les critères de détermination admissibles

A. En général : critères objectifs et subjectifs

Critères objectifs et subjectifs Les tribunaux et auteurs suisses admettent en général tant les accords renvoyant³²¹ **a)** à des critères de détermination *objectifs* – par exemple un cours sur un marché, des données statistiques, un facteur aléatoire, le genre d'une chose (art. 71 al. 1 CO), etc.³²² – **b)** qu'à

192

consid. 3 ; BK-GIGER, art. 184 CO, n° 223 ; GIGER, *Bestimmbarkeit*, p. 488 ; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 83 ; JEANPRÉTRE, p. 612 ; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n° 86 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 577 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 184 CO, n° 55 ; BK-WEBER, art. 71 CO, n° 5a ; *contra* MERZ, *TDP*, p. 115.

318 *Infra* n°s 192 ss.

319 Arrêt TF n. publ. 4A_591/2012 (20.02.2013) [de], consid. 2.5.1 ; KOLLER, *AT*, § 6 n° 42 ; BK-KRAMER, *Intr. gén. CO*, n° 76 ; BK-WEBER, art. 71 CO, n° 6. Cf. aussi, quant à la chose vendue : ATF 84 II 266 [de], consid. 2a, trad. et rés. JdT 1959 I p. 42 ; BK-GIGER, art. 184 CO, n° 223 ; BsK-KOLLER, art. 184 CO, n° 47 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 184 CO, n° 55 ; au prix de vente : Arrêt TF n. publ. 4A_229/2009 (25.08.2009) [de], consid. 4.1 ; et en matière de cession de créances futures : ATF 135 V 2 [de], consid. 6.1.2 ; ATF 113 II 163 [fr], consid. 2b.

320 *Infra* n°s 206 ss.

321 Il s'agit là d'une terminologie consacrée par la jurisprudence (ATF 85 II 402 [de], consid. 2b, trad. JdT 1960 I p. 204) et la doctrine (par exemple BK-GIGER, art. 184 CO, n° 223 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 577 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 184 CO, n° 56). On parle parfois de détermination « objectivée » pour désigner la détermination subjective faite par un tiers (GIGER, *Bestimmbarkeit*, p. 488).

322 ATF 116 II 587 [fr], consid. 3b : fixation du loyer proportionnellement au chiffre d'affaires du locataire ; ATF 20 p. 1070 *Hänni c. Fischer* [fr] : « *Der Preis wird bestimmt durch den höchsten Durchschnittspreis von vier gleich grossen Molken drei Stunden in der Umgebung von Selgiswyl* » ; BK-BECKER, art. 1 CO, n° 20 ; BK-BECKER, art. 184 CO, n° 12 ; BK-UCHER, art. 27 CC, n° 282 ; CAVIN, *TDP*, p. 20 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 345 ; BK-KRAMER, art. 1 CO,

des critères de détermination *subjectifs*, c'est-à-dire à une décision volontaire d'une partie, d'un tiers ou du juge étatique³²³.

- 193 Ces deux types de critères sont souvent combinés. Par exemple, lorsqu'un contrat prévoit une obligation alternative (art. 72 CO), son objet sera déterminé par un choix (critère *subjectif*) parmi plusieurs possibilités préétablies (critère *objectif*)³²⁴. Dans ce cas particulier, la personne effectuant le choix n'a pas besoin d'être déterminée, puisque l'art. 72 CO prévoit une règle *supplétive* à cet égard³²⁵.

B. La décision d'une partie ou d'un tiers (critère *subjectif*)

a) Admissibilité

- 194 **Opinion majoritaire** La jurisprudence et la doctrine largement dominantes admettent le recours à des critères de détermination *subjectifs*³²⁶. La déci-

n° 170; BSK-KÖLLER, art. 184 CO, n° 47; MERZ, *TDP*, pp. 114-115; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Rem. prélim. art. 1-67 CO, n°s 88-89; ROUILLER, pp. 603-605; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 184 CO, n° 56. L'admissibilité des critères de détermination *objectifs* est en outre rappelée par l'art. 184 al. 3 CO, qui évoque les « circonstances » (*supra* n° 185).

323 En particulier, la possibilité de s'en remettre à une décision du juge étatique semble admissible en Suisse : HUGUENIN, *Nichtigkeit*, p. 38; SCHNEIDER/FICK, art. 184 CO, n° 47; dans le même sens : HERZOG, n° 216; PIOTET, *Formation*, pp. 33 ss (pour un exposé critique de son approche, cf. *infra* n°s 897 ss). La possibilité de prévoir l'appréciation du juge à titre de critère de détermination d'un point du contrat (*arbitrium judicis*) était mentionnée dans l'art. 1215 du Projet de 1905 (FF 1905 II pp. 1-295, p. 118), préfigurant l'art. 184 al. 3 CO; elle a été supprimée par la Commission d'experts qui l'a en majorité estimée trop rare pour figurer dans la loi (Protokoll Expertenkommission 1908-1909, 9. Sitzung, 14. Oktober 1908, pp. 4-5). L'idée que les parties ne pourraient pas prévoir « directement » la compétence du juge de compléter le contrat, mais que celui-ci ne pourrait intervenir qu'à titre « secondaire » (HERZOG, n° 241) n'a pas de signification intrinsèque, car il va de soi que les parties ne recourront au juge que si elles n'ont pas pu déterminer par elles-mêmes le point laissé ouvert. Soulignant les analogies entre la réserve et la clause compromissaire : KELLER, *Vorbehalt*, pp. 40-42; du même avis TANDOĞAN, *Nullité partielle*, p. 116. Également en faveur de cette possibilité en droit allemand : BGH (25.11.1964) = Betriebs-Berater 1965 p. 103; GERNHUBER, § 12 I/5; WITZ, p. 242; *contra* FLUME, § 34 6, p. 630. Il faut noter que dans cette hypothèse, le juge *ne complète pas* le contrat au sens de l'art. 2 al. 2 CO; il agit sur la base de l'accord (qui existe car il rend le point déterminable), et pas sur la base de la loi.

324 ATF 138 II 311 [de], consid. 4.4; ATF 134 III 348 [de], consid. 5.2.3, trad. JdT 2010 I p. 687; Arrêt TF n. publ. 4C.276/2002 (10.12.2002) [de], consid. 3.1; ATF 95 II 309 [de], consid. 3, trad. JdT 1970 I p. 243; ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n° 3; BK-WEBER, art. 72 CO, n°s 4, 9-11.

325 ATF 110 II 148 [fr], consid. 1; ATF 95 II 309 [de], consid. 3, trad. JdT 1970 I p. 243; ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n°s 36, 54; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 33.

326 En faveur de l'admissibilité de critères *subjectifs* de manière générale : Arrêt TF n. publ. 4A_591/2012 (20.02.2013) [de], consid. 2.5.1; BK-BECKER, art. 1 CO, n° 20; BK-BUCHER, art. 27 CC, n° 282; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 345; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2244;

sion volontaire est en principe celle de l'une des parties ou d'un tiers à qui le pouvoir de déterminer le point en cause est délégué – typiquement par l'octroi d'un droit formateur³²⁷. Par exemple, l'obligation alternative est caractérisée par son objet déterminable³²⁸, qui ne devient déterminé que par l'exercice d'un droit formateur³²⁹.

Opinions minoritaires; discussion Certains auteurs minoritaires soutiennent qu'un tel pouvoir ne pourrait pas être délégué à l'une des parties au contrat³³⁰. Toutefois, il semble que le texte de l'art. 184 al. 3 CO³³¹ et les

195

ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 83; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 56; BK-KRAMER, Intr. gén. CO, n° 75; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 170; MERZ, *TDP*, p. 114; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Rem. prélim. art. 1-67 CO, n° 88; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n° 978; SCHWENZER, n° 6.07; TERCIER/PICHONNAZ, n° 577; VON TUHR/PETER, § 20 VI/1, § 24 V; BK-WEBER, art. 71 CO, n° 6; moins clair : ENGEL, *Obligations*, p. 80, qui fait référence à la détermination par les parties mais dit que la prestation doit être « objectivement déterminable ». Dans la détermination du prix ou de la chose vendue : ATF 84 II 13 [de], consid. 2, trad. JdT 1958 I p. 263; ATF 84 II 266 [de], consid. 2a, trad. et rés. JdT 1959 I p. 42; ATF 85 II 402 [de], consid. 2b, trad. JdT 1960 I p. 204; BS-KOLLER, art. 184 CO, n° 47; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n°s 89-90; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 184 CO, n° 56. En matière de promesse de contracter un bail : Arrêt TF n. publ. (07.03.1975) *P c. B. SA* [fr], consid. 3a = JdT 1976 I p. 163. En matière de rentes viagères susceptibles de rachat : ATF 138 II 311 [de], consid. 4.4; ATF 134 III 348 [de], consid. 5.2.2, trad. JdT 2010 I p. 687. Quelques arrêts anciens ne mentionnaient que les critères de détermination objectifs (ATF 22 p. 630 [de], consid. 2; ATF 20 p. 1070 *Hänni c. Fischer* [fr], consid. 3; ATF 16 p. 583 [de], consid. 3); la jurisprudence a toutefois rapidement évolué vers la reconnaissance de critères subjectifs (cf. déjà ATF 29 II 114 [de], consid. 5).

327 ATF 138 II 311 [de], consid. 4.4; ATF 135 III 1 [de], consid. 2.5, trad. JdT 2011 II p. 516; ATF 134 III 348 [de], trad. JdT 2010 I p. 687; ATF 118 II 157 *Yves Rocher* [de], consid. 4b/bb, trad. JdT 1993 I pp. 648 ss; ROUILLER, p. 576; en matière de contrat d'assurance : FUHRER, p. 414. Le droit formateur est « un fondement juridique spécial accordant le pouvoir de modifier par la seule volonté la situation juridique d'autrui » (VIONNET, p. 34; cf. aussi ATF 138 II 311 [de], consid. 4.2; ATF 137 I 58 [fr], consid. 4.3.2; ENGEL, *Obligations*, p. 29; ZK-JÄGGI, Rem. prélim. art. 1 CO, n° 98; KOLLER, *AT*, § 2 n° 56, 62-63; BK-KRAMER, Intr. gén. CO, n° 39; VON TUHR/PETER, § 3 II).

328 ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n°s 2-3; BK-WEBER, art. 72 CO, n°s 9-12.

329 ATF 138 II 311 [de], consid. 4.4; ATF 134 III 348 [de], consid. 5.2.3, trad. JdT 2010 I p. 687; ATF 128 III 370 [fr], consid. 4c; ENGEL, *Obligations*, p. 30; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2252; KOLLER, *AT*, § 2 n° 60; MERZ, *TDP*, p. 117; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 72 CO, n° 8; ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n° 33; VON TUHR/PETER, § 3 II/2, § 11 II; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 29.

330 BK-GIGER, art. 184 CO, n°s 227-232; BK-GIGER, art. 253 CO, n° 36; GIGER, *Bestimmbarkeit*, pp. 494-497. Dans le même sens : CAVIN, *TDP*, pp. 20-21; CAVIN, *Promesse*, p. 326. Cf. aussi TC VS (14.09.1992) *Savioz c. Schwéry* [fr], consid. 3a = RVJ 1993 p. 283; TC VS (30.06.1983) *Granges c. Bruchez*, consid. 1 = RVJ 1983 p. 291. Nuancé : BK-WEBER, art. 71 CO, n° 7.

331 En dépit de ce que semble affirmer BK-GIGER, art. 184 CO, n° 227 (« [...] dass der Gesetzgeber immer dann, wenn er rein exemplativ nur eine Möglichkeit erwähnen will, seine Absicht durch die Art der Formulierung andeutet [...] »), le législateur ne s'exprime pas toujours clairement (art. 1 al. 1 CC).

travaux préparatoires³³² ne l'empêchent pas ; la liberté de l'objet (art. 19-20 CO), confirmée à cet égard par diverses dispositions légales (par exemple art. 71 al. 1 et 72 CO³³³), ne semble pas non plus interdire la possibilité de laisser à une partie le droit de déterminer certains points du contrat³³⁴.

b) Limites

196 Bien qu'elle soit admissible en général, la décision unilatérale que peut prendre la partie ou le tiers quant à l'un des points du contrat est limitée à divers égards³³⁵.

(i) Interprétation ; maximes subsidiaires

197 **Principe de la confiance** À défaut de réelle et commune volonté des parties quant à l'étendue du droit de déterminer le point du contrat, on l'interprète objectivement³³⁶, ce qui tend à limiter sa portée à la mesure du raisonnable.

198 **Maxime subsidiaire** En outre, de façon générale, si un doute subsiste à l'issue de l'interprétation de l'étendue des droits formateurs, cette étendue doit être appréciée *restrictivement*³³⁷.

199 **Application des §§ 315 ss BGB : a) Principe** Plus précisément, on considère en droit suisse qu'un droit formateur de détermination des points du

332 La Commission d'experts de 1908 s'est concentrée sur la détermination par un tiers ou par le juge (Protokoll Expertenkommission 1908-1909, 9. Sitzung, 14. Oktober 1908, pp. 4-5), dans la ligne de l'art. 1215 du projet de 1905 (FF 1905 II pp. 1-295, p. 118). En revanche, l'octroi à l'une des parties du droit de déterminer les points du contrat n'a pas été évoquée ; rien n'indique qu'il faille y voir là une marque de son rejet (dans ce sens : SCHNEIDER/FICK, art. 184 CO, n° 47 ; *contra* BK-GIGER, art. 184 CO, n° 230).

333 Il est ainsi tout à fait normal de laisser le preneur d'assurance décider *unilatéralement* qui sera le bénéficiaire d'une rente viagère, ainsi que de l'éventuel exercice d'un droit de rachat (ATF 134 III 348 [de], consid. 5.2.2, trad. JdT 2010 I p. 687 ; cf. aussi ATF 138 II 311 [de], consid. 4.4).

334 Dans ce sens : GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2245 ; ROUILLER, p. 577 ; *contra* BK-GIGER, art. 184 CO, n° 231.

335 On peut, outre ces limites générales, mentionner certaines limites spécifiques (par exemple art. 71 al. 1 CO ; à ce sujet, cf. MERZ, *TDP*, p. 115 ; ZK-SCHRANER, art. 71 CO, nos 48-54 ; BK-WEBER, art. 71 CO, nos 71-83).

336 *Supra* nos 101 ss.

337 BsK-HONSELL, art. 1 CC, n° 15 ; ZK-DÜRR, art. 1 CC, n° 241 ; L'HUILLIER, p. 240 ; VIONNET, pp. 306-308. On trouve là une maxime d'interprétation similaire à la *favor debitoris* ; à cet égard, cf. *supra* n° 130.

contrat ne peut être exercé que *dans une mesure raisonnable*, à défaut de fixation contractuelle des modalités d'exercice de ce pouvoir³³⁸. La doctrine suisse se réfère sur ce point au droit allemand (§§ 315-319 BGB), parfois en arguant d'une lacune de la loi (art. 1 al. 2 CC)³³⁹. En substance, ces normes prévoient qu'à défaut de stipulation contraire, un droit formateur de détermination d'une prestation doit être exercé de manière équitable (« *nach billigem Ermessen* ») par son titulaire (§ 315 al. 1, § 317 al. 1 BGB). La détermination privée est inefficace : **a**) si le déterminant est une partie au contrat, lorsque sa décision « ne correspond pas à l'équité » (§ 315 al. 3 BGB); ou **b**) si le déterminant est un tiers, lorsque sa décision est « manifestement inéquitable » (§ 319 al. 1 BGB)³⁴⁰. Dans ces hypothèses, les déterminations privées inefficaces sont remplacées par une décision judiciaire (§§ 315 al. 3 et 319 al. 1 BGB)³⁴¹.

Application des §§ 315 ss BGB : b) Précisions Certains arrêts du Tribunal fédéral et auteurs suisses laissent croire qu'il s'agirait là d'une exigence impérative, relative à la *validité* du droit formateur ou de son exercice³⁴². En réalité, ce n'est qu'une *règle d'interprétation subsidiaire*, qui ne s'applique que si les parties n'ont pas prévu comment le droit formateur serait exercé³⁴³ : libre-

200

338 ATF 118 II 157 Yves Rocher [de], consid. 4b/bb, trad. JdT 1993 I pp. 648 ss; ATF 29 II 114 [de], consid. 5; ATF 12 p. 367 [de], consid. 2; BK-BECKER, art. 1 CO, n° 20; FUHRER, p. 414; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 152, 345; HERZOG, n° 221; HUGUENIN, OR, n° 2445; BsK-KOLLER, art. 184 CO, n° 47; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 170; BK-MEIER-HAYOZ, art. 4 CC, n° 25; MERZ, TDP, pp. 114-115; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Rem. pré. art. 1-67 CO, nos 91-96; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, nos 91-92; SCHWENZER, nos 6.08-6.09; VON TUHR/PETER, § 24 II, V.

339 HERZOG, n° 221; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, nos 90, 92; cf. aussi ATF 129 III 535 [de], consid. 2.2, trad. JdT 2003 I p. 590. Sur l'absence de normes similaires en Suisse : MERZ, TDP, pp. 114-115. HERZOG, n° 221, exclut toutefois l'application du § 316 BGB en droit suisse.

340 La doctrine suisse ne reprend pas toujours clairement cette distinction (cf. par exemple MERZ, TDP, p. 115; BsK-KOLLER, art. 184 CO, n° 47; VON TUHR/PETER, § 24 V). Plus précis à cet égard, mais sans référence directe au BGB : ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Rem. pré. art. 1-67 CO, nos 91-96. Sur la distinction en droit allemand, cf. par exemple GERNHUBER, § 12 II/2-5, III/3, 5; MünK-WÜRDINGER, § 315 BGB, nos 28-33; NK-WAGNER, § 315 BGB, n° 7; NK-WAGNER, § 319 BGB, n° 1.

341 *Infra* nos 217 s., 228 et 237.

342 ATF 118 II 157 Yves Rocher [de], consid. 4b/bb, trad. JdT 1993 I pp. 648 ss; ATF 29 II 114 [de], consid. 5; ATF 12 p. 367 [de], consid. 2; BK-BECKER, art. 1 CO, n° 20; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 152, 345; HUGUENIN, OR, n° 2445; SCHWENZER, n° 6.08 (à propos de la détermination par une partie); VON TUHR/PETER, § 24 II, V. MERZ, TDP, pp. 114-115, déclare que ces normes « restreignent l'autonomie des contractants » et les applique ainsi comprises au droit suisse.

343 Sont ainsi préférables les opinions de : HERZOG, n° 221; BsK-KOLLER, art. 184 CO, n° 47; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 170; BK-MEIER-HAYOZ, art. 4 CC, n° 25; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Rem. pré. art. 1-67 CO, nos 91, 94, 96; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n° 90; SCHWENZER, n° 6.09 (à propos de la détermination par un tiers). Sur le caractère subsidiaire de l'intervention

ment (*nach freiem Belieben*), de manière « manifestement pas inéquitable » (*nach freiem Ermessen*) ou de manière équitable (*nach billigem Ermessen*)³⁴⁴. La loi allemande le précise expressément : cette limitation intervient « *im Zweifel* » (§§ 315 al. 1, 317 al. 1 BGB) et la possibilité d'une détermination « *nach freiem Belieben* » est reconnue (§ 319 al. 2 BGB)³⁴⁵. Hormis ce qui résulte des limites de la liberté contractuelle (art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO ; par exemple art. 27 al. 2 CC, art. 2 al. 2 CC)³⁴⁶, la stipulation *déraisonnable* du droit d'une partie de déterminer librement les points du contrat est en principe admissible en droit privé³⁴⁷. La limite de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) ne concerne qu'un petit nombre de cas – *les plus déraisonnables*, pourrait-on dire³⁴⁸. Il ne faut donc pas négliger la distinction entre le simple exercice « déraisonnable » du droit formateur et son « abus manifeste ».

(ii) Normes relatives aux conditions (art. 151 ss CO)

201 Si l'on considère le point dont la détermination est laissée à l'une des parties ou à un tiers comme conditionnel³⁴⁹, les normes relatives aux conditions (art. 151 ss CO) peuvent également fonctionner comme limites au choix du déterminant (art. 152, 156 CO)³⁵⁰. Toutefois, si le choix n'est pas limité par

du juge dans le contexte des §§ 315 ss BGB, cf. notamment Staudinger-RIEBLE, § 315 BGB, n^{os} 25 ss.

344 Les parties s'en remettent parfois « à l'équité » de l'une d'entre elles (ENGEL, *Contrats*, p. 17 ; cf. aussi BK-BECKER, art. 184 CO, n^o 13). Dans certains cas, la loi elle-même enjoint les parties à déterminer « équitablement » certains points du contrat (art. 329 al. 4 CO). Sur la terminologie allemande : Bamberger/Roth-GEHRLEIN, § 315, n^o 5 ; GERNHUBER, § 12 II/3-5 ; Staudinger-RIEBLE, § 315 BGB, n^{os} 20, 318 ss.

345 Cet alinéa ne s'applique que pour la détermination par un tiers, mais la possibilité d'une détermination « *nach freiem Belieben* » par une partie est reconnue (GERNHUBER, § 12 II/3 ; Staudinger-RIEBLE, § 315 BGB, n^o 20).

346 Sur les limites de la liberté contractuelle, cf. *infra* n^{os} 376 ss.

347 À ce sujet, cf. aussi *infra* n^{os} 1242 ss. Ainsi en va-t-il par exemple du droit de désigner le bénéficiaire d'une rente viagère, qui peut en principe être *librement* désigné par le preneur d'assurance (ATF 134 III 348 [de], consid. 5.2.3, trad. JdT 2010 I p. 687 ; cf. aussi ATF 138 II 311 [de], consid. 4.4 ; en général quant à l'art. 72 CO : VON TUHR/PETER, § 11 II).

348 Dans ce sens : ATF 54 II 429 [de], consid. 5 ; ATF 55 II 125 [de], consid. 4 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n^o 40 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n^o 213 ; VIONNET, pp. 251-256.

349 Sur les liens entre droit formateur et condition purement potestative : MERZ, *TDP*, p. 55 ; VIONNET, pp. 35, 56 ; ainsi que VON TUHR, *AT BGB*, I § 9, notes n^{os} 1, 10.

350 Par exemple, si l'acheteur d'une voiture est titulaire d'un droit formateur lui permettant de choisir la couleur du véhicule, le vendeur ne doit pas tenter de « forcer la main » de l'acheteur à cet égard après la conclusion du contrat.

des critères objectifs, la condition est purement potestative³⁵¹ et les art. 151 ss CO s'appliquent alors de manière restreinte³⁵².

(iii) Droit de déterminer les points du contrat octroyé dans des conditions générales

Si une clause d'adaptation unilatérale de certains points du contrat est prévue dans des conditions générales³⁵³, elle peut également s'avérer insolite³⁵⁴ ou abusive (cf. art. 8 LCD)³⁵⁵. En pratique, les clauses d'adaptation unilatérale tendent à être admises pour autant qu'elles prévoient, en cas d'exercice, un droit de résiliation (sans frais) du rapport d'obligation par le consommateur³⁵⁶.

202

351 Sur la notion de condition purement potestative : ATF 135 III 433 [de], consid. 3.1, trad. SJ 2009 I p. 417 ; BK-BECKER, Rem. prélim. art. 151-157 CO, n° 15 ; ENGEL, *Obligations*, p. 851 ; MERZ, *TDP*, p. 133 ; CR-PICHONNAZ, art. 151 CO, n° 29.

352 CR-PICHONNAZ, art. 152 CO, n° 16 ; CR-PICHONNAZ, art. 155 CO, n° 2. On peut tout de même envisager qu'un retard objectivement injustifié dans l'exercice de l'option rende la position de l'autre partie inéquitable, ce qui conduirait à une péremption du droit formateur de déterminer le point du contrat (CR-PICHONNAZ, art. 156 CO, n° 5).

353 Typiquement, l'utilisateur des conditions générales « se réserve le droit de modifier en tous temps les conditions générales », « d'adapter les prix ou les prestations », etc. Sur la proximité des clauses d'adaptation unilatérales et des droits de déterminer un point du contrat, cf. GERNHUBER, § 12 I/4.

354 Selon la règle de l'insolite, une clause subjectivement et objectivement inhabituelle figurant dans des conditions générales n'est pas incorporée globalement au contrat dès lors que l'attention du cocontractant n'a pas été spécifiquement attirée sur cette clause (ATF 135 III 1 [de], consid. 2.1, trad. JdT 2011 II p. 516 ; ATF 119 II 443 [fr], consid. 1a ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 1136-1143 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, nos 204-206 ; CR-MORIN, art. 1 CO, nos 176-178). La règle de l'insolite est déduite du principe de la confiance (ATF 119 II 443 [fr], consid. 1a ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1139a ; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 177).

355 Sur les conditions d'application de cette norme, cf. par exemple CR-MORIN, art. 1 CO, nos 179-180 ; BSK-THOUVENIN, art. 8 LCD, nos 78 ss.

356 C'est notamment ce que prévoit l'art. 10 al. 1 LVF. Cf. aussi, sous l'angle de l'insolite : ATF 135 III 1 [de], consid. 3.3, trad. JdT 2011 II p. 516 ; dans le même sens hors de conditions générales : ATF 118 II 157 Yves Rocher [de], consid. 4b/bb, trad. JdT 1993 I pp. 648 ss. Dans le contexte de l'art. 8 LCD, un tel droit de résiliation fera office de « compensation » pour le consommateur (sur la compensation dans l'art. 8 LCD, cf. BSK-THOUVENIN, art. 8 LCD, nos 120-123) ; le § 309 ch. 10 BGB évoque aussi le droit de résiliation du contrat comme moyen de rendre admissible une clause (permettant un changement de cocontractant). Ainsi, la Fédération Romande des Consommateurs (FRC) a annoncé le 13 mars 2014 avoir obtenu des principaux opérateurs suisses de téléphonie mobile qu'ils accordent aux consommateurs un droit de résiliation en cas de modification unilatérale du contrat sur un point essentiel (Communiqué de presse FRC du 13 mars 2014, URL : <http://www.frc.ch/articles/succes-majeur-dans-la-telephonie-mobile/>, dern. consult. le 18 mars 2017). Cette situation correspondrait en outre à la pratique de l'autorité de surveillance des assurances

(iv) Limites de validité générales

203 **Art. 27 CC** L'octroi et l'exercice du droit de déterminer un point du contrat ne doivent pas conduire à un résultat qui serait contraire à l'art. 27 CC, prohibant les engagements excessifs³⁵⁷.

204 **Art. 2 al. 2 CC** L'exercice de tout droit subjectif est limité par l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)³⁵⁸. La partie ou le tiers qui détient le droit de déterminer unilatéralement certains points du contrat ne peut donc le faire si cela aboutit à un résultat « inadmissible »³⁵⁹.

(v) Inexistence de la volonté d'être lié

205 Dans des cas extrêmes où l'une des parties ou le tiers a un droit de déterminer très largement le contenu du rapport d'obligation, on peut douter que les parties aient vraiment voulu s'engager, ce qui amène alors à nier l'existence du contrat³⁶⁰.

privées à l'époque où elle effectuait un contrôle préventif des conditions contractuelles (FUHRER, pp. 414-415, 422).

357 BK-BUCHER, art. 27 CC, n^{os} 282, 314; CR-MARCHAND, art. 27 CC, n^o 40; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 345; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n^o 2245; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 83; KOLLER, AT, § 6 n^o 45; ROUILLER, pp. 578-579; TERCIER/PICHONNAZ, n^o 577; BK-WEBER, art. 71 CO, n^o 5a. Sur l'art. 27 CC, cf. *infra* n^{os} 387 ss. Sur la nullité des contrats léonins au regard du droit de la personnalité : BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 225-226.

358 Sur la notion d'abus de droit, cf. *infra* n^{os} 1285 ss.

359 CR-CHAPPUIS, art. 2 CC, n^o 24; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n^o 89; BK-WEBER, art. 71 CO, n^o 5a; dans le même sens : ROUILLER, pp. 577-578; VIONNET, pp. 251-258. On trouve des exemples d'exercice abusif de droits formateurs quant à des droits de résiliation (ATF 131 III 535 [fr], consid. 4.2; ATF 118 II 157 Yves Rocher [de], consid. 4b/cc, trad. JdT 1993 I pp. 648 ss; ATF 55 II 125 [de], consid. 4; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n^{os} 214-215; STEINAUER, TDP, n^o 580) ou d'emption (ATF 54 II 429 [de], consid. 5).

360 Dans cette direction : ATF 135 III 1 [de], consid. 2.5, trad. JdT 2011 II p. 516; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Rem. prélim. art. 1-67 CO, n^o 86; RUSCH, p. 206; BK-WEBER, art. 71 CO, n^o 7; en droit allemand : MünK-WÜRDINGER, § 315 BGB, n^o 1a. Sur le rôle joué par l'indétermination des points du contrat dans l'interprétation de la volonté de s'engager, cf. *infra* n^{os} 767 ss.

III. Impossibilité ou refus de la détermination ultérieure

Problème Que faire si l'accord renvoie à un critère de détermination admissible, mais que pour une raison ou pour une autre, la détermination ultérieure ne peut avoir lieu ? **a)** On peut ainsi imaginer qu'un critère de détermination *objectif* s'avère inexistant, impossible à constater ou qu'il cesse d'être établi ; par exemple les parties ont déterminé un prix par référence à un indice statistique qui n'existe pas. **b)** Si l'accord renvoie à un critère de détermination *subjectif*, on peut également imaginer que la personne qui devait déterminer le point en cause décède ou devient durablement incapable de discernement, ou que les parties ont désigné un tiers qui n'existe pas ou qui est introuvable. En outre, la partie ou le tiers en cause refuse parfois de procéder à la détermination du point, ou le fait tardivement.

Des problèmes à ces égards ne se posent évidemment que si les parties n'ont pas prévu de critère de détermination subsidiaire susceptible de fonctionner (par exemple, le recours à un expert-arbitre pour déterminer un point, faute de pouvoir établir la valeur d'un bien « au prix du marché »³⁶¹). On peut également laisser de côté l'hypothèse où les parties ont choisi de s'en remettre à la décision d'un juge étatique pour déterminer un point de leur contrat³⁶², car une « inexécution » par le juge relèverait du droit public.

A. Impossibilité de déterminer le point à partir de critères objectifs

Impossibilité Si l'accord des parties renvoie à un critère de détermination *objectif* mais que ce critère est inexistant ou impossible à constater concrètement, on appliquera en principe les règles sur l'impossibilité car tant que le critère voulu par les parties ne peut être appliqué au cas d'espèce, la prestation ne peut pas être effectuée. Dans ce contexte, l'accord sur le point existe, mais ses effets posent un problème de validité ou d'extinction. L'impossibilité sera objective et initiale si le critère de détermination n'a jamais existé (art. 20 al. 1 CO) ou subséquente si le critère a cessé d'exister après la conclusion du contrat (art. 119 al. 1 CO)³⁶³. Il faut réserver l'hypothèse d'une impossi-

361 ATF 141 III 274 [de]; ATF 141 III 201 [de]; ATF 129 III 535 [de], consid. 2, trad. JdT 2003 I p. 590.

362 *Supra* n° note 323.

363 ENGEL, *Obligations*, pp. 706 s.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n°s 2524 ss; KOLLER, *AT*, § 54 n°s 2 ss; VON TUHR/ESCHER, § 71.

bilité résultant d'une faute du débiteur (art. 97 al. 1 CO)³⁶⁴, par exemple si le débiteur a frauduleusement manipulé un cours qui aurait dû permettre de déterminer le prix qu'il doit.

209 Dans ces hypothèses (et en l'absence d'une norme impérative ainsi que d'un *Nichtigkeitsabrede*), il faut se demander quelle est l'étendue de la nullité (art. 20 al. 2 CO)³⁶⁵ : emporte-t-elle la nullité de tout le contrat (nullité totale) ou seulement celle du point indéterminable (nullité partielle simple) ? Cas échéant, les parties auraient-elles prévu un critère de détermination de remplacement (nullité partielle modifiée) ?

210 *Exemples : a)* Les parties ont prévu qu'un tribunal arbitral sera constitué selon deux règlements incompatibles, ce qui est impossible (art. 20 al. 1 CO) ; en application de l'art. 20 al. 2 CO, le Tribunal fédéral désigne l'un des deux règlements comme applicable³⁶⁶. *b)* Dans un contrat de prêt, les parties ont fixé le taux de l'intérêt en fonction d'un taux de référence dont l'évolution n'a pas pu être prouvée. Le Tribunal fédéral a complété le contrat en appliquant le taux dispositif de 5% l'an prévu par l'art. 73 CO³⁶⁷.

211 Le fait que le critère de détermination impossible permettait de déterminer un point subjectivement (ou objectivement) essentiel joue un certain rôle dans ce contexte : il empêche en principe de retenir l'existence d'une nullité partielle simple³⁶⁸.

212 **Pas d'inexistence de l'accord quant au point impossible à déterminer** On lit parfois que l'impossibilité de déterminer un point devrait être traitée comme l'absence d'accord à son sujet³⁶⁹. Cette solution doit être rejetée. Les parties ayant prévu un critère de détermination, *il y a accord* ; le fait que cet accord soit impossible à mettre en œuvre mène à l'application des normes régissant l'impossibilité, ce à quoi il n'y a pas de raison de déroger. D'ailleurs, la souplesse des conséquences juridiques des art. 20 et 119 CO est préférable à la fiction de l'inexistence de l'accord, car elle fait une plus large part à

364 On peut alors se référer *mutatis mutandis* à ce qui concerne le cas où le débiteur doit déterminer un point du contrat, cf. *infra* n^{os} 213 ss.

365 Sur la nullité partielle, cf. *infra* n^{os} 1395 ss. Dans le contexte de l'art. 119 CO, cf. *infra* n^o note 2040.

366 ATF 130 III 66 [de], consid. 3.3.3, trad. JdT 2004 I p. 83 ; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 637.

367 ATF 126 III 189 [fr]. Pour plus de détails et une critique de cet arrêt, cf. *infra* n^{os} 1097 ss. Toutefois, le Tribunal fédéral semble par la suite avoir restreint sa jurisprudence à cet égard (ATF 134 III 224 [fr] – arrêt critiqué à juste titre, cf. *infra* n^{os} 1100 s.).

368 Sur cette problématique dans le contexte de l'art. 20 al. 2 CO, cf. *infra* n^{os} 1411 ss ; l'art. 119 al. 2 CO traduit également cette idée.

369 À propos du prix de vente : ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n^o 89.

la volonté des parties et à un éventuel maintien de la convention (*favor negotii*)³⁷⁰, sens dans lequel doivent également être interprétées les normes sur la conclusion du contrat³⁷¹. Cela concerne également le cas où le point en cause est subjectivement ou objectivement essentiel, facteur dont on tient compte dans l'application de l'art. 20 al. 2 CO³⁷².

B. Impossibilité ou refus de déterminer le point à partir de critères subjectifs

a) Si le point doit être déterminé par le débiteur

Principe On envisagera en principe l'application des règles sur l'*inexécution des obligations*. En effet, si la détermination du contenu d'une obligation doit être faite par son débiteur, cette détermination est la première étape de l'exécution et fait donc partie des prestations dues. Ainsi, en cas de refus de déterminer le point en cause, il faut appliquer le régime de l'inexécution (dans la partie générale : art. 97 ss CO). En particulier, les règles sur la demeure du débiteur trouvent alors application, dès lors que les conditions de l'art. 102 CO sont remplies³⁷³. Cela est notamment admis quant aux obligations alternatives pour lesquelles le choix revient au débiteur (art. 72 CO)³⁷⁴. Dans ce contexte, les conséquences juridiques développées dans les prochains paragraphes sont envisageables.

213

Dommages-intérêts pour inexécution Le créancier dispose d'une action en réparation du dommage causé par la demeure dans la détermination du point du contrat (art. 103 CO) ou par la violation fautive de l'obligation de déterminer le point en cause (art. 97 al. 1 CO)³⁷⁵. Si les dommages-intérêts incluent

214

³⁷⁰ *Infra* n° 1409.

³⁷¹ À ce sujet, cf. *supra* n° 129, *infra* n° 273.

³⁷² *Infra* n° 1411 ss.

³⁷³ On peut réserver les cas où le débiteur a déterminé un point en s'écartant des principes et limites de la détermination posés par le contrat (violation positive de l'obligation, art. 97 al. 1 CO), ainsi que l'hypothèse d'une impossibilité de déterminer le point par la faute du débiteur (impossibilité fautive, art. 97 al. 1 CO).

³⁷⁴ BUCHER, AT, p. 298 ; CR-HOHL, art. 72 CO, n° 6 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 72 CO, n° 10 ; ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n° 45 ; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 45. Le Tribunal fédéral applique notamment les règles sur la demeure du débiteur au cas où le créancier refuse de déterminer l'objet de sa créance dans le but de ne pas effectuer la contreprestation (ATF 110 II 148 [fr], consid. 1b).

³⁷⁵ Dans le même sens : BK-BECKER, art. 72 CO, n° 9 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 72 CO, n° 10 ; *contra* BK-WEBER, art. 72 CO, n° 49.

la valeur de la prestation indéterminée (en cas d'impossibilité au sens de art. 97 al. 1 CO, ou d'exercice de la deuxième voie offerte par l'art. 107 al. 2 CO), le dommage pourra être évalué par un expert (art. 182 ss CPC) ou fixé par le juge (cas échéant, via l'art. 42 al. 2 CO) ; si son principe ou son montant paraissent trop incertains, la réparation ne sera point allouée³⁷⁶. Dans le cas particulier de l'obligation alternative prévoyant des prestations de valeur différente³⁷⁷, la prestation de moindre valeur pourra en tous cas servir de base à la détermination du dommage.

- 215 **Résolution du contrat** Si le débiteur est en demeure (art. 102 CO) de déterminer un point d'un contrat bilatéral et moyennant le respect des conditions posées par les art. 107 al. 1 ou 108 CO, le créancier peut résoudre le contrat (art. 107 al. 2 et art. 109 CO)³⁷⁸.
- 216 **Action alternative en exécution de l'obligation** Si le créancier souhaite obtenir l'exécution de la prestation, il peut dans tous les cas demander la condamnation alternative du débiteur, le dispositif du jugement au fond devant également être formulé de manière alternative³⁷⁹. Le créancier peut alors demander l'exécution forcée de l'une des prestations, mais jusqu'au moment de la mise en œuvre de l'exécution forcée, le débiteur peut encore se libérer en effectuant l'une ou l'autre des prestations dues (§ 264 al. 1 BGB)³⁸⁰.
- 217 **Action en détermination du point ; détermination judiciaire** En outre, une action en exécution de la détermination du point du contrat est possible (art. 97 al. 2 et 98 al. 1 CO), bien qu'elle soit qualifiée de « mal praticable et peu utile » par le Tribunal fédéral³⁸¹. Malgré cette affirmation et même dans les cas où le débiteur récalcitrant dispose d'une certaine marge de liberté dans son choix, il nous semble que – moyennant respect du principe de la proportionnalité et en fonction des circonstances – le juge devrait pouvoir faire

376 ATF 133 III 153 [de], consid. 3.3 ; ATF 131 III 360 [fr], consid. 5.1 ; ATF 122 III 219 [de], consid. 3a, trad. JdT 1997 I p. 246 ; BK-BREHM, art. 42 CO, nos 46-66 ; OFTINGER/STARK, § 6 nos 27-34 ; BK-WEBER, art. 99 CO, nos 154 ss, 219-225 ; WERRO, RC, nos 1015-1022.

377 ATF 96 II 18 [de], consid. 2, trad. JdT 1971 I p. 354 ; ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n° 3 ; SCHWENZER, n° 9.01 ; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 11.

378 Sur la demeure du débiteur et la résolution du contrat en cas de demeure dans les contrats bilatéraux, cf. ENGEL, *Obligations*, pp. 684 ss, 725 ss ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, nos 2657 ss, 2729 ss ; KOLLER, AT, § 55 nos 2 ss, 74 ss ; VON TUHR/ESCHER, § 72, § 73 III-VII.

379 CR-HOHL, art. 72 CO, n° 7 ; MERZ, TDP, pp. 117-118 ; ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n° 46 ; VON TUHR/PETER, § 11 II ; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 46.

380 CR-HOHL, art. 72 CO, n° 7 ; ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n° 46 ; VON TUHR/PETER, § 11 II ; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 48 ; *contra* ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 72 CO, n° 10.

381 ATF 110 II 148 [fr], consid. 1b ; cf. aussi CR-HOHL, art. 72 CO, n° 7 ; ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n° 47.

droit à la demande du créancier en condamnation du débiteur à effectuer le choix qui lui revient³⁸². Cela revient à admettre la détermination du point en cause directement par le juge, puisque le jugement remplace alors la manifestation de volonté du débiteur (art. 344 CPC)³⁸³. Le juge devra alors déterminer le point au plus près de la volonté hypothétique du débiteur ; si celle-ci ne peut pas être suffisamment établie, il procédera à une détermination équitable³⁸⁴.

Cette possibilité de détermination judiciaire du point à la place du débiteur devrait d'autant plus être admise qu'elle découle du § 315 al. 3 BGB – sachant que la jurisprudence et la doctrine admettent l'application des §§ 315-319 BGB en droit suisse³⁸⁵. Le § 315 al. 3 BGB prévoit non seulement la détermination judiciaire pour le cas où l'une des parties l'a faite de manière inéquitable (« *Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; [...]* »), mais aussi lorsqu'elle refuse de la faire (« *[...] das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird* »).

Pas de transfert du droit formateur au créancier Cette possibilité d'une détermination judiciaire nous semble préférable à l'idée, avancée par certains auteurs³⁸⁶, selon laquelle le droit de déterminer le point en question pourrait passer du débiteur au créancier. Le juge est en effet bien plus à même de tenir compte des intérêts respectifs des parties que le créancier, qui sera le plus souvent enclin à désavantager au maximum le débiteur. Cette « punition » du débiteur semble peu compatible avec l'objectif général réparateur du droit de l'inexécution au sens des art. 97 ss CO³⁸⁷. En outre, si le droit allemand (§ 264 al. 2 BGB) et le Tribunal fédéral³⁸⁸ autorisent le passage du droit formateur en sens inverse, c'est-à-dire du créancier au débiteur, c'est parce que cela correspond à la *ratio legis* du § 262 BGB et de l'art. 72 CO, à savoir la

382 À ce sujet, cf. *infra* n° 1453. Cette possibilité est controversée à propos de l'art. 72 CO (l'admettant : ZK-OSER/SCHÖNBERGER, art. 72 CO, n° 10 ; SCHNEIDER/FICK, art. 72 CO, n° 5 ; *contra* CR-HOHL, art. 72 CO, n° 7 ; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 49). L'admettant en général : ZK-OSER/SCHÖNBERGER, Rem. prélim. art. 1-67 CO, n° 95 ; VON TUHR/PETER, § 24 V.

383 *Infra* n° 1447.

384 On peut raisonner par analogie avec les critères de complétude des contrats (à ce sujet, cf. *infra* n° 1071 ss). Dans ce sens en droit allemand : GERNHUBER, § 12 II/7, III/5.

385 *Supra* n° 199 s.

386 MERZ, *TDP*, p. 117 ; ZK-OSER/SCHÖNBERGER, art. 72 CO, n° 10 ; cf. aussi MORIN, art. 90 CO-2020, n° 4 ; appliquant à cet égard l'art. 86 al. 2 CO p. an. : FUNK, art. 72 CO, n° 2 ; *contra* CR-HOHL, art. 72 CO, n° 7 ; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 49 ; également opposé à cette idée en droit allemand : MÜNCH-WÜRDINGER, § 315 BGB, n° 39, 41.

387 Sur cet objectif général, cf. notamment BK-WEBER, art. 97 CO, n° 154.

388 ATF 110 II 148 [fr], consid. 1b ; ATF 42 II 219 [de], consid. 3.

protection du débiteur exposé au choix de son cocontractant³⁸⁹. Admettre le transfert du droit dans l'autre sens va à l'encontre de cette idée.

220 **Impossibilité** L'application de l'art. 119 CO est envisageable si le débiteur devient incapable de procéder à la détermination sans sa faute et qu'il ne peut pas être représenté pour l'accomplissement de cet acte juridique. Cependant, à moins que l'obligation à déterminer doive être exécutée personnellement (cf. art. 68 CO), la détermination d'un point du contrat n'est en général pas strictement personnelle³⁹⁰, de sorte que la détermination sera encore possible en cas d'incapacité de discernement (cf. notamment art. 360 ss CC) ou de décès (art. 560 CC) du débiteur.

b) Si le point doit être déterminé par le créancier

221 **Demeure du débiteur** On peut en premier lieu envisager l'application des règles sur la demeure du débiteur. Si le point du contrat à déterminer est relatif à une obligation et que le droit de le déterminer appartient à son créancier, celui-ci n'a en principe pas l'obligation de déterminer le point en cause, mais une simple *incombance*. Les règles sur la demeure du débiteur ne trouvent ainsi normalement pas application, sauf dans les cas suivants :

- 222 1. Le créancier avait l'obligation de déterminer le point du contrat en cause³⁹¹. Cela pourra par exemple être le cas en matière de vente mobilière, où la question d'une obligation d'accepter la chose vendue est controversée, vu la teneur de l'art. 211 al. 1 CO³⁹².
- 223 2. Dans un contrat bilatéral, si le refus du créancier de déterminer la prestation à laquelle il a droit est lié à son refus d'effectuer la contre-prestation qu'il doit au débiteur³⁹³.

389 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 72 CO, n° 7; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 33.

390 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 72 CO, n° 7.

391 ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n° 50; VON TUHR/PETER, § 11 II; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 52.

392 À ce sujet, cf. notamment ATF 110 II 148 [fr], consid. 1a; ATF 59 II 305 [de]; CAVIN, *TDP*, pp. 53-54; HK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 212 CO, n° 3; MÜLLER, *Contrats*, n° 191; TERCIER/BIERI/CARRON, nos 884-888.

393 ATF 110 II 148 [fr], consid. 1b; ATF 49 II 28 [de], consid. 2; ATF 48 II 98 [de], consid. 6; CAVIN, *TDP*, pp. 53-54.

Dans ces hypothèses, on peut *mutatis mutandis* renvoyer à ce qui concerne le cas où le débiteur refuse de déterminer un point du contrat alors qu'il en avait l'obligation³⁹⁴. 224

Demeure du créancier : a) Principe Si le créancier ne détermine pas le point qui doit l'être (sans en avoir l'obligation), il n'accomplit pas les « actes préparatoires » qui lui incombent et qui sont nécessaires à l'exécution³⁹⁵. À moins qu'il ne soit au bénéfice d'un motif légitime, il tombe alors en demeure (art. 91 CO) et le débiteur peut se libérer aux conditions des art. 92-95 CO. Dans ce contexte, diverses possibilités sont ouvertes. 225

Demeure du créancier : b) Consignation alternative Dans le cas particulier de l'obligation alternative (art. 72 CO), le débiteur peut se libérer en consignat toutes les prestations dues à titre alternatif³⁹⁶. 226

Demeure du créancier : c) Résolution du contrat Si le point qui devait être déterminé par le créancier est l'objet de sa créance, le débiteur ne sera pas toujours en mesure de savoir si la prestation due consiste en la livraison d'une chose (art. 92-94 CO) ou en une autre prestation (art. 95 CO). Dans le doute, celui-ci devrait être autorisé à résoudre le contrat par application analogique des art. 107-109 CO, auxquels renvoie l'art. 95 CO³⁹⁷. 227

Demeure du créancier : d) Détermination judiciaire À l'instar de ce qui devrait valoir lorsque le débiteur est en demeure de déterminer un point du contrat³⁹⁸, le débiteur confronté à la demeure du créancier de déterminer un point du contrat devrait pouvoir demander une détermination judiciaire³⁹⁹. 228

394 *Supra* nos 213 ss.

395 ATF 110 II 148 [fr], consid. 1a; ATF 59 II 305 [de]; ATF 49 II 28 [de], consid. 2; ATF 48 II 98 [de], consid. 6; CAVIN, *TDP*, pp. 53-54; BK-GIGER, art. 184 CO, n° 239; KOLLER, *AT*, § 56 n° 137; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 72 CO, n° 11; ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n° 49; VON TUHR/PETER, § 11 II; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 50.

396 ATF 138 II 311 [de], consid. 4.4; ATF 134 III 348 [de], consid. 5.2.4, trad. *JdT* 2010 I p. 687; BUCHER, *AT*, p. 298; KOLLER, *AT*, § 56 n° 137; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 72 CO, n° 11; VON TUHR/PETER, § 11 II; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 50.

397 BK-BECKER, art. 72 CO, n° 8; KELLER/SCHÖBI, pp. 293-294; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 72 CO, n° 11; SCHNEIDER/FICK, art. 72 CO, n° 2; ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n° 49; VON TUHR/PETER, § 11 II; VON TUHR/ESCHER, § 66 III; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 51; BK-WEBER, art. 95 CO, n° 45; dans ce sens également : ATF 110 II 148 [fr], consid. 1b; *contra* KOLLER, *AT*, § 56 n° 137.

398 *Supra* nos 217 s.

399 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Rem. prélim. art. 1-67 CO, n° 95; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 72 CO, n° 11; SCHNEIDER/FICK, art. 72 CO, n° 5; VON TUHR/PETER, § 24 V; *contra* KOLLER, *AT*, § 56 n° 137; dans le même sens quant à la chose vendue et au prix : BK-GIGER, art. 184 CO, n° 239.

En particulier, cette possibilité découle de l'application du § 315 al. 3 BGB en droit suisse⁴⁰⁰. *A maiore ad minus*, la possibilité d'une détermination judiciaire devrait être admise car elle respecte mieux les intérêts du créancier qu'un transfert du droit formateur au débiteur, admis par la jurisprudence et la doctrine⁴⁰¹. Certes, le créancier ne *doit* pas la détermination du point. Si cette circonstance exclut en principe une action condamnatoire (art. 84 CPC) aboutissant à un jugement condamnatoire valant fiction de manifestation de volonté (art. 344 CPC), cela n'empêche en rien la possibilité d'une action formatrice (art. 87 CPC)⁴⁰².

229 **Demeure du créancier : e) Transfert du droit formateur** La jurisprudence et la doctrine admettent que le débiteur peut, face au créancier en demeure de déterminer un point du contrat, fixer un délai convenable à celui-ci pour procéder à la détermination (art. 107 al. 1 CO p. an.), avec l'indication qu'à défaut de celle-ci, le débiteur choisira à la place du créancier ; à l'échéance du délai, le droit formateur passe au débiteur⁴⁰³. Cette solution correspond à l'application du § 264 al. 2 BGB, justifiée par le but de protection du débiteur qui sous-tend l'art. 72 CO et le § 262 BGB (*favor debitoris*⁴⁰⁴).

230 **Application de l'art. 119 CO** Si le créancier devient incapable de déterminer le point du contrat en cause (incapacité de discernement, décès, etc.), le droit de le déterminer passe à ses représentants (art. 360 ss CC) ou à ses héritiers (art. 560 CC) sauf s'il était strictement personnel, auquel cas l'obligation qui devait être déterminée devient impossible (art. 119 al. 1 CO). L'éventuelle contre-prestation s'éteint également (art. 119 al. 2 CO), sauf si le créancier est devenu fautivement incapable de déterminer le point du contrat⁴⁰⁵.

400 *Supra* n^{os} 199 s.

401 *Infra* n^o 229.

402 *Parlant à cet égard de « Gestaltungsurteil »* : GERNHUBER, § 12 II/7b.

403 ATF 110 II 148 [fr], consid. 1b ; ATF 42 II 219 [de], consid. 3 ; BUCHER, AT, p. 298 ; KOLLER, AT, § 56 n^o 137 ; MORIN, art. 90 CO-2020, n^o 4 ; ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n^o 49 ; SCHWENZER, n^o 9.03 ; BK-WEBER, art. 72 CO, n^o 50 ; *contra* VON TUHR/PETER, § 11 II.

404 Sur cette maxime, cf. *supra* n^o 130.

405 ATF 122 III 66 [de], consid. 3b, trad. JdT 1997 I p. 19 ; ATF 114 II 274 [de], consid. 4, trad. JdT 1989 I p. 7 ; CR-THÉVENOZ, art. 119 CO, n^{os} 33-36.

c) Si le point doit être déterminé par un tiers

Demeure du débiteur Souvent, le tiers auquel les parties se réfèrent pour déterminer un point de leur contrat a une obligation de déterminer ce point, notamment lorsque les parties le mandatent à cette fin, que la convention emporte ou non des effets de droit procédural (expertise-arbitrage, art. 189 CPC⁴⁰⁶ ; arbitrage, art. 353 ss CPC, art. 176 ss LDIP). Cas échéant, constituent des cas d'inexécution (art. 97 ss et 398 CO) le refus et l'impossibilité fautive de déterminer le point en cause, ainsi que la détermination violant les obligations du tiers (par exemple détermination manifestement inéquitable alors que le tiers s'était engagé à déterminer le point « équitablement », ou détermination d'un point au mépris de circonstances objectives importantes, etc.). On peut alors envisager une action en dommages-intérêts des parties lésées envers le tiers⁴⁰⁷, la résolution du contrat selon les art. 107 al. 2 et 109 CO⁴⁰⁸, la détermination judiciaire du point⁴⁰⁹, voire un passage du droit formateur dont le tiers était titulaire à celle des parties qui est débitrice de l'obligation à déterminer⁴¹⁰ (mais pas à son créancier⁴¹¹). 231

Impossibilité On applique les règles sur l'impossibilité dans les hypothèses suivantes : 232

1. Si l'obligation du tiers de déterminer le point en cause devient impossible sans sa faute après la conclusion du contrat (par exemple décès ou incapacité de discernement durable du tiers), son mandat prend fin (art. 405 CO) et l'obligation ne passe en principe pas à ses héritiers, puisque les parties l'ont souvent choisi pour déterminer le point du contrat en raison de ses capacités personnelles et de la confiance qu'elles lui accordaient⁴¹². L'obligation qui devait être déterminée par le tiers devient impossible (art. 119 al. 1 CO). 233

406 Par exemple ATF 141 III 274 [de], consid. 2.5 ; ATF 129 III 535 [de], consid. 2, trad. JdT 2003 I p. 590.

407 Cf. *supra* n° 213. Dans le même sens : ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n° 55 ; BK-WEBER, art. 72 CO, n° 54.

408 *Supra* n° 215.

409 *Infra* n° 237.

410 *Supra* n° 229.

411 *Supra* n° 219.

412 Dans ce sens : VON TUHR/PETER, § 11 II : « [...] ein Dritter, den die Parteien als sachverständigen Vertrauensmann bezeichnet haben » ; cf. aussi ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Rem. prélim. art. 1-67 CO, n° 92.

- 234 2. Si le tiers n'avait pas d'obligation de déterminer le point en cause, on applique l'art. 20 CO si la détermination par le tiers était déjà impossible au moment de la conclusion du contrat (par exemple parce qu'il était déjà décédé ou que les parties se sont référées par erreur à un tiers qui n'a jamais existé), ou l'art. 119 CO si l'impossibilité est subséquente (par exemple si le tiers non mandaté a refusé de déterminer le point du contrat, ou parce qu'il est décédé depuis la conclusion du contrat ou qu'il est devenu incapable de discernement). L'obligation qui devait être déterminée par le tiers est nulle ou s'éteint ; le régime, y compris en ce qui concerne la nullité partielle, est alors similaire à ce qui prévaut en matière d'impossibilité de déterminer un point du contrat à partir de critères objectifs⁴¹³.

235 *Exemple* : dans une clause compromissoire, les parties prévoient toutes deux qu'elles désigneront un arbitre et que le troisième arbitre sera désigné par le directeur général de l'Organisation mondiale de la santé (qui n'y était pas obligé). Celui-ci ayant refusé de nommer le troisième arbitre, le Tribunal fédéral a considéré que cette impossibilité devait être analysée sous l'angle de la nullité partielle (art. 20 al. 2 CO p. an.) et a confirmé la nomination (supplétive) du troisième arbitre par la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale⁴¹⁴.

236 **Conditions** Parfois, le choix du tiers joue le rôle d'une condition suspensive⁴¹⁵ ; s'il n'intervient pas, l'obligation indéterminée reste inefficace.

237 **Détermination judiciaire** Indépendamment d'une éventuelle obligation du tiers de déterminer le point du contrat, les parties peuvent demander la détermination judiciaire du point en cause, si le tiers auquel les parties se sont référées ne peut ou ne veut pas déterminer le point du contrat, ou s'il rend une décision manifestement contraire à l'équité (§ 319 al. 1 BGB)⁴¹⁶.

413 *Supra* n^{os} 208 ss.

414 ATF 110 Ia 59 [fr].

415 BK-BECKER, art. 72 CO, n^o 10 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 72 CO, n^o 12 ; ZK-SCHRANER, art. 72 CO, n^o 53 ; BK-WEBER, art. 72 CO, n^o 53.

416 Sur l'application des §§ 315-319 BGB en droit suisse, cf. *supra* n^{os} 199 s. Admettant la possibilité d'une détermination judiciaire d'un point à la place du tiers : ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Rem. préel. art. 1-67 CO, n^{os} 92, 95 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 72 CO, n^o 12 ; SCHNEIDER/FICK, art. 72 CO, n^o 5 ; VON TUHR/PETER, § 24 V ; restrictif : BK-WEBER, art. 72 CO, n^o 53. Cette possibilité de détermination judiciaire est exclue (§ 319 al. 2 BGB) dans l'hypothèse, rare en pratique, où le tiers avait un pouvoir de décision totalement libre (*nach freiem Belieben*) – c'est-à-dire même pas limité à l'exigence d'une décision « pas manifestement inéquitable » (*nach freiem Ermessen*) ; à ce sujet : GERNHUBER, § 12 III/3.

Dans le cas plus particulier où le tiers a fonctionné comme expert-arbitre ou comme arbitre⁴¹⁷, cette possibilité générale de détermination judiciaire est remplacée par les moyens de droit qui existent contre leurs décisions (cf. notamment les art. 189 al. 3 let. c⁴¹⁸ et 393 let. e CPC, ainsi que l'art. 190 al. 2 let. e LDIP). 238

C. Cas particulier : si le point à déterminer est la personne du créancier

Parfois, le point du contrat qui ne peut pas être déterminé est l'identité du créancier. Le critère qui aurait dû permettre de le déterminer peut être objectif ou subjectif. 239

Exemples : critère objectif : « le créancier d'une obligation de réparation sera le propriétaire de la bicyclette au 30 avril »⁴¹⁹, mais la propriété de la bicyclette est litigieuse lorsque vient cette date ; critère subjectif : « le créancier (ou un tiers) a le droit de désigner un tiers comme créancier (art. 112 al. 2 CO) exclusif ou peut aussi conserver sa créance », mais la situation juridique ultérieure est litigieuse. 240

Si le débiteur ne devait pas lui-même déterminer qui était créancier et qu'il n'est au surplus pas fautif, il dispose des voies offertes par l'art. 96 CO⁴²⁰ : le débiteur peut consigner la prestation due (art. 92-94 CO) – cas échéant, consigner toutes les prestations dues à titre alternatif⁴²¹ – ou se départir du contrat (art. 95 CO), comme s'il y avait demeure du créancier⁴²². 241

417 ATF 129 III 535 [de], consid. 2, trad. JdT 2003 I p. 590 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Rem. prélim. art. 1-67 CO, n° 93.

418 ATF 141 III 201 [de], consid. 3.2.1 ; antérieurement à l'entrée en vigueur du CPC : ATF 129 III 535 [de], consid. 2.1, trad. JdT 2003 I p. 590. On voit le lien entre la détermination judiciaire générale et le recours contre les décisions de l'expert-arbitre, puisque le Tribunal fédéral se réfère au § 319 BGB pour fonder son avis (Arrêt précité, consid. 2.2).

419 La situation est proche d'une obligation *propter rem* ; sur cette notion, cf. notamment LIVER, p. 21 ; MERZ, TDP, p. 42.

420 KOLLER, AT, § 56 n° 143-145. La disposition spéciale correspondante applicable en cas de cession de créance (art. 168 CO) ne s'appliquera pas dans le cas étudié ici, car l'identité du créancier est alors inconnue non pas parce qu'elle était indéterminée dans le contrat, mais parce que la créance a été cédée ultérieurement et que cette cession est litigieuse.

421 ATF 138 II 311 [de], consid. 4.4 ; ATF 134 III 348 [de], consid. 5.2.4, trad. JdT 2010 I p. 687.

422 Sur ces possibilités, cf. *supra* n° 227. Cf. aussi KOLLER, AT, § 56 n° 1.

Chapitre 2

Le complètement du contrat

§ 1. Définition et objectif général

Définition Le complètement est l'opération par laquelle le juge détermine 242
un ou plusieurs points du contrat sur lesquels un accord n'est pas intervenu,
alors qu'un problème concret rend sa détermination nécessaire⁴²³.

Lien avec l'accord Le complètement est lié à la notion d'*accord* de deux 243
manières. **a)** Il suppose qu'un contrat ait été conclu, et qu'il y ait donc eu ac-
cord sur un certain de nombre de points (sur tous les points faisant partie de
l'étendue minimale de l'accord). **b)** Il suppose en revanche qu'un accord n'ait
pas été trouvé sur au moins un autre point (sur un point ne faisant pas par-
tie de l'étendue minimale de l'accord), à propos duquel se pose un problème
relatif aux effets juridiques du contrat.

Ainsi, le complètement intervient nécessairement dans le « cadre » d'un 244
contrat existant mais « partiellement façonné », dont le complètement ne de-
vrait pas dépasser le « sens profond » (*Sinngehalt*)⁴²⁴. Comme l'a dit YUNG,
« le juge [devrait] fonder son intervention sur le contrat lui-même, en respec-

⁴²³ Cf. les définitions proches de GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1248 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/
HARTMANN, art. 18 CO, n° 540 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 206.

⁴²⁴ ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 557.

ter l'économie, le but et l'esprit, et ne viser qu'à en prolonger les lignes au-delà du cadre tracé par les parties »⁴²⁵.

- 245 Pour qu'un complètement soit envisageable, il faut que le point à régler ne fasse pas partie de l'étendue minimale de l'accord⁴²⁶.
- 246 **Lien avec l'interprétation** En cela, le complètement du contrat se distingue des interprétations subjective ou objective⁴²⁷, qui visent à déterminer s'il y a accord et sur quel contenu. Ce n'est qu'au terme de l'interprétation que l'on peut dire si un contrat est lacunaire⁴²⁸. À l'instar de l'interprétation⁴²⁹, le complètement est toujours effectué par le juge⁴³⁰.
- 247 **Objectif général** La fonction du complètement des contrats est le *soutien à la liberté contractuelle*. Si les parties devaient régler systématiquement toutes les situations envisageables, la conclusion de contrats – c'est-à-dire l'exercice de la liberté contractuelle – serait compliquée à l'excès. Dans ce sens, les contrats sont toujours incomplets⁴³¹, ce qui est en définitive lié au caractère limité de l'être humain⁴³².

425 YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 192.

426 La définition de l'étendue minimale de l'accord fera la principale question discutée dans cette thèse, cf. *infra* n°s 714 ss.

427 *Supra* n°s 96 ss.

428 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 636 ; KELLER/SCHÖBI, p. 136 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 213 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n° 30 ; BSK-WIEGAND, art. 18 CO, n° 65 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 159. Certains arrêts ne sont pas toujours clairs à cet égard ; par exemple, le Tribunal fédéral semble parfois considérer que suite au constat de l'existence d'une lacune, il faudrait interpréter le contrat pour savoir s'il doit être complété (ATF 115 II 484 [de], consid. 4a, trad. et comm. JdT 1990 I p. 210). Notre haute Cour semble parfois mêler le complètement, d'une part, et l'interprétation subjective (ATF 129 V 145 [fr], consid. 3.1) ou l'application du principe de la confiance (ATF 131 III 467 [de], consid. 1.2, trad. JdT 2006 I p. 43), d'autre part.

429 *Supra* n° 81.

430 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 540 ; MERZ, *Vertrag*, n° 184 ; dans le même sens : KÖLLER, *AT*, § 10 n° 1 ; YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 185.

431 ENGEL, *Obligations*, pp. 237-238 ; GUHL, p. 166 ; ZK-JÄGGI, *Rem. prélim. art. 1 CO*, n°s 113, 120 ss ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 551 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 209 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 131 ; MERZ, *Vertrag*, n° 184 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 8 ; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n°s 1552-1554 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 160 ; YUNG, *Interprétation supplétive*, pp. 186-187. Selon OFTINGER, *Auslegung*, p. 92, l'ordre juridique part du postulat que les personnes privées devraient régler toutes les questions juridiques potentiellement posées par les actes juridiques qu'elles concluent ; critiques à cet égard ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 551 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 209 ; YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 187.

432 ZELLER, § 3 n° 1.

Dès lors qu'une question non réglée se pose, le juge intervient pour compléter le contrat et prolonge ainsi jusqu'au nécessaire l'acte voulu, en trouvant une solution qui permet le maintien et l'accomplissement effectifs du contrat. Lorsqu'il complète un contrat, le juge agit donc toujours *in favore negotii*⁴³³ puisqu'il permet à la liberté exercée par les parties de se déployer pleinement dans la réalité, malgré les évolutions imprévues de cette dernière. 248

Puisque la fonction du complètement est le soutien à la liberté contractuelle, c'est à l'aune de celle-ci qu'il faut analyser le pouvoir du juge de compléter le contrat. 249

§ 2. Champ d'application du complètement (art. 2 al. 2 CO)

Aperçu Le complètement peut intervenir dans un certain nombre d'hypothèses généralement étudiées dans des contextes variés (réserve, lacune, devoirs accessoires de comportement, étendue de l'inefficacité au sens de l'art. 20 al. 2 CO, *clausula rebus sic stantibus*, etc.)⁴³⁴. 250

Malgré leur hétérogénéité apparente, ces hypothèses peuvent en définitive toutes être rapportées à **a)** un problème juridique secondaire⁴³⁵ devant être 251

⁴³³ GIGER, *Eingriff*, p. 315; HERZOG, n° 241; dans le même sens : ATF 138 III 29 [de], consid. 2.3.3; BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n° 38. À propos du principe *favor negotii* et de l'art. 2 al. 2 CO : HUGUENIN, *OR*, n° 303; BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 4; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 8; PIOTET, *Formation*, p. 31; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 2 CO, n° 1; dans ce sens également : ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 2; FLUME, § 34 6c. Sur ce principe dans le contexte de l'art. 20 al. 2 CO, cf. *infra* n° 1409. Sur le principe *favor negotii* en général : BURRI, n°s 46-54.

⁴³⁴ Dans ce sens : ATF 138 III 29 [de], consid. 2.3.3; ATF 114 II 159 [de], consid. 2c, trad. JdT 1989 I p. 2; ATF 93 II 185 [fr], consid. 4; ENGEL, *Obligations*, p. 238; KELLER/SCHÖBI, p. 136; YUNG, *Éléments objectifs*, p. 237. Nous omettons volontairement la conversion des actes viciés dans cette liste; elle n'implique pas de complètement (BK-KRAMER, art. 18 CO, n°s 267-271) puisque le contenu du contrat est alors préservé. La conversion est une requalification, or la qualification échappe à la volonté des parties (*infra* n° 513), d'où le fait que l'on ne puisse compléter le contrat quant à sa qualification.

⁴³⁵ Le caractère *objectivement* secondaire et/ou *subjectivement* secondaire du problème à régler dépend de la définition de l'étendue minimale de l'accord; à ce sujet, cf. *infra* n°s 716 ss.

réglé dans une relation contractuelle, **b)** problème à propos duquel aucun accord n'est intervenu.

252 Ainsi, et comme nous allons le voir, toutes ces hypothèses entrent dans le champ d'application de l'art. 2 al. 2 CO⁴³⁶.

I. Un problème à régler dans la relation contractuelle

253 **En général** Le complètement des contrats ne peut intervenir que si un problème juridique⁴³⁷ concret se pose dans la relation contractuelle⁴³⁸. Le problème peut avoir existé dès l'origine ou résulter de l'évolution ultérieure des circonstances matérielles ou juridiques⁴³⁹, voire résulter d'un oubli d'une règle contractuelle en raison de l'écoulement du temps⁴⁴⁰. Il doit être relatif aux effets juridiques du contrat⁴⁴¹, sans nécessairement se limiter à son « exécution régulière »⁴⁴².

436 Dès lors, il est inutile de trop vouloir délimiter ces hypothèses (dans ce sens, PIOTET, *Complètement*, p. 370). Signalons simplement que l'on peut avoir une notion plus ou moins large de la lacune, qui peut ainsi englober les cas de réserve (art. 2 al. 1 CO) (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1248 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 560 ; KELLER/SCHÖBI, p. 136 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 214 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 465 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 8 ; *contra* PIOTET, *Complètement*, p. 368), les cas d'inefficacité partielle (ATF 107 II 144 *La Punt* [fr], consid. 3 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 214 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 470 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n° 35 ; *contra* ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 548 ; PIOTET, *Complètement*, pp. 368-370) ou encore les cas d'adaptation du contrat (ATF 82 II 378 [de], consid. 4, trad. JdT 1957 I p. 175 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 713 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 275 ; *contra* PIOTET, *Complètement*, p. 369).

437 ATF 129 V 145 [fr], consid. 3.1.

438 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 541 ; VON TUHR/PETER, § 34 III.

439 Comme exemple de lacune par suite d'évolution des circonstances juridiques, on peut citer un cas où les parties n'avaient pas envisagé l'extension du champ d'application de l'AMSL à leur rapport de bail (ATF 115 II 484 [de], trad. et comm. JdT 1990 I p. 210) ; *a contrario*, l'évolution du droit peut aussi combler une lacune (ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 46 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 21).

440 BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 214 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 162 ; YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 185 ; le problème n'est donc pas toujours « nouveau », contrairement à ce que sous-entend le Tribunal fédéral (ATF 111 II 260 [fr], consid. 2a).

441 En particulier, si l'une des parties fournit des prestations non prévues par le contrat, l'action en restitution relève de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) ; il n'y a ni lacune du contrat ni complètement à cet égard (ATF 133 III 356 [de], consid. 3.3.1, trad. JdT 2008 I p. 91).

442 Semblant trop restrictifs à cet égard : ATF 111 II 260 [fr], consid. 2a ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 9 ; dans la même direction : YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 187.

Il n'y a pas de problème à régler, et partant, aucun complètement envisageable, si une norme impérative, dûment interprétée, fournit déjà une solution⁴⁴³. Si le problème juridique peut être résolu sans qu'il soit nécessaire de trancher une question déterminée, c'est qu'il n'y a pas lieu de parler de complètement à son égard⁴⁴⁴.

Cas d'application L'une des questions devant parfois être réglée est l'existence de devoirs accessoires de comportement, qui peuvent cas échéant être admis par complètement du contrat⁴⁴⁵.

En cas d'invalidité du contrat, et lorsque ni une norme impérative, ni un contrat (*Nichtigkeitsabrede*) ne déterminent l'étendue de l'invalidité⁴⁴⁶, on recourt également au complètement pour savoir si les parties auraient souhaité un maintien partiel du contrat (art. 20 al. 2 CO), cas échéant avec une règle de remplacement⁴⁴⁷.

En outre, il y a complètement au sens de l'art. 2 al. 2 CO en cas d'adaptation judiciaire du contrat à un changement fondamental de circonstances (*clausula rebus sic stantibus*)⁴⁴⁸. Le problème devant nécessairement être résolu est alors l'adaptation du contrat face à une évolution importante et imprévisible des circonstances ; là encore, ce complètement ne peut intervenir que si une norme impérative ou le contrat ne règlent pas la question⁴⁴⁹.

443 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1248 ; HUGUENIN, *OR*, n° 300 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 547 ; KELLER/SCHÖBI, p. 136 ; KOLLER, *AT*, § 10 n°s 6-7 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 216 ; MORIN, *Nature impérative*, p. 121 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 9 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 163 ; BsK-WIEGAND, art. 18 CO, n° 65.

444 ATF 117 III 1 [fr], consid. 2b (rendu en matière de lacune de la loi) ; dans le même sens : KELLER, *Vorbehalt*, p. 154 ; MERZ, *Vertrag*, n° 184 ; YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 187.

445 CHAPUIS, pp. 81-82, 110-118 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n°s 127-129 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 260 ; les devoirs accessoires peuvent également être admis grâce à l'interprétation, cf. par exemple ATF 129 III 604 [fr], consid. 4.2.1.

446 Dans cette hypothèse, il y a *absence d'accord* sur le point qui fait l'objet du complètement, c'est-à-dire le point de savoir quelle doit être l'étendue de la nullité (*infra* n°s 1397 ss). Ainsi, le fait que le point vicié avait fait l'objet d'un accord n'empêche pas de parler de complètement.

447 Sur le complètement quant à l'étendue de la nullité et les rapports entre les art. 2 al. 2 et 20 al. 2 CO, cf. *infra* n°s 1395 ss.

448 Sur la *clausula rebus sic stantibus* en général : ATF 135 III 1 [de], consid. 2.4, trad. JdT 2011 II p. 516 ; ATF 107 II 343 [de], consid. 2, trad. JdT 1982 I p. 272 ; ATF 59 II 372 [de], consid. 2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 1280-1303 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 641-798 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n°s 273-359.

449 ATF 135 III 1 [de], consid. 2.4, trad. JdT 2011 II p. 516 ; ATF 59 II 372 [de], consid. 2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1288 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 711 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 322.

II. L'absence d'accord sur le point à régler

- 258 **En général** L'absence d'accord peut résulter :
- 259 1. D'un désaccord, c'est-à-dire que les parties ont envisagé le problème
mais ne se sont pas entendues à son propos. Le désaccord peut être :
- 260 (a) Un désaccord patent⁴⁵⁰ – dont l'hypothèse de la réserve (art. 2
al. 1 *in fine* CO) constitue un cas particulier ;
- 261 (b) Un désaccord latent, dès lors qu'un accord de droit⁴⁵¹ ne peut
pas être établi au moyen du principe de la confiance⁴⁵².
- 262 2. D'une lacune, ce qui signifie que les parties n'ont pas envisagé le
problème – parfois parce qu'elles ne pouvaient pas l'envisager (ainsi
dans les cas visés par la *clausula rebus sic stantibus*).

A. En particulier : la réserve

- 263 **Notion ; effet juridique** En plus d'un désaccord patent⁴⁵³, la *réserve* im-
plique aussi l'expression de l'intention de régler ultérieurement le point fai-
sant l'objet du désaccord⁴⁵⁴. La réserve s'opposant à l'accord⁴⁵⁵, elle ne pro-
duit pas d'effet obligatoire sur le fond⁴⁵⁶ et n'est pas soumise à l'éventuelle
forme légale applicable⁴⁵⁷. Selon les circonstances, elle peut tout de même

450 Sur le désaccord patent et le désaccord latent, cf. *supra* n^{os} 179 ss.

451 Sur l'accord de droit, cf. *supra* n^{os} 182 s.

452 Sur le principe de la confiance, cf. *supra* n^{os} 101 ss.

453 Les parties sont en effet conscientes de ne pas avoir encore réglé le point réservé (ATF 107 II 411 [de], consid. 3, trad. JdT 1982 I p. 162 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^o 46 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^o 157).

454 ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^o 20 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n^o 15 ; cf. aussi ATF 132 III 24 [de], consid. 6.1.1, trad. et rés. JdT 2006 II p. 187 ; ATF 34 II 463 *Hydorion* [fr], consid. 3 ; BK-BECKER, art. 2 CO, n^o 7 ; KELLER, *Vorbehalt*, pp. 24, 30, 47.

455 On parle parfois improprement « d'accord » à propos de la réserve (ATF 111 II 291 [fr], consid. 2b ; BK-BECKER, art. 2 CO, n^o 7 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^o 20 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n^o 15), malgré la lettre de l'art. 2 al. 2 CO, versions allemande et italienne (dans ce sens également ATF 127 III 248 [fr], consid. 3e ; ATF 107 II 411 [de], consid. 3, trad. JdT 1982 I p. 162 ; ATF 34 II 463 *Hydorion* [fr], consid. 3 ; KELLER, *Vorbehalt*, p. 46).

456 BK-BECKER, art. 2 CO, n^o 7.

457 Arrêt TF n. publ. 4C.246/2003 (30.01.2004) [fr], consid. 5.1 ; ATF 127 III 248 [fr], consid. 3e ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^o 20 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n^o 15.

impliquer une obligation de poursuivre les négociations au sujet du point réservé⁴⁵⁸.

Distinctions L'interprétation de la volonté de conclure peut révéler que ce qui semblait être une « réserve » au sens de l'art. 2 al. 1 CO consiste en fait en une manifestation qui signifie que certains points sont subjectivement essentiels⁴⁵⁹. Ce sera le cas lorsque le résultat de l'interprétation indique que la partie « réserve » son consentement à l'acte, c'est-à-dire qu'elle manifeste sa volonté de ne pas conclure le contrat tant qu'un accord sur le point en cause n'est pas trouvé⁴⁶⁰, au lieu de simplement « réserver » l'hypothèse d'un accord ultérieur sur des points subjectivement secondaires au sens de l'art. 2 al. 1 CO. Les conséquences juridiques sont alors totalement différentes : une telle « réserve » d'un accord sur des points subjectivement essentiels empêche le contrat d'exister – faute de volonté de le conclure – tandis que la « réserve » au sens de l'art. 2 al. 1 CO n'empêche justement pas le contrat d'être conclu.

264

La réserve au sens de l'art. 2 al. 1 CO ne doit pas non plus être confondue avec les « réserves » unilatérales que l'on rencontre fréquemment dans la correspondance juridique (par exemple : « nous nous réservons le droit de faire valoir de plus amples prétentions »)⁴⁶¹. Celles-ci ne servent qu'à influencer l'interprétation de l'acte qui les contiennent, typiquement en privant leur destinataire de la possibilité de croire légitimement à la renonciation aux droits « réservés »⁴⁶².

265

458 Dans le même sens, KELLER, *Vorbehalt*, p. 44. D'autres auteurs admettent (ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 45; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 573) ou rejettent (BK-BECKER, art. 2 CO, n° 7) de manière générale l'obligation de négocier en cas de réserve. Sur les obligations de négocier et leurs sanctions juridiques, cf. par exemple KUONEN, *Précontrats*, pp. 305-310; CR-MORIN, art. 1 CO, n°s 123-127.

459 BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 16; KELLER/SCHÖBI, p. 56. Dans le même sens mais sous l'angle de la condition suspensive (art. 151 CO) : KELLER, *Vorbehalt*, pp. 30-35 (sur les points subjectivement essentiels comme conditions de la volonté de conclure le contrat, cf. *infra* n°s 446 s.).

460 C'est également le cas lorsque l'une des parties réserve son consentement à l'acte tant que la forme constitutive n'est pas respectée; à ce sujet, cf. *infra* n°s 1376 ss.

461 KELLER, *Vorbehalt*, pp. 25-29.

462 WINDSCHEID/KIPP, I § 76; KELLER, *Vorbehalt*, pp. 18-19; pour un exemple : Arrêt TF n. publ. 4A_431/2015 (19.04.2016) [fr], consid. 4; sur les liens entre une telle réserve et l'abus de droit : BK-MERZ, art. 2 CC, n° 538.

B. En particulier : la lacune

- 266 **Définition** Il y a lacune lorsque le problème à résoudre n'a pas été envisagé par les parties⁴⁶³, qu'elles n'aient absolument pas pensé au problème juridique qui se pose (lacune proprement dite ou *præter contractum* ; *eigentliche Vertragslücke*)⁴⁶⁴, ou qu'ayant réglé un problème de manière générale, elles n'aient pas envisagé le cas d'application concret qui constitue l'objet du litige actuel (lacune improprement dite ou *intra contractum* ; *uneigentliche Vertragslücke*)⁴⁶⁵.
- 267 **Complètement en cas de lacune : a) Texte légal** Peut-on compléter un contrat sur un point lacunaire, au-delà du cas précis de la réserve ?
- 268 Les textes français et italien de l'art. 2 al. 1 CO semblent n'évoquer la réserve qu'à titre d'exemple (« lors même que » ; « *nonostante* »), au contraire du texte allemand, qui semble plus restrictif⁴⁶⁶. En revanche, la note marginale de l'art. 2 CO ne mentionne la réserve que dans sa version française. Quant à l'art. 2 al. 2 CO, le texte français évoque tout « défaut d'accord sur les points secondaires », alors que les versions allemande et italienne semblent restreindre le complètement à l'hypothèse d'une réserve sur les points secondaires (« *vorbehaltenen Nebenpunkte* » ; « *punti secondari riservati* »)⁴⁶⁷.
- 269 **Complètement en cas de lacune : b) Jurisprudence** Dans des arrêts anciens, la jurisprudence n'appliquait l'art. 2 al. 1 aCO qu'aux cas de points réservés, à l'exclusion des autres cas d'absence d'accord (désaccord ou lacune). *A contrario*, elle considérait dans ces cas-là que le contrat ne venait

463 Certains auteurs décrivent la lacune comme le cas où point n'a pas été réglé dans le contrat, indépendamment de savoir s'il a été envisagé par les parties (ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 542 ; PIOTET, *Complètement*, p. 370 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1248 ; KOLLER, AT, § 10 n° 1). Nous préférons employer le mot dans son sens le plus étroit, à l'instar de VON TUHR/PETER, § 7 VI, § 34 III, et de YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 185.

464 Par exemple ATF 39 II 552 [de], consid. 3.

465 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 553-555 ; cf. en outre ATF 129 V 145 [fr], consid. 3.1 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1248 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 163. CORBOZ, pp. 280-281, oppose la « lacune véritable » et la « lacune improprement dite », comprises toutefois dans des sens différents de ceux de JÄGGI/GAUCH/HARTMANN : la « lacune improprement dite » selon CORBOZ n'est pas une lacune, puisque l'interprétation permet de résoudre le problème.

466 Sur l'interprétation littérale de l'art. 2 al. 1 CO, cf. au surplus *infra* n°s 936 ss.

467 Sur l'interprétation littérale de l'art. 2 al. 2 CO, cf. au surplus *infra* n° 318.

pas à chef, même lorsque le point non réglé par le contrat n'était que secondaire⁴⁶⁸.

Par l'arrêt *Volodia*, le Tribunal fédéral a changé sa jurisprudence : lorsque les parties se sont entendues sur les points essentiels, le contrat est réputé conclu⁴⁶⁹, même si les points secondaires n'ont pas été réservés (art. 2 al. 1 CO p. an.)⁴⁷⁰. Autrement dit, le désaccord sur les points secondaires n'empêche pas la conclusion du contrat – et cela vaut *a fortiori* pour la lacune⁴⁷¹.

Complètement en cas de lacune : c) Doctrine Par le passé, certains auteurs suivaient l'ancienne jurisprudence⁴⁷² ; d'autres avaient des positions

468 ATF 34 II 715 [de], consid. 3 ; ATF 34 II 463 *Hydorion* [fr], consid. 3 ; ATF 20 p. 510 [de], consid. 5. Le texte de l'art. 2 al. 2 aCO, ayant le même sens en français et en allemand, prescrivait que les points secondaires réservés devaient être réglés par le juge, donnant ainsi appui à l'ancienne position du Tribunal fédéral. Signalons toutefois qu'un arrêt antérieur (ATF 19 p. 921 [de], consid. 5) allait déjà dans le sens de la jurisprudence actuelle. Quoique le Tribunal fédéral en dise dans l'arrêt *Volodia* (ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 3), la décision publiée aux ATF 83 II 522 *Thiébaud c. Blumenegg* [fr] concernait également l'art. 2 al. 1 CO (« [...] Selon l'art. 2 al. 1 et 2 CO, [le juge] n'a un tel pouvoir de compléter la volonté des contractants que sur les points qu'ils ont réservés ») et s'inscrivait ainsi encore dans l'ancienne pratique.

469 Sur l'évolution du sens donné par le Tribunal fédéral et la doctrine à l'expression « points essentiels » dans ce contexte, cf. *infra* n° 937.

470 ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 2 ; dans le même sens ATF 118 II 32 [de], consid. 3d, trad. JdT 1993 I p. 387. À noter qu'un (curieux) arrêt intermédiaire sous-entend que faute de réserve, le contrat ne doit pas être complété mais interprété (ATF 111 II 291 [fr], consid. 2b). Par ailleurs, dans un arrêt ultérieur (mal rédigé ?), le Tribunal fédéral semble retenir que l'art. 2 al. 2 CO ne s'appliquerait que si les parties ont entrepris des négociations qui ont échoué (ATF 132 III 24 [de], consid. 6.1.1, trad. et rés. JdT 2006 II p. 187). En parallèle de l'arrêt *Volodia*, la série d'arrêts sur la détermination du montant du loyer indique une évolution similaire (voire plus audacieuse, dans la mesure où elle se réfère à un point souvent considéré comme objectivement essentiel) : selon le Tribunal fédéral, un complètement au sens de l'art. 2 al. 2 CO est nécessaire même en cas de lacune (ATF 108 II 112 *Gautschi c. Schwab* [de], consid. 4, trad. et comm. JdT 1982 I p. 531 ; ATF 100 II 330 *Morel c. Steiger* [de], trad. JdT 1975 I p. 609). Cette évolution a cependant été stoppée net par l'arrêt publié aux ATF 119 II 347 [de], consid. 5a, trad. JdT 1994 I p. 609. Concernant aussi le complètement sur le montant de la rémunération (redevance d'une servitude) : ATF 93 II 185 [fr], consid. 4.

471 Exprès à cet égard : ATF 117 II 259 [de], consid. 2c, trad. JdT 1992 I p. 559.

472 BÉGUELIN, p. 6 ; DESCHENAUX, *TDP*, p. 161 ; OFTINGER, *Bundesgerichtspraxis*, p. 20 ; PIOTET, *Formation*, pp. 146-147.

moins claires⁴⁷³. Mais la doctrine aujourd'hui très largement majoritaire soutient la nouvelle position du Tribunal fédéral⁴⁷⁴.

- 272 **Complètement en cas de lacune : d) Discussion** La solution de l'arrêt *Volodia* doit être approuvée⁴⁷⁵.
- 273 En effet, les normes sur la conclusion du contrat (art. 1 ss CO) ont pour but de concrétiser l'autonomie privée; il faut donc les interpréter *in favore negotii*, principe qui constitue la *ratio legis* du complètement du contrat⁴⁷⁶. Le raisonnement *a maiore ad minus*⁴⁷⁷ de notre haute Cour est judicieux: l'art. 2 al. 1 CO ne vise expressément que la réserve parce qu'il s'agit de l'hypothèse dans laquelle on peut le plus douter de la volonté de conclure⁴⁷⁸. Dans les autres cas d'absence d'accord (autres cas de désaccord que la réserve, lacune), la volonté de conclure est moins douteuse et doit donc d'autant plus facilement être admise.
- 274 Selon nous, il est même inutile de parler d'application par analogie de l'art. 2 al. 1 CO aux cas de lacune, puisque tant la lettre de la loi (teneurs fran-

473 OSER/SCHÖNENBERGER considèrent ainsi que le désaccord sur les points secondaires empêche en principe la conclusion du contrat, à moins que ceux-ci ne soient réservés (ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n^{os} 15, 20, se référant à l'arrêt publié aux ATF 34 II 463 *Hydorion* [fr], consid. 3); cependant, ils retiennent que la conclusion du contrat peut être admise si les points secondaires n'ont pas été évoqués, si les négociations à leur égard ont été abandonnées ou s'ils font l'objet d'un désaccord latent (ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n^{os} 16-17, 19). Dans l'arrêt *Volodia*, le Tribunal fédéral prend appui sur ces derniers passages, tandis que la Cour cantonale s'est référée au n^o 15 de ce commentaire (ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 3). BECKER distingue quant à lui le désaccord patent sur les points secondaires, qui implique alors une réserve pour que le contrat puisse être conclu, et le désaccord latent sur les points secondaires, cas dans lequel le contrat est conclu par application analogique de l'art. 2 al. 1 CO (BK-BECKER, art. 2 CO, n^{os} 2, 9).

474 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1248; KOLLER, *AT*, § 10 n^o 14; appliquant l'art. 2 al 1 CO p. an. aux autres cas de désaccord que la réserve: ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^{os} 59, 61; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^o 157; BK-KRAMER, art. 2 CO, n^{os} 17-19; MORIN, *Mél. Sandoz*, pp. 465-467; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n^o 1568, note n^o 1554; VON TUHR/PETER, § 24 V; sans précision de la base légale: ENGEL, *Obligations*, p. 238; KELLER/SCHÖBI, p. 138; MERZ, *Vertrag*, n^o 176; appliquant l'art. 20 al. 2 CO p. an.: PIOTET, *Formation*, pp. 30 ss, 148 ss; semblant appliquer directement l'art. 2 al. 1 CO: BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 2 CO, n^{os} 4, 6; dans le même sens à propos du montant du bail: JEANPRÊTRE, p. 611; *contra* CARBONARA, pp. 102-103.

475 Sous réserve de la question de l'étendue minimale de l'accord, qui sera la principale question discutée dans cet ouvrage (*infra* n^{os} 714 ss).

476 *Supra* n^{os} 247 ss.

477 Sur ce type d'argument dans l'application du droit, cf. notamment ZK-DÜRR, art. 1 CC, n^{os} 237-238; KRAMER, *Methodenlehre*, pp. 211-212; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n^o 350; DESCHENAUX, *TDP*, p. 106.

478 Cet argument semble conforté par les textes français et italien de l'art. 2 al. 1 CO (à ce propos, KELLER, *Vorbehalt*, p. 105).

çaise et italienne) que son esprit (*favor negotii*) lui permettent de s'appliquer *directement* à tout type d'absence d'accord sur un point secondaire.

III. Précision : le rôle de l'exécution

Opinion en cause On soutient parfois que l'exécution partielle ou totale d'un contrat a une incidence sur le pouvoir du juge de le compléter : plus le contrat a été exécuté, moins le juge devrait pouvoir nier son existence, et plus il devrait donc pouvoir le compléter⁴⁷⁹. Selon certains auteurs, l'éten- due minimale de l'accord varierait ainsi en fonction du degré d'exécution du contrat⁴⁸⁰. 275

Un arrêt du Tribunal fédéral sur la détermination du loyer va également dans cette direction, dans la mesure où il retient que le complètement d'un contrat de bail sur le montant du loyer ne peut intervenir que si l'usage de la chose a déjà été remis pour une certaine période, et ne peut intervenir pour l'avenir⁴⁸¹. 276

Cette idée était également exprimée dans plusieurs projets préparatoires du CO (art. 51 al. 1 pCO-1877 ; 51 al. 1 pCO-1875 ; 53 al. 2 pCO-1871)⁴⁸². 277

Discussion L'exécution partielle ou totale d'un contrat est une circonstance ultérieure à sa conclusion qui fait figure d'élément d'interprétation⁴⁸³, 278

479 BUCHER, AT, p. 187 ; BURRI, n^{os} 39-41, 128-130 ; GAUCH, *Vertragspunkten*, pp. 49-50 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 1276-1277 ; HUGUENIN, OR, n^o 303 ; RIMLE, n^{os} 102-105 ; STÖCKLI, n^{os} 175, 180 ss ; dans la même direction : TC ZH (10.02.1981), consid. 2 = ZR 1981 p. 212 ; BUCHER, *Preisvereinbarung*, pp. 400-405 ; parlant à cet égard de « guérison » du désaccord : KOLLER, AT, § 6 n^{os} 51-52. BUCHER va d'ailleurs jusqu'à considérer qu'une partie qui a effectué sa prestation commettrait un abus de droit (art. 2 al. 2 CC) en contestant par la suite l'existence ou la validité du contrat (BUCHER, *Preisvereinbarung*, pp. 395-396 ; plus nuancés : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1271 ; KOLLER, AT, § 6 n^o 53). Cela semble incompatible avec la notion d'abus de droit, qui implique une analyse au cas par cas (*infra* n^{os} 1285 ss) ; en outre, la loi reconnaît que la partie qui a presté peut en principe faire valoir un vice du contrat (sous réserve du respect des règles de la bonne foi, cf. par exemple art. 25 CO) et répéter l'enrichissement (l'art. 62 al. 2 CO vise en particulier la « cause qui ne s'est pas réalisée »).

480 GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 49 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1276 ; BUCHER, *Preisvereinbarung*, p. 401.

481 ATF 119 II 347 [de], consid. 5a, trad. JdT 1994 I p. 609. Cet arrêt a mis un terme à une jurisprudence relativement souple quant à la détermination du montant du loyer (à ce propos, cf. *infra* n^{os} 528 s.).

482 *Infra* n^{os} 967 ss.

483 *Supra* n^o 89.

puisqu'il peut indiquer que les parties ont effectivement voulu se lier⁴⁸⁴. Toutefois, il ne s'agit que d'un indice qui n'est pas à lui seul déterminant, puisqu'il est possible qu'une partie commence l'exécution d'un contrat avant de s'estimer définitivement liée. Pour cette raison, il nous paraît inexact de dire que le pouvoir du juge de compléter le contrat *s'accroîtrait* en fonction du degré d'exécution de celui-ci. Dans sa pratique, le juge sera certes *incité* à ne pas déclarer inexistant un contrat dont l'exécution a commencé, mais il devrait toujours pouvoir le déclarer inexistant si d'autres indices vont dans cette direction.

§ 3. Méthode du complètement

I. Généralités

- 279 **Nécessité du complètement ; questions en jeu** Une fois constaté l'absence d'accord sur un point secondaire, le juge doit compléter le rapport d'obligation contractuel. Comme l'a dit VON BÜREN : « *Der Satz, daß ein partieller Konsens genügend ist, hat als Korrelat den anderen, daß die Lücken der Vertragseini-gung [...] auszufüllen sind* »⁴⁸⁵.
- 280 Comment le juge doit-il procéder ? La méthode de complètement des rapports d'obligation contractuels incomplets est un sujet délicat⁴⁸⁶, qui pose des problèmes tant méthodologiques que matériels. Parmi les questions en jeu : le champ d'application des normes dispositives est-il déjà limité par la volonté hypothétique des parties (ou au contraire, seulement par leurs contrats au sens de l'art. 1 al. 1 CO) ? L'art. 2 al. 2 CO a-t-il une portée générale ou n'est-ce qu'une règle « spéciale » ? Que signifie « régler un point en tenant compte de la nature de l'affaire » ? Quel rôle le droit prétorien (art. 1 al. 2 *in fine* CC) peut-il jouer dans le complètement des rapports d'obligation contractuels ?

484 Par exemple : ATF 81 II 213 [fr], consid. 2b.

485 VON BÜREN, p. 169 ; dans le même sens : ATF 107 II 144 *La Punt* [fr], consid. 3 ; BK-BECKER, art. 18 CO, n° 5 ; DESCHENAUX, *TDP*, p. 161 ; ENGEL, *Contrats*, p. 743 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1263 ; HUGUENIN, *OR*, n° 299 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 602 ; KELLER/SCHÖBI, p. 136 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 134 ; BsK-WIEGAND, art. 18 CO, n° 61 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 161 ; BsK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 2 CO, n° 7.

486 KOLLER, *AT*, § 10 n° 3 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén.* art. 184-529 CO, n° 29.

II. Point de départ : l'art. 1 al. 1 CC

Art. 1 al. 1 CC La pierre angulaire de la réflexion en la matière est l'art. 1 CC⁴⁸⁷, puisqu'il s'agit en définitive d'appliquer le droit à un rapport juridique particulier. Au premier plan, il faut donc déterminer par interprétation de la loi si une règle légale peut s'appliquer afin de compléter le rapport d'obligation contractuel qui doit l'être (art. 1 al. 1 CC)⁴⁸⁸. 281

Types de normes Grâce à l'interprétation de la loi (art. 1 al. 1 CC), on peut distinguer différents types de normes légales : **a)** les normes impératives (l'art. 19 al. 2 CO parle à cet égard de règles « de droit strict »), semi-impératives, dispositives, et encore celles qui ne sont ni impératives, ni dispositives (par exemple l'art. 1 CO)⁴⁸⁹ ; **b)** les normes générales et les normes spéciales⁴⁹⁰. 282

Droit impératif Le complètement des contrats ne peut intervenir que si le droit impératif lui en laisse la place⁴⁹¹. Cela implique un examen des solutions que l'on pourrait potentiellement retenir dans le complètement et leur comparaison avec le résultat de l'application des normes impératives pertinentes. On peut ainsi distinguer : 283

- Si toutes les solutions envisageables dans le cadre du complètement sont contraires à une norme impérative, le juge appliquera directement la norme impérative en cause⁴⁹². Par exemple, s'il faut compléter le point de savoir si le débiteur doit fournir une prestation à X ou à Y, mais 284

487 La plupart des auteurs raisonne, quant au complètement du rapport d'obligation contractuel, à partir du cadre posé par l'art. 1 CC. Cf. par exemple GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1254; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 567; KOLLER, AT, § 10 n° 5.

488 Sur l'interprétation de la loi, cf. *supra* n°s 49 ss.

489 Sur ce type de normes particulier : BUCHER, *Dispositives Recht*, pp. 429-250; BURCKHARDT, *Organisation*, p. 39; sur les normes impératives et dispositives en général : ABEGG, p. 164; BELSER, pp. 370-372; BURCKHARDT, *Methode*, pp. 172-178; BURCKHARDT, *Organisation*, p. 40; ENGEL, *Obligations*, pp. 104-111; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 646-647, 1249-1253; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 565 ss; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 146-147; MORIN, *Nature impérative*, p. 119; SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 787-789; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 72-83; VON TUHR/PETER, § 31 II; cf. par exemple ATF 125 III 358 [de], consid. 1a, trad. JdT 2000 I p. 204.

490 À ce sujet, cf. notamment GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1251; GENNER, pp. 12-27; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 573-575; pour un exemple, cf. ATF 133 III 175 [de], trad. DB 2008 p. 38.

491 *Supra* n° 254.

492 Cas échéant, l'étendue de la nullité peut n'être que partielle et à ce titre appeler également un complètement du rapport d'obligation quant à la question de l'étendue de la nullité, cf. *infra* n°s 1395 ss.

qu'en fait ces deux personnes n'ont jamais existé, les deux solutions envisageables dans le complètement sont impossibles (art. 20 al. 1 CO).

- 285 – Si parmi les solutions envisageables dans le cadre du complètement, seules certaines sont contraires à des normes impératives, le juge devra écarter celles-ci et privilégier les solutions conformes à la loi. Cela s'impose car l'activité supplétive du juge en matière de contrats est orientée vers la réalisation complète de l'exercice de la liberté contractuelle, et partant, vers la maxime *favor negotii*⁴⁹³.

III. En présence d'une norme dispositive spéciale

A. Les normes légales spéciales

286 **Exemples** Commençons par étudier le cas où une disposition légale spéciale s'applique (à titre dispositif) et permet de régler le point sur lequel l'accord n'est pas intervenu – l'application prioritaire de la règle légale spéciale correspond à l'adage *lex specialis derogat generali*⁴⁹⁴. Les exemples de ces normes sont nombreux, tant dans la partie générale (par exemple : art. 68, 71, 72, 116 al. 2, 146, 160 al. 1 CO, etc.) que spéciale du Code des obligations (par exemple : art. 213 al. 1, 219, 257c, 295 al. 2, 314 al. 2, 418c al. 2 CO, etc.).

287 **Normes de renvoi et normes matérielles** Parmi les normes légales permettant le complètement des rapports d'obligation contractuels, la doctrine distingue fréquemment deux types de règles de complètement⁴⁹⁵ : **a)** les normes de renvoi (*Verweisnormen*), qui prescrivent une méthode de complètement

493 *Supra* n^{os} 247 ss.

494 Le Tribunal fédéral suit ce raisonnement en matière de complètement des rapports d'obligation contractuels (par exemple ATF 115 II 484 [de], consid. 4b, trad. et comm. JdT 1990 I p. 210 ; ATF 107 II 216 [de], consid. 3a, trad. JdT 1982 I p. 66 ; ATF 107 II 144 *La Punt* [fr], consid. 3 ; ATF 83 II 522 *Thiébaud c. Blumenegg* [fr] ; sur le principe en tant que tel : ATF 114 II 131 *Picasso* [de], consid. 1b, trad. et comm. JdT 1988 I p. 508). Quant à la doctrine, cf. notamment GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 1251, 1256 ; KOLLER, *AT*, § 10 n^{os} 8-9, 30-31 ; TERRICIER/BIERI/CARRON, n^o 283 ; VON TUHR/PETER, § 7 VI. Il faut nuancer ce principe en fonction du rapport précis entre les règles concrètement en jeu : à ce sujet, cf. notamment GAUCH, *Vertragstypenrecht*, pp. 20-21 ; GENNER, pp. 15-17 ; KOLLER, *BT I*, § 1 n^{os} 9-16.

495 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1252 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^{os} 576-578 ; KOLLER, *AT*, § 10 n^o 4.

(par exemple : art. 2 al. 2 CO) ; **b)** les normes matérielles (*Sachnormen*), qui déterminent directement le contenu du point non défini par les parties (par exemple : art. 74 al. 2 CO).

Certaines règles légales sont des deux types à la fois – ainsi de l’art. 75 CO qui prescrit en premier lieu, faute d’accord sur un terme, le complètement selon « la nature de l’affaire » (*Verweisnorm*) ; à défaut d’un terme « résultant de la nature de l’affaire », la loi prescrit l’exigibilité immédiate de l’obligation (*Sachnorm*)⁴⁹⁶.

288

B. L’existence d’une norme dispositive exclut-elle la recherche de la volonté hypothétique des parties ?

Question Un accord (de fait ou de droit) (art. 1 al. 1 CO) permet aux parties de déroger aux règles légales dispositives. En l’absence d’un tel accord, faut-il compléter le contrat au moyen du droit dispositif ou s’en référer à la volonté hypothétique des parties ?

289

Jurisprudence et doctrine Le Tribunal fédéral et la doctrine minoritaire semblent considérer qu’en présence d’une règle dispositive, il faudrait s’en remettre exclusivement au droit dispositif⁴⁹⁷. Une partie conséquente de la doctrine considère plutôt que même lorsqu’existe une règle dispositive, il faut réserver la volonté hypothétique des parties de s’en écarter⁴⁹⁸. D’autres auteurs semblent avoir une position intermédiaire, dans la mesure où ils présentent le droit dispositif comme point de départ du raisonnement, mais ré-

290

⁴⁹⁶ KOLLER, *AT*, § 10 n° 12.

⁴⁹⁷ ATF 115 II 484 [de], consid. 4b, trad. et comm. JdT 1990 I p. 210 ; ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 3 ; ATF 83 II 522 *Thiébaud c. Blumenegg* [fr] ; KELLER/SCHÖBI, p. 137 ; OFTINGER, *Auslegung*, p. 93 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n° 65 ; VON TUHR/PETER, § 7 VI.

⁴⁹⁸ BsK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n°s 41-42 ; DASSER, *Wandel*, n°s 590 ss, 598-599 ; DESCHENAUX, *TDP*, pp. 162-163 ; HERZOG, n°s 251-252 ; HUGUENIN, *OR*, n°s 311, 314-316 ; KOLLER, *AT*, § 10 n°s 20-21 ; MEIER-HAYOZ, *FJS 1134*, p. 7 ; MERZ, *Vertrag*, n° 187, note n° 44 ; MORIN, *Liberté*, p. 27 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 466 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 14 ; PIOTET, *Complètement*, pp. 385-389 ; SCHWENZER, n° 34.05 ; ZK-SIEGWART, Rem. prélim. art. 530-551 CO, n°s 104, 106 ; ZELLER, § 23 n°s 27-41 ; dans le même sens : ENGEL, *Contrats*, pp. 744-745 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, Intr. gén. art. 184-529 CO, n° 38 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 170.

servent le cas où la règle supplétive ne serait pas bien adaptée dans le cas d'espèce⁴⁹⁹.

- 291 **Discussion : a) Art. 1 al. 1 CC** L'art. 1 al. 1 CC prescrivant au juge de toujours interpréter la loi⁵⁰⁰, il convient d'interpréter chaque norme dispositive spéciale pour savoir si, eu égard au système et aux buts de la loi, la norme dispositive en cause doit s'appliquer nonobstant une volonté hypothétique des parties divergente, ce qui ne semble pas pouvoir être exclu *a priori*. En particulier, il faut prendre en compte les principes généraux que sont la liberté contractuelle et la sécurité juridique.
- 292 **Discussion : b) Rapport avec la liberté contractuelle** Le complètement des contrats par le juge poursuit un objectif général de soutien à la liberté contractuelle et partant, la réalisation de l'autonomie privée⁵⁰¹. Cela devrait mener, dans chaque cas d'application concret de l'une de ces règles dispositives, à examiner la volonté hypothétique des parties afin de déterminer si en connaissance de la lacune, les parties s'en seraient remises au droit dispositif, ou si elles auraient plutôt élaboré une solution spécifique en faisant usage de leur liberté de l'objet (art. 19 al. 1 CO)⁵⁰².
- 293 **Discussion : c) Rapport avec la sécurité juridique** Lors du complètement judiciaire des contrats, il faut par ailleurs tenter de réaliser au maximum le principe de la sécurité juridique⁵⁰³. Celle-ci commande notamment de rechercher une solution judiciaire qui soit la plus proche possible des attentes objectivisées des parties à des litiges contractuels⁵⁰⁴. Dans le présent contexte, cela implique de se demander si les parties s'attendaient le plus a) à l'applica-

499 CORBOZ, p. 281 et note n° 48 ; GAUCH, *Parteiwille*, pp. 362, 364 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 1254-1255 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n° 125 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, nos 567, 586 ss ; VOGT, art. 20 CO-2020, n° 10 ; YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 188 (avec une réserve p. 194, dans le cas où il faudrait « éviter qu'il ne se produise une véritable déchirure dans l'ordre contractuel ») ; BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 2 CO, n° 14. Cf. encore les opinions circonstanciées de BK-KRAMER, art. 18 CO, nos 232-237 ; BSK-WIEGAND, art. 18 CO, nos 71-72.

500 BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, art. 1 CC, n° 107.

501 *Supra* nos 247 ss. Relevant que le droit dispositif est un moyen de soutenir la liberté contractuelle : BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n° 41 ; BURCKHARDT, *Methode*, pp. 202 ss ; BURCKHARDT, *Organisation*, pp. 23 ss ; DASSER, *Wandel*, nos 549-552 ; HUGUENIN, *OR*, n° 314 ; MERZ, *TDP*, pp. 19-20 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 14 ; dans le même sens : TERCIER/BIERI/CARRON, nos 77, 82.

502 CR-MORIN, art. 2 CO, n° 14 ; dans le même sens : KOLLER, *AT*, § 10 n° 20 ; YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 194.

503 Sur la sécurité juridique, cf. *infra* nos 401 ss. Précisons que nous en adoptons une définition large (*infra* nos 406 s.).

504 Sur les attentes objectivisées des parties, cf. *infra* nos 1210 ss.

tion d'une règle spéciale du droit dispositif ou **b**) à l'élaboration d'une solution individualisée⁵⁰⁵. La sécurité juridique consistant en la recherche constante de l'équilibre le plus approprié dans des situations concrètes⁵⁰⁶, il semble peu approprié de vouloir systématiquement appliquer les règles dispositives sans tenir compte des circonstances des cas d'espèce.

Exemple : si les associés d'une société simple sont convenus que l'un effectuerait 80 % des apports et l'autre seulement 20 % (en dérogation à l'art. 531 al. 2 CO) sans régler la question de la répartition des bénéfices et des pertes, il convient, pour optimiser la sécurité juridique dans le cas d'espèce, de se demander si les parties auraient voulu (à titre hypothétique) que les bénéfices et les pertes soient véritablement supportées à parts égales plutôt qu'en proportion des apports respectifs (soit 80 % et 20 %), ou si elles seraient convenues d'appliquer la règle dispositive de l'art. 533 al. 1 CO.

294

Conclusion À la lumière de ces principes, il semble préférable de ne pas exclure en soi l'élaboration d'une solution individualisée, même lorsqu'une norme dispositive est applicable. On peut donc se rattacher au groupe d'opinions doctrinales qui considère que la recherche de la volonté hypothétique des parties de s'écarter du droit dispositif s'impose toujours, quitte à constater que la volonté hypothétique des parties porte sur l'application du droit dispositif.

295

C. La volonté hypothétique des parties de s'écarter du droit dispositif

Généralités Il faut maintenant détailler un peu plus les critères qui permettent de dire si les parties s'en seraient, à titre hypothétique, remises au droit dispositif ou si elles seraient convenues d'une solution *ad hoc*. Dans ce contexte, la volonté hypothétique ne porte pas sur le choix d'une solution positive déterminée, mais plutôt sur l'exclusion (*négative*) du régime légal dispositif ; en d'autres termes, il s'agit ici de résoudre une question *totale* (les parties se seraient-elles, oui ou non, écartées du droit dispositif, si elles avaient réglé le point en cause ?). La question ne concerne pas ici la volonté hypothétique commune des parties, mais leurs volontés hypothétiques *individuelles* respectives. En effet, si l'une des parties déjà avait voulu une autre

296

505 Sur les critères qui permettent de répondre à cette question, cf. *infra* n° 297.

506 *Infra* n°s 401 ss.

solution que celle prévue par le droit dispositif, il n'y aurait pu avoir accord portant application de celle-ci⁵⁰⁷.

297 **Critères** Plusieurs indices peuvent être utilisés pour répondre à cette ques-
tion :

298 1. *Quant à la norme dispositif en jeu.* En termes de sécurité juridique⁵⁰⁸,
on peut se demander s'il est probable que les attentes des parties por-
taient sur l'application de la norme dispositif en cause⁵⁰⁹ :

299 (a) En principe, le droit dispositif est censé correspondre aux inté-
rêts des parties⁵¹⁰, circonstance générale qui contribue à indi-
quer que les parties s'attendaient à son application. Plus précé-
sément, on peut distinguer le droit dispositif censé correspondre
aux pratiques socio-économiques les plus répandues et celui qui
exprimerait la solution la plus équitable selon le sentiment de la
justice⁵¹¹. En revanche, lorsque le droit dispositif ne correspond
ni aux usages socio-économiques, ni au sens de la justice⁵¹², ce-
la indique plutôt que les attentes des parties ne portaient pas sur
son application.

300 (b) Le fait que les parties avaient connaissance de la règle disposi-
tive parle en faveur de l'idée qu'elles s'attendaient à son applica-
tion. Estimer si les parties connaissaient la règle dépend des cir-
constances, notamment de la complexité de la règle en cause et
de son degré d'accessibilité, ainsi que des caractéristiques per-
sonnelles des parties.

301 2. *Quant aux circonstances de la conclusion du contrat.* Plus le contrat a
été négocié et préparé individuellement, plus on peut penser que les
parties auraient écarté le droit dispositif⁵¹³. En particulier : si le point

507 Dans le même sens : BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 2 CO, n° 14.

508 *Supra* n° 293.

509 Sur les critères permettant d'analyser les attentes des parties, cf. *infra* nos 1210 ss.

510 ATF 119 II 368 [de], consid. 4b, trad. JdT 1996 I p. 274 ; ATF 115 II 264 [de], consid. 5a, trad. JdT 1990 I p. 57 ; ATF 113 II 49 [de], consid. 1b, trad. JdT 1987 I p. 373 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1254 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 492 ; KLETT, pp. 466-467 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 47 ; KRAMER, *Innominatverträge*, pp. 38-39 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 14 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 167.

511 BUCHER, *Dispositives Recht*, pp. 256-259 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 788 ; *contra* BURCKHARDT, *Organisation*, pp. 52-53.

512 Cf. par exemple l'art. 185 CO ; à ce sujet, cf. ATF 128 III 370 [fr], consid. 4a) ; dans le même sens avec des arguments de droit comparé : DASSER, *Wandel*, nos 298, 586.

513 KOLLER, *AT*, § 10 nos 17-19 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 237 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 466 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 12 ; BSK-WIEGAND, art. 18 CO, nos 71-72 ; dans le même sens à propos du droit allemand : NAJORK, pp. 18-19.

non réglé a fait l'objet d'une réserve au sens de l'art. 2 al. 1 CO, ce-la indique que les parties entendaient s'écarter du droit dispositif⁵¹⁴. S'il a fait l'objet d'un autre cas de désaccord patent ou latent, c'est le signe qu'il a été objet de négociations et que par conséquent, au moins l'une des parties entendait vraisemblablement aussi s'écarter du droit dispositif⁵¹⁵. En revanche, l'existence d'une lacune⁵¹⁶ n'indique rien de particulier quant à la volonté hypothétique des parties de s'écarter du droit dispositif.

3. *Quant au contenu du contrat.* Plus le contrat s'éloigne des types contractuels, plus il est vraisemblable que les parties auraient prévu une solution originale⁵¹⁷. 302
4. *Quant à la forme du contrat ?* La jurisprudence et la doctrine semblent parfois vouloir soumettre de manière générale l'exclusion du droit dispositif à l'exigence d'une « précision suffisante »⁵¹⁸. Cette exigence tend à confiner l'exclusion du droit dispositif aux manifestations de volonté expresses⁵¹⁹. Il nous semble que l'exigence d'une « précision suffisante » pour exclure l'application du droit dispositif doit être rejetée, en distinguant deux hypothèses : 303

514 ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 52 ; KELLER, *Vorbehalt*, p. 175 ; KELLER/SCHÖBI, p. 139 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 23. Dans la même logique, la doctrine décrit généralement l'art. 2 al. 2 CO comme une norme « spéciale » traitant du cas de la réserve (*infra* n° 319).

515 Dans ce sens (mais évoqué dans le contexte de la réserve) : ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 52.

516 *Supra* n° 266.

517 HUGUENIN, *OR*, n° 311 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 589 ; KELLER/SCHÖBI, p. 137 ; KOLLER, *AT*, § 10 n° 17 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 25 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 232 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 466 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 12 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 785-786, 789 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n° 32 ; BSK-WIEGAND, art. 18 CO, n° 71-72 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 170 ; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 2 CO, n° 11 ; dans le même sens à propos du droit allemand : NAJORK, p. 19.

518 ATF 133 III 607 [de], consid. 2.2 ; ATF 119 II 368 [de], consid. 4b, trad. *JdT* 1996 I p. 274 ; ATF 115 II 264 [de], consid. 5a, trad. *JdT* 1990 I p. 57 ; ATF 113 II 49 [de], consid. 1b, trad. *JdT* 1987 I p. 373 ; BUCHER, *Dispositives Recht*, p. 259 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 48 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 492 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 167 ; faisant une distinction en fonction du type de norme dispositive : BSK-WIEGAND, art. 18 CO, n° 73. Il ne faut pas confondre cette opinion avec la maxime d'interprétation *in dubio contra stipulatorem* (*supra* n° 131), malgré qu'elles soient parfois évoquées de concert : la maxime d'interprétation est toujours subsidiaire à l'interprétation proprement dite et elle s'applique avant tout dans les contrats de masse, contexte particulier qui implique la prise en compte de la position de force du rédacteur de conditions générales. On ne peut extrapoler de ce cas précis une règle universelle.

519 Allant jusqu'à ce point lorsque le droit dispositif correspond au « juste » plutôt qu'à « l'habituel » : BUCHER, *Dispositives Recht*, p. 259 ; cf. toutefois BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 2 CO, n° 14 ; *contra* BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 48.

- 304 (a) Les parties ont écarté par un accord (art. 1 al. 1 CO) l'application du droit dispositif (sans pour autant régler le point, d'où la présence d'une lacune). Comme tout accord, il peut également résulter d'actes concluants (art. 1 al. 2 CO) ; hormis les cas où la loi le prévoit (par exemple art. 418a al. 2 CO)⁵²⁰, cet accord est non formel (art. 11 al. 1 CO).
- 305 (b) Les parties n'ont pas écarté le droit dispositif par un accord. Dans ce contexte, la précision générale et le caractère individuel du contrat sont certes des indices qui peuvent être pris en compte dans l'analyse de la volonté hypothétique des parties de s'écarter du droit dispositif, mais il faut se garder d'ériger ces simples indices en une exigence formelle dépourvue de base légale.

IV. En l'absence d'une norme dispositive spéciale ou lorsque celle-ci ne s'applique pas

- 306 **Question** *Quid* lorsque le point du contrat à compléter ne fait pas l'objet d'une règle dispositive spéciale⁵²¹, ou lorsque le point fait l'objet d'une règle dispositive spéciale mais que la volonté hypothétique des parties consiste à s'en écarter⁵²² ?

A. Fondement juridique du complètement

- 307 **Existence d'une norme générale ?** Deux hypothèses existent *a priori* :
- 308 – Soit il existe une *règle légale générale* en matière de complètement du contrat ; le recours à la coutume et cas échéant au droit prétorien (art. 1 al. 2 CC) est exclu puisqu'une solution est toujours prévue par la loi (art. 1 al. 1 CC).
- 309 – Soit il n'existe pas de règle légale générale, et faute de loi (et le plus souvent, de coutume⁵²³), le juge est nécessairement appelé à *faire œuvre de législateur* pour compléter le contrat (art. 1 al. 2 CC).

520 À ce sujet, cf. ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 590.

521 *Supra* n°s 286 ss.

522 *Supra* n°s 289 ss.

523 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1256 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 603 ; KOLLER, AT, § 10 n° 5 ; à noter toutefois l'opinion de CR-THÉVENOZ/DE WERRA, Intr. gén. art. 184-529

Précision Dans ce contexte, la doctrine présente souvent le recours au droit prétorien comme un moyen *alternatif* de complètement, qui serait « à la disposition » du juge, lorsque « a) l'espèce est assez typique pour servir de fondement à un principe général ; [et que] b) la question est assez bien connue et paraît mûre pour une réglementation définitive »⁵²⁴.

Ce genre de formule devrait être évité⁵²⁵ :

1. Le juge ne peut jamais « choisir » d'établir une solution prétorienne si la loi, dûment interprétée, s'applique directement ou par analogie ; les sources du droit décrites à l'art. 1 CC ne sont pas alternatives, mais hiérarchisées et le recours au droit prétorien est toujours *subsidaire*⁵²⁶.
2. En l'absence d'une règle légale ou d'une coutume applicable, le juge *doit* nécessairement créer une solution prétorienne en faisant œuvre de législateur ; l'art. 1 al. 2 CC est une « *Mussvorschrift* »⁵²⁷ dont les conditions d'application n'ont pas de rapport avec les deux critères susmentionnés.
3. Le complètement selon la « volonté hypothétique des parties » doit nécessairement intervenir en vertu de la loi (dûment interprétée, cas échéant appliquée par analogie), de la coutume ou du droit prétorien (art. 1 CC) ; contrairement à ce que sous-entend parfois la doctrine⁵²⁸, on ne peut le placer « à côté » des sources du droit⁵²⁹. On pourrait tout

CO, n° 48, qui considèrent que la méthode générale de complètement issue des art. 2 al. 2 et 20 al. 2 CO est un cas de coutume au sens de l'art. 1 al. 2 CC.

524 YUNG, *Interprétation supplétive*, pp. 195-197 ; repris par ENGEL, *Obligations*, p. 243 ; ENGEL, *Contrats*, p. 745 ; dans le même sens : GAUCH, *Parteiwille*, pp. 364-365 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 1261, 1265 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 605 (cf. toutefois le n° 600) ; KELLER/SCHÖBI, pp. 136-138 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 228 ; OFTINGER, *Auslegung*, p. 94 ; KOLLER, *AT*, § 10 n° 10, qui considère toutefois que les règles prétoriennes ne peuvent être élaborées que lorsque l'application de la loi et le recours à la volonté hypothétique des parties sont vains (§ 10 n° 32-33).

525 L'opinion de SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 795, est ainsi préférable : « *Fehlt eine Norm, so hat der Richter zunächst das Vertragstypenrecht modo legislatoris (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB) zu ergänzen und die Lücke im konkreten Vertrag aufgrund der neu geschaffenen Norm zu schließen* » ; on trouve également cette opinion préférable chez VON TUHR/PETER, § 7 VI ; dans le même sens CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 177. Le Tribunal fédéral considère également que l'application de l'art. 1 al. 2 CC est subsidiaire à celle de l'art. 1 al. 1 CC (par exemple ATF 120 II 341 [fr], consid. 6c).

526 DESCHENAUX, *TDP*, p. 65 ; ZK-DÜRR, Rem. pré. art. 1, 4 CC, n°s 24-31 ; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n° 156 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n° 34.

527 DESCHENAUX, *TDP*, p. 101 ; ZK-DÜRR, art. 1 CC, n° 485 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n° 318.

528 Par exemple GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1265 ; KOLLER, *AT*, § 10 n° 31.

529 Sur le champ d'application général de l'art. 1 CC, cf. notamment ZK-DÜRR, Rem. pré. art. 1, 4 CC, n°s 101 ss ; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n°s 88 ss ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n°s 45 ss.

au plus se demander si le complètement des contrats par recours à la volonté hypothétique des parties ne serait pas un « principe général du droit », mais cela paraît superflu, dès lors que le recours à la volonté hypothétique se rattache directement à la liberté contractuelle, elle-même ancrée dans la Constitution et dans la loi⁵³⁰.

- 315 4. Que le juge applique le droit légal, coutumier ou prétorien, sa décision fait partie de la jurisprudence au sens de l'art. 1 al. 3 CC ; celle-ci a *valeur de précédent* indépendamment du fait que la question soit « mûre pour une réglementation définitive »⁵³¹.
- 316 On peut ainsi tout au plus aller dans le sens de l'opinion précitée dans la mesure où elle signifierait simplement que le juge aura soin de ne pas formuler sa décision de manière à ce qu'elle puisse être interprétée largement et appliquée de manière générale, tant que cela ne lui paraît pas indiqué⁵³². Cela n'a cependant rien de spécifique à l'application de l'art. 1 al. 2 CC ; bien plutôt, c'est l'art. 1 al. 3 CC qui alors est en jeu.
- 317 **L'art. 2 al. 2 CO comme norme générale ?** En particulier, on peut se demander si l'art. 2 al. 2 CO est une norme de complètement générale⁵³³ ; dans l'affirmative, le recours à l'art. 1 al. 2 CC serait exclu.
- 318 Cela serait compatible avec la lettre de l'art. 2 al. 2 CO. Si les versions allemande et italienne de l'art. 2 al. 2 CO n'évoquent que l'hypothèse où les points secondaires *réservés* ne font pas l'objet d'un accord (« *Kommt über die vorbehaltenen Nebenpunkte eine Vereinbarung nicht zustande [...]* » ; « *Non intervenendo alcun accordo sui punti secondari riservati [...]* »), le texte français n'évoque pas la réserve, mais plus généralement le « défaut d'accord sur les points secondaires ». Ainsi, il n'est pas nécessaire de raisonner par

530 *Infra* n^{os} 336 ss.

531 À propos de la jurisprudence dans l'art. 1 al. 3 CC, cf. notamment DESCHENAUX, *TDP*, pp. 117-122 ; ZK-DÜRR, art. 1 CC, n^{os} 571 ss ; BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, art. 1 CC, n^{os} 483-502 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n^{os} 466-538.

532 Par exemple DASSER, *Wandel*, n^{os} 602-603 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 229. Comme le font justement remarquer BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, art. 1 CC, n^o 436, le droit prétorien a une fonction transitive (*Durchgangsfunktion*) similaire à celle du principe de la bonne foi objective (art. 2 al. 1 CC ; à ce propos BK-MERZ, art. 2 CC, n^o 42). Le juge peut tout au plus moduler la portée de son jugement (à ce propos BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n^{os} 521-522), mais ne peut jamais décider que son arrêt participera (ou non) de cette fonction transitive.

533 Dans ce sens : Arrêt TF n. publ. 1C_613/2015 (10.08.2016) [de], consid. 6 ; BsK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n^o 42 ; GIGER, *Bestimmbarkeit*, p. 528 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 465 ; et déjà (à propos de l'art. 2 aCO) VON TUHR, *Mängel*, p. 299.

analogie pour appliquer l'art. 2 al. 2 CO aux autres cas de désaccord que la réserve⁵³⁴ – pas plus que quant à l'art. 2 al. 1 CO⁵³⁵.

Le Tribunal fédéral et la doctrine décrivent parfois l'art. 2 al. 2 CO comme une norme « spéciale » (*Sonderregel*) ou traitant d'un « cas particulier » (*Sonderfall*) : celui de la réserve⁵³⁶. Cela ne change rien au fait qu'il faut bien trouver une méthode de complètement en cas de lacune, lorsqu'aucune règle dispositive spéciale ne s'applique au cas d'espèce. Cette opinion signifie-t-elle par là qu'il faut appliquer l'art. 1 al. 2 CC aux autres cas que la réserve ? 319

Relativisation Dans une large mesure, il semble que ces questions peuvent rester ouvertes. Comme nous le verrons, la méthode de complètement prescrite à l'art. 2 al. 2 CO renvoie à l'art. 4 CC⁵³⁷, et l'on observe ce qui suit à propos des art. 2 al. 2 CO, 1 al. 2 et 4 CC : 320

- D'un point de vue dogmatique, la méthode de complètement faisant application des art. 2 al. 2 CO et 4 CC et celle voulant appliquer le droit prétorien (art. 1 al. 2 CC *in fine*) sont opposées, tant par leur champ d'application (le droit prétorien est subsidiaire⁵³⁸) que par leur contenu. En effet, dans le contexte de l'art. 4 CC, le juge tient compte de toutes les circonstances pour élaborer une solution qui convient le mieux au cas d'espèce, tandis lorsqu'il fait œuvre de législateur, le juge est censé éviter cette méthode dite « casuistique »⁵³⁹. 321
- Mais en pratique, cette opposition ne semble pas véritable – selon certains auteurs, le résultat est d'ailleurs le même que l'on raisonne en termes de complètement de la loi ou du rapport d'obligation contrac- 322

534 Relevant que l'art. 2 al. 2 CO n'est pas applicable dans les autres hypothèses que la réserve, mais qu'une application par analogie est envisageable : HK-KUT, art. 2 CO, n° 6 ; dans le même sens : BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 27.

535 *Supra* n°s 272 ss.

536 ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 3 ; ATF 83 II 522 *Thiébaud c. Blumenegg* [fr] ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 1255-1257, 1263, 1266 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n°s 64-65 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 560 ; KELLER, *Vorbehalt*, p. 153, note n° 2 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 27 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 259 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n°s 10-11 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n° 33, mais relevant que la méthode de l'art. 2 al. 2 CO est généralisable (n° 34) ; BSK-WIEGAND, art. 18 CO, n° 80 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 161 ; YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 194.

537 *Infra* n°s 328 ss.

538 *Supra* n° 312.

539 DESCHENAUX, *TDP*, p. 101 ; ZK-DÜRR, art. 4 CC, n°s 9-11 ; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n°s 448-450 ; BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n°s 359-368 ; KELLER/SCHÖBI, pp. 137-138 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n°s 227-229 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n°s 340-343 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 4 CC, n°s 16-18 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 177.

tuel⁵⁴⁰. En effet, la décision concrète du juge sera presque toujours mâtinée d'éléments objectifs et subjectifs. Il est impossible de faire abstraction du cas d'espèce à trancher dans le cadre de l'art. 1 al. 2 CC⁵⁴¹ ; de même quant au contexte légal et sociétal dans lequel se déroule le litige mettant en jeu l'art. 4 CC⁵⁴². La décision du juge aura d'ailleurs dans tous les cas valeur de précédent, en vertu du principe de la sécurité du droit⁵⁴³ et dans le contexte de l'art. 1 al. 3 CC : la distinction entre ces méthodes tient donc surtout à la sensibilité du juge, qui formulera sa décision de manière plus ou moins générale selon la portée qu'il entend conférer à son arrêt.

- 323 Dans la mesure où la méthode de complètement aboutit aux mêmes résultats, on peut par convention appliquer l'art. 2 al. 2 CO et, par renvoi, l'art. 4 CC comme règles générales de complètement, tant en cas de réserve de que de lacune.

B. Méthode du complètement (art. 2 al. 2 CO)

- 324 **Volonté hypothétique quant au contenu d'un point** Puisque le complètement des contrats a pour objectif général la pleine réalisation de la liberté contractuelle exercée par les parties⁵⁴⁴, il consiste principalement à établir leur volonté hypothétique. On peut distinguer l'analyse de la volonté hypothétique des parties de s'écarter du droit dispositif⁵⁴⁵ et l'analyse de la *volonté hypothétique de conclure un contrat avec un contenu déterminé* (sur un point

540 OFTINGER, *Auslegung*, pp. 93-94 ; VON TUHR/PETER, § 7 VI ; dans ce sens également CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n^{os} 50-51 ; évoquant la difficulté de distinguer ces méthodes en pratique : SCHWENZER, n^o 34.04 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n^o 177 ; BSK-WIEGAND, art. 18 CO, n^o 84. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, qui déclarent appliquer l'art. 1 al. 2 CC à titre général pour compléter le contrat, font une exception en faveur de la méthode casuistique rattachée à l'art. 4 CC (ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^{os} 606-607, 609).

541 Le Tribunal fédéral le reconnaît d'ailleurs en déclarant que pour déterminer un loyer en application de l'art. 1 al. 2 CC, le juge « doit se fonder sur toutes les circonstances du cas » (ATF 120 II 341 [fr], consid. 6).

542 Dans ce sens : DESCHENAUX, *TDP*, pp. 124, 127 ; ZK-DÜRR, art. 4 CC, n^{os} 12-14 ; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n^o 469 ; BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n^{os} 369-377 ; KRAMER, *Methodenlehre*, pp. 277-280 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 4 CC, n^{os} 19-21 ; PIOTET, *Complètement*, p. 389.

543 *Infra* n^{os} 424 ss.

544 *Supra* n^{os} 247 ss.

545 À ce sujet, cf. *supra* n^{os} 296 ss.

particulier)⁵⁴⁶, cas qui nous intéresse ici. Le juge est alors à la recherche d'une solution *positive* et la question à résoudre est *partielle* (quelle solution les parties auraient-elles adoptée si elles avaient réglé le point en cause ?). Quelques remarques générales à ce propos :

1. On parle de volonté hypothétique « des parties », ce qui renvoie à leur volonté hypothétique *commune*⁵⁴⁷ : si A avait voulu la solution X, tandis que B aurait préféré la solution Y, les parties ne seraient pas parvenues à un accord sur le point en cause. Ce *désaccord hypothétique* ne peut servir au complètement du contrat, puisque l'on recherche précisément une solution uniforme⁵⁴⁸, et choisir arbitrairement l'une plutôt que l'autre ne serait pas justifié. On peut toutefois réserver le cas où l'on peut dégager un ensemble d'accords hypothétiques, puis se décider ensuite en faveur de l'une de ces possibilités en fonction d'autres critères⁵⁴⁹. 325
2. La terminologie consacrée à cet égard n'est pas très heureuse⁵⁵⁰ : 326
tant la volonté réelle que la volonté « hypothétique » discutée dans le contexte du complètement sont *hypothétiques*⁵⁵¹.
3. Certains auteurs considèrent que le recours à la volonté hypothétique des parties comme point de repère en vue du complètement ne serait pas possible, car trop illusoire ou abstrait⁵⁵². Contrairement à cette 327

⁵⁴⁶ Pratiquement, ces deux objets distincts de la volonté hypothétique s'analysent parfois de manière conjointe, par exemple lorsque l'on distingue d'emblée la solution que les parties auraient choisie, ce qui permet de considérer qu'elles auraient rejeté le droit dispositif contraire. D'un point de vue logique, il est cependant nécessaire de déterminer d'abord si les parties auraient fait abstraction du droit dispositif, puisque dans la négative, on peut directement s'en remettre à celui-ci, ce qui rend la seconde question superflue en présence d'une norme matérielle (*Sachnorm*).

⁵⁴⁷ ATF 107 II 216 [de], consid. 3b, trad. JdT 1982 I p. 66 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 238 ; YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 205.

⁵⁴⁸ KELLER/SCHÖBI, p. 138.

⁵⁴⁹ KOLLER, AT, § 10 n°s 15, 23 ; PIOTET, *Complètement*, p. 382.

⁵⁵⁰ Critiques également (mais pour d'autres raisons) : ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 559, 561 ; KELLER/SCHÖBI, p. 136 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 239 ; PIOTET, *Complètement*, pp. 383-385 ; YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 204, note n° 2. Un exemple d'arrêt problématique quant à la terminologie employée (volonté « hypothétique » et « présumée », dans le contexte de l'interprétation objective mais également dans le cadre du complètement) : ATF 131 III 467 [de], trad. JdT 2006 I p. 43.

⁵⁵¹ Sur la volonté réelle comme fait hypothétique, cf. *supra* n° 100. Les différences entre interprétation et complètement sont ainsi relativisées par la doctrine ((*infra* n° note 888)).

⁵⁵² VON BÜREN, pp. 169-170 ; OFTINGER, *Auslegung*, p. 100 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 783 ; YUNG, *Interprétation supplétive*, pp. 205-206 ; dans ce sens également KELLER, *Vorbehalt*, pp. 159-160 ; *contra* GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 1259-1260 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 559, 561 ; PIOTET, *Complètement*, pp. 375-385 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n°s 172-174.

opinion, la détermination de la volonté hypothétique des parties en pratique semble non seulement possible, mais souvent assez convaincante d'un point de vue matériel⁵⁵³.

- 328 **Nature de l'affaire ; art. 4 CC** En disposant que le juge « règle » les points à compléter (art. 2 al. 2 CO ; « [...] *hat der Richter über diese [...] zu entscheiden* » ; « [...] *il giudice decide sui medesimi [...]* »), le législateur a entendu faire un renvoi au pouvoir d'appréciation du juge. Selon l'art. 4 CC, le juge doit alors principalement « appliquer les règles du droit et de l'équité » pour déterminer la volonté hypothétique des parties⁵⁵⁴, en tenant compte de l'ensemble des circonstances appréciées avec sagesse.
- 329 Le Tribunal fédéral s'est exprimé en ce sens : « [...] le juge, à défaut d'accord entre les parties, les aurait réglées "en tenant compte de la nature de l'affaire" (art. 2 al. 2 CO), c'est-à-dire en s'inspirant des règles du droit et de l'équité (art. 4 CC) »⁵⁵⁵. De nombreux auteurs se rattachent également à une conception du complètement impliquant l'art. 4 CC⁵⁵⁶.
- 330 Parmi les circonstances dont il doit tenir compte dans l'application de l'art. 4 CC, le juge est en particulier censé considérer la « nature de l'affaire » (art. 2 al. 2 CO ; « [...] *nach der Natur des Geschäftes [...]* » ; « [...] *secondo la natura del negozio* »). Dans le contexte de l'art. 2 al. 2 CO, cette locution ne fait que rappeler que le juge peut être amené à tenir compte à la fois de circons-

553 Dans ce sens : GAUCH, *Parteiwille*, pp. 362-363 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 24 ; PIOTET, *Complètement*, pp. 376-383. Quelques exemples concrets permettent de l'illustrer : durée pour laquelle les parties se seraient engagées dans un contrat de représentation exclusive (ATF 107 II 216 [de], consid. 3b, trad. JdT 1982 I p. 66) ; *Nichtigkeitsabrede* que les parties auraient passé si elles avaient envisagé la mort d'un cheval (ATF 107 II 144 *La Punt* [fr], consid. 3) ; substitution d'un entretien viager par une rente viagère en cas de rupture prématurée d'un contrat de travail (ATF 111 II 260 [fr], consid. 2a).

554 Sur la volonté hypothétique ici pertinente, cf. *supra* n°s 324 ss.

555 ATF 84 II 628 [de], consid. 1, trad. JdT 1959 I p. 362 (citation issue de la traduction au JdT) ; cf. aussi ATF 108 II 112 *Gautschi c. Schwab* [de], consid. 4, trad. et comm. JdT 1982 I p. 531 ; ATF 107 II 411 [de], consid. 7, trad. JdT 1982 I p. 162 ; ATF 93 II 185 [fr], consid. 4. On trouve également une référence à « l'ensemble des circonstances » dans d'autres arrêts (ATF 119 II 347 [de], consid. 5, trad. JdT 1994 I p. 609 ; ATF 110 la 59 [fr], consid. 3a ; ATF 107 II 144 *La Punt* [fr], consid. 3).

556 BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n° 43 ; ENGEL, *Contrats*, p. 745 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n°s 51-52 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 609 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 241 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 145 ; MERZ, *Vertrag*, n° 190 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 12 ; TANDOŠAN, *Nullité partielle*, p. 116 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, Intr. gén. art. 184-529 CO, n° 48 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n°s 164, 175 ; dans ce sens également CORBOZ, p. 281 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1260 ; KELLER/SCHÖBI, pp. 56, 139 ; KOLLER, *AT*, § 10 n°s 15, 23 ; VON TUHR/PETER, § 7 VI, § 24 V ; YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 193 ; en matière de contrats innommés SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 797-798.

tances individuelles et concrètes d'une part, et de circonstances générales et abstraites d'autre part⁵⁵⁷ :

1. La locution est relativement vague et peut ainsi avoir plusieurs sens⁵⁵⁸, 331
ce qui est compatible avec la notion ouverte de « circonstances » au sens de l'art. 4 CC.
2. Le mot « nature » qui renvoie dans la langue courante à l'essence d'une 332
chose, à son espèce, à son genre ou sa sorte. La « nature » d'une affaire signifie donc son type⁵⁵⁹, ce qui indique au juge qu'il doit tenir compte des éventuels types contractuels applicables. Il n'y a pas ici de norme spéciale (typique) applicable sans quoi on aurait directement appliqué celle-ci⁵⁶⁰ ; la prise en compte du type renvoie plutôt à des éléments tels que l'équilibre objectif des prestations principales, aux spécificités liées par exemple aux contrats de consommation, ou plus largement aux usages commerciaux relatifs à certains types contractuels⁵⁶¹, aux pratiques sociales habituelles ou généralement considérées comme raisonnables par rapport à un *type* d'affaire particulier. Le mot « nature » renvoie donc plutôt à un ensemble de critères généraux et abstraits de complètement du contrat.
3. Le mot « affaire » fait quant à lui plutôt référence aux circonstances 333
individuelles et concrètes. Ainsi, ce terme est parfois utilisé dans le Code comme synonyme de « contrat » ou de « convention » (par exemple art. 71 al. 1, 72, 349b CO) ; mais parfois également dans un sens plus large, toujours concret (ainsi de la gestion *d'affaires* sans mandat, art. 419-424 CO). « L'affaire » renvoie donc principalement aux indices concrets indiquant la volonté hypothétique des parties de régler un point déterminé dans un sens plutôt que dans un autre⁵⁶². En particulier, l'équilibre concret des prestations principales (ce que l'on appelle parfois « éco-

557 En particulier, est débattue la question de savoir si la « nature de l'affaire » fait référence à la volonté hypothétique des parties (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1257 ; KOLLER, AT, § 10 n°s 14-16 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, Intr. gén. art. 184-529 CO, n° 34 ; *contra* BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 23 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 782, mais plus nuancé à la p. 784).

558 ZK-DÜRR, art. 1 CC, n°s 176-178 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n°s 398-404 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, Intr. gén. art. 184-529 CO, n° 34 ; cf. en outre BYDLINSKI, *Methodenlehre*, pp. 51-56.

559 ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 52 : « [...] besteht die (dann allgemein zu verstehende) Natur des Geschäfts in den Essentialia und Naturalia [...] dieses Typs ».

560 Dans la même direction, VON TUHR/PETER, § 24 V : « In letzter Linie gilt dispositives Recht ».

561 Par exemple ATF 84 II 628 [de], consid. 1, trad. JdT 1959 I p. 362 : « Les usages dans le commerce [...] auraient fourni [au juge] les indications nécessaires ».

562 Le Tribunal fédéral oppose l'analyse de la volonté hypothétique des parties à une méthode dite « objective » (ATF 120 II 341 [fr], consid. 6b).

nomie du contrat »⁵⁶³) et les buts poursuivis par les cocontractants dans le cas d'espèce⁵⁶⁴ fournissent des indications importantes.

- 334 4. D'un point de vue systématique : **a)** L'expression « nature de l'affaire » est souvent opposée, dans le texte légal, à un acte juridique (cf. notamment les art. 35 al. 1, 75, 164 al. 1, 396 al. 1, 405 al. 1 CO). Elle dépasse donc, dans ces hypothèses, le cadre de l'interprétation du contrat : il s'agit d'un critère de complètement. **b)** La locution se réfère parfois à des circonstances plus concrètes que les types contractuels eux-mêmes, faute de quoi elle n'aurait pas de sens dans les contextes typiques dans lesquels elle est employée (art. 164 al. 1⁵⁶⁵, 396 al. 1, 405 al. 1 CO). **c)** Dans les art. 6 et 7 al. 1 CO, la locution est comprise comme renvoyant aux circonstances⁵⁶⁶.
- 335 Ainsi, en fonction des circonstances, le juge pourra déterminer la volonté hypothétique des parties sur la base de critères de complètement individuels et concrets. Mais il sera aussi amené à tenir compte de considérations générales et abstraites, c'est-à-dire socio-économiques générales ou typiques, qu'elles soient relatives au sens de la justice et de l'équité⁵⁶⁷, de la raison et de la bonne foi objective⁵⁶⁸, ou encore des usages⁵⁶⁹. Nous aurons l'occasion

563 ATF 115 II 484 [de], consid. 4b, trad. et comm. JdT 1990 I p. 210; ATF 110 Ia 59 [fr], consid. 3a; ATF 107 II 411 [de], consid. 7, trad. JdT 1982 I p. 162; ATF 107 II 144 *La Punt* [fr], consid. 3; DESCHENAUX, *TDP*, p. 161; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 12; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 164.

564 Arrêt TF n. publ. 4A_427/2011 (29.11.2011) [de], consid. 5.3; ATF 107 II 411 [de], consid. 7, trad. JdT 1982 I p. 162; DESCHENAUX, *TDP*, p. 161; BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 24; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 12; BSK-WIEGAND, art. 18 CO, n° 80; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 164.

565 Il s'agit d'une norme typique – comme d'autres au sein de la partie générale – le type étant ici le *pactum de cedendo* (à ce sujet, cf. *infra* n° 550).

566 ZK-JÄGGI, art. 6 CO, n° 28; ZK-JÄGGI, art. 7 CO, n° 5; CR-MORIN, art. 6 CO, n° 10; CR-MORIN, art. 7 CO, n° 2; BK-SCHMIDLIN, art. 6 CO, n° 29 ss; BK-SCHMIDLIN, art. 7 CO, n° 10-12; YUNG, *Acceptation par le silence*, p. 216.

567 Par exemple ATF 93 II 185 [fr], consid. 4; VON TUHR/PETER, § 7 VI; BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 2 CO, n° 17.

568 Par exemple ATF 120 II 35 [fr], consid. 4b; ATF 119 II 347 [de], consid. 5, trad. JdT 1994 I p. 609; ATF 115 II 484 [de], consid. 4b, trad. et comm. JdT 1990 I p. 210; ATF 111 II 260 [fr], consid. 2a; ATF 108 II 112 *Gautschi c. Schwab* [de], consid. 4, trad. et comm. JdT 1982 I p. 531; ATF 107 II 144 *La Punt* [fr], consid. 3; ATF 100 II 330 *Morel c. Steiger* [de], trad. JdT 1975 I p. 609; ATF 48 II 366 [de], consid. 3; CORBOZ, p. 281; DESCHENAUX, *TDP*, p. 162; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1257, 1260; HUGUENIN, *OR*, n° 306-311; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 559; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 238, 241; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 14; SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 783-784; VON TUHR/PETER, § 7 VI; YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 207; BSK-WIEGAND, art. 18 CO, n° 77-79; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 164.

569 ATF 84 II 628 [de], consid. 1, trad. JdT 1959 I p. 362; dans le même sens : BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n° 46; CORBOZ, p. 281; DESCHENAUX, *TDP*, p. 163; GAUCH/

de voir des exemples de critères de complètement en traitant de la question de la possibilité de compléter un contrat sur des points objectivement essentiels⁵⁷⁰.

SCHLUEP/SCHMID, n° 1258 ; GUHL, p. 166 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n°s 591-596 ; KOLLER, AT, § 10 n° 34 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n°s 242-244 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 143 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 12 ; PIOTET, *Complètement*, pp. 395-396 ; BsK-WIEGAND, art. 18 CO, n° 83 ; CR-WINIGER, art. 18 CO, n° 176 ; retenant que « dans le silence de la loi, on doit avoir recours aux usages » : YUNG, *Interprétation supplétive*, p. 188, préférable : p. 207 ; recourant aussi de manière trop large à l'usage : BsK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 2 CO, n°s 15, 19.

⁵⁷⁰ *Infra* n°s 1071 ss.

Chapitre 3

La liberté contractuelle et la sécurité juridique

§ 1. La liberté contractuelle

I. Définition

A. Notion et composantes

Notion La liberté contractuelle est un principe cardinal du droit privé suisse⁵⁷¹. Elle émane de l'autonomie privée, c'est-à-dire de l'idée que chaque individu doit pouvoir organiser son existence selon sa volonté propre⁵⁷². Le contrat (art. 1 al. 1 CO) sert à concrétiser le principe de l'autonomie privée

336

571 ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.3, trad. JdT 2003 I p. 127 ; BESSON, n° 624 ; ENGEL, *Obligations*, p. 96 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 612 ; BS-K-HUGUENIN/MEISE, art. 19-20 CO, n° 1 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 20 ; MORIN, *Liberté*, p. 17 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 48 ; YUNG, *Eugène Huber*, p. 40.

572 ATF 130 I 26 [de], consid. 4.3, trad. JdT 2005 I p. 143 ; ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.1, trad. JdT 2003 I p. 127 ; ARNET, n° 173 ; BESSON, n° 624 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 94-97 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 314 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 18 ; CR-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 CO, n°s 2, 4-8 ; BS-K-HUGUENIN/MEISE, art. 19-20 CO, n° 2 ; MORIN, *Liberté*, p. 19 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 52 ; FLUME, § 1 1, 7.

puisqu'il est l'une des principales manières d'organiser son existence juridique⁵⁷³. Les notions d'autonomie privée et de contrat impliquent donc nécessairement la reconnaissance de la liberté contractuelle. L'exercice de la volonté implique toujours l'exercice de la liberté – et inversement⁵⁷⁴.

- 337 **Composantes** On distingue différents aspects de la liberté contractuelle⁵⁷⁵ :
- 338 1. La *liberté de conclure* signifie que chaque personne peut décider : **a)** si elle entend conclure un contrat ou non⁵⁷⁶ ; **b)** avec quelles personnes elle souhaite conclure un contrat⁵⁷⁷ ; **c)** à quelles autres conditions elle souhaite être liée (par exemple conditions de lieu et de temps)⁵⁷⁸.
- 339 2. La *liberté de l'objet* (art. 19 al. 1 CO) signifie que chaque personne est libre de décider du contenu des contrats qu'elle souhaite passer⁵⁷⁹. En particulier : **a)** les parties peuvent décider de conclure des contrats dont l'effet formateur est générateur, modificateur ou extinctif⁵⁸⁰ ; **b)** elles peuvent librement utiliser un ou plusieurs types contractuels so-

573 BESSON, n° 624 ; ENGEL, *Obligations*, p. 88 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 222 ; BK-KRAMER, *Intr. gén. CO*, n° 124 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 35 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, pp. 46, 52 ; FLUME, § 1 6a.

574 Comparer par exemple les définitions courantes des termes « volonté » et « liberté » (DAF, 9^e éd., s. v. « Liberté », I : « Pouvoir d'exercer sa volonté ou d'opérer des choix. » ; TLFi, s. v. « Volonté », A.1 : « Faculté de l'homme de se déterminer, en toute liberté et en fonction de motifs rationnels, à faire ou à ne pas faire quelque chose. »).

575 ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.1, trad. JdT 2003 I p. 127 ; ARNET, n° 175 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 613-618a ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 17, 42-88 ; MORIN, *Liberté*, pp. 15-17 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 47. Ces composantes font écho aux modalités de la volonté de s'engager, cf. *supra* n°s 152 ss.

576 ATF 131 I 333 [fr], consid. 3.2 ; ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.1, trad. JdT 2003 I p. 127 ; ATF 80 II 26 *Seelig* [de], consid. 5a, trad. JdT 1956 I p. 136 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 98-99 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 614 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 43-44 ; MORIN, *Liberté*, p. 15.

577 ATF 131 I 333 [fr], consid. 3.2 ; ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.1, trad. JdT 2003 I p. 127 ; ATF 80 II 26 *Seelig* [de], consid. 5a, trad. JdT 1956 I p. 136 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 102-103 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 615 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 44, 46-47 ; MORIN, *Liberté*, p. 15.

578 ATF 113 II 501 [de], consid. 3a, trad. JdT 1988 I p. 550 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 538-529, 614.

579 ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.1, trad. JdT 2003 I p. 127 ; ATF 80 II 26 *Seelig* [de], consid. 5a, trad. JdT 1956 I p. 136 ; ENGEL, *Obligations*, p. 103 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 618 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 48 ; MORIN, *Liberté*, p. 16.

580 ENGEL, *Obligations*, p. 97 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 616 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 86-89 ; MORIN, *Liberté*, p. 16.

cio-économiques⁵⁸¹, ne point en utiliser, ou les utiliser avec toutes les nuances de degré voulues⁵⁸².

3. La *liberté de la forme* (art. 11 al. 1 CO) signifie que chaque personne est libre de passer des contrats sans devoir respecter de forme particulière⁵⁸³, au-delà de la *manifestation* de sa volonté (art. 1 al. 2 CO)⁵⁸⁴. 340

Si chaque personne est individuellement titulaire de la liberté contractuelle, seule la rencontre des libertés contractuelles d'au moins deux personnes peut produire un effet juridique au sein de l'acte bilatéral qu'est le contrat (art. 1 al. 1 CO)⁵⁸⁵. 341

B. Nature juridique

Double nature La liberté contractuelle est à la fois consacrée par le droit constitutionnel et par le droit privé⁵⁸⁶. 342

Droit privé La liberté contractuelle est rappelée dans de nombreuses dispositions du Code des obligations, de manière explicite ou implicite⁵⁸⁷. Les normes qui la consacrent au titre le plus général sont relatives à la liberté de l'objet (art. 19 al. 1 CO) et de la forme (art. 11 al. 1 CO)⁵⁸⁸, ainsi qu'à la définition du contrat (art. 1 al. 1 CO) centrée sur la notion de *volonté*⁵⁸⁹. Le droit des 343

581 Sur la distinction entre type contractuel juridique et socio-économique, cf. *infra* n^{os} 472 ss.

582 On appelle parfois cet aspect « liberté du type contractuel », mais l'expression devrait être évitée (*infra* n^{os} 517 ss). La qualification *juridique* est par définition soustraite à la volonté des parties (*infra* n^{os} 513 s.).

583 ENGEL, *Obligations*, p. 246 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 490, 617 ; KOLLER, *AT*, § 12 n^{os} 3-4 ; MORIN, *Liberté*, p. 16 ; BK-SCHMIDLIN, art. 11 CO, n^o 1.

584 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^{os} 124-125 ; VON TUHR/PETER, § 30 I. Sur la forme des manifestations de volonté, cf. *supra* n^{os} 139 ss.

585 Différenciant à cet égard la liberté de modifier ou d'annuler le contrat et les autres composantes de la liberté contractuelle : CR-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 CO, n^{os} 6, 56-59 ; dans le même sens : ARNET, n^o 178 ; GRISEL, n^o 366 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 87-88 ; MORIN, *Liberté*, p. 21 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 51 ; ZUFFEREY-WERRO, n^{os} 21-22.

586 ATF 131 I 333 [fr], consid. 4 ; ATF 113 Ia 126 [fr], consid. 8c ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 920-922 ; BESSON, n^{os} 624, 627 ; GRISEL, n^{os} 360-367 ; CR-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 CO, n^o 2 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 40-41 ; MARTENET, *Liberté contractuelle*, pp. 82-84 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 49 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n^o 37 ; StGK-VALLENDER, art. 27 Cst., n^o 45.

587 OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 47.

588 BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 7, 40. Cf. aussi *supra* n^{os} 337 ss.

589 ATF 131 I 333 [fr], consid. 4. Cf. aussi *supra* n^{os} 148 ss.

personnes fait également figure de point d'ancrage de la liberté contractuelle en droit privé⁵⁹⁰.

- 344 **Droit constitutionnel : a) Droit fondamental** La liberté contractuelle fait partie des droits fondamentaux ; elle est à ce titre directement protégée par la Constitution fédérale⁵⁹¹. On rattache généralement la liberté contractuelle à la liberté économique (art. 27 Cst.)⁵⁹². Nous préférons l'approche plus souple consistant à associer la liberté contractuelle à différents droits fondamentaux en fonction des enjeux soulevés par le contrat concret, puisque les contrats ne servent (et de loin) pas qu'à mettre en œuvre la vie économique des individus⁵⁹³. Selon le contexte, on pourra ainsi rattacher la liberté contractuelle à la liberté économique (art. 27 Cst.), à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.), à la liberté d'opinion et d'information (art. 16 Cst.), etc.
- 345 **Droit constitutionnel : b) Principe de l'ordre économique** L'économie privée suisse est organisée selon le principe de la liberté économique (art. 94 al. 1 Cst.). En plus d'être un droit fondamental, la liberté contractuelle est également liée à ce principe général d'organisation⁵⁹⁴.

590 D'une part, il détermine la capacité civile active (art. 12 ss CC) ; d'autre part, l'art. 28 CC impose à chacun de respecter la liberté contractuelle d'autrui en tant que composante de sa personnalité (al. 1), tout en permettant aux sujets de consentir par contrat à des atteintes leur personnalité (al. 2). Sur les rapports entre liberté contractuelle et droit des personnes, cf. par exemple ATF 80 II 26 *Seelig* [de], consid. 5a, trad. JdT 1956 I p. 136 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 40 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 46.

591 ATF 131 I 333 [fr], consid. 4 ; ATF 131 I 223 [de], consid. 4.1, trad. RDAF 2006 I p. 526 ; ATF 130 I 26 [de], consid. 4.3, trad. JdT 2005 I p. 143 ; ATF 124 I 107 *Parti socialiste jurassien* [fr], consid. 3a ; ATF 113 Ia 126 [fr], consid. 8c ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n°s 922 ; BESSON, n° 627 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 612 ; CR-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 CO, n° 2 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 41 ; MAHON, art. 27 Cst., n° 7 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 49 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, n° 3203 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n° 36-37 ; StGK-VALLENDER, art. 27 Cst., n°s 44-45.

592 ATF 131 I 333 [fr], consid. 4 ; ATF 131 I 223 [de], consid. 4.1, trad. RDAF 2006 I p. 526 ; ATF 130 I 26 [de], consid. 4.3, trad. JdT 2005 I p. 143 ; ATF 113 Ia 126 [fr], consid. 8c ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n°s 922 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 612 ; GRISEL, n°s 360-361 ; MAHON, art. 27 Cst., n° 7 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 49 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n° 36-37 ; StGK-VALLENDER, art. 27 Cst., n° 45 ; ZUFFEREY-WERRO, n° 14.

593 MARTENET, *Liberté contractuelle*, pp. 83-84 ; MORIN, *Liberté*, pp. 17-19 ; dans le même sens : BESSON, n° 627 ; CR-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 CO, n°s 9-18 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, n° 3203 ; SCHÖNLE, pp. 67-69 ; WOLF, pp. 9-11.

594 FF 1997 I pp. 1 ss, p. 298 ; ATF 138 I 378 [de], consid. 6.1, trad. JdT 2014 I p. 3 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n°s 899 ; MAHON, art. 27 Cst., n° 4 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, n°s 3180 ss ; VALLENDER, n° 5.

II. Rôle de l'État et liberté contractuelle en droit positif

Distinction Pour comprendre le rôle de l'État en matière de liberté contractuelle, il faut distinguer trois concepts ne se recouvrant pas tout à fait : 346

- le rôle de l'État, qui peut consister en un comportement passif (abstention) et/ou actif (action) ; 347
- la portée du droit fondamental, qui peut être « négative » ou « positive » ; 348
- la conception de la liberté contractuelle, qui peut être « formelle » ou « matérielle ». 349

Notre présentation sera orientée sur le premier de ces éléments – le rôle de l'État – cadre dans lequel nous évoquerons la portée de la liberté contractuelle et sa conception retenue en droit positif suisse. 350

Base constitutionnelle Le rôle général de l'État en matière de droits fondamentaux est régi par l'art. 35 Cst., qui enjoint à leur « réalisation » (al. 1) assigne à l'État un rôle tant passif qu'actif (al. 2)⁵⁹⁵. Comme le précise le Conseil fédéral, « [dans] les deux cas, le but recherché est le même : la réalisation effective des droits et des libertés »⁵⁹⁶. 351

A. Rôle passif de l'État

Devoir d'abstention de l'État Le rôle passif de l'État en matière de liberté contractuelle consiste en un devoir d'abstention vis-à-vis des particuliers. Ainsi, l'État ne doit accomplir aucun acte qui viole sur la liberté contractuelle des parties. Est donc une violation de la liberté contractuelle toute interven- 352

⁵⁹⁵ FF 1997 I pp. 1 ss, p. 193 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, II, n^{os} 161-167 ; GRISEL, n^{os} 222-245 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, n^{os} 1140-1142, 3175-3179 ; StGK-SCHWEIZER, art. 35 Cst., n^{os} 11-22.

⁵⁹⁶ FF 1997 I pp. 1 ss, p. 193 ; relevant que ces deux fonctions sont complémentaires : PÉTERMANN, p. 62 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n^o 9.

tion étatique qui la restreint, à moins de respecter les conditions auxquelles une telle restriction est admissible (art. 36 Cst.)⁵⁹⁷.

353 **Rapport avec la portée négative de la liberté contractuelle** Ce devoir d'abstention correspond à la conception classique de la *portée négative* que l'on attribue aux droits fondamentaux en général, et à la liberté contractuelle en particulier⁵⁹⁸.

B. Rôle actif de l'État

354 **Cadre d'exercice de la liberté contractuelle** De manière générale, l'art. 35 al. 2 Cst. oblige l'État non seulement à « respecter les droits fondamentaux » par ses abstentions, mais également à « contribuer à leur réalisation » par divers comportements actifs.

355 En matière de liberté contractuelle, ce devoir d'action implique l'obligation pour l'État *d'aménager le cadre juridique, social et économique* sans lequel la liberté contractuelle ne pourrait être exercée⁵⁹⁹. Ces conditions minimales nécessaires à l'exercice de la liberté contractuelle comprennent notamment :

356 1. La création d'un cadre juridique concrétisant la liberté contractuelle :

357 (a) D'un point de vue matériel, la Confédération doit élaborer une législation de droit privé (art. 122 al. 1 Cst.) qui concrétise la liberté contractuelle, en précise les institutions et les contours⁶⁰⁰.

358 (b) D'un point de vue formel, la Confédération doit légiférer en matière de procédure civile, tandis que les cantons doivent pourvoir

597 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 161 ; StGK-SCHWEIZER, art. 36 Cst., n^o 2. Cf. *infra* n^{os} 393 ss.

598 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 161 ; BESSON, n^o 630 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, n^{os} 998, 1140, 3175-3176 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n^o 4, 14 ; StGK-SCHWEIZER, art. 35 Cst., n^{os} 11-12 ; associant liberté formelle et abstention de l'État : BELSER, pp. 164-165 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 57.

599 FF 1997 I pp. 1 ss, pp. 299-300 ; ATF 103 Ia 369 [de], consid. 5 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 162-164, 958 ; PERRIN, p. 292 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, n^{os} 1002, 3178-3179 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 1 n^o 18, § 5 n^{os} 5-8, 15-16 ; StGK-SCHWEIZER, art. 35 Cst., n^{os} 13-16 ; on voit déjà des idées similaires chez SPIRO, *Übermässige Verpflichtungen*, pp. 529-533.

600 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 923, 958 ; GRISEL, n^o 364 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n^o 6 ; StGK-SCHWEIZER, art. 35 Cst., n^o 14 ; plus largement : MARTENET, *Réalisation*, pp. 244-247.

à l'organisation judiciaire et à l'administration de la justice (art. 122 al. 2 Cst.). L'État a donc le devoir de créer des tribunaux et des mécanismes d'exécution forcée, de sorte que la liberté contractuelle puisse être effectivement mise en œuvre⁶⁰¹.

2. Le fait d'assurer les autres « services publics indispensables » à la mise en œuvre de la liberté contractuelle⁶⁰². On peut par exemple penser à l'existence d'infrastructures élémentaires sans lesquelles biens et services ne pourraient être échangés aisément (monnaie, énergie, transports), aux mécanismes de politique économique visant à stabiliser la conjoncture, au degré minimal de sécurité publique nécessaire au commerce, etc. Cette exigence rejoint l'art. 94 al. 3 Cst., qui oblige Confédération et cantons à veiller à « créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée »⁶⁰³.

Rapport avec la portée négative de la liberté contractuelle Bien qu'il s'agisse là de comportements actifs à charge de l'État, ceux-ci se situent encore dans la *portée négative* de la liberté contractuelle⁶⁰⁴. La portée négative de la liberté contractuelle n'implique ainsi pas un ordre économique dans lequel l'État serait totalement absent⁶⁰⁵; bien plutôt, il implique une présence et une action de l'État⁶⁰⁶, bien qu'en principe limitées au minimum nécessaire. Un droit fondamental à la liberté contractuelle sans cadre d'exercice serait vide de sens⁶⁰⁷.

La mise en place d'un cadre minimal d'exercice des droits fondamentaux doit être distinguée du droit à des « prestations positives » de la part de l'État. Une telle *portée positive* n'existe en principe pas en matière de liberté contrac-

601 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 958. Dans le même sens, BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^o 38, relève que l'effet obligatoire du contrat s'appuie avant tout sur l'injonction et la sanction étatiques; dans la même direction BYDLINSKI, *Privatautonomie*, p. 69; sur les origines du principe *pacta sunt servanda*, cf. STÖHR, pp. 438-449. Sur le rôle de l'interprétation et de l'application des règles de droit dans la réalisation des droits fondamentaux, cf. MARTENET, *Réalisation*, pp. 247 ss; MORIN, *Liberté*, pp. 24-25.

602 GRISEL, n^o 229; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, n^{os} 3162, 3178-3179; StGK-SCHWEIZER, art. 35 Cst., n^o 16.

603 FF 1997 I pp. 1 ss, pp. 299-300; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, n^o 3179.

604 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 162-164, 958; GRISEL, n^o 229; StGK-SCHWEIZER, art. 35 Cst., n^{os} 13-22. On peut également considérer qu'il existe un continuum entre obligations négatives et positives de l'État (PÉTERMANN, p. 62).

605 Ce que le Conseil fédéral laisse pourtant maladroitement entendre dans un passage (FF 1997 I pp. 1 ss, p. 176), en contradiction avec le reste de son message.

606 FF 1997 I pp. 1 ss, pp. 193, 299-300; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 162-164, 167, 962; GRISEL, n^{os} 229, 242-245; StGK-SCHWEIZER, art. 35 Cst., n^{os} 13-16.

607 Dans le même sens à propos des droits fondamentaux en général: MARTENET, *Réalisation*, p. 243.

tuelle⁶⁰⁸, contrairement à d'autres droits fondamentaux (par exemple droit d'obtenir de l'aide dans les situations de détresse, art. 12 Cst.).

C. Précision : rapport avec les conceptions formelle et matérielle de la liberté contractuelle

- 362 **Liberté formelle vs matérielle** En droit privé, on distingue généralement deux conceptions de la liberté contractuelle⁶⁰⁹. **a)** La *liberté formelle* est la prérogative juridique garantie à toute personne, indépendamment de ses capacités et pouvoirs effectifs d'un point de vue socio-économique. **b)** La *liberté matérielle* est la possibilité factuelle qu'a une personne de faire usage de sa liberté juridique en fonction de ses moyens d'action concrets.
- 363 En pratique, ces deux facettes de la liberté contractuelle ne se recoupent pas toujours⁶¹⁰, ce qui pose la question de la conception retenue en droit positif.
- 364 **Conception en droit suisse** Le droit suisse des contrats est tant basé sur la liberté formelle que sur la liberté matérielle :
- 365 1. À titre principal, le droit des contrats consacre la liberté formelle⁶¹¹. La définition du contrat et les notions générales du droit des obligations sont conçues sur le modèle de parties se trouvant juridiquement sur pied d'égalité, indépendamment de leur situation socio-économique.

608 ATF 124 I 107 *Parti socialiste jurassien* [fr], consid. 3c ; ATF 122 I 44 *Rudolf Kreis* [de], consid. 3b/cc, trad. JdT 1998 I p. 215 ; ATF 109 Ia 116 *Morand* [fr], consid. 4d ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 165, 958 ; GRISEL, n^{os} 381-406 ; STGK-SCHWEIZER, art. 35 Cst., n^o 22.

609 Sur ces deux conceptions, cf. en particulier KRAMER, *Krise*, pp. 19-22 ; ainsi que ARNET, n^o 177 ; BELSER, pp. 163-167 ; EGGER, *Freiheitsidee*, pp. 39 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 622-623 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 23-28 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, pp. 54-60 ; en droit allemand : KNOBEL, pp. 20-97.

610 ARNET, n^{os} 179-182 ; BELSER, pp. 31-40, 72-110, 164-165 ; EGGER, *Freiheitsidee*, pp. 30-33 ; KRAMER, *Krise*, p. 20 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, pp. 57-60 ; BYDLINSKI, *Privatautonomie*, p. 65.

611 ABEGG, p. 104 ; ARNET, n^o 191 ; BAUDENBACHER, p. 78. Dans ce sens, on relève par exemple que la liberté contractuelle n'impose pas de devoir d'égalité (Arrêt TF n. publ. 5P.97/2006 [01.06.2006] [de], consid. 3.3) ou qu'il n'existe pas de protection générale des consommateurs en droit suisse (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 244b). De même, l'équivalence des prestations synallagmatiques n'est pas postulée par la loi, qui ne sanctionne que les cas les plus inéquitable (à ce sujet, cf. *infra* n^o 671).

2. Dans certaines situations particulières, la liberté matérielle est spécialement menacée⁶¹², ce qui se traduit en droit suisse par des mécanismes de rééquilibrage à divers niveaux :
- (a) *Dans la Constitution*. Le constituant a reconnu des domaines dans lesquels la liberté contractuelle matérielle est menacée, et en conséquence chargé l'État d'intervenir en sa faveur : limitation des cartels et de la concurrence déloyale (art. 96 Cst.), protection des consommateurs (art. 97 Cst.), des locataires (art. 109 Cst.) et des employés (art. 110 Cst.), etc.⁶¹³.
- (b) *Dans la loi*. Le législateur a traduit cet esprit constitutionnel dans de nombreuses dispositions, dans le Code (art. 6a, 40a ss, 253 ss, 319 ss CO, etc.) ou dans des lois spéciales (LCC, LCart, LCD, etc.).
- (c) *Dans la jurisprudence*. Le Tribunal fédéral a expressément reconnu la liberté matérielle en droit des contrats comme un élément pertinent dans son application⁶¹⁴, admettant pour ce motif l'invalidité partielle du contrat lésionnaire (art. 21 CO)⁶¹⁵. Dans le même sens, le Tribunal fédéral a limité la liberté de conclure (formelle) d'une partie ayant une forte position sur un marché afin de rétablir la liberté contractuelle (matérielle) de l'autre partie⁶¹⁶.
- (d) *Dans la doctrine*. L'application du droit est également guidée par une abondante littérature juridique consacrée à la prise en

612 Cf. notamment les critères généraux énoncés par BESSON, n^{os} 620, 642 ; ces critères sont proches de ceux évoqués in ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.3, trad. JdT 2003 I p. 127 ; ainsi que par ARNET, n^{os} 568-574 ; BELSER, pp. 127-144.

613 FF 1997 I pp. 1 ss, p. 300 : « [...] les mécanismes de l'économie de marché ne peuvent pas toujours et à eux seuls conduire à des résultats conformes aux objectifs et aux valeurs supérieurs définis par la communauté étatique. L'économie de marché a besoin d'être complétée. La *dimension sociale* a sa place dans les dispositions constitutionnelles relatives à l'économie ».

614 ATF 123 III 292 *Fussballclub Lohn* [de], consid. 2e/aa, trad. JdT 1998 I p. 586 : « *Das Vertragsrecht wird zunehmend « materialisiert », die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt, besonders deutlich etwa in den Gebieten des Miet- und Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* ». On peut également mentionner un arrêt consacré au pouvoir de la Commission fédérale de la communication de fixer les conditions contractuelles d'accès aux ressources et services de télécommunication (art. 11a LTC ; prévu par l'art. 11 LTC jusqu'au 31 mars 2007), dans lequel le Tribunal fédéral a considéré que la Commission pouvait « poursuivre la réalisation d'un certain degré de justice contractuelle » en se basant sur le résultat qu'auraient obtenu « des parties disposant d'un pouvoir de négociation identique ou similaire » (ATF 132 II 284 [de], consid. 6.3, tr. lib.).

615 ATF 123 III 292 *Fussballclub Lohn* [de], consid. 2e/cc, trad. JdT 1998 I p. 586.

616 ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.4, trad. JdT 2003 I p. 127. La position dominante sur le marché est l'un des critères fixés dans le consid. 6.3. (*infra* n^{os} 378 ss).

compte de la liberté matérielle en droit des contrats⁶¹⁷. On y retrouve notamment les notions de « droit privé social »⁶¹⁸ et de « justice contractuelle »⁶¹⁹ ; la conception matérielle de la liberté contractuelle est également liée à la question de l'effet horizontal des droits fondamentaux (art. 35 al. 3 Cst.)⁶²⁰.

- 371 Ce bref panorama montre que le droit positif suisse prend en compte tant la liberté contractuelle formelle que matérielle, en restreignant la première pour réaliser la seconde lorsque cela s'avère nécessaire. L'objectif général reste libéral (art. 94 al. 1 Cst.) puisqu'il s'agit de réaliser la liberté contractuelle effective du plus grand nombre⁶²¹ ; il serait donc faux de croire que le droit suisse, sous couvert de dispositions « sociales », consacrerait un système paternaliste ou collectiviste⁶²².
- 372 **Rapport avec le rôle de l'État** Pour réaliser la liberté contractuelle en tant que droit fondamental (art. 35 al. 2 Cst.), l'État doit adopter des comportements passifs (ne pas empiéter sur l'exercice de la liberté contractuelle) et des comportements actifs (créer un cadre minimal d'exercice de la liberté contractuelle)⁶²³.

617 Cf. notamment ABEGG, pp. 104 ss ; ARNET, n^{os} 174-191 ; BELSER, pp. 144-172 ; BESSON, n^o 643 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 622-623 ; KRAMER, *Krise*, pp. 9 ss ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 25-27 ; BYDLINSKI, *Privatautonomie*, pp. 103 ss.

618 ABEGG, p. 119 ; AMSTUTZ/ABEGG/KARAVAS, pp. 13 ss.

619 ABEGG, p. 106 ; BELSER, pp. 111 ss ; KRAMER, *Krise*, p. 19 ; BYDLINSKI, *Privatautonomie*, p. 103.

620 À ce sujet, cf. notamment BESSON, n^{os} 526 ss, 640-654 ; ainsi que AMSTUTZ/ABEGG/KARAVAS, pp. 18-19, 41-45 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 677-680c.

621 Comme l'a relevé le Tribunal fédéral : « [A]uch eine Ausnahmebestimmung [kann] wieder der Ausdruck eines Prinzips sein » (ATF 60 II 205 [de], consid. 1 – cet arrêt concernait le contexte de la résiliation pour justes motifs des contrats de durée, mais l'idée exprimée dans cette phrase peut être transposée au domaine du droit privé social).

622 Dans le même sens : ABEGG, p. 104 ; ARNET, n^{os} 190-191 ; BELSER, pp. 144-172 ; BESSON, n^{os} 610, 640-654 ; GRISEL, n^{os} 222-245 ; PERRIN, pp. 285-293 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, pp. 53-54, 62 ; cf. en outre BYDLINSKI, *Privatautonomie*, pp. 132-133 ; SCHMIDT-RIMPLER, pp. 13-14. Cf. aussi *infra* n^o note 1783. De nombreux auteurs indiquent que cette évolution est ancienne, et notamment qu'elle faisait déjà dès l'origine partie de la codification du droit privé suisse (ABEGG, pp. 61-114 ; ARNET, n^o 179 ; DUVANEL, pp. 9-28 ; GENNER, pp. 190-191 ; KOLLER, *Sensiblen Bereiche*, pp. 51-52 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 25-26 ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, pp. 57 ss ; PERRIN, pp. 286-293 ; PICHONNAZ, *Centenaire*, p. 128). Par contraste, l'opinion de MUNZINGER semblait encore tenir du libéralisme classique (MUNZINGER, *Wucherfrage*, pp. 41 ss ; à ce sujet, cf. CARONI, 19. *Jahrhundert*, pp. 154-155).

623 *Supra* n^{os} 352 ss.

Que la liberté contractuelle à réaliser ainsi soit de droit (liberté formelle) ou de fait (liberté matérielle) ne change rien quant au rôle de l'État⁶²⁴. En effet, lorsque le législateur prend en compte la liberté matérielle là où c'est nécessaire, il ne fait rien d'autre que de créer le cadre minimal d'exercice de la liberté contractuelle (de fait) en la concrétisant dans la loi⁶²⁵. 373

Il ne faut donc pas inférer de ce certain degré d'interventionnisme une remise en cause de la portée négative de la liberté contractuelle⁶²⁶. La prise en compte de la liberté matérielle ne donne pas de droit à des « prestations positives » de la part de l'État⁶²⁷. 374

III. Limites de la liberté contractuelle

La liberté contractuelle constitue un principe applicable à titre général, mais elle ne vaut pas sans limites. On ne peut admettre une limitation de la liberté contractuelle que si les conditions posées à cet égard par le droit privé sont remplies⁶²⁸. Puisque la liberté contractuelle est un droit fondamental, les restrictions de celle-ci doivent en outre répondre aux conditions posées par la Constitution quant à la restriction des droits fondamentaux⁶²⁹. 375

A. Sous l'angle du droit privé

Les limites de la liberté contractuelle sont régies par de nombreuses dispositions légales spéciales, auxquelles renvoient des normes générales (art. 11 CO en matière de liberté de la forme, art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO en matière de liberté de l'objet). Les limites de la liberté contractuelle en droit privé peuvent servir la protection d'intérêts privés ou publics⁶³⁰. On peut en particulier détailler les limites de la liberté de conclure et de la liberté de l'objet, qui nous intéresseront plus loin⁶³¹. 376

624 La liberté formelle est parfois associée à un rôle purement passif de l'État (BELSER, pp. 164-165).

625 *Supra* n^{os} 354 ss.

626 GRISEL, n^{os} 222-245.

627 *Supra* n^o 361.

628 En matière de liberté de l'objet : ATF 96 II 18 [de], consid. 1, trad. JdT 1971 I p. 354 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 625, 628-629.

629 *Infra* n^{os} 392 ss.

630 BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^o 2.

631 *Infra* n^{os} 1050 ss.

a) Limites à la liberté de conclure

377 **En général** Les limitations de la *liberté de conclure* se confondent souvent avec des limitations de la liberté de l'objet⁶³², puisque c'est par rapport à un objet particulier que la conclusion d'un contrat est interdite⁶³³. On peut évoquer ici le cas particulier des limites à la *liberté de ne pas conclure*, c'est-à-dire de l'obligation de contracter (*Kontrahierungspflicht*), qui constitue un cas exceptionnel dans lequel le contrat est conclu malgré l'absence de volonté de le conclure chez l'une des parties⁶³⁴.

378 **Sources et conditions** Outre les obligations conventionnelles de contracter⁶³⁵, on distingue les obligations de contracter prévues dans des dispositions légales spéciales (par exemple art. 13 let. b LCart ; art. 13 ss LPO) et celles découlant « de l'application des principes généraux du droit privé, comme l'interdiction d'un comportement contraire aux bonnes mœurs »⁶³⁶, la protection de la personnalité (art. 28 CC) ou l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)⁶³⁷. Les obligations de contracter fondées sur des principes généraux ne sont admissibles qu'avec « une grande retenue », lorsque quatre conditions cumulatives sont réalisées⁶³⁸ :

- 379 1. « Un entrepreneur offre des marchandises ou des services d'une manière générale ou publique. »
- 380 2. « Les biens ou services [...] relèvent d'un besoin normal. »

632 À ce sujet, cf. *infra* n^{os} 384 ss.

633 Cf. par exemple ATF 134 III 438 [de], consid. 2.2, trad. JdT 2008 I p. 541 : « [...] sein Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt [...] » ; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 640. Appliquant ainsi par analogie les limites de la liberté de l'objet aux limites de la liberté de conclure : ARNET, n^o 434. En cas d'obligation de conclure : ARNET, n^{os} 86-87 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1104 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^o 95 ; cf. aussi ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.3, trad. JdT 2003 I p. 127 : « [...] aux conditions qu'il a fait connaître au public » (citation issue de la traduction au JdT).

634 Arrêt précité, consid. 6.1 ; ARNET, n^o 86 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1102 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^o 94.

635 À ce sujet, cf. *infra* n^{os} 1430 ss.

636 ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.3, trad. JdT 2003 I p. 127 (citation issue de la traduction au JdT).

637 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 1111, 1115a ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 102, 111 ss ; CRMORIN, art. 1 CO, n^{os} 184-185.

638 ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.3, trad. JdT 2003 I p. 127 (citations issues de la traduction au JdT). Les conditions étaient auparavant plus strictes ; sur cette évolution, cf. ATF 80 II 26 *Seelig* [de], consid. 4c, trad. JdT 1956 I p. 136 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1114 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^o 110.

3. « La personne intéressée ne dispose pas, en raison de la position dominante de l'entrepreneur sur le marché, d'autres moyens envisageables de satisfaire ses besoins normaux. » 381
4. « L'entrepreneur n'est pas en mesure d'indiquer des motifs objectivement justifiés pour expliquer son refus de contracter. » 382

Rapport avec la liberté formelle et matérielle La limitation de la liberté de ne pas conclure est un cas dans lequel la liberté matérielle de la personne intéressée est entravée par la position dominante de l'entrepreneur, raison pour laquelle on restreint à titre exceptionnel la liberté formelle de ce dernier⁶³⁹. 383

b) Limites à la liberté de l'objet

Systematique L'art. 19 al. 2 CO énumère différentes catégories de vice de l'objet, qui peuvent être regroupées dans les notions « d'illicéité » et de « contrariété aux mœurs » énoncées à l'art. 20 al. 1 CO⁶⁴⁰. L'impossibilité n'est en revanche mentionnée qu'à l'art. 20 al. 1 CO et non à l'art. 19 al. 2 CO. 384

Illicéité Sont nuls les contrats ayant un objet « illicite », c'est-à-dire contraire à une norme impérative de droit privé ou public suisse, cantonal ou fédéral (contrats contraires à une « règle de droit strict », art. 19 al. 2 CO)⁶⁴¹. La norme en cause doit toujours être interprétée pour savoir si sa sanction consiste en la nullité du contrat⁶⁴². Il peut y avoir contrariété à une norme impérative non seulement par rapport l'objet lui-même du contrat, mais également quant au but médiate visé par toutes les parties au contrat⁶⁴³. En revanche, les normes qui interdisent la participation subjective de l'une des 385

639 BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 109 ; MORIN, *Liberté*, p. 29. Sur les rapports entre liberté formelle et liberté matérielle, cf. *supra* n°s 362 ss.

640 Sur le rapport entre ces deux dispositions, cf. notamment BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 4, 128-129 ; ZUFFEREY-WERRO, n°s 224-346.

641 ATF 134 III 438 [de], consid. 2.2, trad. JdT 2008 I p. 541 ; ATF 134 III 52 [de], consid. 1.1, trad. JdT 2008 I p. 307 ; ATF 117 II 47 [fr], consid. 2a ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 638, 645, 648 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 132.

642 ATF 134 III 438 [de], consid. 2.2, trad. JdT 2008 I p. 541 ; ATF 134 III 52 [de], consid. 1.1, trad. JdT 2008 I p. 307 ; ATF 117 II 47 [fr], consid. 2a ; ATF 96 II 18 [de], consid. 1, trad. JdT 1971 I p. 354 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 647 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 135, 146, 148.

643 ATF 134 III 438 [de], consid. 2.2, trad. JdT 2008 I p. 541 ; ATF 134 III 52 [de], consid. 1.1, trad. JdT 2008 I p. 307 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 639-644 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 136-137.

parties au contrat, ou qui ne visent que les circonstances extérieures de sa conclusion, ne donnent en principe pas lieu à l'existence d'un vice de l'objet⁶⁴⁴. Le fait qu'un contrat contrevienne aux droits de créance d'un tiers ne suffit en principe pas à le rendre illicite⁶⁴⁵.

386 **Contrariété aux mœurs** La catégorie des contrats ayant un objet « contraire aux mœurs » (art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO) comprend :

387 1. *Les contrats contraires aux « droits attachés à la personnalité »* (art. 19 al. 2 CO et 27 al. 2 CC)⁶⁴⁶. L'art. 27 al. 2 CC protège la personnalité des sujets de droit contre eux-mêmes, en prohibant les « engagements excessifs ». Les critères pour savoir si une atteinte est excessive sont multiples ; l'ensemble des circonstances doit être pris en compte⁶⁴⁷. À titre principal, on cite l'intensité de l'atteinte, sa durée, ainsi que le type de liberté affectée – typiquement, une atteinte à l'intégrité corporelle est plus facilement considérée comme excessive qu'une atteinte à la liberté économique⁶⁴⁸. En outre, on peut tenir compte du degré de détermination de l'obligation, de la situation personnelle du débiteur, de l'existence d'une alternative pour celui-ci, et encore de la sanction du droit en cause⁶⁴⁹. En particulier, l'existence et la quotité d'une contre-prestation sont également des critères pour déterminer si une atteinte est excessive ; cependant, la disproportion entre les prestations n'est en soi pas contraire à l'art. 27 al. 2 CC, qui ne protège la personne que contre la perte de sa liberté de décision, et non contre les mauvaises affaires⁶⁵⁰.

644 ATF 117 II 47 [fr], consid. 2a ; ATF 114 II 279 [fr], consid. 2a ; ATF 102 II 401 [de], consid. 2b, trad. JdT 1978 I p. 492 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 651 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 140-141.

645 BUCHER, AT, p. 251 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 652 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 143.

646 Les contrats contraires au droit de la personnalité sont souvent décrits comme étant contraires aux mœurs (cf. par exemple ATF 130 III 495 [de], consid. 5, trad. JdT 2005 I p. 79 ; ATF 129 III 209 [de], consid. 2.2, trad. JdT 2003 I p. 623 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 656 ; pour plus de détails : ZUFFEREY-WERRO, n°s 611-647), mais sont également illicites (KELLER/SCHÖBI, p. 141 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 128).

647 BK-BUCHER, art. 27 CC, n° 274 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 663 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 224 ; CR-MARCHAND, art. 27 CC, n° 15 ; MEIER/DE LUZE, n° 709 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 11 n° 11 ; THÉVENAZ, n°s 120 ss.

648 BK-BUCHER, art. 27 CC, n°s 275-281 ; CR-MARCHAND, art. 27 CC, n° 14 ; MEIER/DE LUZE, n°s 710-720 ; THÉVENAZ, n°s 121-131.

649 BK-BUCHER, art. 27 CC, n° 282 ; CR-MARCHAND, art. 27 CC, n°s 14, 36, 54, 64 ; MEIER/DE LUZE, n° 721 ; THÉVENAZ, n°s 132-137.

650 BK-BUCHER, art. 27 CC, n°s 215, 284 ; CR-MARCHAND, art. 27 CC, n° 16 ; MEIER/DE LUZE, n°s 712, 715 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 11 n° 13.

Les principaux groupes de cas visés sont les contrats limitant la liberté physique et l'intégrité corporelle⁶⁵¹, les contrats touchant à la sphère intime des parties ou à leurs intérêts strictement personnels (statut relationnel, croyances religieuses)⁶⁵², les contrats de trop longue durée sans possibilité de résiliation ordinaire⁶⁵³, ainsi que les contrats dits « léonins » (*Knebelungsverträge*), par lesquels une partie est soumise à l'arbitraire de l'autre⁶⁵⁴. Une atteinte contractuelle à la liberté économique ne peut être contraire à l'art. 27 al. 2 CC « que si elle livre celui qui s'est obligé à l'arbitraire de son cocontractant, supprime sa liberté économique ou la limite dans une mesure telle que les bases de son existence économique sont mises en danger »⁶⁵⁵.

388

La sanction de l'art. 27 al. 2 CC dépend de l'objet de l'engagement⁶⁵⁶ :

a) s'il relève de la sphère strictement personnelle d'une personne, l'engagement est nul pour contrariété aux mœurs (art. 20 CO) et cette nullité est constatée d'office; **b)** dans les autres cas, l'engagement n'est que contraire aux droits de la personnalité. Le régime de la nullité est alors relatif et seule la partie dont la personnalité est violée peut invalider le contrat.

389

2. *Les autres contrats contraires aux mœurs.* Il s'agit des contrats « condamnés par la morale dominante, par le sentiment général des convenances, par les principes et jugements de valeur qu'implique l'ordre juridique considéré dans son ensemble »⁶⁵⁷. « Un contrat peut être contraire aux mœurs soit en raison de la prestation promise, soit indirectement par le but ou le résultat visé, soit encore par la com-

390

651 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 660; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 212.

652 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 660; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 213-214.

653 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 661; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 217-223.

654 ATF 97 II 103 [de], consid. 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 663; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 157-161, 225.

655 ATF 123 III 337 [fr], consid. 5; cf. aussi ATF 138 III 322 [de], consid. 4.3.2, trad. SJ 2013 I p. 126; ATF 114 II 159 [de], consid. 2a, trad. JdT 1989 I p. 2; BK-BUCHER, art. 27 CC, n°s 152-155, 280; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 663; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 226, 229; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 11 n° 13.

656 ATF 136 III 401 [de], consid. 5.4, trad. JdT 2011 II p. 508; ATF 129 III 209 [de], consid. 2.2, trad. JdT 2003 I p. 623; BS-K-HUGUENIN/MEISE, art. 19-20 CO, n° 56; MEIER/DE LUZE, n°s 722-725; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 11 n° 15.

657 ATF 129 III 604 [fr], consid. 5.3; cf. aussi ATF 136 III 474 [de], consid. 3, trad. JdT 2012 II p. 340; ATF 132 III 455 [de], consid. 4.1, trad. JdT 2007 I p. 251; ATF 123 III 101 [de], consid. 2, trad. JdT 1997 I p. 586; ATF 115 II 232 [de], consid. 4a, trad. JdT 1990 I p. 66; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 649, 669; distinguant les contrats contraires à la morale ambiante et ceux contraires aux valeurs portées par l'ordre juridique : BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 155, 174; BROGGINI, pp. 93 ss; SIMONIUS, *Ordre public*, p. 803; ZUFFEREY-WERRO, n°s 579 ss.

binaison d'une prestation nécessairement gratuite avec une contre-prestation appréciable en argent »⁶⁵⁸.

- 391 **Impossibilité** Il y a impossibilité au sens de l'art. 20 al. 1 CO lorsque la prestation promise ne peut, pour des raisons matérielles ou juridiques, absolument pas être effectuée ; l'impossibilité doit être objective (personne ne peut effectuer la prestation en cause) et initiale (la prestation doit déjà être impossible au moment de la conclusion du contrat)⁶⁵⁹.

B. Sous l'angle du droit constitutionnel

- 392 **Droit fondamental : a) Principe** Puisque la liberté contractuelle est un droit fondamental, toute restriction qui y est apportée doit respecter les conditions posées par l'art. 36 Cst.⁶⁶⁰.

- 393 **Droit fondamental : b) Base légale** Toute restriction à la liberté contractuelle « doit être fondée sur une base légale » (art. 36 al. 1, 1^{ère} phrase Cst. ; art. 5 al. 1 Cst.), c'est-à-dire qu'elle doit être prévue par une règle de droit générale et abstraite afin de garantir la sécurité du droit et l'égalité de traitement⁶⁶¹. **a)** Quant au rang de la norme, toute restriction « grave » doit figurer dans une loi formelle (art. 36 al. 1, 2^e phrase Cst.), ce qui assure la légitimité démocratique de la restriction⁶⁶². **b)** La base légale doit en principe être

658 ATF 129 III 604 [fr], consid. 5.3 ; ATF 123 III 101 [de], consid. 2, trad. JdT 1997 I p. 586 ; ATF 115 II 232 [de], consid. 4a, trad. JdT 1990 I p. 66.

659 ATF 102 II 339 [de], consid. 3 ; ATF 96 II 18 [de], consid. 2a, trad. JdT 1971 I p. 354 ; ATF 95 II 547 [de], consid. 4b ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 631, 633-634 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 240-251. Pour des exemples, cf. ATF 138 III 29 [de], consid. 2.3.2 ; ATF 133 III 311 [fr], consid. 3.4.1 ; ATF 130 III 66 [de], consid. 3.3.3, trad. JdT 2004 I p. 83.

660 FF 1997 I pp. 1 ss, pp. 177, 301 ; ATF 131 I 333 [fr], consid. 4 ; ATF 131 I 223 [de], consid. 4.1, trad. RDAF 2006 I p. 526 ; ATF 113 la 126 [fr], consid. 8c ; GRISEL, n^o 537 ; CR-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 CO, n^o 32 ; MAHON, art. 27 Cst., n^{os} 7, 12-18 ; MORIN, *Liberté*, p. 20 ; StGK-VALLENDER, art. 27 Cst., n^o 56.

661 FF 1997 I pp. 1 ss, p. 197 ; ATF 138 I 378 [de], consid. 7.2, trad. JdT 2014 I p. 3 ; ATF 123 I 112 *Himmelberger* [fr], consid. 7a ; ATF 109 la 273 [de], consid. 4d, trad. et rés. JdT 1985 I p. 616 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 183-189 ; GRISEL, n^o 566 ; MAHON, art. 36 Cst., n^o 7 ; MARTENET, *Égalité*, n^o 691 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n^o 81 ; StGK-SCHWEIZER, art. 36 Cst., n^o 15.

662 FF 1997 I pp. 1 ss, pp. 198-199 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 190-191 ; GRISEL, n^{os} 567-569 ; MAHON, art. 36 Cst., n^o 8 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n^o 23, 103 ; StGK-SCHWEIZER, art. 36 Cst., n^{os} 16-19.

suffisamment « claire et précise »⁶⁶³ ; cette exigence peut toutefois également varier en fonction « du cercle de ses destinataires, et de la gravité des atteintes [...] aux droits fondamentaux »⁶⁶⁴. **c) L'exigence d'une base légale** ne vaut que sous réserve d'un « danger sérieux, direct et imminent » (art. 36 al. 1, 3^e phrase Cst.), réserve également désignée par l'expression « clause générale de police »⁶⁶⁵.

Droit fondamental : c) But légitime Toute restriction à la liberté contractuelle « doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui » (art. 36 al. 2 Cst. ; art. 5 al. 2 Cst.). Parmi les justifications apportées aux restrictions des droits fondamentaux, on distingue donc les intérêts publics (au sens strict) et les droits fondamentaux d'autrui⁶⁶⁶. Si la notion d'intérêt public est par nature variable (dans le temps, l'espace et en fonction du droit fondamental en jeu), on la décrit comme comprenant un cœur appelé « ordre public » (sécurité, santé, tranquillité et moralité publiques, bonne foi en affaires), auquel s'ajoutent notamment des considérations de politique sociale, des valeurs écologiques ou culturelles, etc.⁶⁶⁷.

Droit fondamental : d) Proportionnalité Toute restriction de la liberté contractuelle « doit être proportionnée au but visé » (art. 36 al. 3 Cst. ; art. 5 al. 2 Cst.). Cette règle implique trois exigences⁶⁶⁸ :

663 FF 1997 I pp. 1 ss, p. 198 ; ATF 140 I 168 [fr], consid. 4.1.2 ; ATF 109 la 273 [de], consid. 4d, trad. et rés. JdT 1985 I p. 616 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, II, n^{os} 192 ; GRISEL, n^o 570 ; MAHON, art. 36 Cst., n^o 9.

664 ATF 123 I 112 *Himmelberger* [fr], consid. 7a ; cf. aussi ATF 140 I 168 [fr], consid. 4.1.2 ; ATF 109 la 273 [de], consid. 4d, trad. et rés. JdT 1985 I p. 616 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, II, n^{os} 192-193 ; GRISEL, n^o 570 ; MAHON, art. 36 Cst., n^o 9.

665 FF 1997 I pp. 1 ss, p. 198 ; ATF 137 II 431 [de], consid. 3.3.1, trad. JdT 2012 I p. 207 ; ATF 136 IV 97 *Rappaz* [fr], consid. 6.3.1 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, II, n^{os} 206-208 ; GRISEL, n^o 574 ; MAHON, art. 36 Cst., n^o 10.

666 Suivant l'adage « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » exprimé à l'art. 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Le respect des droits fondamentaux d'autrui peut se recouper en partie avec l'intérêt public (FF 1997 I pp. 1 ss, p. 197 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, II, n^{os} 224-225 ; MAHON, art. 36 Cst., n^o 12 ; dans le même sens : TANDOĞAN, *Nullité partielle*, p. 22).

667 FF 1997 I pp. 1 ss, p. 197 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, II, n^{os} 214, 217-223 ; GRISEL, n^{os} 587-593 ; MAHON, art. 36 Cst., n^{os} 13-14 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n^o 106-127. Pour des exemples, cf. ATF 136 IV 97 *Rappaz* [fr], consid. 6.3.3 ; ATF 135 I 233 [fr], consid. 3.3 ; ATF 109 Ib 285 [fr], consid. 4a ; ATF 109 la 116 *Morand* [fr], consid. 4d.

668 Les extraits cités proviennent de l'arrêt publié aux ATF 140 I 168 [fr], consid. 4.2.1. Sur la proportionnalité au sens de l'art. 36 al. 3 Cst., cf. en outre FF 1997 I pp. 1 ss, p. 197 ; ATF 141 I 20 [fr], consid. 6.2.1 ; ATF 135 I 233 [fr], consid. 3.1 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, II, n^{os} 226-237 ; GRISEL, n^{os} 582-614 ; MAHON, art. 36 Cst., n^{os} 15-16 ; MARTENET, *Égalité*, n^o 718 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n^o 128-130 ; StGK-SCHWEIZER, art. 36 Cst., n^{os} 37-43.

- 396 1. *Règle de l'aptitude* : la restriction du droit fondamental doit être « propre à atteindre le but visé ».
- 397 2. *Règle de la nécessité* : le but visé ne peut pas « être atteint par une mesure moins contraignante ».
- 398 3. *Proportionnalité au sens étroit* : il existe « un rapport raisonnable entre ce but et les intérêts compromis ». Pour le déterminer, il y a lieu d'effectuer une pesée des intérêts.
- 399 **Droit fondamental : e) Essence** « L'essence » de la liberté contractuelle ne doit pas être violée (art. 36 al. 4 Cst.). La portée de l'exigence d'inviolabilité du « noyau intangible » des droits fondamentaux est controversée : si les autorités fédérales l'admettent dans son principe⁶⁶⁹, le Tribunal fédéral ne lui aurait pas encore donné d'effet concret⁶⁷⁰ ; d'ailleurs, une partie de la doctrine conteste l'idée que cette exigence ait une véritable portée juridique⁶⁷¹. Quoiqu'il en soit, on peine à identifier un véritable « cœur intangible » de la liberté contractuelle, puisque même la liberté (élémentaire) de conclure ne vaut pas sans limite⁶⁷².
- 400 **Principe de l'ordre économique** Dans la perspective de l'art. 94 Cst.⁶⁷³, les mesures de politique économique dérogeant à la liberté contractuelle nécessitent une base constitutionnelle ou une régle cantonale (art. 94 al. 4 Cst.) ;

669 FF 1997 I pp. 1 ss, p. 198 ; ATF 140 I 2 [de], consid. 9.1, trad. JdT 2014 I p. 167 ; ATF 131 I 166 [de], consid. 5.3, trad. JdT 2007 I p. 75 ; cf. déjà ATF 99 la 604 [fr], consid. 4d.

670 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 251. Pour des exemples de non-application, cf. ATF 140 I 2 [de], consid. 9.1, trad. JdT 2014 I p. 167 ; ATF 137 I 31 [de], consid. 6.2, trad. JdT 2011 I p. 221 ; ATF 136 I 87 [de], consid. 4.2, trad. JdT 2010 I p. 367. GRISEL, n^o 616, mentionne toutefois un cas d'application ancien, publié aux ATF 42 I 22 [de].

671 Cf. en particulier les arguments et exemples avancés par RIEDO/NIGGLI, pp. 762 ss ; du même avis : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n^{os} 253-254 ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 7 n^{os} 115 ; *contra* GRISEL, n^{os} 615-616 ; MÜLLER, *Kerngehalt*, pp. 34-36 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, n^{os} 1092-1100 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 n^o 131-133 ; SCHEFER, pp. 147 ss.

672 ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.4, trad. JdT 2003 I p. 127 ; ARNET, n^{os} 559-578 ; BESSON, n^{os} 662-684 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 99-102 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 93-122. Certains auteurs précisent que la liberté contractuelle serait le cœur intangible de la liberté économique (CR-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 CO, n^o 16 ; MÜLLER/SCHEFER, p. 1079 ; StGK-VALLENDER, art. 27 Cst., n^o 45), mais cela semble toutefois être dit sans correspondance directe avec l'art. 36 al. 4 Cst., faute de quoi aucune restriction à la liberté contractuelle ne serait admissible. Plaçant bien plutôt l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé dans le noyau intangible de la liberté économique : SCHEFER, pp. 467-470.

673 *Supra* n^o 345.

ces mesures doivent être distinguées des restrictions à la liberté contractuelle, admissibles aux conditions de l'art. 36 Cst.⁶⁷⁴.

§ 2. La sécurité juridique

I. Notion

Définition On peut définir la sécurité du droit comme le *point d'équilibre idéal auquel le degré de confiance concret des justiciables dans un ordre juridique donné serait optimal*. Cette définition coexiste évidemment avec d'autres⁶⁷⁵ ; elle permet toutefois de souligner les éléments suivants :

- La sécurité du droit concerne la *confiance concrète* des justiciables dans la capacité d'un ordre juridique à répondre aux incertitudes qui entourent la vie et les relations entre êtres humains⁶⁷⁶. Puisqu'elle est une notion concrète, la sécurité juridique doit toujours s'apprécier en fonction d'un contexte⁶⁷⁷. 402
- La sécurité juridique est un *point d'équilibre* entre de nombreux facteurs et intérêts parfois divergents, qui doivent tous être pris en compte et mis en balance⁶⁷⁸. La sécurité du droit est une notion relative, qui est fonction de degrés plutôt que d'orientations absolues. 403
- La sécurité du droit représente un *idéal* jamais totalement réalisé, un objectif par définition inatteignable mais en direction duquel l'ordre juridique doit sans cesse s'orienter⁶⁷⁹. 404

674 FF 1997 I pp. 1 ss, p. 301 ; ATF 140 I 218 [fr], consid. 6.2 ; ATF 131 I 223 [de], consid. 4.2, trad. RDAF 2006 I p. 526 ; MAHON, art. 27 Cst., n° 10 ; StGK-VALLENDER, art. 27 Cst., n°s 60 ss ; plus nuancés AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, n°s 959-1002.

675 Cf. par exemple FORSTMOSER/VOGT, § 12 n° 314 ; SCHWEIZER, pp. 6 ss.

676 ZK-BAUMANN, Rem. prélim. art. 2-3 CC, n°s 10-12 ; BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 325 ; NOLL, pp. 563-564 ; SCHUHMACHER, *Vertrauen*, pp. 638-641 ; SCHWEIZER, pp. 3-5. Lorsque les relations humaines en question sont de nature contractuelle et/ou commerciale, on parle parfois de « sécurité des affaires » ou de « *Verkehrssicherheit* » (cf. par exemple SCHWEIZER, pp. 9-10 ; pour une terminologie différente : PIOTET, *Formation*, p. 52).

677 SCHWEIZER, pp. 107, 123.

678 Sur les principales composantes de la sécurité juridique, cf. *infra* n°s 411 ss.

679 ATF 115 Ib 238 [de], consid. 5b, trad. RDAF 1992 p. 85 ; BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n°s 65, 78 ; SCHWEIZER, pp. 16, 27.

- 405 – La sécurité du droit concerne *l'ordre juridique* dans son intégralité, et non seulement la loi⁶⁸⁰. Le texte légal joue toutefois un rôle particulier dans la réalisation de la sécurité juridique⁶⁸¹.

406 **Terminologie** On peut parler indifféremment de « sécurité du droit », de « sécurité juridique » ou de « prévisibilité du droit ». Ces expressions sont souvent employées dans un sens étroit, pour désigner l'impératif de stabilité et de maintien des solutions antérieures⁶⁸², qui peut devoir être mis en balance avec l'adoption d'une solution correspondant mieux à la justice matérielle. Dans un sens plus large, employé ici, la sécurité du droit recouvre à la fois les impératifs de stabilité et de justice matérielle, notions entre lesquelles il s'agit de trouver des points d'équilibre en fonction des situations concrètes⁶⁸³.

407 Cette précision est purement terminologique⁶⁸⁴ : la recherche d'un équilibre entre stabilité et justice matérielle doit toujours avoir lieu, que cela se fasse au sein de la sécurité juridique (au sens large) ou dans la mise en balance de la sécurité juridique (au sens étroit) avec un principe qui lui serait extérieur (la justice matérielle). Le choix d'une définition large de la sécurité juridique, élargissant la terminologie habituelle, nous semble justifié à plusieurs égards. **a)** La jurisprudence et la doctrine rattachent une fonction de pacification des rapports sociaux à la sécurité du droit⁶⁸⁵, et décrivent celle-ci comme une notion concrète⁶⁸⁶ devant être analysée du point de vue des destinataires de l'ordre juridique⁶⁸⁷. Dans cette perspective, il semble inopportun de réduire la sécurité du droit à sa seule dimension formelle (stabilité du droit). Pour déterminer si dans des situations concrètes, le droit contribue effectivement à pacifier la société des justiciables (et ainsi à la *sécuriser*), il faut nécessairement prendre en compte les valeurs portées par celle-ci. **b)** Dans cette conception large, la prévisibilité du droit (employée comme synonyme de sécurité du droit) dépend non seulement de la stabilité « formelle » du droit, mais aussi du maintien de son adéquation aux valeurs actuellement portées par la société des justiciables – ou, autrement dit, à « l'es-

680 Sur la distinction entre sécurité légale et sécurité juridique, cf. notamment PAPAUX, pp. 35 ss.

681 *Infra* n°s 419 ss.

682 Sur la stabilité du droit, cf. *infra* n°s 424 ss. Semblant employer l'expression « sécurité juridique » dans ce sens étroit : ATF 127 III 496 [fr], consid. 3b/bb ; ATF 115 Ib 238 [de], consid. 5b, trad. RDAF 1992 p. 85 ; ATF 90 II 295 [it], consid. 6 ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC, n° 61 ; DESCHENAUX, *TDP*, p. 132 ; FORSTMOSER/VOGT, § 12 n° 316 ; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n° 496 ; Du PASQUIER, n° 173 ; WIDMER, *Eingriff*, pp. 103-104.

683 Dans ce sens, cf. par exemple NOLL, pp. 563-564 ; PAPAUX, p. 61 ; cf. aussi *infra* n° note 703.

684 Sur les différents points de vue possibles quant au rapport entre stabilité du droit et justice matérielle : BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n° 69 ; SCHWEIZER, pp. 73-74.

685 *Infra* n° note 710.

686 *Supra* n° note 676.

687 *Infra* n° note 712.

prît du temps » (*Zeitgeist*)⁶⁸⁸. **c)** Parfois, les aspects formels de la sécurité du droit s'opposent à ses aspects matériels, parfois ils vont de pair; souvent ils s'enchevêtrent au point qu'il semble plus pratique et cohérent de les analyser ensemble⁶⁸⁹. **d)** Définir la sécurité du droit de manière étroite, dans un sens purement formel, mène parfois à oublier l'importance de la recherche d'un équilibre entre sécurité formelle et sécurité matérielle⁶⁹⁰.

Nature juridique et sources La sécurité juridique est parfois décrite comme l'une des composantes de « l'idée du droit », c'est-à-dire comme l'un de ses éléments caractéristiques⁶⁹¹. Intimement lié au concept d'État de droit⁶⁹², le principe de la sécurité juridique constitue un principe général du droit⁶⁹³ exprimé dans diverses dispositions constitutionnelles et légales (dont notamment les art. 5 al. 1 et 3, 8 al. 1 et 9 Cst., les art. 2 à 4 CC ou encore les art. 1 et 2 tit. fin. CC)⁶⁹⁴. Comme tout principe général⁶⁹⁵, la sécurité du droit doit être concrétisée en fonction de ses cas d'application⁶⁹⁶. Toutes

408

688 Le mot « *Zeitgeist* » est employé par le Tribunal fédéral in ATF 123 III 292 *Fussballclub Lohn* [de], consid. 2e/aa, trad. JdT 1998 I p. 586. PIOTET, *Formation*, p. 52, parle à juste titre de « sécurité dynamique » face à la « sécurité statique », qui sont *a priori* « aussi dignes de protection l'une que l'autre ». Sur la justice matérielle comme facteur de prévisibilité du droit, cf. *infra* n° 414.

689 À ce sujet, cf. *infra* n° 411. Par exemple, pour analyser les risques que comportent les décisions judiciaires pour les parties (sécurité de la mise en œuvre du droit, *infra* n° 423), il faut, en fonction des circonstances, prendre en compte non seulement la clarté et l'accessibilité du droit pour ses destinataires, mais également la justice matérielle (*infra* nos 1210 ss et 1229).

690 Par exemple, dans l'actuelle procédure parlementaire visant à la révision du droit de la prescription (objet parlementaire n°13.100; pour un résumé : VION, *Prescription*, pp. 165-166), la sécurité juridique a été invoquée dans son sens étroit pour argumenter en faveur de la protection des seuls auteurs de dommages (BOCN 2014 pp. 1760 ss, p. 1775; BOCE 2015 pp. 1286 ss, p. 1302), alors que la doctrine a souligné que la protection des victimes de dommages différés était tout aussi importante pour réaliser la paix sociale comprise comme élément de la sécurité juridique (au sens large) (DONATIELLO, pp. 292 ss; HUSMANN/ALIOTTA, p. 133; VION, *Prescription*, pp. 169-170; WIDMER, *Prescription*, p. 71).

691 HÖHN, *Methodik*, p. 301; SCHWEIZER, pp. 63-64; dans le même sens : FORSTMOSER/VOGT, § 12 n° 314.

692 SCHWEIZER, pp. 95-106.

693 SCHWEIZER, pp. 124-139; cf. aussi REICH/UTTINGER, p. 168.

694 Arrêt TF n. publ. 1P.586/2004 (28.06.2005) [de], consid. 4.5; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n° 488; BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, nos 63-68; REICH/UTTINGER, p. 168; SCHWEIZER, pp. 10, 73, 101-106, 135.

695 Cf. par exemple quant à la bonne foi objective (art. 2 al. 1 CC) : DESCHENAUX, *TDP*, pp. 141-142; BK-MERZ, art. 2 CC, nos 29-49.

696 SCHWEIZER, pp. 120-123.

les autorités étatiques, qu'elles soient législatives, exécutives ou judiciaires, doivent tenter de réaliser la sécurité juridique dans leurs activités⁶⁹⁷.

- 409 **Rapport avec le degré de schématisation des règles** Une règle de droit peut présenter divers degrés de « schématisation », ce qui peut renvoyer **a)** à son degré de simplicité ou de complexité, ou **b)** à son degré de fermeture ou d'ouverture (c'est-à-dire à la place qu'elle laisse à l'appréciation du juge)⁶⁹⁸.
- 410 La sécurité du droit n'implique pas de rechercher systématiquement les règles les plus simples ou les plus fermées ; bien plutôt, le degré de schématisation des règles doit être optimisé, c'est-à-dire le plus possible adapté au contexte des situations qu'elles visent⁶⁹⁹. Si, par exemple, le champ d'application d'une règle recouvre des espèces très variées, la sécurité juridique peut parfois mieux trouver son compte dans une règle ouverte que dans une règle fermée. Ainsi, les règles doivent être **a)** suffisamment complexes et ouvertes pour réaliser l'équilibre entre les différentes composantes de la sécurité du droit, mais **b)** pas plus complexes et ouvertes que nécessaire pour réaliser cet équilibre.

II. Composantes principales

- 411 **Rapports entre ces composantes** Les paragraphes suivants présentent les composantes principales de la sécurité juridique, qui ne vont pas toujours dans la même direction⁷⁰⁰ bien qu'elles puissent aussi aller de pair. Il faut souligner l'importance de la recherche constante d'un équilibre entre les différents pôles de la sécurité du droit⁷⁰¹. Un ordre juridique qui s'orienterait uniquement vers la recherche de solutions justes dans tous les cas, sans cher-

697 *Ibid.*, pp. 30-31, 150-161, 182-184.

698 Sur le degré de schématisation inhérent à la notion de règle légale, BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n° 76 ; PAPAUX, pp. 39, 53. Sur la notion de règle ouverte, cf. par exemple MERZ, *OR von 1881*, pp. 19-20 ; MERZ, *TDP*, pp. 14-15 ; MORIN, *RFC*, p. 147 ; PAPAUX, p. 49. Simplicité et fermeture sont parfois réunies (par exemple : art. 14 CC) mais ne vont pas nécessairement de pair : une règle peut être simple mais ouverte (par exemple : « le juge apprécie ») ou complexe mais fermée (par exemple, une prescription technique détaillée sans marge d'appréciation).

699 DUBS, pp. 224, 246 ; BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n°s 70, 76, 87-96 ; SCHWEIZER, pp. 51, 71, 171 ; mettant toutefois l'accent sur la recherche de règles « simples » : DESCHENAUX, *TDP*, p. 103. Cf. aussi *infra* n°s 1216 ss.

700 DONATIELLO, p. 292 ; BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n°s 76-78 ; SCHWEIZER, pp. 17-18, 124-125.

701 BYDLINSKI, *Methodenlehre*, pp. 327-328.

cher à fixer des règles générales ou à protéger la confiance des justiciables dans le maintien des pratiques antérieures serait aussi porteur d'insécurité et impraticable qu'un ordre juridique qui ne tiendrait jamais compte de la justice matérielle⁷⁰².

A. Orientation vers un droit matériellement juste

Justice et consensus social L'un des facteurs nécessaires de la sécurité juridique consiste en ce que le droit soit orienté vers la recherche des solutions les plus justes possibles⁷⁰³. 412

Dans ce contexte, une solution peut être qualifiée de juste si elle est acceptable par la société des justiciables à laquelle elle s'adresse⁷⁰⁴, c'est-à-dire par les « résidents de la culture concernée »⁷⁰⁵. En d'autres termes, la justice matérielle est le fruit d'une forme de *consensus social*, et correspond au résultat le plus à même de convaincre les destinataires de l'ordre juridique⁷⁰⁶. Les solutions considérées comme justes par la société sont dans une certaine mesure exprimées dans des dispositions constitutionnelles et légales ; pour partie, elles sont cependant extra-juridiques. Il est donc en principe exclu de se référer à des valeurs « absolues » ou à des raisonnements abstraits pour déterminer ce qui est juste. Le sentiment de justice est une réalité sociale, et par là-même un phénomène toujours contextuel, soumis aux évolutions des cadres de pensées et des conceptions des rapports interindividuels. En particulier, le juge devant déterminer ce qui est juste dans un cas d'espèce ne peut donc pas se fier à son système de valeurs personnel, mais doit tenter 413

702 BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n^{os} 79-96.

703 BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n^o 70 ; NOLL, pp. 563-564 ; PAPAUX, p. 44 ; SCHWEIZER, p. 78. Le Tribunal fédéral souligne régulièrement l'importance de trouver des solutions correspondant à la justice matérielle lors de l'interprétation de la loi (cf. par exemple ATF 141 IV 262 [fr], consid. 3.1 ; ATF 139 II 49 [fr], consid. 5.3.1 ; ATF 135 II 78 [fr], consid. 2.2 ; ATF 132 III 555 [fr], consid. 3.4.3.1 ; cf. aussi ATF 90 II 295 [it], consid. 6).

704 BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n^o 65 ; NOLL, pp. 563-564 ; PAPAUX, pp. 44, 56, 61 ; sur la notion de société, de sentiment de justice et leurs rapports avec le droit, cf. FIKENTSCHER, pp. 82-83, 98, 253-263.

705 PAPAUX, p. 56.

706 Dans ce sens : SCHWEIZER, p. 46.

d'établir quelles sont les valeurs et solutions qui font l'objet d'un consensus social⁷⁰⁷.

- 414 **Prévisibilité des solutions justes** Les valeurs considérées comme justes par une société sont partagées par les individus qui la composent, et ceux-ci peuvent orienter leurs comportements et attentes vis-à-vis de ce sentiment de justice. La communauté des justiciables s'attend à ce que le droit prévoie des solutions justes⁷⁰⁸. Cela explique pourquoi la recherche des solutions les plus justes fait partie des facteurs de prévisibilité du droit⁷⁰⁹.
- 415 **Fonction pacificatrice** En outre, l'une des fonctions principales de la sécurité du droit consiste en la pacification des rapports sociaux⁷¹⁰. Sont en particulier susceptibles de pacifier la société à long terme les règles que la société estime comme justes. Plus grand est l'écart entre la justice matérielle et le droit objectif, plus élevé est le risque de troubles de la paix sociale, notamment sous la forme d'actes de justice privée.

B. Orientation vers un droit clair et accessible à ses destinataires

- 416 **Clarté du droit** La clarté du droit, c'est-à-dire son caractère univoque et compréhensible, est l'une des composantes fondamentales de la sécurité juridique⁷¹¹. L'expression « clarté du droit » n'acquiert cependant tout son sens

707 DESCHENAUX, *TDP*, p. 132 ; HÖHN, *Methodik*, p. 293 ; BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n° 62 ; cf. aussi VON TUHR/PETER, § 7 VI : « *Der Richter hat zwischen den widerstrebenden Interessen der Parteien die Mittellinie zu suchen, welche sich nach dem Urteil billig und gerecht denkender Menschen als die richtige darstellt.* »

708 BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n° 70.

709 PAPAUX, p. 61 ; ainsi que NOLL, p. 563 : « [...] das Fairnessprinzip [konfligiert] nicht mit dem Gebot der Rechtssicherheit, da die Justiz jenen, der seine Dispositionen auf dem Boden der Fairness trifft, nach einem solchen, am Fairnessgedanken orientierten Rechtskonzeption stets in seinem Vertrauen schützt und damit berechenbar ist. ». Dans le même sens, en mettant l'accent sur le principe d'égalité : SAMELI, pp. 47-48. Sur les rapports entre justice matérielle et sécurité juridique au sens étroit, cf. aussi FORSTMOSER/VOGT, § 12 n° 316-318.

710 ATF 127 III 496 [fr], consid. 3b/bb ; BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 325 ; cf. aussi ATF 137 III 243 [de], consid. 4.5, trad. JdT 2014 II p. 443.

711 ATF 138 II 440 [de], consid. 12, trad. JdT 2013 I p. 135 ; ATF 133 I 77 [de], consid. 5.4, trad. JdT 2008 I p. 418 ; ATF 122 III 361 [de], consid. 4c, trad. JdT 1997 I p. 207 ; BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 325 ; DESCHENAUX, *TDP*, p. 103 ; FORSTMOSER/VOGT, § 12 n° 314 ; BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n° 62 ; SCHWEIZER, pp. 6-7.

que lorsque l'on prend en compte le point de vue duquel le droit doit être clair, c'est-à-dire le point de vue de ses destinataires.

Accessibilité aux destinataires De façon générale, les destinataires du droit sont tous les justiciables, qui sont dans une large mesure des non-juristes. Ainsi, l'accessibilité du droit aux non-juristes est l'un des facteurs essentiels de la sécurité juridique⁷¹². Depuis les origines de la codification suisse, le législateur est d'ailleurs habité par le souci de rendre ses lois compréhensibles et accessibles pour le citoyen moyen (principe de la *codification populaire*)⁷¹³.

Ce principe varie toutefois en fonction de certains paramètres. **a)** Plus les règles sont destinées à des cercles particuliers de justiciables (par exemple, réglementations techniques), plus l'accessibilité de ces règles peut alors être adaptée à leurs connaissances spécifiques⁷¹⁴. **b)** Plus les règles régissent des situations banales et quotidiennes, plus elles doivent être accessibles à des justiciables non assistés de juristes⁷¹⁵. Lorsque cela est généralement considéré comme nécessaire (par exemple : accusation pénale, conclusion d'une affaire importante, etc.), on peut par contre attendre des non-juristes qu'ils prennent conseil auprès d'un juriste⁷¹⁶.

Rôle du texte légal Le *texte légal* a une importance particulière dans l'analyse de la sécurité juridique⁷¹⁷ : plus la solution juridique en cause trouve une expression claire dans le texte légal, plus elle sera accessible aux non-juristes. En effet, le texte légal est la source du droit la plus accessible aux non-juristes ; grâce à la plate-forme de publication officielle (art. 1a LPubl),

712 ATF 140 IV 82 [de], consid. 2.5, trad. JdT 2014 IV p. 301 ; ATF 140 III 567 [de], consid. 2.3, trad. JdT 2015 II p. 166 ; ATF 140 III 450 [de], consid. 3.2, trad. SJ 2015 I p. 137 ; BYDLINSKI, *Methodenlehre*, pp. 326-327 ; SCHWEIZER, pp. 30, 51-53.

713 Sur le principe de la codification populaire, cf. notamment BK-EMMENEGGER/TSCHECHER, art. 1 CC, n° 212 ; BK-LIVER, Intr. gén. CC, n°s 117-138 ; MERZ, *OR von 1881*, pp. 26-27 ; ZK-SCHÖNENBERGER, Intr. gén. CO, n° 44. On voit déjà très nettement l'importance accordée à l'accessibilité du droit aux non-juristes dans les motifs du projet de Code de commerce de 1864 (MUNZINGER, *Motive*, p. 5 ; à ce sujet : STAEHELIN, pp. 41-42) ainsi que dans les travaux préparatoires du Code civil (HUBER, *Erläuterungen*, p. 2 : « *Das Gesetz muss aus den Gedanken des Volkes heraus gesprochen sein. Der verständige Mann, der es liest, der über die Zeit und ihre Bedürfnisse nachgedacht hat, muss die Empfindung haben, das Gesetz sei ihm vom Herzen gesprochen.* »). Pour un exemple montrant que ce souci est toujours actuel, cf. les débats sur la réglementation du *whistleblowing*, in : BOCN 2015 pp. 659 ss, pp. 661-663.

714 SCHWEIZER, pp. 45, 51-53.

715 *Ibid.*, pp. 51-53.

716 BYDLINSKI, *Methodenlehre*, pp. 326-327.

717 Dans le même sens : FORSTMOSER/VOGT, § 12 n° 327.

l'accès y est immédiat, gratuit et plurilingue. Par contraste, l'esprit de la loi (art. 1 al. 1 CC) ainsi que les rôles respectifs de la jurisprudence et de la doctrine (art. 1 al. 2 et 3 CC) sont moins accessibles aux non-juristes que le texte légal.

420 **En matière de conclusion du contrat** Ces principes rapportés à la conclusion du contrat, les sujets de droit doivent pouvoir savoir s'ils sont liés par des contrats, à quel moment et à quelles conditions, et cela dans le maximum de situations concrètes possibles. Vu que la conclusion de contrats est un acte banal et quotidien tout en revêtant une importance sociétale de premier ordre, il s'impose notamment de concevoir les art. 1 ss CO de façon à ce que dans le maximum de situations, les parties puissent savoir si elles sont liées sans avoir recours à un juriste.

421 *Exemple* : un entrepreneur en train de négocier des travaux se voit proposer une offre plus intéressante par un autre client, mais ses forces de travail ne permettent pas d'accepter les deux chantiers à la fois. Pour savoir s'il peut accepter cette nouvelle offre, il doit notamment savoir s'il est déjà lié par un contrat avec le premier client, ou si au contraire la négociation n'a pas encore donné lieu à un engagement ferme. Si l'entrepreneur devait recourir à un juriste (par exemple un avocat ou un juge) pour résoudre cette question, cela engendrerait des frais et des retards, qui pourraient mener jusqu'à priver l'entrepreneur de la possibilité concrète de conclure l'affaire la plus intéressante pour lui.

C. Orientation vers un droit effectif

422 **Effectivité du droit** Les droits subjectifs doivent pouvoir être mis en œuvre concrètement au moyen de décisions contraignantes⁷¹⁸. La sécurité du droit concerne non seulement le droit du fond, mais aussi le droit de procédure⁷¹⁹.

423 **Risques judiciaires et maîtrise** En particulier, la mise en œuvre des droits subjectifs par les instances judiciaires comporte certains risques, dont l'étendue et les possibilités de maîtrise par les parties doivent être analysés⁷²⁰.

718 BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 326 ; SCHWEIZER, pp. 7, 24-25 ; pour un exemple de la prise en compte de l'effectivité du droit par le législateur, cf. les débats sur la révision de la loi sur le droit d'auteur, in : BOCN 2007 pp. 1196 ss, pp. 1204-1205.

719 Cf. par exemple ATF 127 III 496 [fr], consid. 3b/bb.

720 Pour une présentation plus détaillée de la question des risques et de leur maîtrise, cf. *infra* nos 1199 ss.

D. Orientation vers le maintien des solutions préexistantes

Stabilité du droit L'un des facteurs principaux de la sécurité du droit est la stabilité de celui-ci, c'est-à-dire le maintien des solutions antérieurement pratiquées⁷²¹. Si le droit change trop fréquemment ou de manière imprévisible, la confiance concrète des justiciables dans l'ordre juridique risque de s'effriter. 424

Non-rétroactivité des lois Lorsque les solutions en cause sont ancrées dans la loi, le principe de la non-rétroactivité garantit leur maintien malgré les changements législatifs (art. 1 al. 1 tit. fin. CC)⁷²² et participe ainsi de la sécurité juridique. Toutefois, lorsque le maintien des solutions antérieures serait incompatible avec l'ordre public ou les mœurs, c'est-à-dire lorsque la nouvelle règle « appartient aux principes fondamentaux de l'ordre juridique actuel, [...] lorsqu'elle incarne des conceptions socio-politiques ou éthiques fondamentales »⁷²³, la sécurité juridique commande d'appliquer la nouvelle loi également aux situations antérieures (art. 2 tit. fin. CC). Ces deux normes illustrent le fait que la sécurité juridique⁷²⁴ constitue un point d'équilibre entre la protection de la confiance dans le maintien des pratiques préexistantes (art. 1 al. 1 tit. fin. CC) et la recherche de solutions considérées comme justes par l'ordre social (art. 2 tit. fin. CC)⁷²⁵. 425

Changements de jurisprudence Le principe de non-rétroactivité des lois n'est normalement pas applicable aux changements de pratiques des autorités exécutives et judiciaires⁷²⁶. Toutefois, un changement de jurisprudence doit en principe respecter certaines conditions : il doit s'appuyer « sur des raisons [sérieuses et] objectives, telles qu'une connaissance plus exacte ou complète de l'intention du législateur, la modification des circons- 426

721 ATF 140 III 404 [de], consid. 4.2, rés. et comm. RSJ 2015 p. 206 ; BYDLINSKI, *Methodenlehre*, p. 326 ; FORSTMOSER/VOGT, § 12 n^{os} 326, 333 ; BK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 4 CC, n^{os} 60-63 ; Du PASQUIER, n^o 173 ; SCHWEIZER, pp. 127-128.

722 ATF 133 III 105 [fr], consid. 2.1.1.

723 Arrêt précité, consid. 2.1.3 ; ATF 100 II 105 [de], consid. 2, trad. JdT 1975 I p. 136 ; cf. aussi ATF 117 II 452 [de], consid. 3a, trad. JdT 1992 I p. 582.

724 Comprise au sens large, cf. *supra* n^{os} 406 s.

725 Sur la justice matérielle comme facteur de sécurité juridique, cf. *supra* n^{os} 412 ss.

726 ATF 135 II 78 [fr], consid. 3.2 ; ATF 132 II 153 [de], consid. 5.1, trad. RDAF 2007 I p. 411 ; ATF 122 I 57 [fr], consid. 3c/bb ; ATF 111 V 161 [de], consid. 5b ; ATF 90 II 295 [it], consid. 6 ; BÄR, p. 2 ; DESCHENAUX, *TDP*, p. 120, note n^o 41 ; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n^o 495 ; STEINAUER, *TDP*, n^o 456 ; avec analyse détaillée et nuances : PROBST, pp. 438 ss, 517-519, 672 ; ainsi que PICHONNAZ, *Changement de jurisprudence*, pp. 48, 57-61.

tances extérieures, un changement de conception juridique ou l'évolution des mœurs »⁷²⁷.

- 427 Le Tribunal fédéral prend en compte le degré concret de confiance des justiciables dans le maintien de la pratique en cause : « plus la jurisprudence est constante, plus le juge [doit être] exigeant quant à la valeur des motifs invoqués »⁷²⁸. Ce degré concret de confiance des justiciables est également lié au degré d'homogénéité des pratiques antérieures ; la force des précédents dépend ainsi de leur faculté à décrire de manière claire les solutions des cas à venir.
- 428 Idéalement, un changement de jurisprudence à venir devrait faire l'objet d'un avertissement dans des décisions antérieures⁷²⁹ ; dans certaines matières (par exemple : la computation des délais de recours entraînant la péremption d'un droit), l'avertissement préalable est même obligatoire⁷³⁰. En principe, les arrêts contenant un changement de jurisprudence devraient être signalés comme tels (on parle alors de changement de jurisprudence « formel ») ; en pratique toutefois, de nombreuses décisions modifient ou précisent la jurisprudence sans que cela ne soit expressément signalé⁷³¹.

727 ATF 138 II 162 [fr], consid. 2.3 ; cf. aussi ATF 139 V 289 [de], consid. 6.2 ; ATF 135 II 78 [fr], consid. 3.2 ; ATF 122 I 57 [fr], consid. 3c/bb ; DESCHENAUX, *TDP*, pp. 119-122 ; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n° 500 ; STEINAUER, *TDP*, n° 456.

728 ATF 122 I 57 [fr], consid. 3c/bb ; cf. aussi ATF 137 V 133 [de], consid. 6.1 ; ATF 136 III 6 [de], consid. 3. Sur la notion de jurisprudence « constante », cf. notamment STEINAUER, *TDP*, n° 453.

729 BÄR, pp. 8-9 ; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n° 497 ; sur cette question, cf. en particulier PROBST, pp. 684-707.

730 ATF 135 II 78 [fr], consid. 3.2 ; ATF 122 I 57 [fr], consid. 3c/bb ; ATF 94 I 15 [fr], consid. 1.

731 BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n°s 493-494 ; sur la notion de modification de la jurisprudence : PROBST, pp. 124 ss ; pour un exemple de changement de jurisprudence formel : ATF 137 III 97 [de].

Chapitre 4

Les définitions des points essentiels du contrat

§ 1. Généralités

Points subjectivement vs objectivement essentiels Les termes « points essentiels » renvoient, dans la jurisprudence et la doctrine, à deux concepts distingués de longue date : **a)** les points *subjectivement* essentiels⁷³² et **b)** les points *objectivement* essentiels⁷³³. Alors que les premiers sont définis de manière stable et uniforme, les seconds ont donné lieu à diverses définitions différentes. 429

Groupes de définitions On peut synthétiser les discussions autour des points objectivement essentiels en distinguant, parmi les opinions émises, trois groupes de définitions : 430

1. La définition typologique des points objectivement essentiels⁷³⁴, qui consiste à les définir à l'aune des types contractuels légaux ou commerciaux. 431

732 *Infra* n^{os} 440 ss.

733 *Infra* n^{os} 430 ss.

734 *Infra* n^{os} 453 ss.

- 432 2. Les définitions structurelles des points objectivement essentiels⁷³⁵, qui renvoient aux relations entre les divers points du contrat (définition faisant référence à la cohérence de l'ensemble contractuel) ou aux relations entre les obligations qui en résultent (définitions faisant référence aux obligations principales et accessoires).
- 433 3. La définition fonctionnelle des points objectivement essentiels⁷³⁶, qui part de leur fonction de limitation des pouvoirs du juge de compléter le contrat et qui définit (négativement) les points objectivement essentiels sur cette base.
- 434 **Opportunité de cette classification** La jurisprudence et la doctrine actuelles ne distinguent pas toujours nettement ces trois groupes de définitions. Dans l'arrêt 4C.246/2003, le Tribunal fédéral adopte ainsi une définition structurelle des points objectivement essentiels, puis relève que ceux-ci sont « généralement les éléments mentionnés dans la définition légale du type de contrat »⁷³⁷. Certains auteurs distinguent différentes définitions des points objectivement essentiels⁷³⁸, mais d'autres choisissent l'une ou l'autre des définitions avant d'y inclure des éléments d'une autre, ou assimilent différentes définitions⁷³⁹.
- 435 Certes, ces différentes définitions des points objectivement essentiels présentent un certain nombre de liens. Dans le contexte de la définition typologique, on recourt parfois à des critères structurels lorsque le contrat est atypique⁷⁴⁰; à l'inverse, certaines définitions structurelles se réfèrent totalement ou partiellement à la typologie contractuelle⁷⁴¹; enfin, la définition fonctionnelle aboutit en général aux mêmes résultats que la définition typologique des points objectivement essentiels⁷⁴².
- 436 Toutefois, ces trois groupes de définitions méritent d'être traités séparément :

735 *Infra* n^{os} 626 ss.

736 *Infra* n^{os} 695 ss.

737 Arrêt TF n. publ. 4C.246/2003 (30.01.2004) [fr], consid. 5.1.

738 Cf. par exemple CARBONARA, pp. 98-99; GAUCH, *Vertragspunkten*, pp. 46-47; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 339.

739 Par exemple CR-MORIN, art. 2 CO, qui adopte une définition structurelle (n^o 2) avant d'y inclure, « dans une perspective plus pratique », des éléments typologiques (n^o 4); *idem* BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n^o 7; assimilant les définitions structurelle et fonctionnelle : HK-KUT, art. 1 CO, n^o 30; assimilant les définitions typologique et structurelle : MERZ, *Vertrag*, n^o 174; HUGUENIN, *OR*, n^o 258; CHAPUIS, pp. 62 ss.

740 *Infra* n^{os} 593 ss.

741 *Infra* n^{os} 628 ss et 678 ss.

742 *Infra* n^{os} 712 s.

1. Dans certains cas, leur application respective mène à des résultats divergents. Cela concerne surtout les rapports entre la définition typologique et certaines définitions structurelles des points objectivement essentiels⁷⁴³. 437
2. Chaque groupe de définitions soulève des enjeux différents (typologie contractuelle, structures d'obligations, pouvoir du juge de compléter le contrat). 438

Définitions vs discussions La section qui va suivre ne contient qu'une présentation des différentes définitions des points objectivement essentiels et des discussions qu'elles peuvent soulever indépendamment de l'étendue minimale de l'accord. Leurs rôles respectifs dans le contexte de l'étendue minimale de l'accord seront traités plus loin⁷⁴⁴. 439

§ 2. Points subjectivement essentiels

I. Définition

En général Les points subjectivement essentiels sont les points sur lesquels une partie au moins considère qu'un accord est nécessaire, faute de quoi elle n'aura pas la volonté de s'engager. Pour reprendre l'expression consacrée, il s'agit des points « qui constituent aux yeux d'une partie ou des deux une condition "sine qua non" de la conclusion du contrat »⁷⁴⁵. 440

Cette définition fait de longue date l'unanimité dans la jurisprudence⁷⁴⁶ et la 441

⁷⁴³ *Infra* n^{os} 678 ss et 684 ss.

⁷⁴⁴ Cf. notamment *infra* n^{os} 716 ss, 774 ss.

⁷⁴⁵ Arrêt TF n. publ. 4C.246/2003 (30.01.2004) [fr], consid. 5.1.

⁷⁴⁶ ATF 138 III 29 [de], consid. 2.1; Arrêt TF n. publ. 4C.72/2006 (30.05.2006) [fr], consid. 2.; Arrêt TF n. publ. 4C.246/2003 (30.01.2004) [fr], consid. 5.1; ATF 118 II 32 [de], consid. 3d, trad. JdT 1993 I p. 387; ATF 110 II 287 *Winiker c. Eng* [de], consid. 2b, trad. JdT 1985 I p. 146; ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 1; ATF 97 II 53 *Oberholzer* [de], consid. 3, trad. JdT 1972 I p. 52; ATF 88 II 158 [de], consid. 1, trad. JdT 1963 I p. 238; ATF 68 II 229 [de], consid. 1, trad. JdT 1943 I p. 70; ATF 54 II 300 *Bär c. Burstein* [de], consid. 1, trad. JdT 1929 I p. 66; ATF 41 II 252 *Dreifuss c. Schwegler* [de], consid. 3; ATF 34 II 715 [de], consid. 2; ATF 34 II 463 *Hydorion* [fr], consid. 3; ATF 31 II 640 [de], consid. 2; ATF 23 p. 769 [de], consid. 5; ATF 20 p. 510 [de], consid. 5.

doctrine⁷⁴⁷ ; elle jouit donc d'une grande stabilité⁷⁴⁸.

- 442 Un exemple courant de points subjectivement essentiels est l'utilisation de conditions générales, dont l'acceptation par l'autre partie est la condition *sine qua non* de l'engagement de celle qui les a rédigées⁷⁴⁹. Exemple : le client passant une commande en ligne ne pourra pas valider celle-ci tant qu'il n'a pas coché la case « j'ai lu et j'accepte les conditions générales de vente ».
- 443 **Communication du caractère subjectivement essentiel** La jurisprudence et la doctrine mentionnent diverses exigences quant à la communication du caractère subjectivement essentiel d'un point⁷⁵⁰ :
- 444 – Du point de vue de la partie pour qui le point est essentiel, on admet en général que le caractère subjectivement essentiel d'un point doit avoir été « clairement » exprimé⁷⁵¹ ;

747 BK-BECKER, art. 2 CO, n° 4 ; BUCHER, AT, pp. 119-120 ; VON BÜREN, p. 132 ; ENGEL, *Obligations*, p. 219 ; GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 50 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 341 ; GUGGENHEIM, pp. 87-88 ; HUGUENIN, OR, n° 260 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 38 ; KOLLER, AT, § 6 n° 17 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 156 ; MERZ, *Vertrag*, n° 175 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 5 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, nos 10, 12 ; PIOTET, *Formation*, pp. 146-148 ; SCHWENZER, n° 29.03 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 575 ; VON TUHR/PETER, § 24 V.

748 Divers arrêts et auteurs semblent retenir que seuls les points objectivement secondaires pourraient être subjectivement essentiels (Arrêt TF n. publ. 1C_613/2015 [10.08.2016] [de], consid. 6 ; ATF 135 III 295 [fr], consid. 3.2 ; ATF 71 II 267 ZITAG c. *Stingelin* [de], consid. 3c, trad. JdT 1946 I p. 198 ; HUGUENIN, OR, n° 260 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 38 ; KELLER/SCHÖBI, p. 54 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 156 ; MERZ, *Vertrag*, n° 175 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 5 ; SCHWENZER, n° 29.03 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 575). Cette exigence découle en fait de l'approche majoritaire de l'étendue minimale de l'accord (*infra* nos 716 ss) et ne fait donc pas partie de la notion de point subjectivement essentiel. En outre, des sources isolées semblent retenir, de manière erronée, que les points doivent être essentiels aux yeux des deux parties pour être subjectivement essentiels (ATF 71 II 267 ZITAG c. *Stingelin* [de], consid. 3c, trad. JdT 1946 I p. 198 ; KELLER/SCHÖBI, p. 55).

749 Les conditions générales ont pour caractéristique d'être non négociables (« *take it or leave it* ») : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1118 ; KOLLER, 8 UWG, pp. 24-25 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 182 ; KUONEN, CG, p. 5 ; SHK-PROBST, art. 8 LCD, n° 234 ; BSK-THOUVENIN, art. 8 LCD, nos 3, 88 ; WIDMER, Art. 8 UWG, n° 7. Cf. aussi art. 3 al. 1-2 Dir. 93/13/CEE et § 305 al. 1, 3^e phrase BGB.

750 Ces deux idées sont proches mais ne doivent pas être confondues, puisque la première implique la seconde, mais pas l'inverse – postuler la première exigence est donc plus restrictif que postuler la seconde. Pour la discussion à leur sujet, cf. *infra* n° 719, 838 ss.

751 Arrêt TF n. publ. 4C.72/2006 (30.05.2006) [fr], consid. 2 ; Arrêt TF n. publ. 4C.246/2003 (30.01.2004) [fr], consid. 6 ; ATF 118 II 32 [de], consid. 3d, trad. JdT 1993 I p. 387 ; ATF 110 II 287 *Winiker c. Eng* [de], consid. 2b, trad. JdT 1985 I p. 146 ; ENGEL, *Obligations*, p. 219 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 343 ; HUGUENIN, OR, n° 260 ; MERZ, *Vertrag*, n° 175 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 464. Quelques auteurs retiennent des exigences moins strictes : TERCIER/PICHONNAZ, n° 575 ; VON TUHR/PETER, § 24 V, note n° 67.

- Du point de vue de l'autre partie, on considère souvent que le caractère subjectivement essentiel d'un point doit être « reconnaissable »⁷⁵². 445

II. Rapport avec la volonté de conclure le contrat

Lien Les points subjectivement essentiels sont *par définition* liés à la volonté de conclure de chaque partie⁷⁵³, puisque sans accord sur les points qui étaient pour elle essentiels, une partie n'a pas la volonté de s'engager. 446

L'accord sur les points subjectivement essentiels n'est toutefois que l'un des aspects de la volonté de s'engager ; elle n'en est que l'une des modalités⁷⁵⁴. 447

III. Rapport avec la notion d'accord

Lien Pour qu'il y ait volonté de conclure, il faut donc un accord⁷⁵⁵ sur tous les points subjectivement essentiels pour l'une ou l'autre des parties. Les notions de point subjectivement essentiel et d'accord sont donc immédiatement liées. 448

Point déterminé ou déterminable Un accord sur un point signifie que ce point doit être déterminé ou à tout le moins déterminable sur la base des critères fixés par les parties et sans qu'une nouvelle entente entre les parties ne soit nécessaire⁷⁵⁶. 449

Pour qu'un point soit subjectivement essentiel, une partie doit donc vouloir être liée si et seulement si l'accord rend le point en cause déterminé ou dé- 450

752 BUCHER, AT, p. 120 ; GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 50 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 341 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 38 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 156 ; cf. aussi SCHWENZER, n° 29.03. Semblant plutôt appliquer le principe de la confiance : GUGGENHEIM, p. 88 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 26.

753 Dans ce sens : ATF 118 II 32 [de], consid. 3d, trad. JdT 1993 I p. 387 ; BUCHER, AT, p. 120 ; VON BÜREN, p. 132 ; BURRI, n° 77 ; ENGEL, *Obligations*, p. 219 ; GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 50 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 341 ; GUGGENHEIM, p. 88 ; HUGUENIN, OR, n° 260 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 38 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 619 ; KOLLER, AT, § 6 n° 19 ; PIOTET, *Formation*, pp. 146-148 ; STÖCKLI, n° 131 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 575 ; ZINDEL, pp. 360-361.

754 Sur les modalités de la volonté de s'engager, cf. *supra* n°s 152 ss.

755 Sur la méthode de recherche de l'accord sur chaque point, cf. *supra* n°s 175 ss.

756 Sur la déterminabilité des points du contrat, cf. *supra* n°s 185 ss.

terminable. Si cette partie se considérait déjà liée avant qu'un point soit au moins déterminable au sens de ce qui précède, alors ce point n'est pas subjectivement essentiel⁷⁵⁷.

451 *Exemple* : Dans l'exemple introductif⁷⁵⁸, les deux parties ont la volonté de s'engager malgré que le prix du tableau ne soit pas encore déterminable (puisque une nouvelle entente à son sujet est nécessaire). Dès lors que les deux parties ne considéraient pas qu'un prix au moins déterminable comme nécessaire à leurs volontés d'être liées, le prix est un point subjectivement secondaire⁷⁵⁹.

452 Pour qu'un point soit subjectivement essentiel, il ne suffit pas que ce point ne soit pas complètement indifférent à une partie ; bien plutôt, il faut que la partie ne se sente engagée que si le point est au moins déterminable. Dans l'exemple introductif, A et B ne voulaient apparemment pas s'engager « pour n'importe quel prix », mais la fixation d'une fourchette de prix avec réserve d'une nouvelle entente à son sujet leur a paru suffisamment précise pour qu'elles se sentent liées, même si le prix restait encore indéterminable.

§ 3. Définition typologique des points objectivement essentiels

I. Définition et diffusion

A. Définition

453 **Définition** Dans cette première définition, les points objectivement essentiels sont définis comme « les éléments conceptuels nécessaires d'un type de contrat »⁷⁶⁰. Le critère utilisé est donc la typologie contractuelle ; plus précisément, il s'agit des éléments définissant les différents types

⁷⁵⁷ Arrêt TF n. publ. 4A_554/2009 (01.04.2010) [fr], consid. 2.2 : « Le recourant conteste la conclusion du contrat (art. 1 al. 1 CO) pour le motif qu'il n'a pas reçu des pièces annexes qui y sont mentionnées. [...] En signant le contrat, en entrant en possession des locaux et en commençant l'exploitation, le recourant a montré, par actes concluants, que la réception de ces pièces n'était pas pour lui un point essentiel du contrat (art. 2 al. 1 CO). ».

⁷⁵⁸ *Supra* n° 1.

⁷⁵⁹ Dans le même sens à propos du montant du loyer : BK-GIGER, art. 253 CO, n°s 83-84.

⁷⁶⁰ ATF 97 II 53 Oberholzer [de], consid. 3, trad. JdT 1972 I p. 52 (citation issue de la traduction au JdT) ; la diffusion de cette définition sera étudiée *infra* n°s 462 ss

contractuels – nous parlerons ci-après d'*éléments constitutifs des types contractuels*⁷⁶¹ – c'est-à-dire de ce qui permet de qualifier un contrat valablement conclu (art. 1 ss CO) en un rapport d'obligation contractuel typique (par exemple : art. 184 ss CO).

Le caractère *objectivement* essentiel de ces points découle du fait qu'ils ne sont pas définis par la volonté des parties, mais par la loi (ou selon la conception que l'on adopte, par les usages socio-économiques)⁷⁶². 454

Champ d'application des règles typiques Le caractère essentiel d'un point, dans ce contexte, résulte donc de l'opposition, dans chaque type contractuel, entre ce qui est absolument nécessaire pour appliquer les règles typiques en cause (champ d'application des règles typiques) et de tous les autres points du type⁷⁶³. Par exemple, les obligations de transférer la possession et la propriété d'une chose en échange d'un prix sont en principe nécessaires pour que les règles sur la vente (art. 184 ss CO) puissent s'appliquer⁷⁶⁴. En revanche, l'existence d'une garantie en raison des défauts (art. 197 ss CO) n'étant pas déterminante pour la qualification du contrat en « vente », elle est donc objectivement secondaire. Dans cette définition, le terme « essentiel » signifie ainsi « relatif à l'essence » d'un type contractuel⁷⁶⁵. 455

En bref, la définition typologique revient donc à déclarer comme équivalentes les expressions suivantes⁷⁶⁶ : **a)** les points objectivement essentiels (définis de manière typologique) ; **b)** les éléments constitutifs des types contractuels ; **c)** le champ d'application des règles typiques. 456

761 À l'instar de LEUENBERGER, n° 70. Pour des exemples d'éléments constitutifs, cf. *infra* n°s 524 ss.

762 Dans ce sens ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n° 3.

763 SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 787, 789.

764 *Infra* n° 524.

765 Sur les différents sens ce terme, cf. notamment KELLER, *Vorbehalt*, p. 51.

766 Sur l'équivalence entre les éléments constitutifs des types (parfois appelés « définitions légales » des types) et le champ d'application des règles typiques : BK-GIGER, art. 253 CO, n° 14 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 805.

- 457 **Essentialia negotii** Les points objectivement essentiels typologiques sont souvent assimilés à la locution latine *essentialia negotii*⁷⁶⁷, sur laquelle quelques remarques s'imposent⁷⁶⁸ :
- 458 1. Les *essentialia negotii* sont généralement définis comme « les points que le contrat doit nécessairement comprendre, et qui ne peuvent donc pas être exclus sans que le contrat ne perde son caractère [typique] »⁷⁶⁹. Ils sont opposés :
- 459 (a) Aux *naturalia negotii*, qui sont « les points régulièrement compris dans le contrat à moins que les parties ne les en excluent »⁷⁷⁰ ;
- 460 (b) Aux *accidentalia negotii*, qui sont « les points que la loi permet aux parties d'inclure dans le contrat, ceux-ci pouvant écarter ou modifier des *naturalia negotii*, ou constituer de nouveaux points dépassant ces derniers »⁷⁷¹.
- 461 2. Au niveau terminologique, faut-il comprendre l'expression *essentialia negotii* comme **a)** un synonyme de « points objectivement essentiels » en général, ou comme **b)** un synonyme de « points objectivement essentiels définis selon les types contractuels » ? Bien que la locution *essentialia negotii* soit parfois employée dans le premier sens, général⁷⁷², nous nous rattachons au second emploi, plus étroit⁷⁷³.

767 Cf. par exemple ATF 119 II 347 [de], trad. JdT 1994 I p. 609 ; ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 1 ; ATF 103 II 149 *Mosimann c. Muheim* [de], consid. 4, trad. JdT 1978 I p. 208 ; ATF 97 II 53 *Oberholzer* [de], consid. 3, trad. JdT 1972 I p. 52 ; ATF 34 II 715 [de], consid. 2 ; ATF 23 p. 769 [de], consid. 5 ; ATF 20 p. 510 [de], consid. 5 ; ATF 11 p. 518 [fr], consid. 2 ; BK-BECKER, art. 2 CO, n° 1 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 218-219 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 2 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 7 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, nos 3-6 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 770 ; SCHWENZER, n° 29.03 ; VON TUHR/PETER, § 20 VIII ; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 CO, nos 20-21.

768 Sur les origines historiques de la notion, cf. *infra* n° 1000 ss.

769 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n° 4 (tr. pers.) ; cf. aussi BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 7 ; VON TUHR/PETER, § 20 VIII ; ENGEL, *Obligations*, p. 219.

770 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n° 5 (tr. pers.) ; cf. aussi VON TUHR/PETER, § 20 VIII ; ENGEL, *Obligations*, p. 218.

771 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n° 6 (tr. pers.) ; cf. aussi ENGEL, *Obligations*, p. 218 ; VON TUHR/PETER, § 20 VIII.

772 Ainsi chez PIOTET, *Formation*, pp. 145-148 ; cf. aussi VON TUHR/PETER, § 20 VIII, qui semblent *déduire* le type (c'est-à-dire qualifier le contrat) à partir des *essentialia negotii* tels que ressortant de l'accord des parties, ce qui donnerait à la locution un sens qui dépasse forcément les éléments constitutifs des types.

773 Cf. *supra* note n° 767.

B. Diffusion

Jurisprudence On trouve la définition typologique des points objectivement essentiels dans de nombreuses décisions du Tribunal fédéral, dont notamment l'arrêt *Oberholzer* : 462

« Selon l'art. 2 al. 1^{er} CO, un contrat n'est conclu que si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels. Sont considérés comme tels [...] les éléments conceptuels nécessaires d'un type déterminé de contrat, les *essentialia negotii*. »⁷⁷⁴ 463

Cette définition s'appuie sur une longue série de précédents remontant jusqu'aux premières années d'activité du Tribunal fédéral⁷⁷⁵. Des décisions postérieures à l'arrêt *Oberholzer* suivent également cette direction⁷⁷⁶. 464

Doctrine Un bon nombre d'auteurs donnent également des définitions des points objectivement essentiels qui se réfèrent aux types contractuels – notamment BECKER, BUCHER, ENGEL, GIGER, GUGGENHEIM, KELLER/SCHÖBI, KRAMER, MERZ, SCHWENZER et VON TUHR/PETER⁷⁷⁷. 465

⁷⁷⁴ ATF 97 II 53 *Oberholzer* [de], consid. 3, trad. JdT 1972 I p. 52 (citation issue de la traduction au JdT).

⁷⁷⁵ ATF 90 II 92 *Diethelm c. Schlaeppi & Söhne* [de], consid. 6, trad. JdT 1965 I p. 37 (courtage); ATF 84 II 266 [de], consid. 2, trad. et rés. JdT 1959 I p. 42 (vente); ATF 71 II 267 *ZITAG c. Stingelin* [de], consid. 3c, trad. JdT 1946 I p. 198 (« [...] *an sich nach dem Gesetz nicht begriffsnotwendige und in diesem Sinne nicht wesentliche Punkte* [...] »); ATF 68 II 229 [de], consid. 1, trad. JdT 1943 I p. 70; ATF 54 II 300 *Bär c. Burstein* [de], consid. 1, trad. JdT 1929 I p. 66 (bail); ATF 34 II 715 [de], consid. 2; ATF 23 p. 1102 [it], consid. 3 (bail); ATF 23 p. 769 [de], consid. 5 (vente); ATF 20 p. 510 [de], consid. 5; ATF 19 p. 921 [de], consid. 3 (vente); ATF 18 p. 824 [de], consid. 3 (vente); ATF 11 p. 518 [fr], consid. 2 (vente); ATF 10 p. 577 *Bellenot c. Ducrest* [fr], consid. 2 (société).

⁷⁷⁶ Arrêt TF n. publ. 4C.72/2006 (30.05.2006) [fr], consid. 2 (entreprise); ATF 127 III 248 [fr], consid. 3d (vente); ATF 119 II 347 [de], trad. JdT 1994 I p. 609 (bail); ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 1 (vente); ATF 103 II 149 *Mosimann c. Muheim* [de], consid. 4, trad. JdT 1978 I p. 208 (bail). Pour des exemples de jurisprudence cantonale allant dans le même sens : TC ZH NP150025 (06.04.2016), consid. 7.3 ; TC ZH RT140003 (20.05.2014), consid. 5.2.

⁷⁷⁷ BK-BECKER, art. 2 CO, n^{os} 1, 4; BUCHER, AT, p. 118; ENGEL, *Obligations*, p. 219; GIGER, *Bestimmbarkeit*, p. 488; GUGGENHEIM, pp. 85-87; KELLER/SCHÖBI, p. 53; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^{os} 154, 171; BK-KRAMER, art. 2 CO, n^o 7 (en matière de contrats atypiques, cet auteur suit toutefois l'approche structurelle de JÄGGI); MERZ, *Vertrag*, n^o 176; SCHWENZER, n^o 29.03; VON TUHR/PETER, § 20 VIII, § 34 II; BsK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 CO, n^{os} 20 ss. On peut en outre citer : KELLER, *Vorbehalt*, pp. 97-98; WIEGAND/BRUNNER, pp. 2-3; MARTIN, p. 10.

II. Développement : la typologie contractuelle

A. Notion

- 466 **Définition** Les types contractuels peuvent être définis comme des *groupes de caractéristiques abstraites (appelées « éléments constitutifs » du type considéré), définis par le droit objectif ou par des conceptions sociales et économiques, que peuvent revêtir ensemble un ou plusieurs contrats au sens de l'art. 1 CO ou l'une ou plusieurs de leurs conséquences juridiques (notamment : une ou plusieurs obligations contractuelles)*⁷⁷⁸.
- 467 De nombreux écrits existent sur la notion de *type* en tant que forme de pensée⁷⁷⁹. Plutôt que reprendre tous ces développements, parfois dénués de conséquences théoriques ou pratiques, nous les citerons seulement là où ils ont un impact sur la notion de type contractuel.
- 468 **Terminologie** On peut définir : l'état de fait *typique* comme étant celui qui correspond à tous les éléments constitutifs d'au moins un type contractuel ; l'état de fait *atypique* comme étant celui qui ne correspond à aucun type contractuel⁷⁸⁰ ; tout cela en admettant l'existence de formes intermédiaires, *plus ou moins typiques*⁷⁸¹.
- 469 **Abstraction ; ensemble de caractéristiques** Les types sont des constructions *abstraites*, même s'ils constituent des représentations d'un certain nombre d'états de faits concrets⁷⁸².

778 Des définitions divergentes existent dans la doctrine, cf. par exemple SCHNYDER, p. 74, note n° 13 ; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n°s 196-198 ; et déjà BEKKER, II § 97 Beil. I ; pour une définition de la notion de « type », cf. par exemple LARENZ, *Methodenlehre*, p. 462.

779 On peut notamment citer BYDLINSKI, *Methodenlehre*, pp. 543-552 ; DASSER, *Wandel*, n°s 115-163 ; HEMPEL/OPPENHEIM, pp. 21 ss ; HEYDE, pp. 235 ss ; JOLIDON, pp. 445-532 ; KOLLER, *Typuslehre*, pp. 11-43 ; LARENZ, *Methodenlehre*, pp. 460-472 ; LEENEN, *Typus*, pp. 25 ss ; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, pp. 295-299 ; MENGIARDI, pp. 64-110 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 789-795, 805-812 ; SCHLUEP, *Typus*, pp. 9 ss ; WESTERMANN, pp. 95-122 ; pour un éclairage historique, cf. en outre BEKKER, II § 97 Beil. I ; CHARMATZ, pp. 339-360.

780 Pour une terminologie divergente : BK-KRAMER, *Intr. gén. CO*, n° 154 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 57, 65-66. Cf. en outre *infra* n° 487.

781 Dans le même sens, BUCHER, *Hundert Jahre*, p. 320 ; JOLIDON, pp. 499-500 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 57 ; LARENZ, *Methodenlehre*, p. 468 ; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, pp. 297-298.

782 KOLLER, *Typuslehre*, pp. 18-19 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 770 ; pensant le type comme une « certaine voie médiane entre le général, domaine propre de l'abstraction, et l'individuel, qui est la réalité vivante » : JOLIDON, pp. 488-491 ; LARENZ, *Methodenlehre*, p. 462 ; soulignant que les types récents ont tendance à être plus concrets : DASSER, *Wandel*, n° 230.

En outre, les types sont des *ensembles de caractéristiques* (on parle notamment de *Merkmal-Ganzes*)⁷⁸³. D'après la doctrine, ces éléments caractéristiques seraient reliés, et pas seulement additionnés, pour former un « tout cohérent » (*Sinn-Ganzes*), dont l'image globale serait plus pertinente dans la qualification que la somme des éléments constitutifs⁷⁸⁴ ; cette considération paraît cependant superflue puisque le lien entre les éléments constitutifs du type est en lui-même un élément constitutif (par exemple, l'existence d'un rapport d'échange entre les obligations du vendeur et celle de l'acheteur est, au même titre que ces obligations, un élément constitutif de la vente, art. 184 al. 1 et 2 CO)⁷⁸⁵.

470

Classes imprécises ou continuum ? Face à la conception largement majoritaire⁷⁸⁶, qui considère les types contractuels comme des catégories ou des classes aux frontières floues⁷⁸⁷, on peut aussi considérer les types comme des concepts comparatifs servant à positionner les états de faits concrets par rapport aux différents points de repère que constituent les types⁷⁸⁸. Cette conception, principalement développée par DASSER, a notamment pour conséquences : **a)** un renforcement du poids de la partie générale face à la partie spéciale⁷⁸⁹ ; **b)** de la retenue dans la création de nouveaux types nommés et une incitation à l'harmonisation des différents types nommés existants⁷⁹⁰ ; **c)** la recherche maximale d'une application graduelle du droit, compte tenu de la position concrète d'un contrat dans le continuum des types⁷⁹¹, ainsi qu'un renforcement de l'interprétation systématique de la partie spéciale⁷⁹².

471

783 LARENZ, *Methodenlehre*, p. 462 ; SCHLUEP, *Typus*, p. 9 : « *Merkmalkomplex* ».

784 DASSER, *Wandel*, n^{os} 121-122 ; HEYDE, pp. 237-238 ; parlant de « tout organique » : JOLIDON, p. 489 ; KOLLER, *Typuslehre*, pp. 19-20, 22 ; LEENEN, *Typus*, p. 183 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 793, 807, 809 ; WESTERMANN, pp. 98, 106.

785 Sur la structure du rapport d'obligation comme critère typologique, cf. *infra* n^{os} 494 ss ; sur les éléments constitutifs de la vente, cf. *infra* n^o 524.

786 DASSER, *Wandel*, n^o 172.

787 JOLIDON, p. 492 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 807-808.

788 DASSER, *Wandel*, n^{os} 139 ss ; cf. aussi HEMPEL/OPPENHEIM, p. 31.

789 DASSER, *Wandel*, n^{os} 576-582, 640, 642.

790 *Ibid.*, n^{os} 567-575, 641.

791 *Ibid.*, n^{os} 613-629, 642.

792 *Ibid.*, n^{os} 630-638, 642.

B. Sources et classifications des types contractuels

- 472 **Types juridiques et types socio-économiques** Comme évoqué dans la définition des types contractuels, ceux-ci peuvent être issus de l'ordre juridique (art. 1 al. 1 et 1 al. 2 CC) ou de la vie socio-économique. À cet égard, la doctrine distingue souvent les *types juridiques* (parfois appelés « types légaux ») et les *types socio-économiques* (parfois appelés « types réels »)⁷⁹³.
- 473 Le droit ne pouvant régir que la réalité, tout type contractuel juridique a nécessairement un pendant dans la vie sociale et économique⁷⁹⁴.
- 474 Ainsi, avant d'être un rapport d'obligation soumis aux art. 184 ss CO, un contrat de vente est d'abord une opération sociale et économique *réelle*. La typicité socio-économique se caractérise notamment par le vocabulaire courant, dans lequel on emploie certains mots (vente, donation, location, travail, etc.) pour désigner certaines opérations socio-économiques, *a priori* indépendamment de leur appréhension juridique.
- 475 En revanche, certains types socio-économiques ne sont pas (encore) appréhendés par le droit positif. Tout type juridique est donc nécessairement *socio-économique*, mais seuls certains des types socio-économiques sont également des *types juridiques*. Les frontières entre types juridiques et types purement socio-économiques sont toutefois souples, notamment vu le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence quant au droit positif (art. 1 al. 3 CC).
- 476 **Types nommés et innommés** On distingue généralement, selon le rapport des types contractuels à la loi⁷⁹⁵ :
- 477 1. Les *types nommés* : ce sont les types directement régis par la loi, dont la réglementation est d'une certaine ampleur⁷⁹⁶.

793 JOLIDON, pp. 494-495 ; KOLLER, *Typuslehre*, pp. 40-41 ; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, p. 295 ; MENGILIARDI, pp. 99 ss ; PIAGET, *Mandat*, p. 988 ; SCHLUEP, *Typus*, p. 12.

794 BÜHLER, pp. 375-376 ; FLUME, § 4 5 ; LARENZ, *Methodenlehre*, p. 466. Le législateur témoigne d'ailleurs le souci d'éviter de maintenir des types légaux qui ne correspondent pas ou plus à la réalité, d'où par exemple l'abrogation des dispositions sur la vente avec paiements pré-alables (art. 227a-228 CO) au 1^{er} juillet 2014 (FF 2013 p. 4139 ; RO 2014 p. 869). KRAMER, *Innominatverträge*, p. 43, évoque la responsabilité des maîtres d'écuries publiques (art. 490 CO) comme exemple de type tombé en désuétude.

795 Cf. également le schéma p. 146.

796 ATF 129 III 604 [fr], consid. 2.2 ; ENGEL, *Obligations*, p. 175 ; ENGEL, *Contrats*, p. 733 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 251 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 305-309 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 239.

2. Les types « *balbutiés* » : ce sont les types mentionnés dans la loi, voire régis par elle, mais de manière sommaire ou allusive (par exemple le porte-fort, art. 111 CO ; la remise de dette, art. 115 CO)⁷⁹⁷. 478

Classiquement, les types nommés ou balbutiés sont régis par la partie spéciale du Code des obligations. Mais la partie générale contient également des dispositions typiques, à l'instar du Code civil ou d'autres lois fédérales ; en outre, certains types contractuels ne sont pas définis par le droit suisse, mais par des traités internationaux⁷⁹⁸. 479

3. Les types *innommés* ou *types commerciaux*⁷⁹⁹, soit les types qui ne sont pas spécialement régis par la loi (art. 1 al. 1 CC). Il peut s'agir de types juridiques (dans le cadre de l'art. 1 al. 2 CC)⁸⁰⁰ ou, à défaut, de types purement réels. Ce sont donc des cristallisations des usages socio-économiques (raison pour laquelle on parle parfois de types commerciaux), souvent décrits par un terme spécifique dans le langage courant ou commercial (leasing, affacturage, sponsoring, etc.). 480

Contrats mixtes et sui generis En sus, on oppose généralement les contrats mixtes, combinant des prestations relatives à différents types, et les contrats *sui generis*, qui contiennent des prestations non rattachables à un type nommé ou innommé. À propos de cette distinction, on peut remarquer : 481

1. L'étendue respective de ces concepts n'est pas uniforme dans la doctrine⁸⁰¹ ; leur utilité pratique est également discutée⁸⁰². 482
2. Ces contrats sont nécessairement innommés ; dès lors qu'un contrat mixte est régi par la loi (par exemple échange, art. 237-238 CO), la doctrine le traite simplement en tant que contrat nommé⁸⁰³. 483

797 ENGEL, *Obligations*, pp. 178-179 ; ENGEL, *Contrats*, p. 735 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 770 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 310 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 239 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n° 7.

798 CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n°s 2-4.

799 BS-KAMSTUTZ/MORIN, *Rem. prélim. art. 184 ss CO*, n° 5 ; ENGEL, *Obligations*, p. 175 ; ENGEL, *Contrats*, p. 733 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 252 ; MEIER-HAYOZ, *FJS 1134*, p. 1 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 770 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 311-319 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 240 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n°s 5, 10.

800 BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 80 ; KRAMER, *Innominatverträge*, pp. 31-32 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 800.

801 Cf. notamment HUGUENIN, *OR*, n° 3681 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 772-773, 776.

802 ATF 120 V 299 [fr], consid. 4a ; ENGEL, *Contrats*, pp. 740-741 ; HUGUENIN, *OR*, n° 3682 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n° 13.

803 HUGUENIN, *OR*, n°s 3674, 3685 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 58 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 775.

- 484 3. Les contrats mixtes et *sui generis* peuvent être plus ou moins typiques, allant du contrat correspondant totalement à une pratique sociale répandue à la création individuelle sortant complètement de l'ordinaire. Cette distinction est indépendante du fait que le contrat soit *sui generis* ou mixte, ainsi que du fait qu'il comprenne des éléments nommés ou innommés. Ainsi, la transaction extrajudiciaire est un contrat innommé *sui generis* qui correspond à un type socio-économique (*contrat typique*), alors qu'un contrat par lequel une partie, ayant placé trois chevaux chez le propriétaire d'un manège, lui en vend deux, le prix devant être partiellement payé par la pension et la monte des chevaux⁸⁰⁴, est un contrat innommé mixte qui ne correspond en tant que tel à aucun type nommé ou innommé (*contrat atypique*)⁸⁰⁵.
- 485 4. Parmi les contrats mixtes, on distingue généralement⁸⁰⁶ : **a)** les contrats combinés (*Kombinationsverträge, Zwillingsverträge, gekoppelte Verträge*) ; **b)** les contrats à double nature (*Doppeltypische Verträge, Zwitterverträge, Verträge mit Doppelnatur*) ; **c)** les contrats avec mélange de types (*Verträge mit Typenverschmelzung oder -vermischung*).
- 486 5. Les contrats mixtes ne doivent pas être confondus avec les contrats nommés possédant seulement un élément atypique (*Typischer Vertrag mit Beimischung*)⁸⁰⁷. Le critère de distinction est alors l'importance de l'élément atypique : si celui-ci n'est qu'accessoire, le contrat est encore typique (même si un peu moins).

487 **Contrats atypiques** À l'opposé des contrats typiques (nommés ou innommés) se trouvent les contrats atypiques, c'est-à-dire ceux qui ne correspondent à aucun type légal ou commercial⁸⁰⁸. Comme nous venons de le relever, les contrats atypiques peuvent être des contrats mixtes ou *sui generis*.

488 **Catégories, types et sous-types** Les types contractuels ne coexistent pas simplement les uns à côté des autres, mais ont souvent une place au sein de hiérarchies de types. On peut en particulier citer :

804 ATF 107 II 144 *La Punt* [fr].

805 CR-THÉVENOZ/DE WERRA, Intr. gén. art. 184-529 CO, n° 7a.

806 BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. pré. art. 184 ss CO, n° 10 ; HUGUENIN, *OR*, n°s 3686-3689 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 59-63 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 775-776 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 315-317.

807 BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. pré. art. 184 ss CO, n° 9 ; HUGUENIN, *OR*, n° 3675.

808 BK-BECKER, art. 19 CO, n° 10 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, Intr. gén. art. 184-529 CO, n° 7a. La doctrine ne fait pas toujours la distinction entre contrat innommé typique et contrat atypique (par exemple MEIER-HAYOZ, *FJS* 1134, p. 1) ; notamment, les types *sui generis* sont

1. Les *catégories de contrats*, qui sont des ensembles de types ayant un dénominateur commun. Les catégories les plus connues regroupent les types de la partie spéciale en fonction de leur prestation caractéristique (contrats d'aliénation, d'usage, de travail, etc.)⁸⁰⁹ – ces catégories sont notamment évoquées à l'art. 117 al. 3 LDIP – mais on en trouve également d'autres (par exemple : les contrats de consommation).
2. Les *sous-types contractuels*, qui sont des « variantes » de types plus généraux, auxquels une ou plusieurs caractéristiques supplémentaires sont ajoutées⁸¹⁰. Ils sont nombreux parmi les types nommés (par exemple : la vente d'immeubles, art. 216 ss CO ; le contrat d'apprentissage, art. 344 ss CO ; le contrat d'agence, art. 418a ss CO, etc.).

Les catégories et les sous-types contractuels répondent à la définition des types contractuels donnée plus haut⁸¹¹ ; ils ne sont donc que des types contractuels supplémentaires, dotés de plus ou moins de caractéristiques que les types que nous avons l'habitude de désigner comme tels.

C. Les critères typologiques

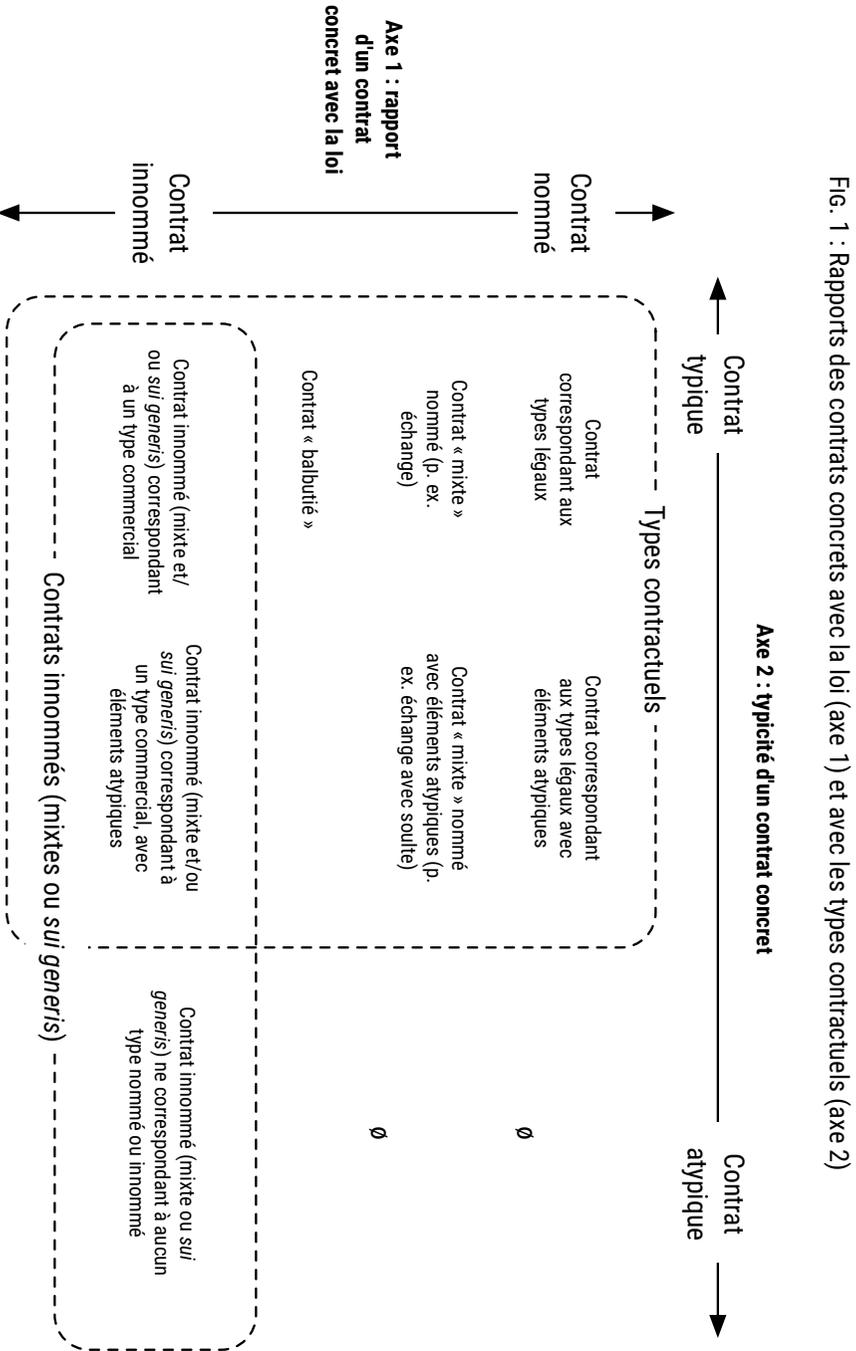
Généralités Les éléments constitutifs (ou caractéristiques) des types peuvent se référer à divers objets. Sur la base des types juridiques et socio-économiques, on peut repérer des groupes parmi ces objets auxquels les éléments constitutifs se réfèrent, groupes que l'on peut appeler *critères typologiques*. Il s'agit en quelque sorte de différents « types » d'éléments constitutifs des types contractuels. Cela sera plus parlant avec quelques exemples ; aussi les principaux critères typologiques vont-ils être détaillés dans les prochains paragraphes.

parfois assimilés à ce que nous appelons « contrats atypiques » (BK-KRAMER, Intr. gén. CO, n° 154 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 57, 65-67 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 771).

809 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Rem. prélim. art. 184-551 CO, n° 18 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 414-426.

810 GAUCH, *Vertragstypenrecht*, pp. 10-11 ; SCHMID/STÖCKLI, n°s 33-34 ; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n° 194 ; évoquant la « sous-espèce d'un contrat type » : MEIER-HAYOZ, *FJS 1134*, p. 1.

811 *Supra* n° 466.



L'existence de critères typologiques (dépassant l'objet du contrat) est reconnue par la doctrine⁸¹² ; nous mettons ici l'accent sur ce constat, qui aura un certain intérêt dans la discussion de l'approche typologique des points objectivement essentiels⁸¹³.

Contenu, nombre et structure des obligations Le premier critère typologique à évoquer, qui sous-tend la partie spéciale du Code des obligations, est relatif au contenu, au nombre et à la structure des obligations promises, c'est-à-dire à *l'objet du contrat*.

La vente (art. 184 CO) se définit ainsi par l'existence de trois prestations ayant un contenu particulier (livraison d'une chose, transfert de la propriété sur celle-ci, paiement d'un prix), reliées entre elles au sein d'une structure (les deux premières prestations sont dues *en échange* de la troisième)⁸¹⁴. Par contraste, la donation se définit par les deux premières prestations seulement et par l'absence d'une structure d'échange (art. 239 al. 3 CO : « [...] sans contre-prestation correspondante »)⁸¹⁵.

Certains types, également définis par le contenu des prestations, sont par contre indifférents à l'existence d'une structure d'échange, par exemple le prêt de consommation (art. 313 CO)⁸¹⁶ ou le mandat (art. 394 al. 3 CO)⁸¹⁷, qui peuvent être onéreux ou gratuits. À l'inverse, d'autres types contractuels peuvent impliquer des prestations ayant n'importe quel contenu, pourvu qu'elles figurent dans une structure donnée ; ainsi de la transaction extrajuri-

812 TERCIER/BIERI/CARRON, n° 159 : « La définition [des types contractuels] se fait à partir du contenu du contrat [...]. Certains contrats présentent toutefois des critères matériels et personnels ; ainsi, pour les contrats de consommation, les critères personnels sont le fait que le contrat de consommation est conclu entre un consommateur et un professionnel » ; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 64, évoque les « catégories transversales de contrats, comme les contrats de consommation, qui ne sont pas appréhendés en fonction de leur contenu, mais du but poursuivi par une des parties et des intérêts en présence » ; cf. aussi BsK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. pré. art. 184 ss CO, n° 6 ; MERZ, *Vertrag*, n° 80. DASSER, *Wandel*, nos 221-234, parle à cet égard de « types fonctionnels ». Certains auteurs semblent en revanche définir les types exclusivement à partir de l'objet du contrat (SCHMID/STÖCKLI, nos 30, 1340 ; dans la même direction : GAUCH, *Vertragstypenrecht*, p. 22).

813 *Infra* nos 570 ss.

814 *Infra* n° 524.

815 *Infra* n° 526.

816 *Infra* nos 530 s.

817 *Infra* nos 540 ss.

diciaire qui présuppose des concessions réciproques, indépendamment de leur contenu⁸¹⁸.

- 497 Le voyage à forfait est défini par une combinaison d'au moins deux prestations sur les trois prestations évoquées par la loi (art. 1 al. 1 LVF) ; la définition du type est ainsi flexible quant à l'objet du contrat.
- 498 La structure peut également faire référence à un lien de dépendance entre l'objet du contrat et une obligation qui n'en découle pas. Ainsi, la distinction entre garantie (indépendante) et cautionnement dépend largement du caractère accessoire de l'obligation de garantie⁸¹⁹.
- 499 **Caractéristiques personnelles des parties** Certains types contractuels sont définis à partir des caractéristiques personnelles des parties. Le type contractuel se réfère alors aux *sujets du contrat*.
- 500 On pense avant tout à la catégorie des contrats de consommation, notamment définie par le fait que le contrat soit conclu entre un professionnel et un consommateur⁸²⁰. Le type contractuel « crédit à la consommation » implique ainsi l'existence d'un prêteur, soit d'une « personne physique ou morale qui, par métier, consent un crédit à la consommation » (art. 2 LCC) et d'un consommateur, qui ne peut être qu'une personne physique (art. 3 LCC)⁸²¹.
- 501 Mais il existe d'autres exemples. Les parties au contrat de mariage ne peuvent être que des époux (art. 181 CC) tandis que le contrat de fusion ne peut être passé que par des sociétés (art. 12 et 4 LFus) ; dans le contrat de chèque (passé entre tiré et tireur), le tiré ne peut qu'être une banque (art. 1102 CO)⁸²².
- 502 **Buts poursuivis par les parties au contrat** Les buts poursuivis par une ou plusieurs parties au contrat est également un critère employé pour définir certains types contractuels.
- 503 Là encore, on pense aux contrats de consommation qui présupposent que les parties poursuivent certains buts en le concluant (par exemple, il n'y a crédit à la consommation que si le contrat est conclu par le consommateur « dans

818 *Infra* n° 558.

819 *Infra* n° 549.

820 Sur ces notions, cf. notamment FORNAGE, n°s 44-210.

821 *Infra* n° 553.

822 BsK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n° 198 ; LOMBARDINI, § XVIII n° 1, note n° 2.

un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle », art. 3 LCC)⁸²³.

Par contraste, la vente commerciale (art. 190 et 191 al. 2-3 CO) est caractérisée par le but de revente et de bénéfice poursuivi par l'acheteur (et non par la qualité des parties)⁸²⁴. 504

Le but poursuivi par les parties est également un critère décisif dans la définition du jeu et du pari (art. 513 CO), puisque ce type contractuel exige l'absence de « motif économique, social ou moral raisonnable »⁸²⁵. 505

Le but commun de la société simple (art. 530 al. 1 CO)⁸²⁶ est à la fois un élément de l'objet du contrat⁸²⁷ et un but poursuivi par les parties. 506

Type de l'effet formateur Certains types contractuels se distinguent par l'effet formateur que le contrat produit sur les droits et obligations visés. À côté des contrats générateurs d'effets de droit existent ainsi les contrats modificateurs (art. 12 CO), souvent appelés « avenants » dans la pratique socio-économique, ainsi que les contrats extinctifs (par exemple la remise de dette, art. 115 CO)⁸²⁸. On peut encore mentionner les types contractuels caractérisés par un effet dirimant, tels que la convention exclusive de responsabilité (par exemple art. 100 CO)⁸²⁹. 507

Circonstances de la conclusion du contrat Enfin, quelques types contractuels sont caractérisés par les circonstances de la conclusion du contrat. Ainsi du démarchage à domicile (art. 40a ss CO), qui n'existe entre autres conditions que si le contrat a été passé en des occasions particulières (art. 40b CO). La transaction extrajudiciaire présuppose également, au moment de sa conclusion, un litige ou une incertitude quant à des droits⁸³⁰. 508

Superposition ou exclusion de types Ce petit tour d'horizon des critères typologiques permet de montrer ce qui suit : 509

823 À ce sujet, cf. notamment FORNAGE, n^{os} 76-97, 161-175. Cf. aussi *infra* n^o 553.

824 ATF 65 II 171 [fr], consid. 2 ; ENGEL, *Contrats*, p. 24 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 491-492.

825 BK-GIOVANOLI, art. 513 CO, n^o 1 ; CR-JEANDIN/TEDJANI, art. 513 CO, n^o 3 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 6625, 6637 ; cf. aussi ATF 133 II 68 [fr], consid. 8.1 ; ATF 77 II 47 [fr], consid. 3.

826 *Infra* n^o 554.

827 Il s'agit d'un but intégré à l'objet du contrat ; à ce sujet, cf. *supra* n^o note 46.

828 *Infra* n^o 552.

829 *Infra* n^o 551.

830 *Infra* n^o 558.

- 510 – Il est fréquent en pratique qu'un contrat concret corresponde complètement à plusieurs types contractuels à la fois⁸³¹, situation dans laquelle on parlera de *superposition de types*. Lorsqu'un contrat ne correspond que partiellement à plusieurs types, on parlera plutôt de contrats mixtes⁸³². Ainsi, un seul contrat (art. 1 al. 1 CO) générant un rapport de vente (art. 184 CO) peut également comprendre une clause exonérative de responsabilité (art. 100 CO) et être un cas de démarchage à domicile (art. 40a CO). Le contrat correspond complètement à ces trois types, qui sont donc superposés.
- 511 – La possibilité que certains types se superposent dépend directement du fait qu'il recourent tous à un seul et même critère typologique. Si tel est le cas, les types pourront s'exclure (*exclusion de types*). Aussi la vente et la donation ne peuvent-elles se superposer⁸³³ puisque ces types sont tous deux définis, de manière antinomique, à partir de l'objet du contrat.

D. La qualification contractuelle

- 512 **Opération cognitive** En tant que telle, la qualification d'un rapport d'obligation contractuel est une opération cognitive. On la distingue généralement de la subsumption, souvent décrite comme moins complexe⁸³⁴. Elle consiste à classer un contrat concret parmi les types contractuels⁸³⁵ ou, selon la conception que l'on en retient⁸³⁶, à situer de manière relative un contrat concret par rapport à différents types contractuels se trouvant au sein d'un continuum.
- 513 **Rapport avec la liberté contractuelle** La qualification contractuelle n'est jamais à la disposition des parties, qui ne peuvent pas choisir que leur rapport

831 Par exemple KOLLER, *Sensiblen Bereiche*, p. 56. Cf. aussi *infra* n° 1435 pour l'exemple du précontrat.

832 *Supra* n°s 481 ss.

833 La donation mixte n'est pas une superposition de types, mais un autre type, partiellement fondé sur des éléments constitutifs de la vente et de la donation ; à cet égard, cf. *infra* n° 584.

834 SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 805 ; dans le même sens : JOLIDON, p. 492 ; *contra* VON TUHR/PETER, § 34 II.

835 Sur la distinction entre contrat concret et type abstrait, cf. *supra* n° 469.

836 *Supra* n° 471.

juridique sera soumis à telles ou telles autres dispositions légales⁸³⁷. Cela découle en particulier **a)** de l'existence de règles impératives typiques, qui ne peuvent par définition pas être écartées par la volonté des parties et doivent être appliquées d'office (*iura novit curia*, art. 57 CPC). Si les parties pouvaient décider du type de leur contrat, les règles impératives typiques ne seraient plus véritablement impératives et resteraient ainsi souvent lettre morte⁸³⁸. **b)** Cela découle également de la règle *falsa demonstratio non nocet* (art. 18 al. 1 CO), selon laquelle les « expressions ou dénominations inexactes dont [les parties] ont pu se servir » ne sont pas pertinentes pour déterminer le contenu du contrat⁸³⁹.

Cela a pour corollaire que la qualification n'a de valeur juridique que lorsqu'elle est accomplie par le juge, qui doit d'ailleurs toujours tenter de qualifier d'office le contrat, fût-ce pour aboutir au constat de l'existence d'un contrat inconnu⁸⁴⁰.

La qualification contractuelle peut avoir des conséquences pratiques importantes, puisque la validité et le contenu du rapport d'obligation pourra parfois largement varier selon le type contractuel choisi⁸⁴¹.

837 ATF 134 III 497 [fr], consid. 4.4.2; ATF 129 III 664 [fr], consid. 3.1; ATF 112 II 41 *Drive Quintett* [fr], consid. 1; ATF 99 II 313 [fr]; ATF 82 II 332 *Jaussi c. Aeschbacher* [de], consid. 2, trad. JdT 1957 I p. 71; GAUCH, *Vertragstypenrecht*, p. 5; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1038; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 241; BK-KRAMER, art. 18 CO, n° 84; BK-SCHMIDLIN, art. 11 CO, n° 98; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n°s 204-206; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n° 9; VON TUHR/PETER, § 34 II.

838 DASSER, *Wandel*, n° 165; sur « l'intention stratégique [...] d'échapper à une règle impérative dont on souhaite éviter les effets » : CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n° 9; ainsi que : GAUCH, *Vertragstypenrecht*, pp. 16-17; KRAMER, *Innominatverträge*, pp. 34-35.

839 *Supra* n° 110.

840 ATF 112 II 41 *Drive Quintett* [fr], consid. 1; DASSER, *Wandel*, n° 232; GAUCH, *Vertragstypenrecht*, p. 5; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1038. C'est l'un des parallèles entre la qualification et l'interprétation des manifestations de volontés (*supra* n° 81).

841 BK-GIGER, art. 253 CO, n° 14; GIGER, *Geldleistung*, p. 64; TERCIER/PICHONNAZ, n° 242. Cf. aussi BARBEY, p. 298 : « Qualifier juridiquement un contrat n'équivaut pas à se livrer à une analyse académique dépourvue de conséquences pratiques. Selon la réponse donnée, des dispositions légales de caractère impératif sont au contraire susceptibles de s'appliquer. Des normes de droit dispositif peuvent également venir combler les lacunes que les parties ont laissé subsister. ». Toutefois, la qualification n'a pas toujours d'importance pratique, notamment lorsque les régimes juridiques sont uniformes entre divers types contractuels (CORBOZ, p. 270; pour un exemple, cf. Arrêt TF n. publ. 4A_591/2012 [20.02.2013] [de], consid. 2.5.3).

E. Fonctions juridiques et « liberté du type »

516 **Fonctions juridiques** Le droit typique a pour principales fonctions⁸⁴² : **a)** le soutien à la liberté contractuelle, grâce à des normes dispositives qui peuvent servir à compléter le contrat⁸⁴³ ; **b)** la limitation de celle-ci par des normes impératives, souvent aux fins de protection de la personnalité et de la justice sociale ; **c)** une incitation à l'échange d'informations et à la négociation, dès lors que les parties souhaitent s'écarter du droit dispositif.

517 « **Liberté du type** » La doctrine parle régulièrement de « liberté du type », comprise comme *la compétence des parties de conclure des contrats qui ne peuvent pas être rattachés aux types prévus par la loi (types nommés), et qui sont ainsi nouvellement créés (types innommés)*⁸⁴⁴. Or l'expression devrait être évitée pour plusieurs raisons :

518 – Elle pourrait laisser croire qu'il est du ressort des parties de décider du type *juridique* de leur contrat. Or cela n'est jamais le cas, cette opération étant toujours effectuée d'office par le juge⁸⁴⁵. Le seul *type* qu'elles ont la liberté de choisir est donc un type *socio-économique*.

519 Cela revient à dire que les parties ne font que choisir le contenu de leur contrat⁸⁴⁶, éventuellement à l'aide de types socio-économiques. Ce choix d'un type est parfois exprimé à l'aide du langage courant (vente, location, travail, leasing, sponsoring, etc.) ; il n'empêche que le vocabulaire employé n'est jamais déterminant, même s'il influence directement l'interprétation⁸⁴⁷. Aussi la « liberté du type » se confond-elle avec la liberté de l'objet (art. 19 al. 1 CO)⁸⁴⁸.

842 DASSER, *Wandel*, n^{os} 548-564 ; GAUCH, *Vertragstypenrecht*, pp. 11-16 ; MEIER-HAYOZ, *FJS 1134*, pp. 4-5 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 787-789 ; SCHMID/STÖCKLI, n^{os} 17-29 ; sur les fonctions des types innommés en particulier, cf. KRAMER, *Innominatverträge*, pp. 28-29.

843 *Supra* n^{os} 286 ss.

844 BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n^{os} 1-2 ; CARBONARA, pp. 89-90 ; ENGEL, *Obligations*, p. 104 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 340, 626-627 ; BSK-HUGUENIN/MEISE, art. 19-20 CO, n^o 6 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^o 49 ; PICHONNAZ, *Contrats innommés*, p. 23 ; SCHWENZER, n^o 26.21 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, Intr. gén. art. 184-529 CO, n^o 5.

845 *Supra* n^{os} 513 s.

846 Distinguant en particulier la qualification et les accords dérogeant au droit dispositif : GAUCH, *Vertragstypenrecht*, p. 11.

847 SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n^o 206 ; cf. aussi *supra* n^{os} 83 s..

848 De nombreux auteurs présentent ainsi la « liberté du type » comme un élément de la liberté de l'objet : CARBONARA, p. 96 ; ENGEL, *Obligations*, p. 104 ; BSK-HUGUENIN/MEISE, art. 19-20 CO, n^o 6 ; HUGUENIN, *OR*, n^o 392 ; MEIER-HAYOZ, *FJS 1134*, p. 3 ; SCHNYDER, pp. 74-75 ; WESTERMANN, p. 113 ; ZUFFEREY-WERRO, n^o 26.

- Elle néglige les types contractuels autres que ceux définis à partir de l'objet du contrat⁸⁴⁹. Ainsi, une personne physique ne peut jamais choisir de passer personnellement un contrat de fusion, même d'un point de vue purement extrajuridique, car elle ne peut pas changer sa propre nature. 520
- L'expression est parfois employée en opposition avec la locution « contrainte des types », pour distinguer le système romain et le droit positif en matière de liberté contractuelle, mais cette distinction souffre d'une certaine ambiguïté⁸⁵⁰. L'expression « liberté du type » conserve tout au plus une utilité didactique lorsqu'il s'agit de l'opposer, en droit des contrats, à la « contrainte du type » valant dans d'autres domaines du droit privé⁸⁵¹. 521

III. Application en fonction du rapport des types contractuels à la loi

A. En cas de contrats nommés

a) Sources

Loi En présence de types contractuels nommés, les points objectivement essentiels typologiques sont généralement déterminés à partir de la « définition légale » du type contractuel en question (par exemple art. 184 al. 1 CO pour la vente, art. 253 CO pour le bail à loyer, etc.)⁸⁵². Ces « définitions légales » ne suffisent cependant pas toujours : les points objectivement essentiels typologiques dépendent également d'autres normes, qui mentionnent la 522

849 Sur l'objet du contrat comme critère typologique, cf. *supra* n^{os} 494 ss.

850 *Infra* n^{os} 1024 ss.

851 Par exemple GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 626 ; BSK-HUGUENIN/MEISE, art. 19-20 CO, n^o 6 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^o 54 ; MEIER-HAYOZ, *FJS 1134*, p. 3 ; SCHWENZER, n^o 26.22.

852 Arrêt TF n. publ. 4C.246/2003 (30.01.2004) [fr], consid. 5.1 ; BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. préf. art. 184 ss CO, n^o 5 ; BUCHER, *AT*, p. 118 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n^o 7 ; MERZ, *Vertrag*, n^o 174 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n^o 4 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 770, 789 ; soulignant l'importance de l'interprétation de la loi à cet égard : GAUCH, *Vertragstypenrecht*, pp. 5-6. Selon certains auteurs, on ne peut cependant pas parler de « définitions légales » ; en effet, le législateur aurait seulement décrit de manière « indirecte » leurs caractéristiques, soit généralement les prestations principales dues par les parties (DASSER, *Wandel*, n^{os} 167-170 ; BK-GIGER, art. 253 CO, n^{os} 14-20 ; KOLLER, *AT*, § 6 n^o 43 ; du même avis quant au BGB : CHARMATZ, pp. 348-349).

possibilité d'un complètement judiciaire sur certains éléments apparaissant dans la définition légale⁸⁵³.

523 **Jurisprudence et doctrine** La jurisprudence et la doctrine jouent un rôle important dans la définition des types contractuels nommés, puisqu'elles en précisent les éléments caractéristiques, notamment en procédant par des comparaisons de types ou explicitant les liens existant entre différentes normes.

b) Exemples

524 **Vente** La définition légale de la vente (art. 184 al. 1 CO) comporte les éléments suivants : **a)** une obligation « de livrer une chose (ou un droit) et d'en transférer la propriété (ou la titularité) », **b)** une obligation de payer un prix, **c)** l'existence d'un rapport d'échange entre ces deux obligations⁸⁵⁴.

525 S'agissant du montant du prix, l'art. 212 al. 1 CO prévoit toutefois que la vente de marchandises ayant un prix courant (« *Marktpreis* ») « est présumée conclue au cours moyen du jour et du lieu de l'exécution » ; cette norme prévoit le complètement du contrat sur ce point⁸⁵⁵. La notion de « prix courant » s'interprète comme dans les art. 93 al. 2 et 191 al. 3 CO⁸⁵⁶ ; d'après la jurisprudence et la doctrine, il s'agit du prix usuel et généralisé (objectivement déterminable) auquel une chose de genre pourrait être vendue⁸⁵⁷. La notion de « marché » (à laquelle la version allemande de la loi fait référence) est donc comprise de manière plus restrictive que dans leurs sens économique et

853 KOLLER, *AT*, § 6 n^{os} 33, 36, 43-44 ; dans le même sens : MERZ, *Vertrag*, n^o 174 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n^o 3, let. c).

854 TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 462-469 ; cf. aussi Arrêt TF n. publ. 4A_554/2009 (01.04.2010) [fr], consid. 2.2 ; ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 1 ; ATF 84 II 266 [de], consid. 2, trad. et rés. JdT 1959 I p. 42 ; BK-GIGER, art. 184 CO, n^{os} 10, 156 ; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n^{os} 41, 83 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 184 CO, n^o 1.

855 Cette disposition ne s'applique qu'en l'absence d'un accord des volontés réelles ou d'un accord basé sur le principe de la confiance quant au prix (Arrêt TF n. publ. 4A_229/2009 [25.08.2009] [de], consid. 4.1 ; TC VS [14.09.1992] *Savioz c. Schwéry* [fr], consid. 3b = RVJ 1993 p. 283 ; TC VS [30.06.1983] *Granges c. Bruchez*, consid. 1 = RVJ 1983 p. 291).

856 BK-GIGER, art. 212 CO, n^o 7 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 212 CO, n^o 4.

857 ATF 89 II 214 [de], consid. 5c, trad. JdT 1964 I p. 54 ; ATF 81 II 50 [fr], consid. 4 ; ATF 78 II 432 [de], trad. JdT 1953 I p. 444 ; ATF 49 II 77 [de], consid. 3, trad. JdT 1923 I p. 546 ; CR-LOERTSCHER, art. 93 CO, n^o 10 ; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 191 CO, n^o 14.

courant⁸⁵⁸, qui n'est pas limité à l'existence de choses de genre (par exemple « marché de l'immobilier », « marché de l'art », etc.).

Donation La définition légale de la donation (art. 239 CO) comporte les éléments suivants : **a)** une obligation de faire un acte d'attribution entre vifs, **b)** l'absence d'un rapport d'échange entre cette obligation et toute autre obligation⁸⁵⁹.

Bail La définition légale du bail à loyer (art. 253 CO) comporte les éléments suivants : **a)** une obligation de transférer la possession et l'usage d'une chose, **b)** une obligation de payer un loyer, **c)** l'existence d'un rapport d'échange entre ces deux obligations⁸⁶⁰.

S'agissant du montant du loyer, la jurisprudence a toutefois précisé qu'un complètement judiciaire peut intervenir, mais seulement pour la période pendant laquelle la chose a déjà été utilisée – par opposition à un complètement sur le montant du loyer pour l'avenir⁸⁶¹.

Cette solution est l'aboutissement d'un parcours jurisprudentiel tortueux. **a)** Historiquement, le montant du loyer était considéré comme un point objectivement essentiel, au sujet duquel le contrat ne pouvait pas être complété⁸⁶². **b)** Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral s'est mis à compléter des contrats de bail sur le montant du loyer⁸⁶³, en se fondant notamment sur l'opinion d'une partie de la doctrine⁸⁶⁴. Pour justifier ce résultat, le Tribunal fédéral a invoqué tantôt des motifs pratiques⁸⁶⁵, tantôt la justice matérielle⁸⁶⁶. **c)** Un arrêt suivant l'ancienne

858 Cf. par exemple DAF, 9^e éd., s. v. « Marché », 4 : « Ensemble des opérations commerciales relatives à une catégorie de biens ».

859 ATF 136 III 142 [fr], consid. 3.3 ; CR-BADDELEY, art. 239 CO, n^{os} 7, 16 ss ; CAVIN, *TDP*, p. 175 ; ENGEL, *Contrats*, pp. 110-111 ; HUGUENIN, *OR*, n^o 2847 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 1480, 1488 ; BSK-VOGT/VOGT, art. 239 CO, n^o 1.

860 ATF 119 II 347 [de], trad. JdT 1994 I p. 609 ; BK-GIGER, art. 253 CO, n^{os} 21-90 ; ZK-HIGI, art. 253 CO, n^o 4 ; LACHAT, pp. 70-84 ; BSK-WEBER, art. 253 CO, n^{os} 1-6.

861 ATF 119 II 347 [de], trad. JdT 1994 I p. 609.

862 Arrêt TF n. publ. (02.07.1951) *David c. Cité Extensible* [fr] = SJ 1952 p. 197 ; ATF 54 II 300 *Bär c. Birstein* [de], consid. 1, trad. JdT 1929 I p. 66 ; ATF 23 p. 1102 [it], consid. 3.

863 ATF 108 II 112 *Gautschi c. Schwab* [de], consid. 4, trad. et comm. JdT 1982 I p. 531 ; ATF 103 II 149 *Mosimann c. Muheim* [de], consid. 4, trad. JdT 1978 I p. 208 ; ATF 100 II 330 *Morel c. Steiger* [de], trad. JdT 1975 I p. 609 ; ATF 99 II 290 *Fischer AG c. Strickler* [de], consid. 6, trad. JdT 1974 I p. 361 ; déjà dans ce sens en matière de contrat constitutif de servitude : ATF 93 II 185 [fr], consid. 4.

864 ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^{os} 61, 65 (l'arrêt publié aux ATF 100 II 330 *Morel c. Steiger* [de], trad. JdT 1975 I p. 609, contient une erreur de plume en ce qu'il se réfère aux n^{os} 61 et 65 du commentaire de l'art. 1 CO au lieu de celui de l'art. 2 CO) ; PIOTET, *Formation*, pp. 30 ss.

865 ATF 108 II 112 *Gautschi c. Schwab* [de], consid. 4, trad. et comm. JdT 1982 I p. 531.

866 ATF 100 II 330 *Morel c. Steiger* [de], trad. JdT 1975 I p. 609.

jurisprudence s'est toutefois glissé au milieu de cette série⁸⁶⁷. **d)** Finalement, sous l'influence d'une autre partie de la doctrine⁸⁶⁸, notre haute Cour a restreint la portée de cette jurisprudence au seul cas du bail déjà exécuté; le complètement sur le montant ne peut ainsi avoir lieu pour l'avenir, mais seulement pour déterminer la valeur de l'usage déjà conféré⁸⁶⁹. Certains auteurs critiquent cette solution, dans la mesure où la loi prévoit le complètement judiciaire du montant du loyer en cas de loyer abusif⁸⁷⁰.

- 530 **Prêt de consommation** La définition légale du prêt de consommation (art. 312 CO) comporte les éléments suivants : **a)** une obligation de transférer la possession et la propriété de choses fongibles, **b)** une obligation subséquente et réciproque⁸⁷¹ de transférer la possession et la propriété « d'autant de choses fongibles de même espèce et qualité »⁸⁷².
- 531 Ni le principe, ni le montant de l'éventuelle rémunération (les intérêts du prêt) ne font partie de cette définition légale. D'une part, l'art. 313 CO prévoit la possibilité de compléter le contrat de prêt de consommation quant au principe de l'obligation de payer des intérêts, avec pour critère de complètement le caractère civil (art. 313 al. 1 CO) ou commercial (art. 313 al. 2 CO) du contrat⁸⁷³. D'autre part, l'art. 314 al. 1 CO prévoit, si le contrat ne l'a pas fixé, le complètement quant au taux de l'intérêt en fonction du « taux usuel pour les prêts de même nature, à l'époque et dans le lieu où l'objet du prêt a été délivré »⁸⁷⁴.
- 532 **Travail** La définition légale du contrat de travail (art. 319 CO) comporte les éléments suivants : **a)** une obligation de travailler (impliquant l'existence d'un

867 Arrêt TF n. publ. (07.03.1975) *P c. B. SA* [fr], consid. 3b = JdT 1976 I p. 163.

868 JEANPRÊTRE, pp. 612-614; MERZ, *Rechtsprechung* 1974, pp. 100-101; du même avis : BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 169.

869 ATF 119 II 347 [de], trad. JdT 1994 I p. 609.

870 BLUMER, n°s 315, 332; BSK-WEBER, art. 253 CO, n° 6; sur la question, cf. aussi BK-GIGER, art. 253 CO, n°s 72-90.

871 La réciprocité de créances doit être distinguée de l'existence d'un rapport d'échange entre ces créances (comparer par exemple les art. 120 al. 1 et 82 CO; BK-WEBER, art. 82 CO, n° 79a).

872 ATF 131 III 268 [fr], consid. 4.2; ATF 128 III 428 *Uriella* [de], consid. 3b, trad. JdT 2005 I p. 284; CR-BOVET/RICHA, art. 312 CO, n°s 2-4; ZK-HIGI, art. 312 CO, n°s 3-7; BSK-SCHÄRER/MAURENBRECHER, art. 312 CO, n° 1; BK-WEBER, art. 312 CO, n° 9.

873 ATF 136 III 305 [de], consid. 3.2.1, trad. JdT 2010 I p. 479; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 2540-2543.

874 À défaut de preuves sur le taux usuel du prêt, le Tribunal fédéral applique par analogie le taux de 5% de l'art. 73 CO (ATF 126 III 189 [fr], consid. 2c). Pour une analyse critique de cet arrêt, cf. *infra* n°s 1097 ss.

rapport de subordination), **b)** une obligation de payer un salaire, **c)** l'existence d'un rapport d'échange entre ces deux obligations⁸⁷⁵.

Il faut toutefois distinguer le principe de payer un salaire et son montant : 533

- S'agissant du montant du salaire, l'art. 322 al. 1 CO prévoit que le contrat peut être complété en fonction de l'usage, d'un contrat-type ou d'une convention collective⁸⁷⁶. 534
- S'agissant du principe du salaire, l'art. 320 al. 2 CO dispose que le contrat de travail « est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire ». La jurisprudence et la doctrine majoritaire y voient une source d'obligations légales justifiées par l'équité⁸⁷⁷, tandis que certains auteurs minoritaires comprennent cette norme comme un cas d'application du principe de la confiance⁸⁷⁸ ou du complètement du contrat par le juge⁸⁷⁹. 535

Entreprise La définition légale du contrat d'entreprise (art. 363 CO) comporte les éléments suivants : **a)** une obligation d'exécuter un ouvrage, **b)** une obligation de payer un prix, **c)** l'existence d'un rapport d'échange entre ces deux obligations⁸⁸⁰. 536

S'agissant du montant du prix de l'ouvrage, l'art. 374 CO prévoit toutefois que « si le prix n'a pas été fixé d'avance, ou s'il ne l'a été qu'approximativement », 537

875 ATF 141 III 407 [fr], consid. 4.2.1 ; ATF 129 III 664 [fr], consid. 3.2 ; ATF 112 II 41 *Drive Quintett* [fr], consid. 1a ; ATF 111 II 260 [fr], consid. 1 ; BK-REHBINDER/Stöckli, art. 319 CO, n^{os} 1-12 ; ZK-Staehelin, art. 319 CO, n^{os} 2-29 ; Streiff/von Kaenel/Rudolph, art. 319 CO, n^o 2 ; Wylér/Heinzer, pp. 20-22.

876 BSK-Portmann/Rudolph, art. 322 CO, n^{os} 1-7 ; Streiff/von Kaenel/Rudolph, art. 322 CO, n^{os} 4-7, 10 ; Vischer/Müller, § 10 n^{os} 19-22 ; Wylér/Heinzer, p. 21.

877 ATF 95 II 126 *Speurer* [fr], consid. 4 = SJ 1970 p. 145 ; Engel, *Obligations*, pp. 192-193 ; BK-REHBINDER/Stöckli, art. 320 CO, n^{os} 17 ss ; ZK-Staehelin, art. 320 CO, n^{os} 6 ss ; von Tuhr/Peter, § 21 II/7. Pour plus de références et une critique à ce sujet, cf. Vion, *Art. 320 al. 2 CO*, pp. 30 ss.

878 Müller, *Abschluss*, pp. 42, 54, 59 ; Vion, *Art. 320 al. 2 CO*, pp. 32 ss.

879 Koller, *Dienstleistungsverträge*, p. 1629 ; Stöckli, n^{os} 160-161, 189-193, cf. toutefois n^{os} 163-166. Les opinions voyant dans cette norme un cas d'application du principe de la confiance ou un cas de complètement judiciaire sont proches (Vion, *Art. 320 al. 2 CO*, p. 36).

880 Arrêt TF n. publ. 4C.72/2006 (30.05.2006) [fr], consid. 3 ; ATF 127 III 519 [fr], consid. 2b ; ATF 122 III 10 [de], consid. 3, trad. et rés. JdT 1998 I p. 111 ; ATF 92 II 328 [fr], consid. 3a ; Gauch, *Werkvertrag*, n^{os} 6 ss, 110 ; CR-Chaix, art. 363 CO, n^{os} 2-6 ; BSK-Zindel/Pulver/Schott, art. 363 CO, n^{os} 1-7 ; BK-Koller, art. 363 CO, n^{os} 49-57 ; ZK-Bühler, art. 363 CO, n^{os} 32-68.

le contrat d'entreprise doit être complété sur ce point « d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur »⁸⁸¹.

- 538 **Édition** La définition légale du contrat d'édition (art. 380 CO) comporte les éléments suivants : **a)** une obligation de céder des droits immatériels sur une œuvre, **b)** une obligation de reproduire et de diffuser l'œuvre, **c)** l'existence d'un rapport d'échange entre ces deux obligations⁸⁸².
- 539 Ni le principe, ni le montant de l'éventuelle rémunération (les honoraires) ne font partie de cette définition légale⁸⁸³. À cet égard, l'art. 388 al. 1 CO prévoit que l'auteur a droit à une rémunération, à moins que les « circonstances » n'indiquent le contraire ; faute d'accord à son sujet, il peut alors y avoir complètement en vertu de cette norme⁸⁸⁴. En outre, l'art. 388 al. 2 CO prévoit que faute d'accord sur le montant des honoraires de l'auteur dans le contrat d'édition, le juge les détermine « à dire d'expert ».
- 540 **Mandat** La définition légale du mandat (art. 394 CO) ne comporte qu'un seul élément : l'obligation de fournir un service (sans obligation de résultat)⁸⁸⁵.
- 541 L'art. 396 al. 1 CO prévoit que faute de fixation contractuelle, l'étendue du service à rendre par le mandataire doit être déterminée en fonction de la nature de l'affaire. Il s'agit d'une norme autorisant le complètement judiciaire de la prestation caractéristique du mandat⁸⁸⁶ au moyen du même critère que celui de l'art. 2 al. 2 CO (nature de l'affaire)⁸⁸⁷.
- 542 Ni le principe, ni le montant de l'éventuelle rémunération (les honoraires) ne font partie de cette définition légale. À cet égard, l'art. 394 al. 3 CO prévoit qu'« une rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une ». Lorsqu'une rémunération n'est pas prévue par le contrat, le

881 Arrêt TF n. publ. (06.12.1988) *Stump et Swissboring c. Nibbio* [fr], consid. 4 = SJ 1989 p. 331 ; ATF 127 III 519 [fr], consid. 2c ; ATF 119 II 40 [fr], consid. 3 ; ATF 92 II 328 [fr], consid. 3a ; GAUCH, *Werkvertrag*, n° 943.

882 ATF 101 II 102 [de], consid. 1b ; ZK-HOCHREUTNER, art. 380 CO, n° 11 ; KOLLER, *Dienstleistungsverträge*, p. 1630 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 4195-4204 (avec nuances s'agissant du synallgma : n° 4206).

883 ZK-HOCHREUTNER, art. 388 CO, n° 18 ; KOLLER, *Dienstleistungsverträge*, p. 1630 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 4203.

884 ZK-HOCHREUTNER, art. 388 CO, n° 10 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 4255.

885 ATF 126 II 249 [fr], consid. 4b ; BK-FELLMANN, art. 394 CO, n°s 16-22 ; BsK-WEBER, art. 394 CO, n°s 2-5 ; CR-WERRO, art. 394 CO, n°s 3 ss.

886 BELSER, p. 254 ; SCHMID/Stöckli, n° 1901 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 4396-4397 ; CR-WERRO, art. 396 CO, n° 3.

887 Sur l'art. 2 al. 2 CO, cf. *supra* n°s 317 ss.

juge peut le compléter à cet égard⁸⁸⁸. *A fortiori*, l'art. 394 al. 3 CO indique également que le montant de la rémunération peut être complété en fonction de l'usage⁸⁸⁹.

Courtage La définition légale du courtage (art. 412 CO) comporte les éléments suivants : **a)** une activité du courtier tendant à la conclusion d'un contrat, qu'il s'agisse d'indication, de négociation et/ou de présentation ; **b)** une obligation de payer un salaire au courtier, si son activité a mené à la conclusion du contrat⁸⁹⁰.

543

L'art. 414 CO prévoit que le contrat peut être complété quant au montant du salaire du courtier ; faute de convention à cet égard, le montant du salaire est déterminé en fonction d'un éventuel « tarif », subsidiairement de l'usage et à défaut d'un tel usage, selon l'appréciation du juge⁸⁹¹.

544

Agence La définition légale du contrat d'agence (art. 418a al. 1 et 418g CO) comporte les éléments suivants : **a)** une obligation de déployer une activité durable et indépendante tendant à la conclusion de contrats, que l'agent n'ait que le pouvoir de négocier ces contrats ou aussi celui de représenter le mandant dans leur conclusion ; **b)** une obligation de payer un salaire à l'agent, pour chaque contrat dont la conclusion est dans un rapport de causalité avec

545

888 ATF 135 III 259 [fr], consid. 2.1 ; ATF 117 II 282 [de], consid. 4b, trad. JdT 1992 I p. 299 ; ATF 82 IV 145 [de], consid. 2a, trad. JdT 1957 IV p. 71 ; STÖCKLI, n° 160 ; cf. aussi : AEBI-MABILLARD, n° 185. Comme pour l'art. 320 al. 2 CO, la doctrine souligne que la distinction entre le principe d'une rémunération conclu sur la base du principe de la confiance (et notamment par actes concludants) et celui qui résulte de l'usage est délicate (CR-WERRO, art. 394 CO, n° 39 ; WERRO, *Mandat*, n° 726), puisque ce qui est usuel détermine en partie ce qu'aurait dû comprendre une personne raisonnable. Sur le caractère relatif de la distinction entre interprétation et complètement en général, cf. ZK-BAUMANN, art. 2 CC, n° 71 ; MEIER-HAYOZ, *Vertrauensprinzip*, p. 127, note n° 2 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 137 ; OFTINGER, *Auslegung*, p. 92 ; VON TUHR/PETER, § 34 III ; YUNG, *Interprétation supplétive*, pp. 190-191. La distinction est plus simple lors d'une réserve sur le principe d'une rémunération, qui constate l'absence d'accord. Si le principe d'une rémunération est subjectivement secondaire, le juge peut alors compléter sur ce point.

889 ATF 135 III 259 [fr], consid. 2.2 ; ATF 117 II 282 [de], consid. 4b, trad. JdT 1992 I p. 299 ; ATF 101 II 109 [de], consid. 2, trad. JdT 1976 I p. 333 ; ATF 82 IV 145 [de], consid. 2a, trad. JdT 1957 IV p. 71 ; STÖCKLI, n° 167 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 4598 ; CR-WERRO, art. 394 CO, n° 45.

890 ATF 139 III 217 [fr], consid. 2.3 ; ATF 131 III 268 [fr], consid. 5.1.2 ; ATF 124 III 481 [de], consid. 3a, trad. JdT 1999 I p. 455 ; CR-RAYROUX, art. 412 CO, n°s 5-13 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 4932-4938, 4944-4949.

891 Arrêt TF n. publ. 4A_96/2016 (04.04.2016) [fr], consid. 2.2 ; Arrêt TF n. publ. 4A_508/2007 (25.03.2008) [de], consid. 4.1 ; Arrêt TF n. publ. 6B_329/2007 (11.12.2007) [de], consid. 3.4.1 ; Arrêt TF n. publ. 4C.70/2003 (06.06.2003) [fr], consid. 3.1 ; Arrêt TF n. publ. 4C.54/2001 (09.04.2002) [fr], consid. 2a ; TC GE (18.11.1983) *Amran c. Al Damer* = SJ 1984 p. 366 ; CR-RAYROUX, art. 414 CO, n°s 2-7 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 4997-4998.

l'activité de l'agent ; **c**) l'existence d'un rapport d'échange entre ces deux obligations⁸⁹².

546 L'art. 418g al. 1 et 2 CO prévoit également que le montant de la provision peut être complété en fonction de l'usage ou, à défaut, selon la libre appréciation du juge⁸⁹³.

547 **Dépôt** La définition légale du dépôt (art. 472 CO) comporte les éléments suivants : **a**) une obligation de déposer une chose mobilière⁸⁹⁴, **b**) une obligation de conserver la chose, **c**) une obligation de restituer la chose⁸⁹⁵.

548 Ni le principe, ni le montant de l'éventuelle rémunération (les honoraires) ne font partie de cette définition légale. À cet égard, l'art. 472 al. 2 CO prévoit que « le dépositaire ne peut exiger une rémunération que si elle a été expressément stipulée, ou si, eu égard aux circonstances, il devait s'attendre à être rémunéré ». Bien que cette norme soulève des questions similaires à celles posées par l'art. 320 al. 2 CO⁸⁹⁶, la jurisprudence et la doctrine dominante n'y voient pas une source d'obligations légales, mais une norme prévoyant le complètement du contrat quant au principe d'une rémunération⁸⁹⁷ et, *a fortiori*, quant au montant de celle-ci⁸⁹⁸.

549 **Cautionnement** La définition légale du cautionnement (art. 492 CO) comporte les éléments suivants : **a**) une obligation de garantir une dette d'un tiers,

892 Arrêt TF n. publ. 4C.249/2005 (24.05.2006) [fr], consid. 3 ; ATF 129 III 664 [fr], consid. 3.2 ; ATF 122 III 66 [de], consid. 3a, trad. JdT 1997 I p. 19 ; ATF 121 III 414 [de], consid. 1a, trad. JdT 1996 I p. 368 ; ATF 108 II 118 [fr], consid. 1 ; CR-DREYER, art. 418a CO, n° 1 ; CR-DREYER, art. 418g CO, n° 1 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 5037-5048, 5119.

893 CR-DREYER, art. 418g CO, n° 2 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 5120.

894 Suivant la théorie de la « seconde logique », cette obligation naît et s'éteint simultanément ; sur le contrat manuel et les différentes conceptions à cet égard, cf. *infra* n° note 1109.

895 ATF 139 III 160 [fr], consid. 2.4 ; ATF 126 III 192 [fr], consid. 2c ; ATF 98 II 211 [fr], consid. 7 ; BsK-KOLLER, art. 472 CO, n°s 1-3 ; CR-BARBÉY, art. 472 CO, n° 1 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 5972-5982 ; ENGEL, *Contrats*, p. 598 ; BK-GAUTSCHI, art. 472 CO, n° 1b.

896 *Supra* n°s 535 ss.

897 ATF 98 II 211 [fr], consid. 7b ; CR-BARBÉY, art. 472 CO, n° 32 ; STÖCKLI, n° 194 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n°s 6056-6057. À l'instar des art. 320 al. 2 et 394 al. 3 CO, le principe d'une rémunération fondée sur l'interprétation objective ou sur le complètement sont parfois difficiles à distinguer.

898 CR-BARBÉY, art. 472 CO, n° 32 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 6058.

b) l'existence d'un caractère accessoire de l'engagement de la caution par rapport à la dette garantie⁸⁹⁹.

Cession de créance La définition légale de la cession de créance (nous parlons ici du *pactum de cedendo*, art. 165 al. 2 CO)⁹⁰⁰ ne comporte qu'un seul élément : l'obligation de céder une créance⁹⁰¹. À l'instar du prêt de consommation et du mandat général, la cession de créance peut être gratuite ou onéreuse (art. 171 CO). 550

Exonération de responsabilité La définition légale de l'exonération de responsabilité (cf. notamment art. 100 et 101 al. 2-3 CO)⁹⁰² ne comporte qu'un seul élément : la renonciation par avance à l'existence d'une responsabilité pour fait propre ou fait d'un auxiliaire⁹⁰³. 551

Remise de dette La définition légale de la remise de dette (art. 115 CO)⁹⁰⁴ ne comporte qu'un seul élément : l'effet extinctif du contrat sur une obligation⁹⁰⁵. 552

Crédit à la consommation Les éléments constitutifs du crédit à la consommation (art. 1-8 LCC) sont : **a)** une obligation de consentir un crédit « sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire », sous les réserves posées par les art. 7-8 LCC, **b)** une obligation subséquente et réciproque de rembourser le prêt, **c)** une obligation de rémunérer l'octroi du prêt (par le versement d'intérêts), **d)** l'existence d'un rapport d'échange entre l'obligation d'octroyer le prêt et l'obligation de rémunération, **e)** le fait que le prêteur agisse « par métier », **f)** le fait que l'emprunteur soit 553

899 ATF 138 III 453 [de], consid. 2.2.1, trad. JdT 2013 II p. 241 ; ATF 111 II 276 [fr], consid. 2b ; BK-GIOVANOLI, art. 492 CO, n^{os} 1-2 ; CR-MEIER, art. 492 CO, n^o 1 ; BsK-PESTALOZZI, art. 492 CO, n^{os} 1, 13 ; WIEGAND, *Akzessorietät*, pp. 39, 44-45.

900 Le *pactum de cedendo* est un type contractuel évoqué par la partie générale du CO ; à ce sujet, cf. *supra* n^o 479.

901 ATF 90 II 164 [de], consid. 7, trad. JdT 1965 I p. 48 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 872-874 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n^o 3411 ; CR-PROBST, art. 164 CO, n^{os} 1, 5, 47-48 ; VON TUHR/ESCHER, § 93 IV.

902 L'exonération de responsabilité pour inexécution ou exécution imparfaite du contrat est un type contractuel évoqué par la partie générale du CO ; à ce sujet, cf. *supra* n^o 479.

903 ATF 132 III 449 [fr], consid. 2, Dans le contexte de l'art. 100 CO, cf. par exemple ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n^o 3077 ; CR-THÉVENOZ, art. 100 CO, n^{os} 1-3 ; BK-WEBER, art. 100 CO, n^{os} 4, 6, 8-15 ; BsK-WIEGAND, art. 100 CO, n^{os} 1-2.

904 La remise de dette est un type contractuel évoqué par la partie générale du CO ; à ce sujet, cf. *supra* n^o 479.

905 ATF 69 II 373 [de], consid. 1a, trad. JdT 1942 I p. 202 ; ATF 52 II 215 [de], consid. 5 ; ZK-AEPLI, art. 115 CO, n^{os} 7-8 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n^{os} 3111-3112 ; CR-PIOTET, art. 115 CO, n^o 2.

un consommateur au sens de la LCC, soit une personne physique contractant « dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle »⁹⁰⁶.

- 554 **Société simple** Les éléments constitutifs de la société simple (art. 530 CO) sont : **a)** des obligations parallèles de poursuivre un but commun, **b)** des obligations parallèles de fournir des apports, **c)** l'exclusion d'une autre forme de société⁹⁰⁷.

B. En cas de contrats innommés typiques

a) Sources

- 555 **Jurisprudence et doctrine ; usages** Dès lors que le contrat à conclure ne correspond pas à un type nommé, il n'y a pas de *définition légale*⁹⁰⁸ dont les points objectivement essentiels pourraient être déduits. Une partie des contrats innommés sont tout de même typiques, situation dans laquelle on parle de type innommé ou de type commercial⁹⁰⁹. La doctrine renvoie alors aux définitions des types commerciaux telles qu'on les trouve dans la jurisprudence et la doctrine ou aux usages commerciaux afin de définir les points objectivement essentiels typologiques⁹¹⁰.

906 Sur les éléments constitutifs du crédit à la consommation, cf. notamment BK-GIGER, Syst. Teil Konsumkredit, n^{os} 51 ss ; SCHMID/STÖCKLI, n^{os} 1333-1348 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 2583 ss.

907 ATF 137 III 455 [fr], consid. 3.1 ; BK-FELLMANN/MÜLLER, art. 530 CO, n^{os} 459 ss ; HK-JUNG, art. 530 CO, n^o 40 ; ZK-SIEGWART, art. 530 CO, n^o 48 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 6817-6839.

908 *Supra* n^o 522.

909 *Supra* n^o 480.

910 BsK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n^o 7 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n^o 7 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n^o 154 ; MERZ, *Vertrag*, n^o 174 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n^o 4 ; CROME, I § 77 I/1.

b) Exemples

Leasing financier La définition jurisprudentielle et doctrinale du leasing financier (crédit-bail) comporte les éléments suivants : **a)** une obligation d'acquérir la chose auprès d'un tiers-fournisseur, **b)** une obligation de transférer l'usage et la jouissance de cette chose pour une certaine durée, **c)** une obligation réciproque de payer des redevances, **d)** l'existence d'un rapport d'échange entre l'obligation de transférer l'usage et la jouissance et celle de payer des redevances⁹¹¹. 556

Franchise La définition jurisprudentielle et doctrinale de la franchise comporte les éléments suivants : **a)** une obligation de céder des prérogatives juridiques (par exemple droit au nom, à la marque, etc.) ou extrajuridiques (par exemple savoir-faire, connaissances, etc.) dans le but de commercialiser certains biens ou services pendant une certaine durée, **b)** une obligation réciproque de promouvoir les produits ou les services (ce qui comprend également une obligation de respecter les conceptions du franchiseur), **c)** une obligation de rémunérer (droit d'entrée et/ou redevance) la cession des prérogatives, **d)** l'existence d'un rapport d'échange entre l'obligation de céder des prérogatives, d'une part, et les obligations de promotion et de rémunération, d'autre part⁹¹². 557

Transaction extrajudiciaire La définition jurisprudentielle et doctrinale de la transaction extrajudiciaire comporte les éléments suivants : **a)** l'existence d'un litige ou d'une incertitude quant à un rapport préexistant, **b)** des concessions réciproques (par exemple remises de dette totales ou partielles, art. 115 CO ; reconnaissances de dette, art. 17 CO ; etc.)⁹¹³. 558

911 ATF 118 II 150 [de], consid. 4, trad. JdT 1994 II p. 98 ; BsK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. pré. art. 184 ss CO, n^{os} 59, 62 ss, 75-77 ; ENGEL, *Contrats*, pp. 805 ss, 813-814 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 819 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 7129-7141.

912 ATF 118 II 157 Yves Rocher [de], consid. 2a, trad. JdT 1993 I pp. 648 ss ; BsK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. pré. art. 184 ss CO, n^{os} 129, 138 ss ; ENGEL, *Contrats*, pp. 790, 793-794 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 853 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 7377-7384.

913 ATF 130 III 49 [de], consid. 1.2, trad. JdT 2005 I p. 517 ; ATF 106 II 222 [de], trad. JdT 1981 I p. 151 ; ATF 95 II 419 [de], consid. 2b, trad. JdT 1970 I p. 637 ; ENGEL, *Contrats*, pp. 859, 861-862 ; HUGUENIN, *OR*, n^{os} 4038-4039 ; MORAND, n^{os} 24-40 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 945 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 7485-7493.

C. En cas de contrats atypiques

559 **Problème** Si un contrat est atypique, c'est-à-dire qu'il ne correspond ni à un type nommé, ni à un type innommé⁹¹⁴, la définition typologique des points objectivement essentiels n'a plus de substrat auquel se raccrocher :

560 « *Wurde über den Abschluß eines atypischen Vertrages verhandelt (z. B. über eine komplizierte Gesellschaftsgründung), so hängt die Unterscheidung zwischen „wesentlichen“ und „Nebenkunden“ mangels Typmerkmalen in der Luft.* »⁹¹⁵

561 **Solutions envisageables** Différentes solutions sont envisageables⁹¹⁶ : **a)** Décrire les points objectivement essentiels à partir d'*expressions générales* (« cœur de l'affaire », « sens du contrat », etc.). **b)** Développer une *description générique* de ce qui devrait être objectivement essentiel dans un contrat typique ou atypique, sur la base d'observations relatives aux types contractuels courants.

a) Recours à des expressions générales (« cœur de l'affaire », « sens du contrat », « tout cohérent »)

562 En cas de contrat atypique, certains auteurs déclarent que les parties doivent au moins s'entendre sur le « cœur de l'affaire » (« *Geschäftskern* » ; parfois traduit par « noyau du contrat »)⁹¹⁷, notion qui décrirait ainsi les points objectivement essentiels⁹¹⁸. D'autres auteurs indiquent que dans l'hypothèse d'un

914 *Supra* n° 487.

915 ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 39 ; du même avis : BK-KRAMER, art. 1 CO, n°s 154, 172 ; STÖCKLI, n° 125, note n° 352.

916 Ces deux idées ne sont pas toujours conçues comme des « solutions » au problème des contrats atypiques dans l'approche typologique des points objectivement essentiels. Certains auteurs les emploient en adoptant une définition structurelle (*infra* n°s 626 ss) ou fonctionnelle (*infra* n°s 695 ss).

917 BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 7 ; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n° 224 ; SCHWENZER, n° 29.03 ; TERCIER/PICHONNAZ, n° 574 ; employant la notion hors d'une définition typologique : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 332-333 ; KOLLER, *AT*, § 6 n° 28 ; dans la jurisprudence, cf. Arrêt TF n. publ. 4C.155/2004 (06.07.2004) [de], consid. 2.2 ; Arrêt TF n. publ. 4C.246/2003 (30.01.2004) [fr], consid. 5.1.

918 Pour la discussion à cet égard, cf. *infra* n°s 593 ss.

contrat atypique, le « sens du contrat » (« *Sinn des Vertrages* ») ou « l'idée du contrat » doivent être au moins reconnaissables⁹¹⁹.

Lorsqu'elles évoquent la notion de « cœur de l'affaire » (« *Geschäftskern* »), la doctrine⁹²⁰ et la jurisprudence⁹²¹ semblent souvent la considérer comme l'équivalent d'une autre expression, employée à l'origine par JÄGGI : le « tout cohérent » (« *sinnvolles Ganzes* »)⁹²². 563

b) Généralisations

Procédé Sur la base des définitions légales, jurisprudentielles et doctrinales des types contractuels, certains auteurs ont formulé diverses descriptions générales des points objectivement essentiels. Ce procédé même est cependant controversé, d'autres auteurs s'opposant par principe à l'idée d'une description générique des points objectivement essentiels typologiques⁹²³. 564

Généralisations : a) Avec référence à certains points Un premier groupe de généralisations se réfère à certains points des contrats qui devraient généralement être considérés comme objectivement essentiels⁹²⁴ : 565

1. *L'identité et le rôle des parties* seraient généralement des points objectivement essentiels⁹²⁵. Pour qu'un contrat de vente soit conclu, il 566

919 BUCHER, AT, p. 118 ; GUGGENHEIM, p. 86 ; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 CO, n° 23. Employant les mêmes expressions sans adopter une définition typologique des points objectivement essentiels : VON BÜREN, p. 132 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 332-333 ; KOLLER, AT, § 6 n° 28.

920 BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 7 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 154 ; MERZ, *Vertrag*, n° 174 ; même association mais sans adoption d'une définition typologique des points objectivement essentiels : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 332-333.

921 Arrêt TF n. publ. 4C.155/2004 (06.07.2004) [de], consid. 2.2 ; Arrêt TF n. publ. 4C.246/2003 (30.01.2004) [fr], consid. 5.1.

922 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 84 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 3 ; nous avons repris la traduction employée par MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 464. Sur la définition particulière des points objectivement essentiels que donne JÄGGI, cf. *infra* n°s 628 ss.

923 BUCHER, AT, p. 118 : « *Im einzelnen gehört die Lehre vom notwendigen Konsensbereich nicht in den Allgemeinen Teil, da sich keine generellen Aussagen machen lassen, sondern dies nur im Zusammenhang mit einzelnen Vertragstypen möglich ist* » ; cf. aussi BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 CO, n° 23 ; dans la même direction : KOLLER, AT, § 6 n° 29 ; s'opposant aussi à une généralisation en droit autrichien : Rummel/Lukas-RUMMEL, § 869 ABGB, n° 8.

924 Pour la discussion à cet égard, cf. *infra* n°s 597 ss.

925 BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n° 7 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n°s 3-4 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 464 ; SCHWENZER, n° 29.03 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 204 ; TERCIER/

faudrait par exemple pouvoir déterminer⁹²⁶ **a)** que le rapport d'obligation qu'il prévoit⁹²⁷ lie M. Blanc et Mme Dupont (identité des parties), et **b)** que dans ce rapport d'obligation, M. Blanc est le vendeur tandis que Mme Dupont est l'acheteuse (rôle des parties).

- 567 2. La *prestation caractéristique* ferait de manière générale partie des points objectivement essentiels⁹²⁸. MORIN renvoie à ce sujet à l'art. 117 al. 3 LDIP⁹²⁹. Devraient ainsi être définis la chose vendue ou louée, le service faisant l'objet du mandat, etc.
- 568 3. Le *principe et le montant de la rémunération* seraient généralement des points objectivement essentiels, sous réserve des cas où la loi prévoit la possibilité d'un complètement à l'égard de ces points⁹³⁰.

569 **Généralisations : b) Sans référence à un point** Sans faire référence à un point en particulier, certains auteurs déclarent que la « détermination générale des prestations » est nécessaire à l'existence du contrat⁹³¹. Dans le même sens, KOLLER mentionne « l'étendue de la prestation » (« *Leistungsumfang* ») parmi ce qui serait « typiquement objectivement essentiel »⁹³².

PICHONNAZ, n° 571 ; cf. aussi Arrêt TAF n. publ. A-4873/2014 (21.10.2015) [de], consid. 5.1.1 ; TC ZH LB130034 (22.04.2014), consid. 2/c/cc/aaa ; utilisant la même idée dans la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 337 ; GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 47 ; MÜLLER, *Contrats*, n° 12 ; appliquant cette idée au contrat d'architecte : AEBI-MABILLARD, n° 183 ; en droit allemand, cf. BORK, n° 712.

926 Sur la détermination des points du contrat, cf. *supra* n°s 185 ss.

927 Il faut distinguer les parties au contrat compris comme acte juridique, c'est-à-dire les personnes qui manifestent leurs volontés au sens de l'art. 1 al. 1 CO, et les parties au rapport d'obligation contractuel, c'est-à-dire les débiteur et créancier des obligations issues du contrat. Les premières sont les *sujets du contrat* ; les secondes font partie des points du contrat, c'est-à-dire de son *objet* (ATF 60 II 492 [de], consid. 2). Sur la distinction entre acte juridique et rapport d'obligation, cf. *supra* n° 60.

928 BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n° 7 ; BELSER, p. 254 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 337 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 3 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 464 ; MÜLLER, *Contrats*, n° 12 ; dans le même sens : SCHWENZER, n° 29.03 ; en droit allemand, cf. BORK, n° 712.

929 CR-MORIN, art. 2 CO, n° 3 ; *idem* MORIN, *Liberté*, p. 26.

930 GAUCH, *Vertragspunkten*, pp. 47-48 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 337-338 ; KOLLER, *AT*, § 6 n° 30-39 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 3 ; SCHWENZER, n° 29.03 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 206 ; en droit allemand, cf. BORK, n° 712 ; d'un avis plutôt contraire en droit suisse : BELSER, pp. 254-255.

931 TERCIER/BIERI/CARRON, n° 205 ; dans le même sens : TERCIER/PICHONNAZ, n°s 571, 574 ; cf. aussi ATF 93 II 185 [fr], consid. 4. Pour la discussion à cet égard, cf. *infra* n° 605.

932 KOLLER, *AT*, § 6 n° 30, 35 (tr. pers.).

IV. Discussion

A. Assimilation des points objectivement essentiels aux éléments constitutifs des types contractuels

Deux problèmes La définition typologique des points objectivement essentiels revient à assimiler les notions de points objectivement essentiels et d'éléments constitutifs des types contractuels⁹³³. Cette assimilation pose deux problèmes en lien avec la clarté du droit⁹³⁴. 570

Éléments constitutifs hors de l'objet de l'accord En premier lieu, les types contractuels ne sont pas exclusivement définis à partir de l'objet des contrats, mais également à partir d'autres critères tels que les caractéristiques personnelles des parties, les buts qu'elles poursuivent, ou les circonstances de la conclusion du contrat⁹³⁵. Certains éléments constitutifs des types contractuels se situent ainsi hors de l'objet de l'accord, et par conséquent hors de ce sur quoi le contrat peut porter⁹³⁶. 571

Exemples : l'accord des parties ne peut pas porter sur le fait que le consommateur soit une personne physique ou sur le fait qu'elle compte utiliser la prestation à des fins non commerciales ou professionnelles⁹³⁷. De même, le contexte dans lequel l'accord est conclu dépasse nécessairement son objet : les parties ne peuvent par exemple pas se mettre d'accord sur le fait qu'elles passent le contrat hors de la voie publique (art. 40b let. b CO) alors qu'elles se trouvent en réalité dans une rue lausannoise. 572

933 *Supra* n° 456.

934 Critiquant l'assimilation entre points objectivement essentiels et éléments constitutifs des types contractuels : CARBONARA, p. 98 ; DASSER, *Wandel*, n°s 604-608 ; GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 46 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 340 ; SCHMID, *Beurkundung*, n° 561 ; SCHMID/STÖCKLI, n° 32 ; STÖCKLI, n° 127, note n° 354. Les racines de cette distinction sont d'ailleurs anciennes (WINDSCHEID/KIPP, I § 85 note n° 1 ; dans la même direction : BEKKER, II § 97 Beil. III ; FLUME, § 6 2 ; FUNK, art. 1 CO, n° 1 ; VON GLÜCK, § 305 ; POTHIER, pp. 11-14 ; PUCHTA/RUDORFF/SCHIRMER, § 58). Sur la clarté du droit comme élément de la sécurité juridique, cf. *supra* n°s 416 ss.

935 *Supra* n°s 492 ss.

936 Dans le même sens, ZIMMERMANN, pp. 559-560, donne des exemples d'éléments sur lesquels l'accord des parties ne peut pas porter.

937 On peut certes stipuler des obligations de garantie à certains de ces égards, mais cela reste sans impact sur les faits déterminants pour la qualification contractuelle, qui repose ainsi partiellement sur des éléments étrangers à la volonté des parties.

- 573 Par contraste, les points objectivement essentiels appartiennent nécessairement à l'objet de l'accord, puisqu'ils font partie des points du contrat⁹³⁸. Ainsi, l'assimilation des notions de points objectivement essentiels et d'éléments constitutifs des types contractuels ne semble pas pouvoir être totale.
- 574 **Éléments devant être déterminés pour la qualification** En second lieu, les éléments minimaux sur lesquels un accord doit être intervenu pour que le contrat soit qualifiable ne correspondent pas toujours aux points qui sont généralement décrits comme étant des points objectivement essentiels typologiques⁹³⁹. Si l'on reprend en particulier les points généralement qualifiés d'objectivement essentiels par une partie de la doctrine⁹⁴⁰ :
- 575 – *Identité et rôle des parties*. Dans de nombreux types contractuels, on peut qualifier l'état de fait sans que l'identité et le rôle des parties ne soient connus. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2013, le Tribunal fédéral a relevé qu'il était possible de qualifier un contrat de travail alors même que l'identité du débiteur du salaire avait été expressément réservée par les parties⁹⁴¹.
- 576 *Exemples* : Si deux parties conviennent que l'une d'elles donnera une chose à l'autre en échange d'un prix, la qualification du contrat en « vente »⁹⁴² paraît nette, sans qu'il soit nécessaire de savoir qui sont concrètement les parties (par exemple M. Dupont et M. Blanc) et quels sont leurs rôles (par exemple M. Dupont est vendeur et M. Blanc acheteur).
- 577 Point n'est non plus besoin de déterminer qui sont le mandant et le mandataire pour pouvoir parler de mandat⁹⁴³ ; *idem* quant aux identités et rôles du bailleur et du locataire⁹⁴⁴, etc.
- 578 Par contre, dès que les caractéristiques personnelles des parties font partie des éléments constitutifs du type contractuel en cause⁹⁴⁵, il est nécessaire de connaître leurs identités et rôles respectifs pour pouvoir qualifier le contrat.
- 579 *Exemple* : Si deux parties conviennent que l'une donnera une chose à l'autre en échange d'un prix payé sous la forme de vingt-quatre mensualités, l'état de fait n'est pas assez précis pour que l'on puisse parler de

938 Sur la notion de « point » du contrat, cf. *supra* n° 61.

939 GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 46 ; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 340. Cela peut être mis en relation avec le caractère abstrait des types contractuels par rapport au caractère concret des contrats effectivement conclus ; à ce sujet, cf. *supra* n° 469.

940 *Supra* nos 565 ss.

941 Arrêt TF n. publ. 4A_80/2013 (30.07.2013) [de], consid. 3.2.

942 Sur les éléments constitutifs de la vente, cf. *supra* n° 524.

943 *Supra* nos 540 ss.

944 *Supra* nos 527 ss.

945 À ce sujet, cf. *supra* nos 499 ss.

crédit à la consommation car il faudrait notamment savoir s'il y a un prêteur agissant par métier (art. 2 LCC) et un consommateur, c'est-à-dire une personne physique agissant dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle (art. 3 LCC)⁹⁴⁶.

On ne peut donc inférer des éléments constitutifs du type contractuel que l'identité et le rôle des parties seraient, de manière générale, des points objectivement essentiels. L'analyse est en fait plus complexe ; elle dépend des critères typologiques en jeu⁹⁴⁷. 580

- *Prestation caractéristique.* Déterminer quel est l'objet concret de la prestation caractéristique n'est pas non plus toujours nécessaire pour pouvoir qualifier le contrat. 581

Exemples : Dès qu'il est établi que les parties veulent le transfert de la propriété d'une chose en échange d'un prix, on peut parler de vente⁹⁴⁸, et cela indépendamment de l'identité concrète de la chose vendue (voiture, tableau, maison, etc.). Cela vaut également pour d'autres types contractuels (bail, travail, mandat, etc.). 582

En revanche, dans d'autres types contractuels, la quotité de la prestation caractéristique doit être connue pour pouvoir qualifier le contrat ; il faut par exemple savoir que le montant du crédit se situe entre 500 et 80 000 francs pour pouvoir qualifier le contrat de crédit à la consommation (art. 7 al. 1 let. e LCC)⁹⁴⁹. 583

- *Principe et montant de la rémunération.* En outre, le principe et le montant d'une rémunération n'ont pas toujours besoin d'être déterminés pour que le contrat soit qualifiable. **a)** Divers types contractuels peuvent indifféremment être gratuits ou onéreux (prêt de consommation⁹⁵⁰, mandat⁹⁵¹, dépôt⁹⁵², cession de créance⁹⁵³, etc.). **b)** Dans la plupart des types contractuels onéreux, la quotité de la rémunération n'a pas besoin d'être connue pour que la qualification soit possible. Les montants du prix de vente, du loyer⁹⁵⁴, du taux de l'intérêt rémunérateur ou du salaire sont ainsi indifférents s'agissant de la qualification 584

946 *Supra* n° 553.

947 Sur les critères typologiques, cf. *supra* n°s 492 ss.

948 *Supra* n° 524.

949 Sur les éléments constitutifs du crédit à la consommation, cf. *supra* n° 553.

950 *Supra* n°s 530 s.

951 *Supra* n°s 540 ss.

952 *Supra* n°s 547 s.

953 *Supra* n° 550.

954 La jurisprudence retient que le montant du loyer n'est un point objectivement essentiel que s'agissant des prestations non encore exécutées ; à ce sujet, cf. *supra* n°s 528 s.

du contrat. À titre de contre-exemple, pour qualifier un contrat en donation mixte, il faut connaître l'étendue de la rémunération afin de pouvoir la comparer à la valeur réelle de la chose transférée⁹⁵⁵.

B. Accessibilité et stabilité du droit à géométrie variable

585 Quel est le degré d'accessibilité et de stabilité du droit⁹⁵⁶ offerte par la définition typologique des points objectivement essentiels ? Deux remarques s'imposent d'abord : **a)** Nous nous intéresserons non seulement à l'accessibilité du droit pour les juristes, mais aussi pour les non-juristes, qui restent les premiers destinataires de la sécurité juridique⁹⁵⁷. **b)** Il faut prendre en compte tant les contrats nommés que les contrats innommés typiques et les contrats atypiques⁹⁵⁸.

a) En cas de contrats nommés

586 **Pour les juristes** Les juristes peuvent en général identifier assez facilement les points objectivement essentiels typologiques des contrats nommés⁹⁵⁹. Le droit des contrats spéciaux fait partie de la formation juridique de base ; si un doute surgissait, la lecture du texte légal (cas échéant, d'un point de vue systématique) ainsi que la consultation de la jurisprudence et de la doctrine précisant les « définitions légales » serait aisée. Toutefois, dans certains cas d'espèce, il n'est pas évident de déterminer quelle sera la qualification

955 TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 1506-1509 ; au surplus, il faut savoir s'il y avait *animus donandi*.

956 Sur l'accessibilité du droit comme composante de la sécurité juridique, cf. *supra* n^{os} 416 ss. Sur la stabilité du droit comme composante de la sécurité juridique, cf. *supra* n^{os} 424 ss.

957 *Supra* n^o 417.

958 L'une des principales critiques envers la définition typologique des points objectivement essentiels concerne son rapport aux types innommés et aux contrats atypiques (BELSER, p. 253 ; GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 46 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 340 ; HERZOG, n^o 222 ; HUGUENIN, *OR*, n^o 258 ; dans la même direction : CARBONARA, pp. 96-98).

959 Sur l'identification des points objectivement essentiels dans les contrats nommés, cf. *supra* n^{os} 522 ss.

retenue – question préalable à l'identification des points objectivement essentiels typologiques⁹⁶⁰.

Pour les non-juristes Les non-juristes auront généralement quelques connaissances à propos des principaux types contractuels nommés, dès lors qu'il s'agit d'opérations fréquemment accomplies ou que celles-ci font l'objet d'une désignation particulière dans le langage courant (vente, travail, bail à loyer, etc.)⁹⁶¹. Le texte légal est en outre accessible à tout le monde, de sorte que chaque justiciable devrait en principe pouvoir retrouver la « définition légale » du contrat qui l'intéresse. En revanche, dès que la « définition légale » ne suffit pas pour déterminer quels sont les points objectivement essentiels typologiques, mais que d'autres dispositions sont pertinentes (par exemple art. 212 al. 1 ou 374 CO), l'identification des points objectivement essentiels est moins aisée pour les non-juristes. Il en va de même pour toutes les nuances, délimitations et précisions apportées aux « définitions légales » par la jurisprudence et la doctrine, qui sont en bonne partie inconnues des non-juristes. Ainsi, même s'il lisait l'art. 212 al. 1 CO en lien avec l'art. 184 al. 1 CO, un non-juriste serait le plus souvent incapable de déterminer ce que signifie exactement la notion de « cours moyen » (« *mittlere Marktpreis* ») au sens l'art. 212 al. 1 CO, ni les types de choses auxquelles cette norme s'applique d'après la jurisprudence et la doctrine⁹⁶². De même : à la seule lecture des art. 363 et 394 al. 1 CO, le non-juriste ne pourra pas identifier le critère de distinction entre mandat et entreprise, à savoir l'opposition entre obligation de moyens et obligation de résultat.

587

Évolutions temporelles Les points objectivement essentiels typologiques dépendent notamment des normes typiques prévoyant un complètement judiciaire⁹⁶³. Or « les conceptions du rapport entre contrat et pouvoir du juge sont tributaires des changements sociétaux »⁹⁶⁴, changements qui peuvent

588

960 Par exemple, en cas de livraison d'une chose future, la distinction entre vente et entreprise fait appel à de nombreux critères et fait l'objet d'une casuistique assez fournie (TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 3538-3539; cf. aussi BsK-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Rem. prélim. art. 363-379 CO, n^o 9); de même, la distinction entre mandat et entreprise, fondée sur la différence entre obligation de moyens et obligation de résultat, « aboutit parfois à des nuances subtiles et des solutions surprenantes » (TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 4334-4337; cf. aussi BsK-WEBER, art. 394 CO, n^{os} 28-31).

961 Toutefois, certains types juridiques nommés ont des dénominations qui divergent de leur sens socio-économique habituel; par exemple le terme « entreprise », d'un point de vue socio-économique, renvoie plutôt à l'idée d'une société commerciale que de l'exécution d'un ouvrage.

962 *Supra* n^o 525.

963 *Supra* n^{os} 522 ss.

964 GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 47 (tr. lib.); cf. aussi : RIMLE, n^o 102; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n^o 470.

notamment s'exprimer dans des décisions judiciaires. Comme le montre l'exemple de la jurisprudence sur le complètement du montant du loyer⁹⁶⁵, ces évolutions dans le discours du juge sur son propre pouvoir de compléter le contrat constituent un facteur d'instabilité pour les parties et pour les éventuels juristes qui les assistent. Cela vaut en particulier lorsque, soumises à des influences doctrinales variées, ces évolutions suivent un cheminement non-linéaire.

589 **Superpositions de types** Lorsque le contrat correspond simultanément à plusieurs types distincts⁹⁶⁶, à partir des éléments constitutifs de quel(s) type(s) les points objectivement essentiels typologiques devraient-ils être déduits ? Il ne semble pas exister de réponse claire à cette question à l'heure actuelle.

590 On pourrait imaginer : **a)** n'utiliser les éléments constitutifs d'aucun des types superposés pour définir les points objectivement essentiels typologiques (*approche atypique*) ; **b)** utiliser les éléments constitutifs de l'un des types superposés pour définir les points objectivement essentiels typologiques, à l'exclusion des éléments constitutifs des autres types applicables au cas d'espèce (*approche exclusive*) ; **c)** utiliser les éléments constitutifs de tous les types superposés pour définir les points objectivement essentiels typologiques (*approche cumulative*).

b) En cas de contrats innommés typiques

591 De nombreux types commerciaux ont des éléments constitutifs décrits de manière plutôt uniforme par la doctrine et la jurisprudence⁹⁶⁷, ce qui rend l'identification des points objectivement essentiels typologiques assez facile pour les juristes⁹⁶⁸. Toutefois, certains types innommés ont des contours controversés ou renvoient à des usages commerciaux variés (par exemple, le

965 *Supra* nos 528 s.

966 Situation fréquente en pratique que l'on peut appeler *superposition de types contractuels* ; à ce sujet, cf. *supra* n° 510.

967 Sur l'identification des points objectivement essentiels en cas de contrats innommés typiques, cf. *supra* nos 555 ss.

968 Cf. *mutatis mutandis supra* n° 586.

terme « leasing » peut renvoyer à des situations assez variées, selon la définition que l'on en retient⁹⁶⁹).

S'agissant des non-juristes, le degré de prévisibilité des points objectivement essentiels typologiques est nettement plus faible pour les contrats innommés typiques que pour les contrats nommés, puisque les contrats innommés typiques ne sont pas définis par un texte légal⁹⁷⁰, mais par la doctrine et la jurisprudence.

592

c) En cas de contrats atypiques

Expressions générales Les expressions générales employées par la doctrine pour définir les points objectivement essentiels des contrats atypiques⁹⁷¹ sont porteuses d'une absence particulière de clarté. Les mots choisis semblent difficilement pouvoir guider le juriste ou le citoyen dans un cas d'espèce. Qu'est-ce que le « cœur d'une affaire » ou le « sens d'un contrat » ? On se situe là aux portes d'une tautologie qui proclamerait : « Est essentiel ce qui est essentiel ». GAUCH déclare ainsi que ces expressions sont allusives et qu'elles relèvent plus du « sentiment juridique » que de la « compréhension juridique »⁹⁷².

593

En particulier, l'expression « cœur de l'affaire » est ambiguë :

594

1. Elle peut renvoyer à un référentiel externe (social), à une conception générale, de ce qui serait le « cœur » de telle ou telle autre affaire⁹⁷³. Mais parler alors de « cœur de l'affaire » quant aux contrats atypiques ne semble pas faire sens : si l'affaire est atypique, cela signifie qu'il n'y a pas de conception générale à son sujet qui permettrait d'en distinguer

595

969 BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. pré. art. 184 ss CO, n° 59 ; HK-BRUNNER, Rem. pré. art. 184 ss CO/Leasing, n° 1 ; DASSER, *Wandel*, n° 206 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 7128. Pour la définition spécifique du leasing financier, cf. *supra* n° 556.

970 Sur le rôle du texte légal dans l'accessibilité du droit pour les non-juristes, cf. *supra* n° 419.

971 *Supra* n°s 562 s.

972 GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 46 (tr. lib.). Dans le même sens, et concrétisant ces termes au moyen de la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 333. Sur la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels, cf. *infra* n°s 695 ss.

973 HUGUENIN, *OR*, n° 258, évoque par exemple les « Punkte, welche nach normalem Sprachgebrauch zum Geschäftskern gehören » ; BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. pré. art. 184 ss CO, n° 5, associent le « cœur du contrat » (« *Vertragskern* ») et les définitions des types.

le « cœur »⁹⁷⁴. Ainsi comprise, l'expression « cœur de l'affaire » paraît donc inapplicable aux contrats atypiques.

- 596 2. Elle peut renvoyer à un référentiel interne, au « sens » intrinsèque, c'est-à-dire à la structure et à la cohérence des obligations issues du contrat entre elles. Le « cœur » de l'affaire devient alors ce qui, au sein de l'accord des parties, semble le plus important⁹⁷⁵. Une telle conception du « cœur de l'affaire » revient à adopter une définition structurelle des points objectivement essentiels dans le cas des contrats atypiques⁹⁷⁶.

597 **Généralisations avec référence à certains points** Les généralisations faisant référence à certains points (identité et rôle des parties, prestation caractéristique, principe et montant de la rémunération)⁹⁷⁷ appellent certaines remarques, notamment liées aux différentes normes qui permettent le complètement à l'égard de ces points :

- 598 1. *Identité et rôle des parties*. L'art. 112 al. 2 CO prévoit que l'existence d'une stipulation pour autrui parfaite peut découler non seulement de la convention, mais également de l'usage. À propos de *l'identité du créancier*, cette norme pose donc – au moyen d'une formulation similaire à celle de l'art. 394 al. 3 CO – le principe que le contrat peut être complété (notamment) en fonction de l'usage⁹⁷⁸.

- 599 2. *Prestation caractéristique*. Dans le mandat, l'art. 396 al. 1 CO prévoit que l'étendue de la *prestation caractéristique* peut faire l'objet d'un complètement⁹⁷⁹.

600 En outre, la généralisation du caractère objectivement essentiel de la prestation caractéristique semble inadaptée en matière de contrats atypiques, puisque ces derniers n'ont pas de prestation caractéris-

974 Sur les types contractuels comme constructions socio-économiques, cf. *supra* nos 472 ss.

975 C'est ainsi que ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 3 décrit le « cœur de l'affaire », qu'il oppose aux types contractuels (cf. toutefois un autre passage : ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 84). BK-KRAMER, art. 1 CO, nos 154, 172, reprend également cette définition structurelle du « cœur de l'affaire ».

976 Sur les définitions structurelles des points objectivement essentiels, cf. *infra* nos 626 ss.

977 *Supra* nos 565 ss.

978 La doctrine considère parfois que le contrat ne peut pas être complété en matière de stipulation pour autrui (KRAUSKOPF, n° 974, avec nuance au n° 975 quant à l'art. 1 al. 2 CC ; BK-WEBER, art. 112 CO, n° 72). Cette opinion semble étrange : en retenant qu'une stipulation pour autrui n'a pas été prévue par les parties, mais qu'elle existe car elle est usuelle, le juge complète nécessairement le contrat (que ferait-il d'autre ?). D'ailleurs, l'usage est décrit comme une source de la *volonté hypothétique* des parties dans le cadre de l'art. 112 CO (ATF 86 II 256 [de], trad. JdT 1961 I p. 134 ; BK-WEBER, art. 112 CO, n° 50).

979 *Supra* n° 541.

tique⁹⁸⁰. En effet, la prestation caractéristique est celle qui permet « de spécifier le contrat »⁹⁸¹, c'est-à-dire de le qualifier⁹⁸²; dans les types synallagmatiques, elle s'oppose à la « contre-prestation », souvent pénuniaire⁹⁸³. D'ailleurs, l'art. 117 al. 3 LDIP définit les prestations caractéristiques en fonction de catégories de contrats⁹⁸⁴, c'est-à-dire d'ensembles de types contractuels ayant un dénominateur commun et qui sont en eux-mêmes des types contractuels⁹⁸⁵.

Dans les cas où le contrat n'a pas de prestation caractéristique, l'on peut se référer aux autres critères de rattachement objectif développés par la doctrine dans le contexte de l'art. 117 LDIP, dont notamment la fonction sociale et économique des prestations, leur complexité et le risque qu'elles comportent⁹⁸⁶. Cela revient, en matière de contrats atypiques, à adopter une définition des points objectivement essentiels proche des définitions structurelles, dans la mesure où l'on se demande alors quelles prestations semblent les plus importantes⁹⁸⁷.

601

- 980 BSK-AMSTUTZ/WANG, art. 117 LDIP, n° 15; ZK-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, art. 117 LDIP, n° 68; KREN KOSTKIEWICZ, pp. 373-375; VISCHER/HUBER/OSER, n°s 231-232; WISMER, pp. 186, 240-241. *A fortiori*, dans le contexte de l'art. 117 LDIP, certains contrats typiques sont décrits comme n'ayant pas de prestation caractéristique, ainsi de l'échange ou de la société (CR-BONOMI, art. 117, n° 20; DUTOIT, art. 117 LDIP, n°s 39 ss; WISMER, pp. 238-240).
- 981 CR-MORIN, art. 2 CO, n° 3.
- 982 BSK-AMSTUTZ/WANG, art. 117 LDIP, n°s 7-8, 17; CR-BONOMI, art. 117, n°s 7-8, 12-14, 30; DUTOIT, art. 117 LDIP, n°s 2, 6; ZK-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, art. 117 LDIP, n° 27; WISMER, pp. 23-26, 119. Divers exemples montrent que c'est toujours en fonction d'un type que la prestation caractéristique est déterminée : ATF 140 III 145 [de], consid. 6, trad. et comm. JdT 2014 II p. 343 (réassurance); ATF 132 III 609 [fr], consid. 4 (assignation); ATF 130 III 462 [de], consid. 4.1, trad. SJ 2004 p. 549 (mandat entre banques émettrice et confirmante dans l'accréditif); ATF 129 III 738 [fr], consid. 3.4.1 (entreprise); ATF 78 II 74 [fr], consid. 2 (vente).
- 983 ATF 140 III 170 [de], consid. 2.2.3; CR-BONOMI, art. 117, n°s 14-19; ZK-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, art. 117 LDIP, n°s 29 ss. L'identification d'une prestation caractéristique ne revient pas à identifier un type de prestation (WISMER, p. 236; sur les différents types de prestations, cf. ENGEL, *Obligations*, pp. 81-86; BK-KRAMER, *Intr. gén. CO*, n°s 77-87; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, *Rem. pré. art. 1-67 CO*, n°s 68-78; VON TUHR/PETER, § 7 II-III), ni à postuler qu'elle doit avoir un contenu déterminable (*supra* n°s 185 ss).
- 984 Ces catégories correspondent aux contrats régis dans la partie spéciale du CO; cependant le droit international privé connaît une approche qui n'y est pas limitée (WISMER, pp. 188-194).
- 985 Sur les catégories de contrats, cf. *supra* n° 489.
- 986 CR-BONOMI, art. 117, n°s 15-17, 38-39; DUTOIT, art. 117 LDIP, n° 7; WISMER, pp. 212 ss; mettant spécialement l'accent sur cet élément : DASSER, *Wandel*, n°s 357, 360. Quant à la prestation caractéristique des contrats innommés dans le contexte du CO, CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n°s 27-28, évoquent notamment la *prépondérance* d'une prestation sur les autres.
- 987 Sur les définitions structurelles des points objectivement essentiels, cf. *infra* n°s 626 ss.

- 602 3. *Principe et montant de la rémunération.* De nombreuses normes légales prévoient le complètement du contrat quant au principe de la rémunération (art. 313, 320 al. 2, 388 al. 1, 394 al. 1, 472 al. 2 CO) ou quant à son montant (art. 212 al. 1, 314 al. 1, 322 al. 1, 374, 388 al. 2, 394 al. 1, 414, 418g al. 1 et 2, 472 al. 2 CO)⁹⁸⁸ ; en matière de bail, le complètement quant au montant du loyer a été développé par la jurisprudence⁹⁸⁹.
- 603 Pour la plupart, ces normes concernent des types contractuels nommés. Le nombre de ces dispositions supplétives réduit la clarté et l'accessibilité de ces généralisations en matière de contrats nommés, et *a fortiori* en matière de contrats innommés ou atypiques.
- 604 Au-delà de la prévisibilité des résultats de ces généralisations, nous traiterons plus loin de la question de savoir s'il faut voir ces normes supplétives comme des exceptions au principe voulant qu'un complètement judiciaire serait impossible sur ces points (identité et rôle des parties, prestation caractéristique, principe et montant de la rémunération), ou si ces normes sont au contraire l'expression d'un principe général voulant qu'un tel complètement serait possible⁹⁹⁰.
- 605 **Généralisations sans référence à un point** Les exigences de « détermination générale des prestations » et de détermination de « l'étendue de la prestation »⁹⁹¹ ne fournissent pas de critère pour distinguer ce qui fait partie des points essentiels et ce qui fait partie des points secondaires. En postulant la « détermination générale » de la (ou des) prestation(s), l'on dit certes que *les* prestations doivent avoir un certain degré de détermination, mais on ne dit pas *lesquelles* doivent l'atteindre. Cela revient à confondre la question du degré de détermination des points du contrat avec celle de l'étendue minimale de l'accord⁹⁹².

988 Sur ces normes, cf. *supra* n^{os} 524 ss ; cf. aussi STÖCKLI, n^o 167.

989 *Supra* n^{os} 528 s.

990 *Infra* n^{os} 1116 ss.

991 *Supra* n^o 569.

992 Sur la distinction entre ces questions, cf. *supra* n^{os} 171 ss.

d) Rapport avec les évolutions du droit des contrats

Outre les aspects évoqués jusque là, le degré de stabilité, de clarté et d'accessibilité offert par la définition typologique des points objectivement essentiels dépend également de l'évolution générale du droit des contrats. Nous allons nous intéresser particulièrement aux phénomènes de la complexification de la typologie contractuelle, de sa « décodification » et de son rapport avec l'internationalisation du droit des contrats. 606

(i) Complexification de la typologie contractuelle

Phénomène On parle souvent d'un renforcement de la typologie contractuelle, phénomène qui présente plusieurs facettes : 607

1. D'un point de vue *quantitatif*, on assiste à la création de nouveaux types nommés (crédit à la consommation, voyage à forfait), parfois sous la forme de sous-types contractuels (bail d'habitation, contrat d'agence)⁹⁹³. Les types innommés ne sont pas en reste, puisque leur nombre a également tendance à augmenter avec le temps⁹⁹⁴. 608
2. La typologie contractuelle est aussi marquée par une diversification *qualitative* : 609
 - (a) Celle-ci s'exprime par l'apparition de nouveaux critères typologiques⁹⁹⁵, dont l'exemple le plus fréquemment cité est celui des contrats de consommation, qui sont définis non seulement par l'objet du contrat, mais également par les caractéristiques personnelles des parties qui les concluent et les buts qu'elles poursuivent⁹⁹⁶. 610
 - (b) La réglementation des contrats nommés s'oriente aussi vers plus de rigidité et de densité – DASSER mentionne les exemples des 611

993 DASSER, *Wandel*, n° 221.

994 DASSER, *Wandel*, n°s 198-199 ; DASSER, *FS Rey*, pp. 211-212 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, pp. 798-799. L'augmentation du nombre de types innommés est le reflet de la diversification des pratiques socio-économiques (BEKKER, II § 97 Beil. I ; évoquant aussi d'autres facteurs : PICHONNAZ, *Centenaire*, pp. 142-144) ; il s'agit donc d'un phénomène récurrent, marqué notamment dans les périodes fastes de l'économie (cf. par exemple, à propos du développement de nouveaux types contractuels à la fin du Moyen-Âge : SCHERRER, p. 25).

995 Sur les critères typologiques, cf. *supra* n°s 492 ss.

996 DASSER, *Wandel*, n°s 221-234.

contrats de travail et de cautionnement, qui comprennent un grand nombre de dispositions impératives détaillées⁹⁹⁷.

- 612 **Rapport avec la prévisibilité du droit** La complexification de la typologie semble avoir un effet « centrifuge » sur la clarté du droit :
- 613 – Elle peut contribuer à renforcer la clarté du droit dans les cas de contrats parfaitement typiques, dans lesquels la qualification ne pose pas problème⁹⁹⁸. En lui-même, l'accroissement du nombre de types contractuels est toutefois un facteur d'instabilité susceptible de générer des problèmes de délimitation ou de superposition de types supplémentaires, et donc de diminuer la clarté du droit⁹⁹⁹.
- 614 – En revanche, cette complexification tend à diminuer le degré de clarté du droit dans les cas où le contrat conclu en l'espèce est moins clairement proche d'un type existant¹⁰⁰⁰.
- 615 En termes de justice matérielle – l'un des autres facteurs de la prévisibilité du droit¹⁰⁰¹ –, le bilan semble également contrasté. La complexification de la typologie porte en son sein l'espoir de règlementations correspondant mieux aux évolutions de la réalité socio-économique et empreintes de nuances reflétant les solutions matériellement les plus justes dans les divers états de faits typiques¹⁰⁰². Parallèlement, la complexification de la typologie comporte aussi le risque d'un droit moins juste, si des règles de droit rattachées à différents types divergent les unes des autres sans justification matérielle¹⁰⁰³ ou

997 DASSER, *Wandel*, n° 221 ; cf. aussi HONSELL, *100 Jahre*, p. 105 ; TERCIER, *XXI^e siècle*, pp. 215-216.

998 OTT, p. 119 ; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n° 201.

999 DASSER, *Wandel*, n° 153.

1000 KRAMER, *Innominatverträge*, p. 41 ; OTT, p. 119 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 792 ; selon BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 83, la sécurité du droit commande ainsi de rapprocher le plus possible les cas d'espèce des types existants ; soulignant que la qualification elle-même est déjà source d'insécurité juridique pour les parties : DASSER, *FS Rey*, pp. 208-209.

1001 *Supra* n°s 412 ss. Nous adoptons une définition large de la sécurité du droit, cf. *supra* n°s 406 s..

1002 DASSER, *Wandel*, n° 153 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 792 ; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n° 201 ; LEENEN, *Typus*, p. 109.

1003 Ce souci a notamment joué un rôle dans la récente unification des délais de prescription de la garantie pour les défauts de la chose vendue et de l'ouvrage (FF 2011 pp. 2699 ss, p. 2703). Cf. aussi ATF 133 III 335 [de], consid. 2.4.4, trad. JdT 2010 I p. 223 ; DASSER, *Wandel*, n°s 573-574 ; GAUCH, *Vertragstypenrecht*, p. 25 ; SCHMID/STRÖCKLI, n°s 54-55. Évoquant certaines discrédances en matière de contrats de consommation : PICHONNAZ, *Centenaire*, p. 196.

si l'inégalité que le législateur entendait corriger dans une situation typique n'existe pas en réalité¹⁰⁰⁴.

(ii) « *Décodification* » du droit des contrats ?

Phénomène Ces évolutions de la typologie se recoupent partiellement¹⁰⁰⁵ avec les discussions ayant lieu autour de l'hypothèse d'une « décodification ». Celle-ci est décrite comme un processus d'adoption de dispositions légales spéciales ou de droit prétorien qui, s'écartant dans leur essence des dispositions générales, mèneraient à une perte de l'unité du droit¹⁰⁰⁶. Le phénomène peut être compris de manière formelle, comme synonyme de « toujours plus de droit hors du Code »¹⁰⁰⁷, ou de manière matérielle, comme l'accumulation d'excroissances qui mettraient à mal les principes fondamentaux de la codification¹⁰⁰⁸.

616

Avec certains auteurs, on peut douter de l'existence d'une véritable décodification matérielle¹⁰⁰⁹. En revanche, une certaine décodification formelle semble être intervenue¹⁰¹⁰, puisqu'une partie non négligeable des types contractuels est désormais régie hors du Code, d'une part dans des lois spé-

617

1004 Parlant à ce propos d'« *unangemessener Typisierung* » : ARNET, n° 180 ; évoquant aussi cette hypothèse : SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n° 216 ; parlant plus largement de « déficit immanent » de la typologie contractuelle : GAUCH, *Vertragstypenrecht*, p. 10.

1005 Partiellement, car l'évolution de la typologie peut aussi se trouver en accord avec la codification, dès lors que les nouvelles normes typiques n'acquièrent pas « d'autonomie » particulière (GENNER, pp. 18-22), mais également parce que la décodification concerne aussi d'autres institutions juridiques que les types contractuels (par exemple le droit foncier rural : *Ibid.*, pp. 160 ss).

1006 GENNER, pp. 17 ss sur « l'autonomie » des normes spéciales, et pp. 172 ss à propos de l'unité du droit ; CARONI, *(De)Kodifikation*, pp. 39-46 ; CARONI, *Privatrecht*, pp. 96-99 ; KRAMER, *Privatrechtskodifikationen*, pp. 423-424 ; parlant déjà de « déconcentration » : YUNG, *Code civil*, pp. 16-18.

1007 Expression employée par PICHONNAZ, *Centenaire*, pp. 117, 136-141.

1008 GENNER, pp. 5-6.

1009 GENNER, pp. 190-191, 204-208 ; KOLLER, *Sensiblen Bereiche*, pp. 51-52 ; cf. aussi KRAMER, *Krise*, pp. 65-66 ; PICHONNAZ, *Centenaire*, p. 218 ; ainsi que CARONI, *(De)Kodifikation*, pp. 31, 45 ; CARONI, *Privatrecht*, pp. 97-98. Sur les évolutions sociales depuis 1883 et leur impact sur le droit des obligations : KRAMER, *Lebenskraft*, pp. 265-274.

1010 Dans ce sens : CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n° 2 ; et déjà YUNG, *Code civil*, pp. 9-10. Dans d'autres ordres juridiques, on trouve toutefois de nombreux exemples de recodification formelle (KRAMER, *Privatrechtskodifikationen*, pp. 424-426). Évoquant une recodification formelle dans certains domaines socialement sensibles du droit privé : KOLLER, *Sensiblen Bereiche*, p. 84. Sceptique face à l'hypothèse d'une véritable décodification formelle : CARONI, *Privatrecht*, pp. 98-99.

ciales (LCC, LVF, etc.), d'autre part dans la jurisprudence et la doctrine (notamment : tous les types innommés).

- 618 **Impact sur l'accessibilité du droit** Le principal impact de ce phénomène de décodification formelle concerne l'accessibilité de la typologie contractuelle aux non-juristes, qui peut être amoindrie par la croissance de lois spéciales et de types innommés¹⁰¹¹. On peut certes essayer de corriger partiellement cette insécurité en codifiant plus de types contractuels¹⁰¹², mais il s'agit d'une opération à double tranchant, puisque le processus de codification est susceptible d'entraîner des incertitudes nouvelles.

(iii) *Internationalisation du droit des contrats*

- 619 **Contexte** Dans notre monde toujours plus internationalisé¹⁰¹³, les contrats présentant des éléments d'extranéité sont monnaie courante. Toutefois, la typologie contractuelle est encore principalement régie par les ordres juridiques nationaux et varie ainsi d'un ordre juridique à un autre¹⁰¹⁴. Les quelques types contractuels découlant de normes internationales, dont notamment la vente internationale de marchandises au sens de la CVIM¹⁰¹⁵ ou le transport international de voyageurs ou de marchandises, font plutôt figure d'exception et sont limités à des domaines précis¹⁰¹⁶.
- 620 **Rapport avec la clarté et l'accessibilité du droit** Dans cette perspective, la définition typologique des points objectivement essentiels, chargée du « co-

1011 Relevant que les contrats innommés portent une certaine insécurité juridique en leur sein : KRAMER, *Innominatverträge*, pp. 30 ss. Les types nommés sont souvent plus compréhensibles pour le non-juriste que la partie générale du CO (directement applicable aux contrats innommés), caractérisée par un haut degré d'abstraction (KOLLER, *Sensiblen Bereiche*, p. 52). Décrivant le morcellement du droit comme facteur d'insécurité juridique : SCHWEIZER, pp. 30, 56.

1012 BÜHLER, p. 376 ; GAUCH, *Vertragstypenrecht*, p. 25 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 83 ; KRAMER, *Innominatverträge*, pp. 42-43 ; TERCIER, *Législateurs*, pp. 56-58. Certains auteurs semblent toutefois réticents à la codification de nouveaux types innommés. ENGEL, *Contrats*, p. 735 : « Actuellement, on légifère trop et on légifère mal. Les contrats innommés peuvent attendre ». Cf. aussi DASSER, *Wandel*, n°s 568-572.

1013 À propos de l'internationalisation du droit des contrats en général, cf. par exemple DASSER, *Wandel*, n°s 250-277 ; KRAMER, *Privatrechtskodifikationen*, pp. 426 ss ; WIEGAND, *Europäisierung*, pp. 230-232.

1014 DASSER, *Wandel*, n°s 247-248, 279-298 ; WISMER, p. 187.

1015 *Infra* n°s 1458 ss.

1016 DASSER, *Wandel*, n°s 301-305 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, *Intr. gén. art. 184-529 CO*, n° 4.

loris local » que constitue la typologie contractuelle suisse¹⁰¹⁷, peut poser certains problèmes de clarté et d'accessibilité du droit :

- Pour des parties étrangères, moins le droit suisse est chargé de particularismes locaux, plus il mène à des résultats clairs et accessibles. Cela vaut en particulier si le contrat à trancher est soumis à un juge étranger, pour qui la possibilité d'identifier facilement les points objectivement essentiels dépendra notamment du degré de particularités locales présent dans la définition des points objectivement essentiels. 621
- Lorsqu'un contrat est soumis au droit suisse mais qu'il met en œuvre des institutions juridiques étrangères, la clarté du droit peut également être amoindrie par la référence à la typologie contractuelle dans la définition des points objectivement essentiels. Dans cette hypothèse, la qualification du contrat selon le droit suisse peut en effet s'avérer délicate¹⁰¹⁸. 622
- En cas de « dépeçage » du droit applicable au contrat (par exemple lorsque les parties élisent le droit suisse s'agissant de la conclusion du contrat et un droit étranger pour son exécution¹⁰¹⁹), la clarté du droit peut également être amoindrie par d'éventuelles incohérences entre la typologie (suisse) utilisée pour définir les points objectivement essentiels et celle (étrangère) qui détermine les effets du contrat¹⁰²⁰. 623

Plus le droit suisse est clair et accessible dans des situations internationales, plus cela peut contribuer à renforcer l'attractivité de l'élection du droit suisse pour des parties étrangères. Or l'élection du droit suisse comme droit applicable aux contrats conclus de par le monde fait partie de l'influence suisse 624

1017 DASSER, *Wandel*, n° 279.

1018 WISMER, pp. 187-188. On peut citer l'exemple de la qualification des trusts avant l'adoption par la Suisse de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (RS 0.221.371) et des art. 149a ss LDIP : ATF 96 II 79 *Harrison c. Crédit Suisse* [de], trad. JdT 1971 I p. 329.

1019 CR-BONOMI, art. 116 LDIP, n° 30 ; BsK-AMSTUTZ/WANG, art. 116 LDIP, n° 13 ; DUTOIT, art. 116 LDIP, n° 12 ; ZK-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, art. 116 LDIP, n°s 81-91.

1020 Incohérences qui, à l'extrême, peuvent affecter la validité de l'élection de droit : CR-BONOMI, art. 116 LDIP, n° 30 ; BsK-AMSTUTZ/WANG, art. 116 LDIP, n° 12 ; DUTOIT, art. 116 LDIP, n° 12 ; ZK-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, art. 116 LDIP, n° 88.

sur la scène internationale¹⁰²¹ et contribue par ailleurs à la floraison des affaires en Suisse¹⁰²².

625 **Uniformisation et unification du droit** Au-delà de la clarté et de l'accessibilité du droit positif, faire dépendre la définition des points objectivement essentiels de la typologie contractuelle peut compliquer la perspective d'une uniformisation internationale du droit (voire d'une unification)¹⁰²³, puisqu'il faudrait alors unifier les différentes normes typiques en même temps que les règles sur la conclusion du contrat. Dans cette logique, différents instruments d'unification du droit des contrats à l'échelle internationale se passent d'exigences liées à la typologie contractuelle pour définir l'étendue minimale de l'accord¹⁰²⁴.

§ 4. Définitions structurelles des points objectivement essentiels

626 **Groupe de définitions** Ce deuxième groupe de définitions des points objectivement essentiels s'oriente autour de la structure du contrat ou des droits et obligations qu'il affecte¹⁰²⁵. Alors que la définition typologique des points objectivement essentiels est relativement uniforme au sein de la jurisprudence et de la doctrine¹⁰²⁶, les définitions structurelles constituent un groupe hétérogène de définitions ayant pour dénominateur commun de renvoyer à la notion de *structure*.

627 Parmi ces définitions, celle qui est basée sur l'idée d'un « tout cohérent »¹⁰²⁷ fait référence à la structure de l'acte juridique contractuel (art. 1 al. 1 CO).

1021 PICHONNAZ, *Centenaire*, p. 216. Il existe une certaine concurrence à cet égard entre les différents ordres juridiques (DASSER, *Wandel*, n^{os} 326-328 ; ENGERT, pp. 340 ss).

1022 DASSER, *Wandel*, n^o 334 ; mentionnant la favorisation de « l'attractivité de la place arbitrale suisse » : ATF 141 III 596 [fr], consid. 1.4.5.

1023 Pour un aperçu des enjeux à cet égard, DASSER, *Wandel*, n^{os} 260-261, et les références citées, ainsi que n^{os} 306-314 ; ENGERT, pp. 340 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 22u-22w ; KRAMER, *Privatrechtsskodifikationen*, pp. 429-430 ; CR-THÉVENOZ/WERRO, *Intr. gén. CO*, n^{os} 7-8 ; YUNG, *Code civil*, pp. 20-25.

1024 *Infra* n^o 751.

1025 Sur la distinction entre le contrat comme acte juridique et les droits et obligations qu'il affecte, cf. *supra* n^o 60.

1026 *Supra* n^{os} 453 ss.

1027 *Infra* n^o 637.

D'autres définitions font en revanche référence à la structure de droits et d'obligations qui en sont issus¹⁰²⁸.

I. La définition faisant référence à la structure de l'acte juridique contractuel (« tout cohérent » ; « *sinnvolles Ganzes* »)

A. Développement par JÄGGI

Synthèse de l'opinion de Jäggi Dans son commentaire zurichoïse des art. 1-17 CO paru en 1973, JÄGGI a développé une conception originale des points objectivement essentiels. Malgré quelque obscurité¹⁰²⁹, on peut résumer comme suit sa position :

1. Le contenu minimal du contrat, que l'on peut appeler aussi « cœur de l'affaire » (« *Geschäftskern* »), est atteint lorsque l'accord des parties forme un « tout cohérent » (« *sinnvolles Ganzes* »), qui se définit comme une modification raisonnable (« *vernünftige* ») et auto-cohérente (« *in sich geschlossene* ») d'une portion déterminée de leur réalité sociale (« *Lebensbereich der Parteien* »)¹⁰³⁰. 629
2. L'existence d'un « tout cohérent » se détermine sur la base de critères objectifs, c'est-à-dire du point de vue d'une personne extérieure (« *bei Betrachtung durch einen Außenstehenden* »)¹⁰³¹. 630
3. La notion de « tout cohérent », qui définit l'étendue minimale de l'accord, ne dépend pas des types contractuels¹⁰³² ; de manière générale, elle est donc *atypique*¹⁰³³. 631
 - (a) Pour autant, lorsque le contrat est typique, les points formant le tout cohérent sont fréquemment les points objectivement essentiels typologiques (*essentialia negotii*) du type considéré¹⁰³⁴. La 632

1028 *Infra* n^{os} 644 ss.

1029 Il est délicat de dégager la définition précise des points objectivement essentiels selon JÄGGI : tantôt la définition de l'étendue minimale de l'accord à l'aide de la notion de « tout cohérent » est considérée comme équivalente à la définition typologique des points objectivement essentiels (art. 1 CO, n^o 84), tantôt ce « tout cohérent » semble primer sur la définition typologique (art. 2 CO, n^o 3), tantôt il semble lui être subsidiaire (art. 2 CO, n^o 39).

1030 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 84 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^o 39. La traduction libre du terme « *Lebensbereich* » est basée sur ZK-JÄGGI, Rem. prélim. art. 1 CO, n^o 110.

1031 ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^o 39.

1032 *Ibid.*, n^o 3.

1033 Pour le sens que nous attribuons à ce terme, cf. *supra* n^o 468.

1034 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n^o 84 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^o 39.

présomption de l'art. 2 al. 1 CO s'applique alors de manière directe.

633 (b) En revanche, lorsque le contrat est atypique, la notion de « tout cohérent » détermine directement l'étendue minimale de l'accord¹⁰³⁵. La présomption de l'art. 2 al. 1 CO s'applique alors par analogie.

634 **Rattachement aux définitions structurelles** Ainsi, chez JÄGGI, les types contractuels ne sont pas utilisés pour définir directement les points objectivement essentiels ; l'accord sur les points objectivement essentiels typologiques (*essentialia negotii*) n'est plus qu'un « indice », en cas de contrat typique, de l'existence d'un accord sur un « tout cohérent ». Bien que les types contractuels et les points objectivement essentiels typologiques y soient mentionnés, l'approche de JÄGGI ne correspond en tant que telle pas à la définition typologique des points objectivement essentiels.

635 Au centre de sa définition des points objectivement essentiels figure ainsi l'idée d'un « tout cohérent ». La « cohérence » se définit dans le langage courant comme « [l']union complète entre eux des divers éléments d'un corps », ou comme la « concordance étroite, [la] liaison logique et harmonieuse entre des idées »¹⁰³⁶. Parler de « tout cohérent », c'est donc analyser les relations entre les différents points du contrat afin de déterminer s'ils s'articulent de manière logique, rationnelle – « raisonnable », pour reprendre le terme employé par JÄGGI (« *vernünftig* »)¹⁰³⁷. En effet, un élément considéré isolément ne peut pas être « cohérent » en lui-même, sans référence à un autre élément, sans une logique qui le dépasse.

636 Analyser la cohérence interne des points du contrat pour déterminer si l'étendue minimale de l'accord est atteinte, c'est donc définir les points objectivement essentiels à partir des relations entre les points du contrat et de la structure qu'ils forment ensemble. Pour cette raison, la définition de JÄGGI peut être classée parmi les définitions *structurelles* des points objectivement essentiels.

637 **Cohérence de l'acte juridique** Cette cohérence est celle de l'acte juridique lui-même : les points de l'acte juridique doivent former un ensemble « fermé en soi » (« *in sich geschlossene* »), ce que renvoie à l'idée d'une auto-cohérence, d'une auto-suffisance du contrat. Cela oppose la définition de JÄG-

1035 ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 39.

1036 DAF, 9^e éd., s. v. « Cohérence ».

1037 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 84.

GI aux autres définitions structurelles, qui sont orientées sur les rapports des obligations entre elles¹⁰³⁸.

Origines Bien que la définition des points objectivement essentiels donnée par JÄGGI soit principalement structurelle, elle comporte encore des références à la typologie. Elle semble tenter d'insérer la typologie dans un critère plus large, atypique¹⁰³⁹ : celui de la cohérence interne des points du contrat. 638

Cela peut s'expliquer par le fait que selon toute vraisemblance, cette définition structurelle des points objectivement essentiels tire ses racines d'écrits sur la typologie contractuelle, thème particulièrement en vogue dans la littérature juridique des années 1950 à 1970¹⁰⁴⁰. En particulier, l'expression « *Sinn-Ganzas* » apparaît dans certains textes décrivant les types comme des « ensembles de caractéristiques »¹⁰⁴¹. Outre le commentaire zurichois des art. 1-17 CO, JÄGGI a notamment rédigé plusieurs articles sur la typologie en droit des sociétés. Or il y fait référence à certains auteurs utilisant la locution « *Sinn-Ganzas* », par exemple dans son article intitulé *Von der atypischen Aktiengesellschaft*¹⁰⁴². Cette circulation lexicale explique probablement les liens entre la définition typologique des points objectivement essentiels et la définition qu'en donne JÄGGI. 639

B. Diffusion

Jurisprudence La définition des points objectivement essentiels à l'aide de la notion de « tout cohérent » (*sinnvolles Ganzes*) semble avoir connu un succès limité dans la jurisprudence. Elle apparaît dans quelques arrêts non publiés du Tribunal fédéral¹⁰⁴³, et on l'aperçoit aussi dans certains arrêts cantonaux¹⁰⁴⁴. 640

1038 *Infra* n^{os} 644 ss.

1039 *Supra* n^{os} 628 ss.

1040 *Supra* n^o note 779.

1041 À ce sujet, cf. *supra* n^o 470. Cf. par exemple KOLLER, *Typuslehre*, p. 19.

1042 JÄGGI, *Aktiengesellschaft*, p. 251, note n^o 2 (référence à KOLLER, *Typuslehre*).

1043 Arrêt TF n. publ. 4C.155/2004 (06.07.2004) [de], consid. 2.2; parlant de « tout fonctionnel » : Arrêt TF n. publ. 4C.246/2003 (30.01.2004) [fr], consid. 5.1.

1044 TC GR ZK2 09 63 (13.07.2010), consid. 3b (toutefois l'expression « *sinnvolles Ganzes* » est ici employée dans la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels); TAdm ZH VK.2007.00005 (20.12.2007), consid. 3.3.1; TC ZH (02.08.1988), consid. III/3 = ZR 1991 p. 2.

641 **Doctrine** L'expression « *sinnvolles Ganzes* » a également trouvé un certain écho dans la doctrine¹⁰⁴⁵. Parfois, les auteurs l'emploient dans le cadre d'une autre définition des points objectivement essentiels ; ainsi de KRAMER et MERZ dans le contexte de la définition typologique¹⁰⁴⁶, ou de GAUCH/SCHLUEP/SCHMID et KUT dans le cadre de la définition fonctionnelle¹⁰⁴⁷.

C. Discussion

642 **Renvoi à la définition typologique** S'agissant des contrats typiques, la définition de JÄGGI fait coïncider la notion de points essentiels avec les points objectivement essentiels typologiques (*essentialia negotii*)¹⁰⁴⁸. Selon lui, l'art. 2 al. 1 CO ne s'applique d'ailleurs que par analogie aux contrats atypiques¹⁰⁴⁹. Dans cette mesure, la définition de JÄGGI soulève la même discussion que la définition typologique des points objectivement essentiels¹⁰⁵⁰.

643 **Clarté du droit ?** Dans les cas où la définition des points objectivement essentiels donnée par JÄGGI ne se réfère pas à la typologie contractuelle, mais uniquement à la notion de « tout cohérent », la clarté du droit est aussi faible que celle qui caractérise les notions de « cœur du contrat » et de « sens du contrat »¹⁰⁵¹. À partir de quand précisément un contrat concret est-il suffisamment « raisonnable » et « auto-cohérent » pour pouvoir être considéré comme conclu¹⁰⁵² ?

1045 BK-SCHMIDLIN, art. 3 CO, n° 9 ; GUHL/KOLLER, § 13 n° 8 ; parlant de « tout cohérent » : MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 464. CARBONARA, pp. 99, 101-102, adhère à la notion de « *sinnvolles Ganzes* » mais renonce à la distinction entre points objectivement essentiels et points subjectivement essentiels (pour l'analyse et la critique de cette opinion, cf. *infra* n°s 903 ss).

1046 BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 7 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 154 ; MERZ, *Vertrag*, n° 174. Pour plus de détails, cf. *supra* n° 563. HUGUENIN, *OR*, n°s 258-259, associe également le « tout cohérent » avec la définition typologique, tout en rejetant cette dernière.

1047 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 332-333, 335 ; HK-KUT, art. 1 CO, n° 30. Sur l'opinion de GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, cf. *infra* n°s 702 ss.

1048 ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n°s 3, 39. Au surplus, cf. *supra* n°s 628 ss.

1049 *Ibid.*, n° 39.

1050 *Supra* n°s 570 ss.

1051 À ce sujet, cf. *supra* n°s 593 ss.

1052 Ce problème est en particulier soulevé par GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 46.

II. Les définitions faisant référence à la structure des obligations issues du contrat

A. La définition faisant référence aux obligations principales

Définition Une autre définition des points objectivement essentiels tend à assimiler ceux-ci aux *obligations principales* affectées par le contrat. *A contrario*, les points objectivement secondaires sont, dans cette définition, ceux qui touchent à des obligations contractuelles accessoires : 644

« Les obligations principales se rapportent aux points objectivement essentiels du contrat générateur d'obligation et découlent donc nécessairement de l'accord des parties [...]. Les obligations accessoires forment les points secondaires du contrat et se déduisent soit de l'accord des parties, soit du complètement du contrat par recours au droit supplétif, ou à la volonté hypothétique des parties, qui se rattache à CC 2. »¹⁰⁵³ 645

Rattachement aux définitions structurelles Cette définition des points objectivement essentiels fait référence aux obligations principales et accessoires, soit à la hiérarchie des obligations issues du contrat – ou autrement dit à leur *structure*¹⁰⁵⁴. Cela permet de la classer parmi les définitions structurelles des points objectivement essentiels. Il existe toutefois, dans le contexte de cette définition des points objectivement essentiels, une ambiguïté autour de la notion « d'obligations principales »¹⁰⁵⁵. 646

Diffusion Le Tribunal fédéral n'a à notre connaissance pas établi de parallèle entre la notion de points objectivement essentiels et celle d'obligations principales. 647

Bien que la définition des points objectivement essentiels adoptée par GUGGENHEIM soit principalement typologique¹⁰⁵⁶, cet auteur trace également un parallèle entre les points objectivement essentiels et les obligations principales, un peu plus loin dans son texte¹⁰⁵⁷. En outre, tout en adoptant une 648

1053 CR-MORIN, art. 1 CO, n^{os} 57-58 ; cf. aussi CR-MORIN, art. 2 CO, n^o 2 ; BSK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n^o 5 ; CHAPUIS, p. 62.

1054 Sur les structures d'obligations, cf. *infra* n^{os} 655 ss.

1055 Pour la discussion à cet égard, cf. *infra* n^{os} 678 ss.

1056 GUGGENHEIM, pp. 85-87.

1057 *Ibid.*, p. 90 : « En réalité, l'obligation principale se confond avec les points essentiels du contrat. Par contre, les obligations accessoires même si elles peuvent se confondre avec

définition fonctionnelle des points objectivement essentiels, SCHUHMACHER déclare aussi que les devoirs de prestations principaux font partie des points objectivement essentiels¹⁰⁵⁸.

B. La définition faisant référence aux prestations synallagmatiques

649 **Définition** On rencontre parfois l'idée que les points objectivement essentiels seraient « la prestation et la contre-prestation », c'est-à-dire les prestations synallagmatiques :

650 « *Denn bei jedem Vertragsgebilde müssen [...] die wesentlichen Leistungen und Gegenleistungen bestimmt oder mindestens bestimmbar sein, da es sonst an der zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Willenseinigung über die wesentlichen Punkte fehlen würde (Art. 1, Art. 2 Abs. 1 OR; [...])* »¹⁰⁵⁹.

651 **Rattachement aux définitions structurelles** Parler de prestation et de contre-prestation renvoie directement à l'idée d'un rapport d'obligation synallagmatique, c'est-à-dire d'un rapport d'obligation dans lequel au moins deux prestations sont dans un rapport d'échange¹⁰⁶⁰.

652 Cette définition rejoint celle qui fait référence aux prestations principales, dans la mesure où l'on considère que seules les prestations principales

les points secondaires, résultent du principe général de la bonne foi et de l'obligation de fidélité en relation avec une bonne exécution du contrat ».

1058 SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n^{os} 470, 509.

1059 ATF 85 II 402 [de], consid. 2, trad. JdT 1960 I p. 204.

1060 ATF 136 III 247 [de], consid. 5; ATF 128 V 224 [fr], consid. 2b; ATF 122 IV 322 [de], consid. 3b, trad. JdT 1998 I p. 109; ATF 116 III 70 [fr], consid. 3; BK-BECKER, art. 82 CO, n^o 7; ENGEL, *Obligations*, p. 655; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n^{os} 2214, 2216; CR-HOHL, art. 82 CO, n^o 5; BsK-LEU, art. 82 CO, n^o 5; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 82 CO, n^{os} 2-3; ZK-SCHRANER, art. 82 CO, n^{os} 60-61; SIMMEN, pp. 25-26; STÖCKLI, n^o 42; VON TUHR/ESCHER, § 64 I; BK-WEBER, art. 82 CO, n^o 79.

peuvent en principe donner lieu à l'application des normes synallagmatiques¹⁰⁶¹.

Diffusion Le Tribunal fédéral semble adopter cette définition de manière occasionnelle¹⁰⁶², dans des décisions nettement moins nombreuses que celles qui définissent les points objectivement essentiels à l'aide des types contractuels¹⁰⁶³.

En revanche, cette définition ne semble, à ce jour, pas avoir été soutenue par la doctrine¹⁰⁶⁴.

C. Développement : les structures d'obligations

Notion Une structure d'obligations est un *ensemble de plusieurs obligations reliées par des liens de dépendance juridique*. On peut distinguer deux types de liens de dépendance juridique, en fonction de leur *direction* :

- Les liens de dépendance bidirectionnels (ou horizontaux), lorsqu'une obligation dépend de l'autre et vice-versa. Ces obligations sont alors interdépendantes.

Les obligations *synallagmatiques*, caractérisées par l'existence d'un rapport d'échange entre les prestations¹⁰⁶⁵, sont le principal exemple d'obligations interdépendantes (cf. par exemple art. 82, 83 al. 1 et 119 al. 2

¹⁰⁶¹ Dans ce sens : ATF 122 IV 322 [de], consid. 3b, trad. JdT 1998 I p. 109 ; BUCHER, AT, p. 366 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 2214 ; BK-KRAMER, Intr. gén. CO, n° 94 ; STÖCKLI, n° 57 ; VON TUHR/ESCHER, § 73 VII/3 ; BK-WEBER, art. 82 CO, n° 91 ; BK-WEBER, art. 107 CO, n° 45 ; sur l'application des normes synallagmatiques à des prestations accessoires et sur le droit de rétenion personnel, cf. notamment ATF 135 III 295 [fr], consid. 5.4 ; ATF 122 IV 322 [de], consid. 3c/bb, trad. JdT 1998 I p. 109 ; ATF 94 II 263 *Egger c. Matzinger* [de], consid. 3a, trad. JdT 1970 I p. 41 ; ATF 78 II 376 *Bosco AG c. Keller* [de], trad. JdT 1952 I p. 514 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 655-656 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n°s 2214-2218 ; VON TUHR/ESCHER, § 64 VIII ; BK-WEBER, art. 82 CO, n°s 19-29.

¹⁰⁶² ATF 135 III 295 [fr], consid. 3.3 ; ATF 85 II 402 [de], consid. 2, trad. JdT 1960 I p. 204 ; ATF 84 II 13 [de], consid. 1, trad. JdT 1958 I p. 263 ; ATF 30 II 171 [de], consid. 8 ; cf. aussi ATF 94 II 270 [de], trad. JdT 1969 I p. 654 ; ATF 86 II 33 [de], consid. 1a, trad. JdT 1960 I p. 554.

¹⁰⁶³ *Supra* n°s 462 ss.

¹⁰⁶⁴ Tout au plus peut-on relever que GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 694, vont dans cette direction ; de manière générale, ces auteurs adoptent cependant une définition fonctionnelle des points objectivement essentiels (*infra* n°s 702 ss).

¹⁰⁶⁵ ATF 128 V 224 [fr], consid. 2b ; ATF 116 III 70 [fr], consid. 3b ; ATF 67 II 123 [de], consid. 2, trad. JdT 1941 I p. 525 ; ZK-AEPLI, art. 119 CO, n° 74 ; BsK-LEU, art. 82 CO, n° 2 ; ZK-SCHRANER, art. 82 CO, n° 19 ; BK-WEBER, art. 82 CO, n°s 49-56 ; LARENZ, *Entwicklungstendenzen*, p. 107.

CO). Les obligations des codébiteurs *solidaires* envers le créancier¹⁰⁶⁶ sont également interdépendantes puisque l'exécution par l'un des codébiteurs entraîne la libération totale ou partielle des autres (art. 147 al. 1 CO, cf. en outre l'art. 147 al. 2 CO)¹⁰⁶⁷.

658 – Les liens de dépendance unidirectionnels (ou verticaux), lorsqu'une obligation dépend d'une autre, mais que la réciproque n'est pas vraie.

659 Les obligations *accessoires* sont le principal exemple d'obligations unilatéralement dépendantes d'une autre (cf. par exemple art. 114 al. 1, 170 et 178 CO)¹⁰⁶⁸. En outre, lorsqu'une obligation est *conditionnée* par l'existence, l'efficacité ou la quotité d'une autre, il existe un lien de dépendance unidirectionnel entre ces deux obligations (art. 151 al. 1 et art. 154 al. 1 CO).

660 Dans une structure d'obligations donnée, il est fréquent de trouver à la fois des obligations liées horizontalement et des obligations liées verticalement (par exemple, des obligations synallagmatiques assorties d'obligations accessoires).

661 **Rapport avec les obligations principales et accessoires** On appelle « obligations principales » celles qui sont au sommet de ces structures hiérarchisées, et « obligations accessoires » toutes les autres, qui dépendent de manière unidirectionnelle des obligations principales. En d'autres termes, les obligations principales¹⁰⁶⁹ sont *celles qui, au sein de la structure d'obligations, ne dépendent d'aucune autre de manière unidirectionnelle*.

662 **Rapport avec les types contractuels** La manière dont les obligations contractuelles sont structurées est un critère typologique fréquent¹⁰⁷⁰; aussi

1066 Le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire considèrent que la solidarité implique l'existence d'une pluralité d'obligations (ATF 94 II 313 [fr], consid. 4; ATF 28 I 408 [de]; ENGEL, *Obligations*, pp. 838-839; BSK-GRABER, art. 143 CO, n° 1; VON TUHR/ESCHER, § 90 I; CR-ROMY, art. 143 CO, n° 3; reléguant la question à un problème d'ordre terminologique: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 3735).

1067 ATF 133 III 116 [de], consid. 4.2, trad. JdT 2008 I p. 143; ATF 114 II 342 [fr], consid. 2b; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 3716; BSK-GRABER, art. 147 CO, n° 1; CR-ROMY, art. 147 CO, n° 2; VON TUHR/ESCHER, § 90 VI.

1068 Bien que ce concept ne soit pas décrit comme « ferme » (ZK-AEPLI, art. 114 CO, n° 13; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 114 CO, n° 2; SCHÖBI, p. 2), l'accessorité est généralement associée à l'existence d'un lien de dépendance unilatéral entre des droits subjectifs (ATF 125 III 305 [fr], consid. 2b; ZK-AEPLI, art. 114 CO, n°s 16-17; ZK-OFTINGER/BÄR, art. 884 CC, n° 149; CR-PIOTET, art. 114 CO, n° 7; SCHÖBI, p. 26; WIEGAND, *Akzessorietät*, p. 38; et déjà: KELLER, *Pandekten*, I § 218).

1069 L'expression « obligation principale » est utilisée de manière ambiguë par la doctrine; à ce sujet, cf. *infra* n°s 678 ss.

1070 *Supra* n°s 494 ss.

ne peut-il y avoir de vente sans rapport d'échange¹⁰⁷¹, ni de cautionnement sans accessoriété¹⁰⁷².

Une seule structure peut correspondre à aucun, un ou plusieurs types contractuels à la fois. Ces types sont parfois *localisés* sur certaines obligations au sein de la structure, ainsi du cautionnement (art. 492 ss CO) ou de la peine conventionnelle (art. 160 ss CO)¹⁰⁷³, qui coexistent avec des obligations principales relatives à un autre type (ou atypiques). 663

Sources des liens de dépendance Une partie des liens de dépendance émane directement de la *volonté des parties*, qui en vertu de l'art. 19 al. 1 CO, sont non seulement libres de déterminer le contenu de leurs prestations, mais aussi leur structure¹⁰⁷⁴. L'existence d'un rapport d'échange entre des prestations se détermine ainsi par interprétation. Les obligations accessoires peuvent elles aussi être prévues par convention. 664

Certaines obligations accessoires découlent par contre de la *loi*, et en particulier de dispositions typiques qui viennent préciser les devoirs des parties (par exemple l'obligation accessoire d'emballer la marchandise transportée, art. 442 al. 1 CO)¹⁰⁷⁵. Les obligations accessoires peuvent aussi être issues de la bonne foi (art. 2 CC), principe qui, concrétisé par le juge, pourra conduire à admettre l'existence de certains « devoirs accessoires »¹⁰⁷⁶ subordonnés à l'existence d'obligations principales¹⁰⁷⁷. 665

Contenus des liens de dépendance Les liens de dépendance entre obligations peuvent s'exprimer de plusieurs manières¹⁰⁷⁸ : 666

1071 *Supra* n° 524.

1072 *Supra* n° 549.

1073 Par exemple cautionnement et prêt de consommation : ATF 125 III 435 [fr] ; peine conventionnelle et vente immobilière : ATF 82 II 550 [fr], consid. 1.

1074 BUCHER, *AT*, p. 366 ; ENGEL, *Obligations*, p. 104.

1075 CHAPUIS, pp. 79-80 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n° 128 ; BK-KRAMER, *Intr. gén. CO*, n° 94 ; BK-MERZ, art. 2 CC, nos 260-284, en particulier nos 265 ss ; MERZ, *TDP*, p. 44 ; STEINAUER, *TDP*, n° 564.

1076 CHAPUIS, pp. 81-82 ; BK-MERZ, art. 2 CC, nos 260-284 ; MERZ, *TDP*, p. 45.

1077 Évoquant toutefois les devoirs « accessoires » existant avant (voire sans) la conclusion d'un contrat : BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n° 130 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 264.

1078 Cela a notamment été exprimé quant à la notion d'accessoriété (ZK-AEPLI, art. 114 CO, n° 13 ; BsK-DÄPPEN, art. 133 CO, n° 2 ; BsK-GABRIEL, art. 114 CO, n° 6 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 114 CO, n° 2 ; SCHÖBI, pp. 10-11, 25-26 ; VON TUHR/PETER, § 2 X ; WIEGAND, *Akzessorietät*, p. 38).

- 667 – **Efficacité.** L'obligation dépendante peut être tributaire de l'efficacité d'une autre, c'est-à-dire du fait qu'elle existe et qu'elle produise ses pleins effets juridiques¹⁰⁷⁹.
- 668 Le « synallagma génétique » est un aspect du lien de dépendance bidirectionnel qui touche à l'efficacité des obligations¹⁰⁸⁰, et qui interdit en principe de retenir la nullité partielle simple en cas de nullité de l'une des deux obligations interdépendantes¹⁰⁸¹.
- 669 Les liens de dépendance unidirectionnels s'expriment notamment quant à l'efficacité de l'obligation dépendante. Par exemple, les « droits accessoires » dépendent de l'efficacité de l'obligation principale¹⁰⁸²; de même lorsqu'une obligation accessoire est grevée d'une condition suspensive liée à l'existence de l'obligation principale (art. 151 al. 2 CO).
- 670 – **Étendue des prestations.** Le lien de dépendance s'exprime aussi lorsque l'étendue d'une obligation est déterminée par référence à une autre.
- 671 Sous réserve de quelques exceptions (par exemple art. 21 et 23 al. 1 ch. 3 CO, *clausula rebus sic stantibus*, art. 373 al. 2 et 526 al. 1 CO, etc.), le degré d'équivalence des prestations synallagmatiques peut être librement déterminé par les parties¹⁰⁸³.
- 672 L'obligation de payer des intérêts, exprimée en pourcentage de la somme due à titre principal (cf. art. 73 al. 1 CO : 5%), est un exemple d'obligation accessoire dépendante de l'étendue d'une obligation principale¹⁰⁸⁴.
- 673 – **Titularité.** Le lien de dépendance entre obligations peut également s'exprimer en cas de transfert de la titularité active ou passive de l'une des obligations : ce transfert se répercute-t-il sur l'autre obligation ? Ce n'est en principe pas le cas pour les obligations synallagmatiques¹⁰⁸⁵, au contraire des obligations accessoires, dont la titularité suit celle

1079 Cela implique notamment que l'obligation soit valide et qu'elle ne soit pas dans un état de suspension lié à la réalisation d'une condition (sur l'état de suspension lié aux conditions suspensives, cf. par exemple MERZ, *TDP*, pp. 137-138).

1080 ATF 95 II 419 [de], consid. 2a, trad. JdT 1970 I p. 637; ATF 67 II 123 [de], consid. 2, trad. JdT 1941 I p. 525; BK-BECKER, art. 82 CO, n° 7; ZK-SCHRANER, art. 82 CO, n° 20; SIMMEN, pp. 30-31; STÖCKLI, n° 59; BK-WEBER, art. 82 CO, n° 50.

1081 ATF 93 II 189 [de], consid. b, trad. JdT 1969 I p. 530; ATF 80 II 327 [de], consid. 4a, trad. JdT 1955 I p. 497; ZK-SCHRANER, art. 82 CO, n° 21; STÖCKLI, n° 59; SIMMEN, p. 31; BK-WEBER, art. 82 CO, n° 51.

1082 SCHÖBI, pp. 11-13; WIEGAND, *Akzessorietät*, p. 38.

1083 ATF 127 III 300 [de], consid. 6a, trad. JdT 2001 I p. 239; ATF 115 II 232 [de], consid. 4c-d, trad. JdT 1990 I p. 66; ATF 94 II 270 [de], trad. JdT 1969 I p. 654; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 676; STÖCKLI, n°s 280, 315 ss; SIMMEN, pp. 27-30; BK-WEBER, art. 82 CO, n° 48; en droit allemand, cf. par exemple VAN DEN DAELE, pp. 30 ss.

1084 Sur la dépendance des accessoires quant à l'étendue du principal, cf. notamment SCHÖBI, pp. 15-16.

1085 En témoigne la possibilité de disjoindre la qualité de débiteur de la prestation et de créancier de la contre-prestation, par exemple par une stipulation pour autrui parfaite (art. 112

de l'obligation principale en cas de transfert (art. 170 al. 1, 178 al. 1 CO)¹⁰⁸⁶.

- *Opposabilité d'exceptions.* Le lien de dépendance unidirectionnel se manifeste également quant à l'opposabilité d'exceptions (cf. par exemple les art. 133 et 502 al. 1 CO)¹⁰⁸⁷. 674
- *Extinction.* Enfin, les liens de dépendance entre obligations peuvent se manifester lorsque l'extinction de l'une des obligations entraîne celle de l'autre. 675

Quant aux obligations interdépendantes, l'art. 119 al. 2 CO prescrit par exemple l'extinction de la contre-prestation en cas d'impossibilité subséquente non fautive de la prestation ; l'art. 147 al. 1 CO prévoit la libération des codébiteurs solidaires en cas de paiement de l'un d'eux¹⁰⁸⁸. 676

En matière de liens de dépendance unidirectionnels, l'extinction de la créance principale emporte en principe extinction de l'accessoire (art. 114 al. 1 CO)¹⁰⁸⁹. 677

D. Discussion

a) Définition ambiguë des obligations principales

Ambiguïté La définition des points objectivement essentiels qui fait référence aux obligations principales¹⁰⁹⁰ met en jeu deux définitions différentes de la notion d'obligations principales : 678

- D'un coté, selon les auteurs assimilant les points objectivement essentiels et les obligations principales, ces dernières seraient celles 679

al. 2 CO) doublée d'une renonciation, par le stipulant, à sa créance envers le promettant, mais aussi par une cession de créance (art. 164 ss CO) ou une reprise de dette (art. 175 ss CO), dans le cas où ces opérations ne touchent que l'une des créances synallagmatiques.

1086 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n^{os} 3455-3460 ; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, art. 170 CO, n^o 8 ; CR-PROBST, art. 170 CO, n^{os} 6-10 ; CR-PROBST, art. 178 CO, n^{os} 2-3 ; SCHÖBI, pp. 16-20 ; BSK-TSCHÄNI, art. 178 CO, n^o 1 ; VON TUHR/ESCHER, § 95 II, § 99 V.

1087 ATF 93 I 666 [de], consid. 3b, trad. et rés. JdT 1969 I p. 213 ; CR-PICHONNAZ, art. 133 CO, n^{os} 2 ss ; SCHÖBI, pp. 20-21.

1088 *Supra* n^{os} 656 s.

1089 ATF 125 III 435 [fr], consid. 2a/bb ; ZK-AEPLI, art. 114 CO, n^{os} 30-36 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n^o 3097 ; BSK-GABRIEL, art. 114 CO, n^{os} 4-5 ; CR-PIOTET, art. 114 CO, n^{os} 7 ss, 13 ; SCHÖBI, pp. 22-24. Évoquant de manière plus générale la dépendance de l'accessoire quant à l'extinction du principal, WIEGAND, *Akzessorietät*, p. 38.

1090 *Supra* n^{os} 644 ss.

qui « concernent les prestations qui caractérisent le contrat, dont elles forment à ce titre le noyau »¹⁰⁹¹. Puisque la notion de prestation caractéristique est rattachée à l'idée de type contractuel¹⁰⁹², cela revient à définir les obligations principales comme un équivalent des points objectivement essentiels typologiques (*essentialia negotii*).

680 – De l'autre, les obligations principales sont l'opposé des obligations accessoires, qui se définissent par l'existence d'un lien de dépendance unidirectionnel envers une autre obligation¹⁰⁹³. Dans ce sens-là, les obligations principales sont celles qui ne dépendent d'aucune autre de manière unidirectionnelle, et qui sont par conséquent au sommet d'une structure d'obligations¹⁰⁹⁴.

681 Assez souvent, définir les obligations principales à l'aide de la structure d'obligations ou à l'aide des types contractuels revient au même (par exemple, les *essentialia negotii* de la vente¹⁰⁹⁵ ou du bail¹⁰⁹⁶ sont également les obligations qui sont au sommet de la structure d'obligations)¹⁰⁹⁷. Mais ces définitions ne sont pas toujours équivalentes¹⁰⁹⁸, ce qui est susceptible d'engendrer des problèmes de clarté du droit.

682 **Exemples : a) Cautionnement** Lorsqu'un débiteur et une caution s'engagent envers le créancier dans un seul acte : **a)** si l'on suit la première définition des obligations principales, alors l'engagement de la caution aux côtés du débiteur est une obligation principale. L'engagement de garantir la dette d'un tiers est en effet un élément constitutif du cautionnement (art. 492 al. 1 CO)¹⁰⁹⁹. **b)** Si l'on suit la seconde définition des obligations principales, alors l'engagement de la caution aux côtés du débiteur est une obligation accessoire. L'engagement de la caution est toujours accessoire, c'est-à-dire

1091 CR-MORIN, art. 1 CO, n° 56 ; CHAPUIS, p. 62 ; cf. aussi les exemples de contrats typiques donnés par ces auteurs : CR-MORIN, art. 2 CO, n° 4 ; CHAPUIS, p. 62 ; définitions similaires chez KOLLER, AT, § 2 n° 76 ; BK-KRAMER, Intr. gén. CO, n° 93 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 260 ; MERZ, TDP, p. 44 ; MIDDENDORF, nos 63-68 ; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n° 509 ; SCHWENZER, n° 4.21 ; définissant plutôt les devoirs principaux comme ce qui a poussé les parties à entrer en contact : BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n° 127.

1092 À ce sujet, cf. *supra* nos 599 ss. Quant à la notion de « noyau du contrat » (*Geschäftskern*), elle est parfois utilisée comme complément, en matière de contrats atypiques, à la définition typologique des points objectivement essentiels (*supra* nos 562 s.).

1093 *Supra* nos 658 s.

1094 *Supra* n° 661.

1095 *Supra* n° 524.

1096 *Supra* n° 527.

1097 BK-WEBER, art. 82 CO, n° 94.

1098 MIDDENDORF, nos 63-68 ; VON DER CRONE, pp. 114-115.

1099 *Supra* n° 549.

dépendant de l'obligation du débiteur principal (art. 492 al. 2 CO); faute de cette relation de dépendance unidirectionnelle, on ne peut parler de cautionnement¹¹⁰⁰.

Exemples : b) Convention d'arbitrage Deux parties s'engagent à soumettre à une juridiction arbitrale tout litige relatif à un rapport d'obligation préexistant (par exemple vente ou entreprise). **a)** Selon la première définition des obligations principales, l'obligation de recourir à l'arbitrage est principale car il s'agit de l'un des éléments constitutifs de toute convention d'arbitrage¹¹⁰¹. **b)** Selon la seconde définition des obligations principales, l'obligation de se soumettre à l'arbitrage est secondaire car elle est dépendante des obligations principales¹¹⁰².

683

b) Examen d'une définition purement structurelle des points objectivement essentiels

Contexte Dans la mesure où les obligations principales sont assimilées aux éléments constitutifs des types contractuels (première définition des obligations principales)¹¹⁰³, la définition des points objectivement essentiels faisant référence aux obligations principales soulève la même discussion que la définition typologique des points objectivement essentiels¹¹⁰⁴.

684

La présente section ne concerne que les autres cas, c'est-à-dire ceux dans lesquels on définit les obligations principales uniquement comme celles qui sont au sommet d'une structure d'obligations (seconde définition des obliga-

685

1100 *Supra* n° 549.

1101 La volonté de soumettre le litige à une juridiction arbitrale est un élément constitutif de la convention d'arbitrage (parlant de « *Wesensmerkmal* » : ATF 130 III 66 [de], consid. 3.1, trad. JdT 2004 I p. 83; cf. aussi BSK-GRÄNICHNER, art. 178 LDIP, n° 30).

1102 Le principe dit « d'autonomie » de la clause arbitrale n'exclut pas la dépendance de l'obligation de se soumettre à l'arbitrage envers les obligations principales (cf. notamment l'art. 170 al. 1 CO; ATF 128 III 50 [fr], consid. 2b/bb). Le caractère accessoire des conventions d'arbitrage est admis par la jurisprudence et la doctrine (ATF 134 III 565 [fr], consid. 3.2; ATF 128 III 50 [fr], consid. 2b/bb; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n° 3459; *contra* VON TUHR/PETER, § 2 X). Sur la titularité comme contenu du lien de dépendance, cf. *supra* n° 673.

1103 *Supra* n° 679.

1104 On renvoie donc à cette discussion, cf. *supra* n°s 570 ss.

tions principales)¹¹⁰⁵, ainsi que la définition des points objectivement essentiels qui se réfère aux obligations synallagmatiques¹¹⁰⁶.

686 **Absence de points objectivement essentiels** Si l'on définit les points objectivement essentiels exclusivement comme les points affectant les obligations principales (ou, cas échéant, synallagmatiques), alors certains contrats sont *dépourvus de points objectivement essentiels*. C'est en particulier le cas :

687 – *Des contrats ne portant que sur des obligations accessoires*. Ceux-ci correspondent notamment à des types contractuels courants : cautionnement, convention sur les intérêts, sur le règlement de litiges, peines conventionnelles, etc.).

688 *Exemples* : Ainsi, un contrat de cautionnement distinct du contrat de base passé entre créancier et débiteur principal n'aurait pas de points objectivement essentiels, puisqu'il n'affecte que des obligations accessoires. De même, la cession ou la remise d'un droit accessoire n'aurait pas de points objectivement essentiels, tant qu'ils n'affectent pour le surplus pas d'obligation principale.

689 – *Des contrats qui n'affectent que la structure des obligations*, typiquement en se bornant à définir le rapport entre des obligations préexistantes – ainsi d'un *Koppelungsvertrag*¹¹⁰⁷ conclu séparément des contrats dont il lie les conséquences juridiques. Un tel contrat ne porte pas sur les obligations principales ou accessoires, mais uniquement sur l'existence et l'étendue de leurs liens de dépendance.

690 *Exemple* : A et B sont convenus d'un porte-fort (art. 111 CO) garantissant l'exécution de la dette de C envers A ; par la suite, B soulève une exception liée à l'obligation de C en invoquant l'art. 502 CO, et A accepte l'invocation de cette exception. Par ce nouveau contrat modificateur, les parties ont rendu dépendante (donc accessoire) l'obligation de B de garantir la dette de C envers A. Cela implique alors le respect des règles de forme (art. 493 CO), qui peuvent mener à la nullité de l'engagement de B.

691 – *Des contrats n'affectant pas d'obligation*. À côté du contrat générateur d'obligation sont ainsi fréquemment cités les contrats affectant des

1105 *Supra* n° 661.

1106 Sur cette définition des points objectivement essentiels, cf. *supra* n°s 649 ss. Contrairement à la définition des obligations principales, la définition des obligations synallagmatiques est univoque (*supra* n°s 656 s.).

1107 SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 777 ; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 253 ; ZK-SCHRANER, art. 82 CO, n° 57 ; CR-THÉVENOZ/DE WERRA, Intr. gén. art. 184-529 CO, n° 14.

droits réels, les contrats du droit de la famille et des successions, ou encore les contrats visant à la création de personnes morales¹¹⁰⁸.

Par ailleurs, le contrat manuel est un contrat générateur d'obligations selon la théorie (majoritaire) de la « seconde logique »¹¹⁰⁹. Si l'on adopte une théorie divergente quant au contrat manuel, alors la question qui vient d'être évoquée se pose également à son propos. 692

Si tous les contrats n'ont pas de points objectivement essentiels, peut-on encore parler de points « essentiels » ? 693

Caractère « objectif » des points essentiels ? Enfin, la structure des obligations est dans une certaine mesure façonnée par les parties, qui décident de ce qui sera principal ou secondaire. Dès lors, la différence entre points objectivement essentiels et subjectivement essentiels s'amenuise. Elle subsiste toutefois, puisque la volonté des deux parties est nécessaire pour déterminer la structure de leurs obligations (art. 1 al. 1 CO), alors qu'un point est subjectivement essentiel si l'une des parties déjà le considère comme tel¹¹¹⁰. 694

1108 ENGEL, *Obligations*, p. 159; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 238-239; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, nos 51-52, 94-95; KOLLER, *AT*, § 3 nos 92-94; VON TUHR/PETER, § 20 IV. Les contrats d'autres matières du droit civil sont pour partie également des contrats générateurs d'obligations (KOLLER, *AT*, § 3 n° 94). Tous les contrats sont soumis aux art. 1-10 CO (art. 7 CC) (ENGEL, *Obligations*, p. 159; BK-FRIEDRICH, art. 7 CC, n° 56; ZK-LIEBER, art. 7 CC, n° 39; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 48; BK-SCHMID-TSCHIRREN, art. 7 CC, n° 55; dans le même sens à propos des contrats de disposition : ATF 11 p. 518 [fr], consid. 2; BsK-ZELLWEGGER-GUTKNECHT/BUCHER, Rem. pré. art. 1-40 CO, n° 22a).

1109 Les théories sur la nature juridique du contrat manuel sont diverses : théorie dite de la « seconde logique » (ATF 136 III 142 [fr], consid. 3.3; BUCHER, *AT*, p. 44; MERZ, *TDP*, pp. 101-102, note n° 1; MERZ, *Vertrag*, n° 32; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 49; VON TUHR, *AT BGB*, § 72 II/2c; HECK, p. 246), théorie du « *Schuldvertrag* sans obligations » (BUCHER, *AT*, p. 101, cf. toutefois la p. 44; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 267-269; ZK-JÄGGI, Rem. pré. art. 1 CO, n° 106; ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 110; BK-KRAMER, *Intr. gén. CO*, n° 152; RIMLE, n° 71), théorie de « l'acte de disposition pur » (KOLLER, *AT*, § 3 n° 59-60).

1110 *Supra* n° 440.

§ 5. Définition fonctionnelle des points objectivement essentiels

I. Définition

- 695 Cette définition des points objectivement essentiels part du pouvoir du juge de compléter le contrat : les points objectivement essentiels sont tous les points au sujet desquels le juge ne pourrait pas compléter le contrat, faute d'accord à leur sujet. Selon cette définition, lorsque le juge ne peut pas compléter le contrat sur un point, celui-ci est objectivement essentiel. *A contrario*, tous les points pouvant faire l'objet d'un complètement sont objectivement secondaires.
- 696 On peut qualifier cette définition de *fonctionnelle* car elle est centrée sur l'une des conséquences juridiques (soit l'une des « fonctions ») de la distinction entre points essentiels et points secondaires, à savoir le fait que le complètement ne peut porter que sur des points « secondaires » (art. 2 al. 2 CO)¹¹¹¹.
- 697 Le caractère *objectivement* essentiel des points en cause réside dans le fait que le pouvoir du juge de compléter le contrat est un facteur extrinsèque à la convention, facteur que les parties ne peuvent modeler à leur guise.

II. Diffusion

- 698 **Généralités** La définition fonctionnelle des points objectivement essentiels en droit suisse est née dans la seconde moitié du XX^e siècle, d'abord chez quelques auteurs, avant de parvenir à une popularité croissante dans la doctrine suisse. Elle contraste donc avec les origines anciennes de la définition typologique¹¹¹².

¹¹¹¹ Sur l'art. 2 al. 2 CO, cf. *supra* n^{os} 317 ss. La question de savoir si cette norme renvoie aux points subjectivement secondaires et/ou aux points objectivement secondaires concerne l'étendue minimale de l'accord, c'est-à-dire le principal objet de cette étude (*infra* n^{os} 716 ss).

¹¹¹² *Infra* n^o 1000.

Piotet Dans son ouvrage de 1956 intitulé *La formation du contrat*, PIOTET a notamment étudié la notion de points essentiels¹¹¹³. 699

Cet auteur est un précurseur de la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels¹¹¹⁴. En effet, chez PIOTET, le parallèle entre le complètement du contrat et la notion de points objectivement essentiels est marqué. Cet auteur commence par dire que « les parties peuvent se borner à régler certains points seulement de leur convention, les autres étant régis par le droit supplétif légal ou judiciaire »¹¹¹⁵. Puis il déclare que l'on « conçoit mal que les parties s'accordent pour laisser à l'ordre juridique le soin de définir le genre, le type de contrat qui les lie [...]. C'est pourquoi l'ordre juridique ne complète que les contrats dont les parties ont défini le genre, les contrats dont les éléments essentiels sont déterminés ou déterminables »¹¹¹⁶. Quand bien même PIOTET emploie la notion d'*essentialia negotii* (soit de points objectivement essentiels typologiques), il admet en partie le complètement à leur égard, et n'en fait par conséquent pas un exact équivalent de la notion de points objectivement essentiels¹¹¹⁷. 700

HERZOG, qui se rallie à l'approche de PIOTET¹¹¹⁸, a d'ailleurs expressément adopté la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels¹¹¹⁹. 701

Gauch La définition fonctionnelle des points objectivement essentiels a principalement été développée par GAUCH, dans son article de 1991 intitulé *Von den wesentlichen Vertragspunkten*¹¹²⁰. 702

Critiquant la définition typologique des points objectivement essentiels ainsi que l'idée de définir ceux-ci à l'aide des notions de « cœur de l'affaire » ou de « tout cohérent », GAUCH propose de « renverser la problématique », en partant de la définition des points objectivement secondaires¹¹²¹. Peuvent être qualifiés ainsi tous les points qui n'ont pas besoin d'être réglés dans l'accord, ce qui comprend : a) les points réglés par la loi de manière impérative ; 703

1113 Pour plus de détails quant à l'opinion de cet auteur, cf. *infra* n^{os} 897 ss.

1114 GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 47, note n^o 25, qui a développé la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels, se réfère d'ailleurs à l'ouvrage de PIOTET.

1115 PIOTET, *Formation*, p. 30.

1116 *Ibid.*, p. 32.

1117 *Ibid.*, pp. 32, 34-36, 145-148.

1118 HERZOG, n^{os} 240, 243 ; cf. aussi *infra* n^{os} 897 ss.

1119 *Ibid.*, n^o 225.

1120 GAUCH, *Vertragspunkten*, pp. 47 ss ; cet auteur a régulièrement confirmé son opinion depuis : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 332-338a ; GAUCH, *Vertragstypenrecht*, pp. 6-7.

1121 GAUCH, *Vertragspunkten*, pp. 46-47 (tr. pers.).

b) les points qui peuvent être complétés par le juge, sur la base de la loi, de la coutume ou du droit prétorien.

- 704 Les points objectivement essentiels sont définis, par raisonnement *a contrario*, comme tous les points qui ne sont pas déterminés de manière impérative par la loi et qui ne peuvent faire l'objet d'un complètement¹¹²². Les points objectivement essentiels seraient par conséquent une « grandeur relative », puisqu'ils dépendraient des possibilités concrètes de compléter le contrat¹¹²³.
- 705 GAUCH relève que l'étendue du pouvoir du juge de compléter le contrat est par nature variable, puisqu'elle dépend de considérations sociétales sur le rapport entre le contrat et le pouvoir du juge de le compléter¹¹²⁴. Certains points seraient par contre toujours soustraits au pouvoir du juge : **a)** le rôle des parties au rapport d'obligation ; **b)** l'objet de la prestation principale typique ; **c)** le principe d'une rémunération (malgré l'existence d'exceptions légales)¹¹²⁵.
- 706 À ces exigences dogmatiques s'opposeraient toutefois une tendance pratique visant à reconnaître le besoin des parties de pouvoir faire compléter leur contrat, typiquement en matière de montant de la rémunération. Cela présuppose toutefois que la volonté hypothétique des parties puisse être connue¹¹²⁶.
- 707 **Autres auteurs** L'opinion de GAUCH jouit d'une certaine reconnaissance dans la doctrine, puisque plusieurs auteurs se rallient à sa position (BELSER, BÜSCHER, DASSER, HERZOG, HUGUENIN, MÜLLER, RIMLE, SCHLUEP, SCHMID, SCHUHMACHER, STÖCKLI, STOFFEL)¹¹²⁷, ou l'incluent dans une définition plus large (KUT, MORIN)¹¹²⁸. On ne peut probablement pas encore parler de doc-

1122 *Ibid.*, p. 47.

1123 *Ibid.*, p. 47.

1124 *Ibid.*, p. 47.

1125 *Ibid.*, pp. 47-48.

1126 *Ibid.*, p. 48.

1127 BELSER, pp. 253-254 ; BÜSCHER, n° 164 ; DASSER, *Wandel*, n°s 604-608 ; HERZOG, n° 225 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 332-338a ; HUGUENIN, *OR*, n°s 258-259 ; MÜLLER, *Contrats*, n° 12 ; RIMLE, n°s 100-101 ; SCHUHMACHER, *Vertragsgestaltung*, n° 470 ; STÖCKLI, n° 125 ; STÖCKLI/STOFFEL, art. 2 CO-2020, n°s 1, 3.

1128 HK-KUT, art. 1 CO, n° 30 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 3 (la position de cette auteure correspond principalement à une définition structurelle, cf. *supra* n° 567 et *supra* n°s 644 ss).

trine majoritaire, mais une tendance semble toutefois se dessiner en faveur de la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels¹¹²⁹.

Jurisprudence Le Tribunal fédéral ne semble pas avoir adopté explicitement cette définition. On peut cependant citer un arrêt qui va dans cette direction : 708

« Nicht geregelt hatten die Parteien das Schicksal des Werkvertrags für den Fall, dass der Grundstückkaufvertrag nicht zustandekommen sollte. Darin ist indessen lediglich eine Unvollständigkeit des Werkvertrages zu erblicken, welche dessen rechtlichen Bestand nicht beeinträchtigt, weil der Vertrag durch richterliche Lückenfüllung hätte ergänzt werden können. »¹¹³⁰ 709

Un arrêt ancien va également dans le sens de la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels : le Tribunal fédéral retient que le lieu de livraison d'une chose n'est pas un point essentiel au sens de l'art. 2 aCO, puisque la loi prévoit une solution supplétive à cet égard (art. 84 aCO)¹¹³¹. Dans la jurisprudence cantonale, on peut par exemple signaler un arrêt du Tribunal cantonal grison qui adopte la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels¹¹³². 710

III. Discussion

Apports Le développement de la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels a notamment contribué à enrichir la discussion sur la définition des points objectivement essentiels, en particulier par la critique de certains problèmes liés à la définition typologique¹¹³³. Par ailleurs, les auteurs ayant établi la définition fonctionnelle ont contribué à identifier le paradigme pertinent pour l'analyse de l'étendue minimale de l'accord, à savoir 711

1129 Dans ce sens : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 339.

1130 ATF 117 II 259 [de], consid. 2c, trad. JdT 1992 I p. 559.

1131 ATF 20 p. 1070 *Hänni c. Fischer* [fr], consid. 3 ; on trouve aussi une réflexion similaire dans un arrêt non publié de 1988 : Arrêt TF n. publ. (06.12.1988) *Stump et Swissboring c. Nibbio* [fr], consid. 4 = SJ 1989 p. 331.

1132 TC GR ZK2 09 63 (13.07.2010), consid. 3b.

1133 Cf. notamment GAUCH, *Vertragspunkten*, pp. 46-47 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 340. Pour la discussion de la définition typologique des points objectivement essentiels, cf. *supra* n°s 570 ss.

le pouvoir du juge de compléter le contrat face à la liberté contractuelle, par opposition à la typologie contractuelle et aux structures d'obligations¹¹³⁴.

- 712 **Limites** Malgré ces apports, la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels aboutit dans presque tous les cas¹¹³⁵ aux mêmes résultats que la définition typologique, qu'elle entendait pourtant critiquer¹¹³⁶. En effet, les auteurs adoptant la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels renvoient souvent à des normes typiques pour déterminer l'étendue du pouvoir du juge de compléter le contrat. Certains d'entre eux déclarent en particulier que le principe et le montant de la rémunération ne peuvent en principe pas faire l'objet d'un complètement, sauf lorsqu'une « exception » spéciale existe pour le type contractuel en question¹¹³⁷. En outre, la prestation caractéristique – notion rattachée à la typologie contractuelle¹¹³⁸ – ne pourrait jamais faire l'objet d'un complètement¹¹³⁹.
- 713 Ainsi, la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels soulève une discussion similaire à celle dont la définition typologique des points objectivement essentiels a fait l'objet¹¹⁴⁰, en particulier en ce qui concerne la prévisibilité du droit et les généralisations faisant référence à certains points des contrats¹¹⁴¹.

1134 *Infra* n^{os} 883 ss.

1135 On peut réserver le cas du principe de la rémunération dans le contrat de travail, dans la mesure où l'on considère l'art. 320 al. 2 CO comme une norme supplétive (sur cette norme, cf. *supra* n^o 535) : le principe du salaire peut alors faire l'objet d'un complètement judiciaire tout en étant un élément constitutif du contrat de travail (à ce sujet : VION, *Art. 320 al. 2 CO*, pp. 35-36).

1136 CARBONARA, pp. 98-99.

1137 GAUCH, *Vertragspunkten*, pp. 47-48 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 337-338 ; HUGUENIN, *OR*, n^o 258 ; RIMLE, n^o 105 ; adoptant aussi la définition fonctionnelle, mais en considérant au contraire les normes supplétives typiques comme l'expression d'un principe général, plutôt que comme des exceptions : HERZOG, n^o 242 ; STÖCKLI, n^{os} 175-176-202 ; nuancée : BELSER, pp. 254-255.

1138 *Supra* n^{os} 599 ss.

1139 *Supra* n^{os} 702 ss.

1140 *Supra* n^{os} 570 ss.

1141 *Supra* n^{os} 585 ss.

Deuxième partie

Développements principaux

Chapitre 5

Présentation des approches envisageables

But Ce chapitre a pour but d'exposer les différentes conceptions envisageables de l'étendue minimale de l'accord, et en particulier les deux approches qui seront discutées par la suite. Ces approches sont ici présentées comme des hypothèses ; elles seront confrontées aux méthodes d'interprétation de la loi dans les chapitres suivants. 714

Plan En premier lieu, nous allons présenter les deux approches qui seront discutées dans la suite de cet ouvrage, c'est-à-dire l'approche actuellement dominante dans la jurisprudence et dans la doctrine (approche 1) et une approche qui s'en écarte (approche 2)¹¹⁴². Cette approche différente fera l'objet d'une présentation spécifique plus détaillée, puisque étant moins répandue que la première approche, elle sera moins familière au lecteur¹¹⁴³. Une prémisse nécessaire à cette approche 2, ainsi que ses liens avec la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels, seront encore examinés¹¹⁴⁴. Enfin, d'autres approches de la question seront évoquées ; il s'agira notamment d'approches intermédiaires entre les approches 1 et 2¹¹⁴⁵. 715

1142 *Infra* n^{os} 716 ss.

1143 *Infra* n^{os} 752 ss.

1144 *Infra* n^{os} 854 ss.

1145 *Infra* n^{os} 892 ss.

§ 1. Les deux approches discutées : description et diffusion

I. Approche 1 (approche majoritaire)

A. Description

- 716 **Étendue minimale de l'accord** La première approche envisageable consiste à retenir que pour qu'un contrat puisse être conclu au sens de l'art. 1 al. 1 CO, il faut, en plus d'une volonté commune de s'engager¹¹⁴⁶, que l'accord des parties porte au minimum sur tous les points objectivement essentiels et (cas échéant) tous les points subjectivement essentiels du contrat à conclure. À défaut, le contrat est inexistant.
- 717 Dans l'approche 1, l'existence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels est une exigence absolue de la conclusion de tout contrat. De façon générale, il existe toutefois plusieurs définitions partiellement divergentes des « points objectivement essentiels »¹¹⁴⁷.
- 718 **Notion de point subjectivement essentiel** Dans le contexte de l'approche 1, on retient souvent que seuls les points objectivement secondaires peuvent être subjectivement essentiels ; on ne serait ainsi pas toujours en présence de points subjectivement essentiels¹¹⁴⁸.
- 719 En outre, dans l'approche 1, on considère généralement que la partie qui souhaite élever un point objectivement secondaire au rang de point subjectivement essentiel doit le faire savoir *clairement*, faute de quoi la présomption de l'art. 2 al. 1 CO joue contre elle et le contrat est conclu même sans accord sur ce point ; d'autres auteurs retiennent une exigence moins contraignante en déclarant que le caractère subjectivement essentiel du point devait au moins être *reconnaisable*¹¹⁴⁹.

1146 *Supra* n^{os} 151 ss.

1147 Ces définitions font l'objet d'une présentation détaillée, cf. *supra* n^{os} 430 ss.

1148 *Supra* n^o note 748.

1149 *Infra* n^{os} ?? ss.

Complètement du contrat Dans l'approche 1, le juge ne peut compléter le contrat ni sur les points objectivement essentiels, ni sur les points subjectivement essentiels. En effet, puisque l'accord est nécessaire sur tous les points objectivement essentiels et sur tous les points subjectivement essentiels, l'absence d'accord à leur égard implique l'inexistence du contrat, qui ne peut donc être complété.

720

B. Diffusion

Cette conception est la plus répandue en droit suisse des contrats ; elle est admise par la jurisprudence du Tribunal fédéral¹¹⁵⁰ et par la doctrine largement majoritaire¹¹⁵¹.

721

L'idée qu'un accord sur les points objectivement essentiels est absolument nécessaire à la conclusion du contrat semble également dominante en Autriche et en France¹¹⁵². En Allemagne, on trouve principalement de la jurisprudence et de la doctrine allant dans le sens de l'approche 1 de l'étendue

722

¹¹⁵⁰ Arrêt TF n. publ. 4A_561/2016 (08.02.2017) [fr], consid. 6 ; Arrêt TF n. publ. 1C_613/2015 (10.08.2016) [de], consid. 6 ; ATF 138 III 29 [de], consid. 2.1 ; Arrêt TF n. publ. 4C.72/2006 (30.05.2006) [fr], consid. 2 ; Arrêt TF n. publ. 4C.246/2003 (30.01.2004) [fr], consid. 5.1 ; ATF 110 II 287 *Winiker c. Eng* [de], consid. 2b, trad. JdT 1985 I p. 146 ; ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 2 ; ATF 97 II 53 *Oberholzer* [de], consid. 3, trad. JdT 1972 I p. 52 ; ATF 54 II 300 *Bär c. Burstein* [de], consid. 1, trad. JdT 1929 I p. 66 ; ATF 23 p. 769 [de], consid. 5. Pour les positions jurisprudentielles divergentes, cf. *infra* n°s 733 ss. Cf. aussi Arrêt TAF n. publ. A-4873/2014 (21.10.2015) [de], consid. 5.1.1. Cette jurisprudence est largement reprise par les tribunaux cantonaux (cf. par exemple TC VD 51/2014/DCA [25.06.2014], consid. IV/a ; TC VD 30/2013/SNR [01.05.2013], consid. III/a ; TC GE ACJC/1597/2015 [18.12.2015], consid. 3.1.3 ; TC ZH NP150025 [06.04.2016], consid. 7.3 ; TC ZH RT140003 [20.05.2014], consid. 5.2).

¹¹⁵¹ *BUCHER, AT*, pp. 117-120 ; *VON BÜREN*, pp. 131-132 ; *VON DER CRONE*, pp. 117-118 ; *ENGEL, Obligations*, pp. 218-219 ; *GAUCH, Vertragspunkten*, p. 45 ; *GAUCH/SCHLUEP/SCHMID*, n° 331 ; *GIGER, Bestimmbarkeit*, p. 488 ; *GUGGENHEIM*, p. 85 ; *ZK-JÄGGI*, art. 2 CO, n° 38 ; *KOLLER, AT*, § 6 n°s 26-27 ; *BK-KRAMER*, art. 1 CO, n° 171 ; *MARTIN*, p. 10 ; *MERZ, Vertrag*, n°s 174-175 ; *CR-MORIN*, art. 2 CO, n° 7 ; *MORIN, Mél. Sandoz*, p. 464 ; *MÜLLER, Contrats*, n° 12 ; *SCHUHMACHER, Vertragsgestaltung*, n°s 470-471, 1560 ; *SCHWENZER*, n° 29.03 ; *STÖCKLI*, n° 131 ; *STÖCKLI/STOFFEL*, art. 2 CO-2020, n° 3 ; *TERCIER/PICHONNAZ*, n°s 573-575 ; *VON TUHR/PETER*, § 24 II, V ; *CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN*, art. 184 CO, n° 54. Pour les positions doctrinales divergentes, cf. *infra* n°s 739 ss et 892 ss.

¹¹⁵² En droit autrichien, cf. notamment OGH 1 Ob 129/71 (13.05.1971) ; *Koziol et alii-BOLLENBERGER*, § 861 ABGB, n°s 3-4 ; *Schwimann-KOLMASCH*, § 861 ABGB, n° 4 ; *LUKAS*, p. 23 ; *Rummel/Lukas-RUMMEL*, § 869 ABGB, n° 8. En droit français, cf. le nouvel art. 1114 CCF, qui précise notamment que l'offre « comprend les éléments essentiels du contrat envisagé », ainsi que dans la doctrine et la jurisprudence, *Douville-CHONÉ-GRIMALDI*, art. 1114 CCF ; *FABRE-MAGNAN*, n° 259 ; *C. Cass. 3^e Chambre civile*, 14-20.536 (07.07.2015).

minimale de l'accord¹¹⁵³ ; toutefois, un courant de jurisprudence et de doctrine plus libéral va dans le sens de l'approche 2¹¹⁵⁴.

II. Approche 2 (approche minoritaire)

A. Description

- 723 **Étendue minimale de l'accord** La deuxième approche de l'étendue minimale de l'accord consiste à retenir que pour qu'un contrat soit conclu, il faut que les parties aient eu la volonté commune de s'engager, ce qui implique qu'elles aient trouvé un accord sur tous les points subjectivement essentiels. Dans cette approche, l'existence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels n'est pas une condition *sine qua non* de la conclusion du contrat. Les points objectivement essentiels¹¹⁵⁵ jouent seulement le rôle d'indices dans l'interprétation de la volonté de conclure, parce qu'ils sont habituellement considérés comme subjectivement essentiels par les parties¹¹⁵⁶.
- 724 Cependant, il est tout à fait possible, en fonction des circonstances concrètes, que les parties aient la volonté de s'engager malgré l'absence d'accord sur un point objectivement essentiel, notamment sur les points qui touchent aux éléments caractéristiques des types contractuels ou aux obligations principales.
- 725 **Notion de point subjectivement essentiel** Dans l'approche 2, il y a toujours des points subjectivement essentiels, puisque personne ne voudrait vraiment s'engager sans aucun égard à l'objet de l'accord¹¹⁵⁷. Contrairement à l'approche 1, l'approche 2 implique de ne pas considérer les points subjective-

1153 Cf. notamment BGH V ZR 97/05 (12.05.2006), consid. 13-14 = NJW 2006 p. 2843 ; BGH V ZR 39/96 (20.06.1997), consid. 2a = NJW 1997 p. 2671 ; LG Bad Kreuznach 1 S 194/00 (13.02.2001) = NJW-RR 2002 p. 130 ; LG Lübeck 6 S 71/98 (06.04.1999) = NJW-RR 1999 p. 1655 ; OLG Mainz 6 S 149/97 (04.11.1997) = NJW-RR 1998 p. 631 ; Erman-ARMBRÜSTER, § 154 BGB, n° 2 ; Staudinger-BORK, § 145 BGB, n° 17 ; BORK, n°s 712, 763 ; Bamberger/Roth-ECKERT, § 145, n° 34 ; NK-SCHULZE, § 145 BGB, n° 5. Pour une comparaison synthétique entre les droits suisse et allemand sur la question : LUKAS, pp. 23-24.

1154 *Infra* n° note 1192.

1155 Dans l'approche 2, on peut se référer à toutes les différentes définitions des points objectivement essentiels, dans la mesure où elles mènent à des résultats divergents. Sur les définitions des points objectivement essentiels, cf. *supra* n°s 430 ss.

1156 *Infra* n°s 767 ss.

1157 *Supra* n° 153.

ment essentiels uniquement comme des points objectivement secondaires qui seraient élevés au rang de points subjectivement essentiels.

En outre, dans l'approche 2, le caractère subjectivement essentiel des points du contrat ne doit pas nécessairement avoir été « clairement » exprimé, ni même être « reconnaissable ». Un point est déjà subjectivement essentiel pour une partie lorsque l'autre partie reconnaît le caractère subjectivement essentiel de ce point (même s'il n'était ni objectivement reconnaissable, ni clairement exprimé)¹¹⁵⁸.

Complètement du contrat Dans l'approche 2, le juge ne peut pas compléter le contrat sur les points subjectivement essentiels. En revanche, s'il constate l'absence d'accord sur un point objectivement essentiel mais subjectivement secondaire, le juge doit si nécessaire compléter le contrat à cet égard. La possibilité du complètement sur un point objectivement essentiel (mais subjectivement secondaire) découle du fait que dans l'approche 2, un contrat peut être conclu sans qu'il n'y ait nécessairement d'accord sur tous les points objectivement essentiels.

Deux principales objections sont opposées à cette idée¹¹⁵⁹ :

- Si le juge complétait le contrat sur des points objectivement essentiels, il violerait la liberté contractuelle.
- Si le juge devait compléter le contrat sur ces points, il ne serait de toute manière pas en mesure de le faire concrètement ou cela poserait un problème de sécurité juridique.

Vu les enjeux qu'elles soulèvent, nous discuterons ces idées dans un chapitre spécifique¹¹⁶⁰.

1158 *Infra* n^{os} 838 ss.

1159 Cf. les auteurs cités *infra* n^o note 1492 et note 1535.

1160 *Infra* n^{os} 1035 ss.

B. Diffusion

732 Certains arrêts¹¹⁶¹ et auteurs définissent l'étendue minimale de l'accord exclusivement en fonction des points subjectivement essentiels. Ils s'inscrivent ainsi dans l'esprit de l'approche 2 ; on ne trouve toutefois pas de développement ou de discussion détaillées de l'approche 2 dans la jurisprudence ou la doctrine ici évoquées. Ces textes, étant anciens, ne sont plus guère cités aujourd'hui, à tel point que certains auteurs actuels ont pu dire qu'il était « évident » (« *selbstverständlich* ») qu'un accord devait intervenir tant sur les points objectivement essentiels que sur les points subjectivement essentiels¹¹⁶².

a) Jurisprudence

733 **ATF 41 II 252** Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral définit les points essentiels de manière purement subjective¹¹⁶³. Cela est confirmé par : **a)** une référence à VON TUHR¹¹⁶⁴ et, dans une moindre mesure, à OSER¹¹⁶⁵ ; **b)** le fait que le caractère subjectivement essentiel du point litigieux soit analysé, alors qu'il s'agit d'un élément déterminant directement la quantité de la chose vendue, donc d'un point objectivement essentiel¹¹⁶⁶.

734 **ATF 34 II 715** Dans cet arrêt, **a)** notre haute Cour distingue les éléments constitutifs des types contractuels (traditionnellement considérés comme objectivement essentiels) et les points essentiels au sens de l'art. 2 aCO¹¹⁶⁷ ;

1161 Le Tribunal fédéral est rattaché de longue date à l'approche 1 (*supra* n° note 1150)) ; vu les arrêts évoqués ici, il semble toutefois avoir hésité avec une conception s'inscrivant dans l'approche 2 pendant une certaine période. À notre connaissance, on ne trouve pas d'arrêt évoquant ouvertement cette hésitation ou un changement de jurisprudence en faveur de l'une ou l'autre de ces approches.

1162 GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 45 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 331 ; KOLLER, *AT*, § 6 n° 27.

1163 ATF 41 II 252 *Dreifuss c. Schwegler* [de], consid. 3 : « [...] kein blosser Nebenpunkt im Sinne von Art. 2 OR, sondern ein solcher, bei dessen bewusster Nichtregelung die Parteien das Geschäft überhaupt nicht abgeschlossen haben würden, also ein wesentlichen Punkt ».

1164 Arrêt précité, consid. 3, renvoyant à VON TUHR, *Mängel*, pp. 289 ss. À propos de l'opinion de cet auteur, cf. *infra* n°s 743 ss.

1165 ATF 41 II 252 *Dreifuss c. Schwegler* [de], consid. 3, renvoyant à ZK-OSER, art. 2 CO, pp. 25, 18 ss. Sur l'opinion de cet auteur, cf. *infra* n°s 894 ss.

1166 ATF 41 II 252 *Dreifuss c. Schwegler* [de], consid. 3.

1167 ATF 34 II 715 [de], consid. 2 : « Es ist der Vorinstanz darin beizupflichten, daß die Frage, ob ein bestimmter Punkt zu den Haupt- oder die Nebenpunkten im Sinne von Art. 2 OR gehört,

b) elle déclare qu'il faut *constamment* rechercher l'importance subjective des points pour les parties, ce qui place les points subjectivement essentiels au premier plan et relègue la typologie contractuelle au rang de simple indice¹¹⁶⁸.

ATF 34 II 463 Dans l'arrêt *Hydorion*, le Tribunal fédéral définit les points essentiels uniquement à l'aide de la volonté des parties de s'engager (points subjectivement essentiels). Cela ressort **a)** directement des considérants de l'arrêt¹¹⁶⁹, mais également **b)** du fait que notre haute Cour confirme l'arrêt attaqué, lui aussi explicite au sujet des points essentiels¹¹⁷⁰. **c)** De plus, le Tribunal fédéral tient compte de ce que les parties « devaient considérer comme essentiels », ce qui répond à la même logique que l'application du principe de la confiance dans l'interprétation des volontés d'être lié¹¹⁷¹.

735

ATF 31 II 640 Dans cet arrêt, le raisonnement du Tribunal fédéral correspond également à l'approche 2¹¹⁷². **a)** Pour savoir si le précontrat de vente est en l'espèce conclu, notre haute Cour commence par constater que le vendeur et la chose étaient définis, au contraire de l'acheteur et du prix. Au lieu de s'arrêter là, comme le permettrait l'approche 1, le Tribunal fédéral analyse en détail si la personne de l'acheteur était essentielle pour le défendeur et parvient à la conclusion que oui, ce qui le mène à dire que le contrat n'est pas conclu, et qu'il ne peut donc être complété. **b)** Le considérant 3 confirme d'ailleurs que l'interprétation de la volonté réelle de s'engager juridiquement

736

nicht identisch ist mit der Frage, ob derselbe zu den essentialia oder den accidentalia des betr. Vertragstypus gehört ».

1168 Arrêt précité, consid. 2 : « *Es kann daher insbesondere nicht ein für allemal gesagt werden, daß der Zahlungsmodus zu den Nebenpunkten, oder umgekehrt, daß er zu den wesentlichen Punkten des Kauf- oder Werkvertrages gehöre, sondern es ist stets zu untersuchen, welcher Grad von Wichtigkeit die Kontrahenten demselben im konkreten Falle beigemessen haben ».*

1169 ATF 34 II 463 *Hydorion* [fr], consid. 3 : « [...] ce n'est pas d'une manière absolue, mais en tenant compte des circonstances et de l'intention des parties, qu'on peut parler de points accessoires d'un contrat. [...] [T]out point doit être considéré comme essentiel, lorsqu'il y a lieu d'admettre que la partie fait de son admission une condition sine qua non de la conclusion du contrat. »

1170 Arrêt précité, faits D (extrait de l'arrêt cantonal) : « Par points essentiels d'un contrat, on doit entendre ceux que l'une ou l'autre partie considère comme une condition d'existence de contrat, à défaut d'accord sur tous ces points essentiels il n'y a pas contrat ainsi que cela résulte de l'art. 2 CO ».

1171 Arrêt précité, consid. 3.

1172 ATF 31 II 640 [de], consid. 2.

est au cœur du raisonnement de notre haute Cour, puisqu'elle enrichit encore son analyse d'éléments d'interprétation supplémentaires¹¹⁷³.

- 737 Ainsi, dans cet arrêt, les points subjectivement essentiels sont déterminants, tandis que les points objectivement essentiels font figure de simples indices.
- 738 **ATF 20 p. 510** Le Tribunal fédéral met là aussi au premier plan les points subjectivement essentiels : **a)** les points essentiels sont ceux sur lesquels l'accord est nécessaire pour qu'une partie soit d'accord de conclure le contrat (points subjectivement essentiels)¹¹⁷⁴ ; **b)** au contraire, le caractère objectivement secondaire d'un point (*accidentalialia negotii*) n'est pas déterminant pour dire si ce point est essentiel ou non¹¹⁷⁵ ; **c)** l'art. 2 al. 1 CO est une règle d'interprétation qui ne s'applique pas lorsque sont ajoutés des points dont l'acceptation ou le rejet ont une portée économique particulière dans l'opération visée¹¹⁷⁶.

b) Doctrine

- 739 **KELLER ; BÉGUELIN** Dans sa thèse de doctorat (1943) consacrée à la réserve des points secondaires au sens de l'art. 2 CO, KELLER développe une opinion similaire à l'approche 2¹¹⁷⁷. Cela rejoint les développements faits par BÉGUELIN dans sa fiche juridique sur la conclusion du contrat, parue deux ans plus tôt¹¹⁷⁸. Leurs deux opinions sont suffisamment proches pour pouvoir être exposées ensemble :
- 740 1. Pour BÉGUELIN, seuls les points subjectivement essentiels sont déterminants quant à l'étendue minimale de l'accord, à l'exclusion des points objectivement essentiels¹¹⁷⁹. KELLER considère que les points subjectivement essentiels sont déterminants ; faute de pouvoir les

1173 Arrêt précité, consid. 3.

1174 ATF 20 p. 510 [de], consid. 5.

1175 Arrêt précité, consid. 5.

1176 Arrêt précité, consid. 4.

1177 KELLER, *Vorbehalt*, pp. 100-101.

1178 BÉGUELIN, pp. 5-6.

1179 *Ibid.*, pp. 5-6 : « Tandis que, d'un point de vue objectif, la doctrine ancienne discernait dans les contrats des points essentiels, naturels et accidentels, le CO, art. 2, opérant avec le critère subjectif de l'intention des parties, distingue plus simplement entre points essentiels et points secondaires. [...] Par point essentiel [...] il faut entendre tout point que l'une ou l'autre partie a, d'une manière reconnaissable, regardé comme une condition de l'existence du contrat, et dont on doit admettre qu'elle entendait ne pas conclure aussi longtemps qu'il n'aurait pas donné lieu à une entente [...] ».

constater, on peut à titre subsidiaire les assimiler aux points objectivement essentiels¹¹⁸⁰.

2. Le caractère subjectivement essentiel des points doit être « reconnaissable »¹¹⁸¹ ou « avoir été suffisamment exprimé »¹¹⁸², ce qui se rapproche de l'application du principe de la confiance dans l'interprétation des volontés d'être lié¹¹⁸³. 741
3. Les points objectivement essentiels ne sont que des indices qui guident le juge pour savoir si les parties avaient l'intention de conclure¹¹⁸⁴. 742

VON TUHR Dans son article de 1896 intitulé *Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht*, VON TUHR développe à propos de l'art. 2 aCO une opinion similaire à l'approche 2¹¹⁸⁵ : 743

1. L'étendue minimale de l'accord et la distinction entre points essentiels et secondaires est uniquement définie en fonction de la volonté des parties¹¹⁸⁶. *A contrario*, cela exclut les points objectivement essentiels au sens traditionnel du terme, qui ne sont d'ailleurs pas mentionnés. VON TUHR fait en outre le lien entre la volonté d'être lié et l'accord sur les points que les parties considéraient comme essentiels. 744
2. Le contrat existe également lorsque l'on peut admettre que le point n'ayant pas fait l'objet d'un accord n'était pas essentiel pour les parties, notamment eu égard à son importance face aux autres points du 745

1180 KELLER, *Vorbehalt*, pp. 100-101.

1181 BÉGUELIN, p. 5.

1182 KELLER, *Vorbehalt*, p. 100.

1183 *Ibid.*, p. 118, note n° 1.

1184 BÉGUELIN, p. 6 : « La question que le juge peut être appelé à trancher est une question d'intention, et le critère traditionnel, en ce qui concerne les *naturalia* et les *accidentalialia negotii*, ne peut avoir à ses yeux qu'une valeur indicative [...] ». L'assimilation subsidiaire des points subjectivement essentiels aux *essentialia negotii* opérée par KELLER, *Vorbehalt*, pp. 100-101, va dans le même sens ; cf. aussi *Ibid.*, pp. 118-119.

1185 VON TUHR, *Mängel*, p. 299.

1186 *Ibid.*, p. 299 : « *Da sich „wesentliche“ und „Nebenpunkte“ nur durch die Bedeutung unterscheiden, welche ihnen von den Parteien beigelegt wird, so besagt Art. 2 eigentlich nur, dass der Richter den Vertrag als geschlossen anerkennen soll, wenn die Parteien sich haben binden wollen, obwohl sie über einige Bestimmungen noch nicht einig geworden sind* ».

contrat¹¹⁸⁷. Cela peut être rapproché de l'interprétation objective des volontés de s'engager juridiquement¹¹⁸⁸.

746 3. Le complètement doit intervenir sur tous les points qui sont subjectivement secondaires, apparemment sans égard à leur caractère objectivement essentiel¹¹⁸⁹.

747 Dans son traité ultérieur sur le droit suisse des obligations, VON TUHR a changé d'avis, puisqu'il exige alors l'accord sur les *essentialia negotii* en tant qu'éléments objectivement essentiels de l'accord¹¹⁹⁰.

c) Opinions historiques et/ou étrangères

748 Plusieurs sources historiques, dont en particulier WINDSCHEID/KIPP, vont également dans le sens de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord¹¹⁹¹.

749 Dans la doctrine et la jurisprudence allemandes, on trouve également des sources allant dans le sens de l'approche 2¹¹⁹².

1187 *Ibid.*, p. 299 : « Lassen sich übereinstimmende Willensäußerungen über einen Punkt nicht konstatieren, der aber im Vergleich zu den übrigen Bestimmungen des Vertrags von so geringer Wichtigkeit ist, das man ahnehmen kann, die Verhandlungen wären an diesem Punkte nicht gescheitert, so muss [...] der Vertrag doch als Ganzes aufrecht erhalten werden ».

1188 *Infra* n^{os} 818 ss.

1189 VON TUHR, *Mängel*, p. 299 : « Der Konsens über diese unentschieden gebliebenen Punkte wird [...] vom Richter nach der Natur des (konkreten) Geschäftes erhöht ».

1190 VON TUHR/PETER, § 20 VIII, § 24 II. Ce changement d'avis ne semble pas dû au passage de l'art. 2 aCO à l'art. 2 CO, puisque le législateur n'a apparemment pas voulu changer le sens de cette norme à cette occasion (*infra* n^o note 1402)). Au sujet de l'évolution de l'opinion de VON TUHR, cf. *infra* n^{os} 1010 ss.

1191 Sur ces différentes opinions et leur impact sur le droit suisse, cf. *infra* n^{os} 992 ss.

1192 Soergel-WOLF, § 154 BGB, n^o 6 : « Der Vertrag scheidet nicht schlechthin, wenn wesentliche Vertragsmerkmale nicht vereinbart sind, denn der Parteiwille entscheidet darüber, ob ein Vertrag auch ohne Regelung objektiv wesentlicher Punkte geschlossen sein soll und wie die Bestimmung dieser Punkte getroffen werden kann. ». OLG Hamm 20 U 37/75 (24.10.1975) = NJW 1976 p. 1212 : « Dabei können nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auch wesentliche Punkte – wie hier die Höhe des Kaufpreises – offen gelassen werden, ohne daß dies einer von den Parteien gewollten vertraglichen Bindung entgegensteht. » Du même avis : Erman-HEFERMEHL, § 154 BGB (7^e éd. 1981), n^o 6 ; ESSER/SCHMIDT, § 14 I ; critique à l'égard de ces auteurs : JUNG, pp. 28-29. Également dans la direction de l'approche 2 : BGH KZR 10/62 (02.04.1964), consid. 2b = NJW 1964 p. 1617 ; BGH VIII ZR 81/82 (19.01.1983), consid. 3a = NJW 1983 p. 1777 ; BGH I ZR 14/81 (24.02.1983), consid. II/2 = NJW 1983 p. 1727 ; BGH III ZR 296/00 (06.12.2001), consid. 2b/aa = NJW 2002 p. 817 ; OLG Stuttgart 3 U 79/09 (05.05.2010), consid. 3a = NJW-RR 2011 p. 202 ; Palandt-ELLENBERGER, § 154 BGB, n^o 2. Pour la position de la doctrine et de la jurisprudence qui s'inscrivent dans l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, cf. *supra* n^o note 1153.

Contrairement aux droits autrichien et français¹¹⁹³, le droit anglais adopte une position pragmatique¹¹⁹⁴ qui va dans le sens de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord. Pour qu'un contrat soit conclu, il faut notamment que son objet soit suffisamment complet (*completeness*) et certain (*certainty*), ce qui est le cas lorsque le contrat peut, d'une façon ou d'une autre, être mis en œuvre (*to be enforced*)¹¹⁹⁵. Cette possibilité de mise en œuvre est toutefois principalement appréciée à la lumière de la volonté des parties d'être liées et ne dépend pas de *minima* objectifs absolus¹¹⁹⁶, bien que l'importance objective des points ne faisant pas l'objet d'un accord constitue un indice dans l'interprétation desdites volontés¹¹⁹⁷. Le droit américain suit également cette

1193 *Supra* n° note 1152.

1194 BRADGATE, n° 2.155.

1195 Queen's Bench Division (Admiralty Court) EWHC 589 (Admly) 1 C.L.C. 425 (16.03.2011) *Tryggingarfelagio Foroyar P/F v. CPT Empresas Maritimas SA (M/V Athena)*, consid. 26 (citant Court of Appeal (Civil Division) 1987 WL 1455281 (22.05.1987) *Pagnan SpA v. Feed Products Limited*) : « *It is sometimes said that the parties must agree on the essential terms and that it is only matters of detail which can be left over. This may be misleading, since the word "essential" in that context is ambiguous. If by "essential" one means a term without which the contract cannot be enforced then the statement is true : the law cannot enforce an incomplete contract. [...]* » ; cf. aussi BRADGATE, n° 2.155 ; TREITEL/PEEL, n° 2-084.

1196 Queen's Bench Division (Admiralty Court) EWHC 589 (Admly) 1 C.L.C. 425 (16.03.2011) *Tryggingarfelagio Foroyar P/F v. CPT Empresas Maritimas SA (M/V Athena)*, consid. 26 (citant Court of Appeal (Civil Division) 1987 WL 1455281 (22.05.1987) *Pagnan SpA v. Feed Products Limited*) : « *[...] If by "essential" one means a term which the parties have agreed to be essential for the formation of a binding contract, then the statement is tautologous. If by "essential" one means only a term which the court regards as important as opposed to a term which the court regards as less important or a matter of detail, the statement is untrue. It is for the parties to decide whether they wish to be bound and, if so, by what terms, whether important or unimportant. It is the parties who are, in the memorable phrase coined by the judge, "the masters of their contractual fate". [...]* » ; cf. aussi UKSC 14 1 WLR 753 (10.03.2010) *RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Müller GmbH & Co KG*, consid. 45 ; BRADGATE, n°s 2.155-2.157, et en particulier n° 2.156 : « *[...] the court will rarely find an agreement too uncertain to enforce if other factors show the the parties intend to be bound by it* » ; TREITEL/PEEL, n°s 2-078 ss, 2-084 ss.

1197 Queen's Bench Division (Admiralty Court) EWHC 589 (Admly) 1 C.L.C. 425 (16.03.2011) *Tryggingarfelagio Foroyar P/F v. CPT Empresas Maritimas SA (M/V Athena)*, consid. 26 (citant Court of Appeal (Civil Division) 1987 WL 1455281 (22.05.1987) *Pagnan SpA v. Feed Products Limited*) : « *[...] Of course the more important the term is the less likely it is that the parties will have left it for future decision. But there is no legal obstacle which stands in the way of the parties agreeing to be bound now while deferring important matters to be agreed later.* » ; cf. aussi UKSC 14 1 WLR 753 (10.03.2010) *RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Müller GmbH & Co KG*, consid. 45 ; BRADGATE, n°s 2.156-2.157 ; TREITEL/PEEL, n°s 2-086.

approche souple, qui correspond à l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord¹¹⁹⁸.

751 On observe par ailleurs que les principaux projets ou instruments d'unification des normes générales sur la conclusion du contrat en Europe et au-delà¹¹⁹⁹ ne déterminent pas l'étendue minimale de l'accord en fonction des types contractuels, mais emploient au contraire des formules souples aux fins d'interpréter les volontés des parties d'être liées (art. 2.1.2 UNIDROIT, art. 2 :103 PECL, art. II.-4 :103 DCFR)¹²⁰⁰, ce qui correspond à l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord. Dans leur principe, les art. 30 al. 1 let. c et 31 al. 1 let. b pDCEV prévoient la même chose¹²⁰¹, avec toutefois la nuance d'un amendement du Parlement européen qui réserve l'approche 1 dans un cas particulier, celui des relations entre professionnels et consommateurs¹²⁰².

1198 Cf. notamment § 2-204 al. 3 UCC : « *Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy.* » ; dans le même sens : AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Second) – Contracts 2d, Volume 1*, §§ 1-177, St-Paul 1981, § 33 ; cf. aussi SCOTT/KRAUS, pp. 321 s. : « [...] the UCC is primarily concerned with the intent of the parties to create a bargain. Agreement on specific terms is no longer a formal prerequisite to enforcement. Rather, the relative "completeness" of the terms of the agreement is regarded as evidence of the parties' intent to enter into a binding contract. Thus, completeness per se no longer is the key variable in indefinite term contracts. Under the UCC, the key variable is intent. If parties want to create a binding a contract even though a number of provisions are not expressly agreed upon, courts generally will oblige them. » ; ainsi que CORBIN/PERILLO, pp. 528-529, 533, 541 ss ; FARNSWORTH, pp. 417-438 ; HUNTER, § 3 :7 ; WILLISTON/LORD, §§ 4 :20 ss.

1199 Pour un aperçu des enjeux à cet égard, DASSER, *Wandel*, n^{os} 260-261, et les références citées, ainsi que n^{os} 306-314 ; ENGERT, pp. 340 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 22u-22w ; KRAMER, *Privatrechtskodifikationen*, pp. 429-430 ; CR-THÉVENOZ/WERRO, *Intr. gén. CO*, n^{os} 7-8 ; YUNG, *Code civil*, pp. 20-25.

1200 UNIDROIT, *Comment ad 2.1.2* : « *Even essential terms, such as the precise description of the goods or the services to be delivered or rendered, the price to be paid for them, the time or place of performance, etc., may be left undetermined in the offer without necessarily rendering it insufficiently definite : all depends on whether or not the offeror by making the offer, and the offeree by accepting it, intend to enter into a binding agreement, and whether or not the missing terms can be determined by interpreting the language of the agreement in accordance with Articles 4.1 et seq., or supplied in accordance with Articles 4.8 or 5.1.2.* » Cf. aussi Vogenauer-NOTTAGE, art. 2.1.2 UNIDROIT, n^{os} 18-20 ; VON BAR/CLIVE/SCHLUTENÖLKE, *Comment A. ad II.-4 :103* ; Schmidt-Kessel-GEBAUER, art. 31 pDCEV, n^{os} 1-4 ; HARVEY/SHELLIG, pp. 257-259 ; Schulze-TERRYN, art. 31 pDCEV, n^{os} 5-6.

1201 Schmidt-Kessel-GEBAUER, art. 31 pDCEV, n^{os} 1-2 ; HARVEY/SHELLIG, p. 259 ; Schulze-TERRYN, art. 31 pDCEV, n^{os} 2, 5.

1202 Pour plus de détails à ce sujet, cf. *infra* n^{os} 910 ss.

§ 2. Explication détaillée de l'approche 2

Point de départ L'approche 2 définit l'étendue minimale de l'accord à partir de la notion d'accord (art. 1 al. 1 CO). Celle-ci nécessite que les parties aient la volonté d'être liées, ce qui implique qu'elles aient trouvé un accord sur tous les points subjectivement essentiels¹²⁰³. En revanche, la notion d'accord n'implique pas d'exigence objective qui porterait sur plus de points que les points subjectivement essentiels¹²⁰⁴. 752

Volonté de conclure et approche 2 L'approche 2 est donc centrée sur la volonté de s'engager juridiquement, et partant, sur son interprétation (cf. art. 7 al. 1 CO). Ces notions jouent un rôle dans la conclusion de tout contrat et, à ce titre, ont déjà été abordées¹²⁰⁵. L'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord fait jouer un rôle particulier aux points objectivement essentiels et à l'art. 2 al. 1 CO dans le contexte de l'interprétation de la volonté de conclure – rôle qui va être expliqué en détail dans les pages suivantes. 753

Trois pages de schémas (cf. pp. 231-233) résument ces développements. Leur consultation en parallèle de la lecture des prochaines sections en facilitera la compréhension. 754

I. Interprétation des volontés de s'engager, en général et eu égard à l'objet de l'accord

A. Rapport entre l'interprétation des volontés de s'engager *en général* et l'interprétation de la volonté de s'engager *eu égard à l'objet de l'accord*

Rappel : volonté de s'engager en général La volonté de chaque partie de s'engager juridiquement, qui est l'une des conditions de l'existence du contrat (art. 1 al. 1 et 7 al. 1 CO), dépend de différentes modalités (objet, forme, temps et lieu, etc.)¹²⁰⁶. Ces volontés doivent être interprétées (art. 7 al. 1 755

1203 *Infra* n^{os} 927 ss.

1204 *Infra* n^{os} 932 s.

1205 *Supra* n^{os} 151 ss.

1206 *Supra* n^{os} 151 ss.

CO)¹²⁰⁷, subjectivement (art. 18 al. 1 CO)¹²⁰⁸ et, à titre subsidiaire, en appliquant le principe de la confiance¹²⁰⁹. Dans ce contexte, les art. 6a, 7 al. 2 et 7 al. 3 CO constituent des présomptions de la présence ou de l'absence de la volonté de s'engager *en général*, c'est-à-dire par rapport à toutes ses modalités à la fois¹²¹⁰.

756 Si l'objet de l'accord est une modalité qui influence toujours la volonté de s'engager¹²¹¹, l'interprétation des volontés de s'engager en fonction de toutes ses modalités est un raisonnement d'ensemble, un processus global¹²¹², dans lequel les différentes modalités s'influencent et sont interdépendantes.

757 **Rapport avec l'interprétation de la volonté de s'engager eu égard à l'objet de l'accord** Parfois, l'objet de l'accord passe au second plan dans l'interprétation générale de la volonté de s'engager, de sorte que l'on peut retenir que l'une et/ou l'autre des parties ont eu, à un moment donné, la volonté d'être liées. Cela se détermine par interprétation, dont les indices peuvent être divers¹²¹³ — par exemple, les parties ont exprimé qu'elles se considèrent comme liées (« notre contrat est parfait », « marché conclu »), la forme réservée a été respectée (art. 2 al. 3 et art. 16 CO)¹²¹⁴, il y a eu commencement d'exécution¹²¹⁵, etc. Dans ces cas, une interprétation détaillée de la volonté de s'engager relativement à l'objet de l'accord n'est pas nécessaire. C'est

1207 *Supra* n^{os} 157 ss.

1208 *Supra* n^{os} 96 ss.

1209 *Supra* n^{os} 101 ss.

1210 *Supra* n^{os} 161 ss.

1211 *Supra* n^o 153.

1212 Cela fait écho à l'idée d'un « cercle herméneutique » (LARENZ, *Methodenlehre*, pp. 206 s. ; BYDLINSKI, *Methodenlehre*, pp. 421, 443) ou d'une « spirale herméneutique » (STEINAUER, *TDP*, n^{os} 271-272), expressions employées pour décrire le raisonnement interprétatif.

1213 Pour des exemples d'interprétation de la volonté de s'engager pas uniquement eu égard à l'objet de l'accord : Arrêt TF n. publ. 4A_554/2009 (01.04.2010) [fr], consid. 2.2 ; ATF 100 IV 167 [de], consid. 2b, trad. JdT 1975 IV p. 108 ; ATF 84 II 418 *Roschi c. Roschi* [fr], consid. 3 ; ATF 81 II 213 [fr], consid. 2b ; ATF 54 II 300 *Bär c. Burstein* [de], consid. 1, trad. JdT 1929 I p. 66 ; ATF 32 II 337 *Faron c. Barral* [fr], consid. 1 ; ATF 23 p. 769 [de], consid. 5.

1214 Par exemple Arrêt TF n. publ. 4A_554/2009 (01.04.2010) [fr], consid. 2.2 ; ATF 100 IV 167 [de], consid. 2b, trad. JdT 1975 IV p. 108.

1215 Cf. par exemple Arrêt TF n. publ. 4A_554/2009 (01.04.2010) [fr], consid. 2.2 ; BGH III ZR 296/00 (06.12.2001), consid. 2b/aa = NJW 2002 p. 817 : « Anzeichen für einen dahingehenden Bindungswillen ist die begonnene Vertragsdurchführung » ; BGH VIII ZR 196/91 (30.09.1992), consid. II/1a ; BGH I ZR 14/81 (24.02.1983), consid. II/2 = NJW 1983 p. 1727 ; BORK, n^o 772.

ce que certains auteurs expriment en parlant de « caractère subsidiaire » de l'art. 2 al. 1 CO¹²¹⁶.

Si l'on peut démontrer qu'une partie avait la volonté de s'engager à un moment donné, cela signifie que les points qui n'avaient pas encore fait l'objet d'un accord à ce moment-là étaient pour elle subjectivement secondaires¹²¹⁷. Ce raisonnement exprime le fait que la volonté de s'engager est déterminante pour l'existence du contrat (art. 1 al. 1 CO) et que les points subjectivement essentiels n'en sont qu'une modalité¹²¹⁸.

758

B. Interprétation des volontés de s'engager eu égard à l'objet de l'accord

Méthode L'interprétation intervient en suivant les méthodes habituelles à cet égard, dictées par l'art. 18 al. 1 CO (interprétation subjective)¹²¹⁹ et subsidiairement par le principe de la confiance, tiré de l'art. 2 al. 1 CC (interprétation objective)¹²²⁰. Pour chacune de ces deux étapes, il faut **a)** identifier les points essentiels pertinents, **b)** analyser l'existence d'un accord à leur sujet.

759

a) Interprétation subjective des volontés de s'engager eu égard à l'objet de l'accord

(i) Identification des points subjectivement essentiels ; application de l'art. 2 al. 1 CO

Faits Les points subjectivement essentiels sont les seuls points absolument déterminants lorsqu'il s'agit d'interpréter les volontés réelles des parties de s'engager juridiquement¹²²¹. La question à se poser est la suivante :

760

¹²¹⁶ ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^{os} 29-31 ; cf. aussi BK-KRAMER, art. 2 CO, n^o 5.

¹²¹⁷ Arrêt TF n. publ. 4A_554/2009 (01.04.2010) [fr], consid. 2.2 ; ATF 100 IV 167 [de], consid. 2b, trad. JdT 1975 IV p. 108 ; ATF 54 II 300 *Bär c. Burstein* [de], consid. 1, trad. JdT 1929 I p. 66 ; ATF 32 II 337 *Faron c. Barral* [fr], consid. 1 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^o 30.

¹²¹⁸ *Supra* n^{os} 446 ss.

¹²¹⁹ *Supra* n^{os} 96 ss.

¹²²⁰ *Supra* n^{os} 101 ss.

¹²²¹ Dans le même sens, mais estimant toutefois que la volonté réelle des parties quant au caractère essentiel des points ne peut que rarement être démontrée : PIOTET, *Formation*, p. 146.

« À quelles conditions (relatives à l'objet du contrat) une partie voulait-elle effectivement s'engager » ?

761 La volonté réelle étant un fait interne et donc nécessairement hypothétique, elle ne peut être découverte que de manière indirecte, à l'aide des éléments d'interprétation¹²²².

762 **Éléments d'interprétation** Dans l'interprétation subjective, sont pertinents tous les indices factuels susceptibles d'indiquer la volonté réelle recherchée¹²²³.

763 Les parties annoncent parfois explicitement quels points sont subjectivement essentiels, c'est-à-dire quelles sont les conditions minimales de leurs volontés d'être liées. Ces déclarations font partie des éléments d'interprétation primaires.

764 *Exemples* : **a)** A déclare à B qu'il ne consent à lui louer son appartement que si le loyer est de 1 500 francs ; **b)** C déclare à D qu'il ne souhaite se lier que si ce dernier accepte l'intégralité de ses conditions générales ; **c)** E indique à F qu'il ne souhaite être lié que si le tapis qu'il souhaite acheter est garanti pendant vingt ans.

765 On peut également se référer à toutes les autres circonstances indiquant la volonté d'être lié en fonction de l'objet du contrat¹²²⁴, circonstances qui constituent les éléments d'interprétation secondaires.

766 *Exemples* : **a)** si A achète une marchandise à B dans le but de la revendre à C et d'en tirer un bénéfice, il s'agit d'un indice que A ne souhaite pas être lié avec B si le prix d'achat dépasse le prix escompté de la revente ; **b)** le fait que C commence les travaux de construction avant qu'un accord soit trouvé sur le mode de fixation du prix de l'ouvrage (art. 373 s. CO) peut indiquer que ce mode de fixation du prix n'était pas essentiel pour lui ; **c)** le versement d'une somme à titre d'arrhes ou d'épingles à un certain stade d'une négociation montrait traditionnellement que l'accord avait atteint l'étendue minimale nécessaire pour que la partie versant les arrhes se sente liée (art. 158 al. 1 CO)¹²²⁵.

767 **Trois éléments en particulier** Parmi l'ensemble des circonstances pertinentes, on peut en particulier mentionner :

1222 *Supra* n^{os} 97 ss.

1223 *Supra* n^{os} 82 ss.

1224 Dans ce sens : ATF 84 II 418 *Roschi c. Roschi* [fr], consid. 3 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n^o 31 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n^o 12 ; PIOTET, *Formation*, p. 147.

1225 ATF 81 II 213 [fr], consid. 2b ; ENGEL, *Épingles*, p. 148 ; HUBER, *System*, IV, pp. 833-834.

- le nombre de points indéterminés ; 768
- le degré d'indétermination des points en cause ; 769
- l'importance objective de ces points. 770

Plus ces trois facteurs sont marqués dans un cas d'espèce, plus le juge doutera de la volonté des parties de s'engager juridiquement ¹²²⁶. 771

Exemple : Dans une vente, le fait que le prix, la chose vendue, le rôle et l'identité des parties soient tous légèrement indéterminés peut constituer un indice de l'absence de volonté de conclure, de même que si seul le prix est indéterminé, mais qu'il l'est fortement (par exemple prix entre 10 000 et 50 000 francs). 772

Rapport avec l'art. 2 al. 1 CO Le troisième des facteurs qui viennent d'être mentionnés est spécialement évoqué à l'art. 2 al. 1 CO. Selon cette norme, en présence d'un accord sur les « points essentiels », on peut présumer que les parties voulaient s'engager. Les « points essentiels » sont, dans l'approche 2, les points généralement (ou habituellement) considérés comme subjectivement essentiels, qui s'assimilent ainsi aux points subjectivement essentiels si l'on ne dispose pas d'éléments d'interprétation plus concrets pour déterminer ce qu'étaient réellement les points subjectivement essentiels. L'application de l'art. 2 al. 1 CO suppose donc que l'on puisse identifier les points qui sont habituellement considérés comme essentiels. 773

À titre d'indices pour savoir ce qui est habituellement considéré comme subjectivement essentiel, on peut avoir recours aux différentes définitions des points objectivement « essentiels »¹²²⁷, qui font référence à : 774

- *La typologie contractuelle*¹²²⁸. Si le point en cause est un élément constitutif du type contractuel, cela constitue un indice du fait que ce point est souvent un point subjectivement essentiel pour au moins l'une des parties. Le degré d'importance de cette règle dépend du degré de typicité du contrat : plus le contrat est typique, plus l'indice four- 775

¹²²⁶ Dans ce sens : TC ZH (20.02.1987), consid. 3 = ZR 1988 p. 47 ; BUCHER, *AT*, p. 259 ; DASSER, *Wandel*, n° 604 ; HÜRLIMANN, n° 219 ; ZK-JÄGGI, art. 3 CO, n° 21 ; KELLER, *Auslegungstreit*, pp. 127-128 ; BsK-KOLLER, art. 184 CO, n° 42 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 343 ; MERZ, *Revision*, pp. 273-274 ; ZK-OSEER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n° 18 ; ZK-OSEER/SCHÖNENBERGER, art. 7 CO, n° 12 ; ZK-OSEER/SCHÖNENBERGER, art. 20 CO, n° 66 *in fine* ; BK-SCHMIDLIN, art. 3 CO, n° 11 ; cf. aussi Vogenauer-NOTTAGE, art. 2.1.2 UNIDROIT, n° 18.

¹²²⁷ *Supra* n°s 430 ss.

¹²²⁸ *Supra* n°s 453 ss.

ni par la typologie contractuelle sera fructueux¹²²⁹. En revanche, cette règle ne s'applique pas si le contrat tend vers l'atypisme.

776 Ainsi, dans un contrat de vente parfaitement typique, la chose et le prix seront souvent considérés par au moins l'une des parties (acheteur ou vendeur) comme des points subjectivement essentiels.

777 – *La structure des obligations*¹²³⁰. Si le point en cause touche les obligations principales dans une structure d'obligations, il est fréquent qu'au moins l'une des parties considère ce point comme subjectivement essentiel. Si le contrat n'affecte pas de structure d'obligations, cette règle ne fournit toutefois pas d'indication.

778 – *L'existence d'une règle supplétive*¹²³¹. Si le point en cause fait l'objet d'une règle de complètement spéciale, cela peut aussi contribuer à indiquer que les parties auraient considéré ce point comme subjectivement secondaire.

779 **Rôle des points objectivement essentiels** Ainsi, les points objectivement essentiels jouent un rôle tant dans l'approche 1 que dans l'approche 2. Toutefois, ces deux approches attribuent un rôle différent aux points objectivement essentiels :

780 – Dans l'approche 1, un accord sur les points objectivement essentiels est une condition *sine qua non* de la conclusion du contrat.

781 – Dans l'approche 2, les points objectivement essentiels ne sont que des *indices* de la volonté de s'engager juridiquement, et non des limites absolues en-deçà desquelles le contrat serait nécessairement inexistant. Puisqu'ils ne sont que des indices, ils ne sont pas à proprement parler « essentiels » à l'existence du contrat.

782 **Résultats possibles** Les points subjectivement essentiels devant être identifiés séparément pour chaque partie, trois situations sont envisageables¹²³² :

783 1. Les points subjectivement essentiels ont pu être identifiés chez les deux parties (situation 1).

1229 C'est là une expression du continuum des types contractuels, cf. *supra* n° 471.

1230 *Supra* n°s 644 ss.

1231 *Supra* n°s 695 ss.

1232 Nous décrivons ici la conclusion du contrat bipartite. En cas de contrat multipartite, ces trois situations sont extensibles *mutadis mutandis*.

2. Les points subjectivement essentiels ont pu être identifiés chez l'une des parties, mais pas chez l'autre (situation 2). 784
3. Les points subjectivement essentiels n'ont pu être identifiés chez aucune des parties (situation 3). 785

(ii) Accord ou désaccord sur les points subjectivement essentiels

Principe Après avoir identifié tous les points subjectivement essentiels qui pouvaient l'être, il faut déterminer si un accord a été atteint au sujet de chacun d'entre eux. On s'en réfère à cet égard à la méthode habituelle, consistant à rechercher l'existence d'un accord de fait, puis subsidiairement un accord de droit en cas de désaccord latent ou en l'absence de volontés réelles identifiables¹²³³. 786

Dans ce contexte, il faut bien distinguer : **a**) la fait qu'un point soit subjectivement essentiel pour l'une ou l'autre des parties ; **b**) l'existence d'un accord de volontés au sujet de ce point. En effet, dans un cas d'espèce, il est tout à fait possible que la volonté réelle qu'un point soit essentiel puisse être identifiée, mais qu'il faille recourir au principe de la confiance pour savoir si un accord a été atteint à son sujet. 787

L'analyse de l'accord sur les points subjectivement essentiels dépend des trois situations qui viennent d'être décrites. 788

Situation 1 Si les points subjectivement essentiels ont pu être identifiés pour les deux parties (cas échéant au moyen de l'art. 2 al. 1 CO), l'analyse de l'accord peut donner les deux résultats suivants : 789

1. Un accord de fait ou de droit a été trouvé sur tous les points subjectivement essentiels pour l'une ou l'autre des parties. Cela implique que les conditions auxquelles l'une et respectivement l'autre partie voulaient être liées sont atteintes. Au regard de l'objet du contrat, il y a donc volonté réelle d'être engagée juridiquement chez les deux parties. 790

À ce stade, il faut encore se demander si chaque partie a bien compris que l'autre avait la volonté réelle de s'engager, c'est-à-dire si elle a correctement identifié les points subjectivement essentiels pour l'autre partie¹²³⁴ : 791

¹²³³ Sur la méthode de recherche d'un accord, cf. *supra* n^{os} 175 ss.

¹²³⁴ Pour des précisions sur la « reconnaissabilité » des points subjectivement essentiels, cf. *infra* n^{os} 838 ss.

792 (a) Si c'est le cas, le contrat est conclu au sens de l'art. 1 al. 1 CO
(sous réserve de modalités additionnelles de la volonté de s'engager, par exemple le respect d'une forme réservée).

793 (b) Sinon, il faut se demander si la confiance de la partie qui a mal
compris l'autre doit être protégée. On doit donc passer à l'inter-
prétation objective des volontés de s'engager¹²³⁵.

794 *Exemple* : Dans la conclusion d'un contrat de vente entre A et B, les points
subjectivement essentiels sont pour l'acheteur A : **a)** le fait que la chose
soit une voiture Pandecta Z8 et **b)** que le prix soit dû en 12 mensualités ;
pour le vendeur B, les points essentiels sont **a)** le fait que la chose soit une
Pandecta Z8 et **b)** que le prix soit de 24 000 francs.

795 L'accord est trouvé sur la vente d'une Pandecta Z8 pour 24 000 francs,
payables en 12 mensualités. Puisque l'accord correspond à tous les points
subjectivement essentiels pour l'une ou l'autre des parties, les deux parties
ont la volonté de s'engager juridiquement (sous réserve d'autres modalités
de la volonté d'être lié).

796 Si A et B ont bien compris que l'autre partie voulait s'engager juridique-
ment, le contrat est conclu (art. 1 al. 1 CO).

797 Si, par contre, B a compris que A souhaitait au surplus absolument que la
voiture soit verte, alors que l'accord porte sur la vente d'une voiture rouge,
il faut encore se demander si la confiance de B dans l'inexistence de la
volonté de conclure de A était légitime. La question peut notamment avoir
une importance pratique si B, ayant compris que A ne voulait pas conclure
le contrat en raison de la couleur du véhicule, a depuis lors vendu celui-ci
à C.

798 2. Un accord de fait ou de droit n'a pas été trouvé sur tous les points
subjectivement essentiels pour l'une ou l'autre des parties. Dans cette
hypothèse, au moins l'une des parties n'a pas la volonté réelle de s'en-
gager.

799 Il faut là aussi se demander si chaque partie a bien compris la volonté
réelle de s'engager de l'autre partie, c'est-à-dire si elle a correctement
identifié les points subjectivement essentiels pour l'autre partie¹²³⁶ :

800 (a) Si oui, cela signifie que les parties sont conscientes que l'une
d'entre elles n'a pas la volonté de s'engager, et partant que le
contrat n'est pas conclu (art. 1 al. 1 CO *a contrario*).

801 (b) Sinon, il faut se demander si la confiance de la partie qui a mal
compris l'autre doit être protégée. On doit donc passer à l'inter-
prétation objective des volontés de s'engager¹²³⁷.

1235 *Infra* n^{os} 818 ss.

1236 Pour des précisions sur la « reconnaissabilité » des points subjectivement essentiels, cf.
infra n^{os} 838 ss.

1237 *Infra* n^{os} 818 ss.

- Exemple* : Reprenons l'exemple précédent, en modifiant ce qui suit : « l'accord est trouvé sur la vente d'une Pandecta Z8 pour 24 000 francs, payables immédiatement et en un seul versement ». Puisque l'accord ne comprend pas le paiement en 12 mensualités – l'un des points subjectivement essentiels pour A –, ce dernier n'a pas la volonté d'être juridiquement lié. 802
- Si B a bien compris que A ne souhaitait pas être engagé, le contrat n'est pas conclu (art. 1 al. 1 CO *a contrario*). 803
- Si, par contre, B n'a pas compris que A ne souhaitait s'engager que si le paiement se faisait en 12 mensualités, il faut se demander si la confiance de B dans l'existence de la volonté de conclure de A était légitime. 804
- Situation 2** Si les points subjectivement essentiels n'ont pu être identifiés que pour l'une des parties, l'analyse de l'accord peut donner les deux résultats suivants : 805
1. Un accord de fait ou de droit a été trouvé sur tous les points subjectivement essentiels que l'on a pu identifier. Dans ce cas, la partie pour qui les points subjectivement essentiels sont connus a la volonté de s'engager juridiquement. En revanche, la volonté de s'engager de l'autre partie reste inconnue. Il faut donc interpréter celle-ci objectivement¹²³⁸. 806
- Exemple* : Reprenons l'exemple ci-dessus, en imaginant cette fois que l'on ne connaît que les points subjectivement essentiels pour le vendeur B (Pandecta Z8 pour 24 000 francs) et que l'accord leur correspond. 807
- B avait donc la volonté de s'engager (eu égard à l'objet du contrat). Par contre, on ne peut pas savoir si A voulait être lié juridiquement, puisque l'on n'a pas pu déterminer quels points étaient subjectivement essentiels pour lui. Il faut donc encore se demander quels points B était légitimé à considérer comme essentiels pour A. 808
2. Un accord de fait ou de droit n'a pas été trouvé sur tous les points subjectivement essentiels que l'on a pu identifier. Cela signifie que la partie pour qui l'on connaît les points subjectivement essentiels n'a pas la volonté de s'engager. 809
- Il faut alors se demander si l'autre partie a bien compris que son interlocutrice ne voulait pas s'engager, c'est-à-dire si la première a pu identifier les points subjectivement essentiels pour la seconde¹²³⁹ : 810
- (a) Si oui, cela signifie que les parties sont conscientes que l'une d'entre elles n'a pas la volonté de s'engager, et partant que le contrat n'est pas conclu (art. 1 al. 1 CO *a contrario*). 811

1238 *Infra* n^{os} 818 ss.

1239 Pour des précisions sur la « reconnaissabilité » des points subjectivement essentiels, cf. *infra* n^{os} 838 ss.

812 (b) Sinon, il faut se demander si la confiance de la partie qui a mal
compris l'autre doit être protégée. On doit donc passer à l'inter-
prétation objective des volontés de s'engager¹²⁴⁰.

813 *Exemple* : Toujours en rapport avec le même exemple, si l'on ne connaît que
les points subjectivement essentiels pour le vendeur B (Pandecta Z8, pour
24 000 francs) mais l'accord n'y correspond pas (les parties sont d'accord
pour la vente d'une Pandecta Z8 mais aucun prix n'a (encore) été prévu).

814 Dans cette hypothèse, B n'a pas la volonté de s'engager puisque l'accord
sur le prix n'a pas été trouvé.

815 Si A avait bien compris l'absence de volonté de s'engager de B, le contrat
n'est pas conclu.

816 Si en revanche A n'avait pas compris que l'existence d'un accord sur un prix
de 24 000 francs était essentiel pour B, il faut se demander si la confiance
de A dans l'existence de la volonté de conclure de B était légitime.

817 **Situation 3** Si les points subjectivement essentiels n'ont pu être identifiés
ni pour l'une, ni pour l'autre des parties, leurs volontés réelles de s'engager
(eu égard à l'objet du contrat) ne peuvent pas être connues. Il ne peut alors y
avoir de contrat, pas même sur la base du principe de la confiance, puisqu'il
est impossible de faire correspondre le sens objectif des manifestations de
volontés avec les volontés réelles (demeurées inconnues) de l'une ou l'autre
des parties¹²⁴¹.

b) Interprétation objective des volontés de s'engager eu égard à l'objet de l'accord

818 **Champ d'application de l'interprétation objective** Sur la base de ces déve-
loppements, rappelons synthétiquement les cas dans lesquels il faut procé-
der à l'interprétation objective des volontés de s'engager :

819 – Lorsque les deux parties ont la volonté réelle de s'engager, mais qu'au
moins l'une d'entre elles a cru que l'autre ne l'avait pas.

820 – Lorsque l'une des parties n'avait pas la volonté réelle de s'engager,
mais que l'autre partie a cru que la première l'avait.

821 – Lorsque la volonté réelle de s'engager de l'une des parties ne peut pas
être déterminée.

1240 *Infra* n^{os} 818 ss.

1241 *Supra* n^{os} 106 ss.

(i) Identification des points subjectivement essentiels légitimement reconnaissables

Procédé Pour interpréter objectivement les volontés de s'engager eu égard à l'objet de l'accord, il faut appliquer le principe de la confiance¹²⁴², ce qui revient à se demander : « Quels points du contrat une personne raisonnable mise à la place de la partie en cause aurait-elle légitimement considéré comme subjectivement essentiels pour l'autre partie, eu égard à toutes les circonstances connues de cette personne raisonnable au moment de la conclusion du contrat » ? 822

À propos des points ainsi identifiés, on peut parler de « points subjectivement essentiels légitimement reconnaissables ». De même que les points subjectivement essentiels peuvent être différents pour chaque partie¹²⁴³, les points pouvant être légitimement compris comme subjectivement essentiels peuvent être différents pour chaque partie. 823

Exemple : en fonction des circonstances alors connues d'elles, une personne raisonnable mise à la place du vendeur B aurait pensé que l'existence d'une garantie de trois ans était un point subjectivement essentiel pour l'acheteur A ; tandis qu'une personne raisonnable mise à la place de l'acheteur A n'aurait pas considéré ce point comme subjectivement essentiel pour le vendeur B. 824

Comme évoqué à propos de l'interprétation objective en général¹²⁴⁴, on peut distinguer deux hypothèses : 825

1. Dans le cas où la volonté réelle d'être liée de l'une des parties (A) est indéterminée, on ne sait pas ce qu'elle (A) voulait et il faut alors déterminer si la confiance de l'autre partie (B) dans l'existence (ou l'inexistence) de la volonté de s'engager de la première (A) était légitime. 826
2. Si les volontés réelles des deux parties sont connues, cette opération est répétée du point de vue de chaque partie pour déterminer qui 827

¹²⁴² Pour un exemple, cf. Arrêt TF n. publ. 4A_561/2016 (08.02.2017) [fr], consid. 6. PIOTET, *Formation*, p. 147, mentionne « les règles de la bonne foi » dans l'interprétation du caractère essentiel des points. On trouve déjà une idée similaire chez CROME, I § 77 II : « [...] so ist nach der allgemeinen Auffassung des Lebens zu beurtheilen, was der Partei vernünftigerweise (bei verständiger Würdigung des Falles) als wesentlicher Punkt ihres Geschäftsschlusses am Herzen liegen konnte und was nicht ». Sur le principe de la confiance, cf. *supra* n^{os} 101 ss.

¹²⁴³ *Supra* n^{os} 440 ss.

¹²⁴⁴ *Supra* n^{os} 112 ss.

d'entre elles (A ou B) avait la confiance la plus légitime en l'existence (ou l'inexistence) de la volonté de s'engager de l'autre partie.

- 828 **Éléments d'interprétation** Dans l'application du principe de la confiance, les éléments d'interprétation sont les mêmes que dans l'interprétation subjective, à la nuance près que les événements postérieurs à la conclusion du contrat ne peuvent pas être pris en compte ici¹²⁴⁵.
- 829 On peut donc se référer à ce qui a été dit sur l'identification des points subjectivement essentiels : sont notamment pertinents les déclarations et comportements des parties, ainsi que toutes les circonstances additionnelles qui auraient indiqué à la personne raisonnable quels étaient les points essentiels pour l'autre partie¹²⁴⁶. En particulier, l'importance objective du point en cause joue un rôle dans l'identification de ce qui pouvait légitimement être considéré par une partie comme subjectivement essentiel aux yeux de l'autre partie¹²⁴⁷.

(ii) Accord ou désaccord sur les points subjectivement essentiels légitimement reconnaissables

- 830 Pour savoir si la confiance d'une partie dans l'existence (ou l'inexistence) de la volonté de s'engager de l'autre partie est (plus) légitime (que la confiance de l'autre partie), il faut encore se demander s'il y a eu accord ou désaccord au sujet des points subjectivement essentiels légitimement reconnaissables. L'accord en cause peut être un accord de fait ou de droit¹²⁴⁸.

1245 *Supra* n° 102.

1246 *Supra* nos 760 ss.

1247 L'importance objective des points joue déjà un rôle dans l'interprétation de la volonté réelle de s'engager, notamment vu l'art. 2 al. 1 CO ; à ce sujet, cf. *supra* nos 767 ss.

1248 Sur ces notions, cf. *supra* nos 175 ss.

c) Résultat de l'interprétation objective

Conclusion du contrat S'il y a accord (de fait ou de droit) au sujet des points qu'une partie pouvait (plus) légitimement (que l'autre) considérer comme subjectivement essentiels pour l'autre partie, alors les parties avaient la volonté de s'engager eu égard à l'objet de l'accord. Partant, et sous réserve d'autres modalités de la volonté de s'engager (cf. notamment l'art. 2 al. 3 CO), le contrat est conclu en vertu du principe de la confiance. 831

Inexistence du contrat Le contrat n'est pas conclu dans les autres hypothèses, à savoir : 832

- Lorsqu'un accord n'a pas été trouvé sur tous les points subjectivement essentiels légitimement reconnaissables ; 833
- Lorsque la seule partie dont on connaît la volonté réelle n'a pas eu une confiance légitime en l'existence de la volonté de s'engager de l'autre partie ; 834
- Lorsque la seule partie dont on connaît la volonté réelle a eu une confiance légitime en l'inexistence de la volonté de s'engager de l'autre partie ; 835
- Lorsque la confiance d'aucune partie dans l'existence (ou l'inexistence) de la volonté de s'engager de l'autre partie ne mérite d'être plus protégée que l'autre¹²⁴⁹. 836

Erreur de déclaration Si le contrat est conclu sur la base du principe de la confiance, c'est-à-dire sur la base du sens objectif de la manifestation de la volonté de s'engager, il y a discrépance entre la volonté réelle d'une partie (ne pas s'engager) et l'apparence efficace qui lui est imputée (s'engager). Il y a donc *erreur de déclaration* (art. 23 et 24 al. 1 ch. 1-3 CO)¹²⁵⁰. Cette erreur est essentielle car elle concerne la volonté de conclure le contrat dans son entier, situation qui n'est pas directement décrite dans la loi mais qui peut être rattachée à l'*error in negotio* (art. 24 al. 1 ch. 1 CO, s'appliquant *a fortiori*)¹²⁵¹. 837

1249 Au sujet de ces hypothèses, cf. *supra* n°s 120 ss.

1250 ATF 110 II 293 [de], consid. 5a, trad. JdT 1985 I p. 214 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 318-319 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 808-813 ; BsK-SCHWENZER, art. 24 CO, n°s 2-8 ; VON TUHR/PETER, § 37 I.

1251 ENGEL, *Obligations*, p. 323 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 819, 822 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 24 CO, n° 15 ; CR-SCHMIDLIN, art. 23-24 CO, n° 25 ; BsK-SCHWENZER, art. 24 CO, n° 11 ; VON TUHR/PETER, § 21 I/1, § 37 II/1.

II. Pas d'exigence de « reconnaissabilité » ou de « clarté » du caractère subjectivement essentiel des points

- 838 L'interprétation subjective des volontés d'être lié eu égard à l'objet de l'accord implique notamment de se demander si chaque partie a correctement compris la volonté de l'autre partie d'être liée¹²⁵². Cela revient à déterminer si chaque partie a correctement identifié les points subjectivement essentiels pour l'autre partie.
- 839 Ainsi, dans le contexte de l'approche 2, et contrairement aux opinions habituelles à ce sujet¹²⁵³, le caractère subjectivement essentiel d'un point n'a ainsi pas besoin d'avoir été « clairement » signalé, ni d'avoir été objectivement « reconnaissable » : il suffit que l'autre partie l'ait (subjectivement) reconnu. Toutefois :
- 840 1. Dans le contexte *subsidaire* de l'interprétation objective des volontés de s'engager eu égard à l'objet de l'accord, on se fonde sur la notion de points subjectivement essentiels reconnaissables pour l'autre partie, et donc sur le fait que le caractère subjectivement essentiel des points était reconnaissable. En revanche, le caractère subjectivement essentiel de ces points peut être reconnaissable sans avoir été « clairement » exprimé ; l'exigence spécifique de clarté n'est donc pas nécessaire.
- 841 2. Sans qu'elles n'y soient obligées, les parties ont un intérêt pratique à exprimer le plus clairement possible quels points sont pour elles subjectivement essentiels, puisque cela facilite la preuve du fait que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître le caractère subjectivement essentiel desdits points. Cela dit :
- 842 (a) Plus le point en cause semble objectivement important (c'est-à-dire : plus il se rapproche des points objectivement essentiels)...
- 843 (b) ... plus son caractère subjectivement essentiel semblera aller de soi pour les parties dans un cas d'espèce¹²⁵⁴, ou pourra et devra être légitimement reconnu comme tel par les parties...
- 844 (c) ... donc : moins les parties auront besoin d'exprimer clairement son caractère subjectivement essentiel.

1252 *Supra* n^{os} 789 ss.

1253 *Supra* n^{os} 443 ss et 719.

1254 *Supra* n^{os} 774 ss.

Fig. 2 : Synthèse I : interprétation de la volonté d'être lié en général (vue d'ensemble)

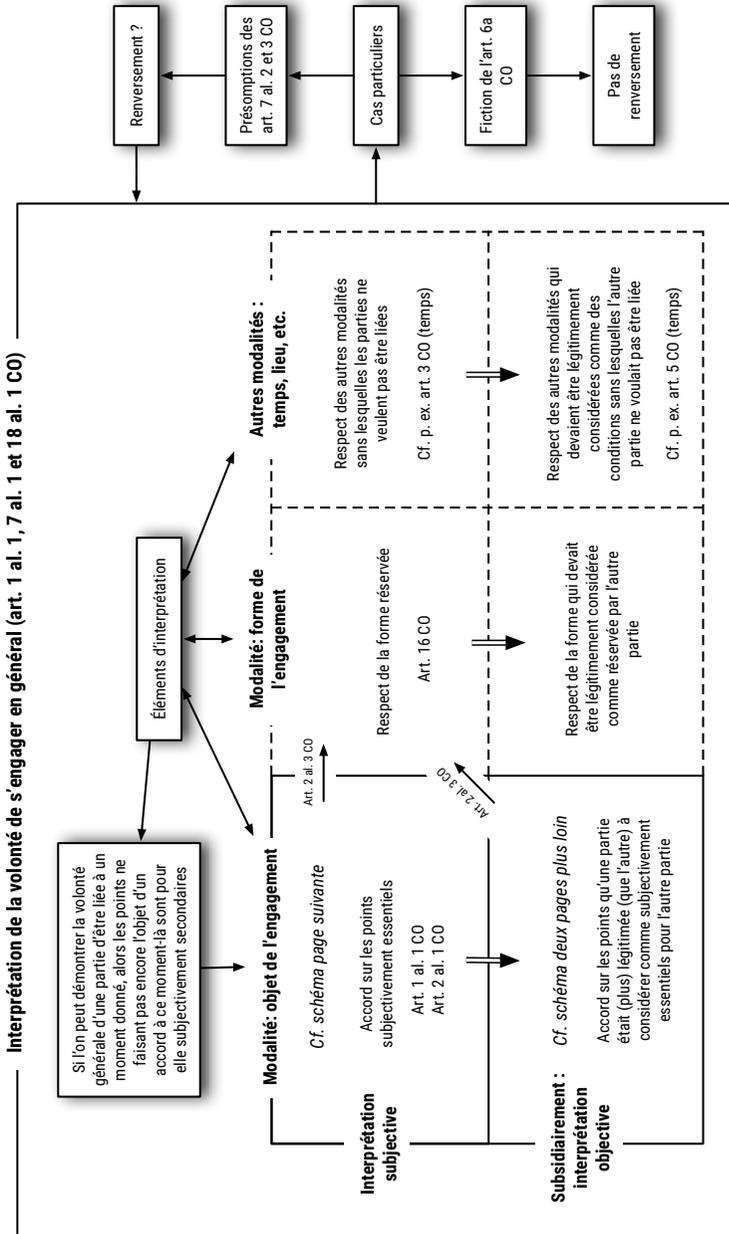


FIG. 3 : Synthèse II : interprétation subjective des volontés d'être lié, eu égard à l'objet du contrat

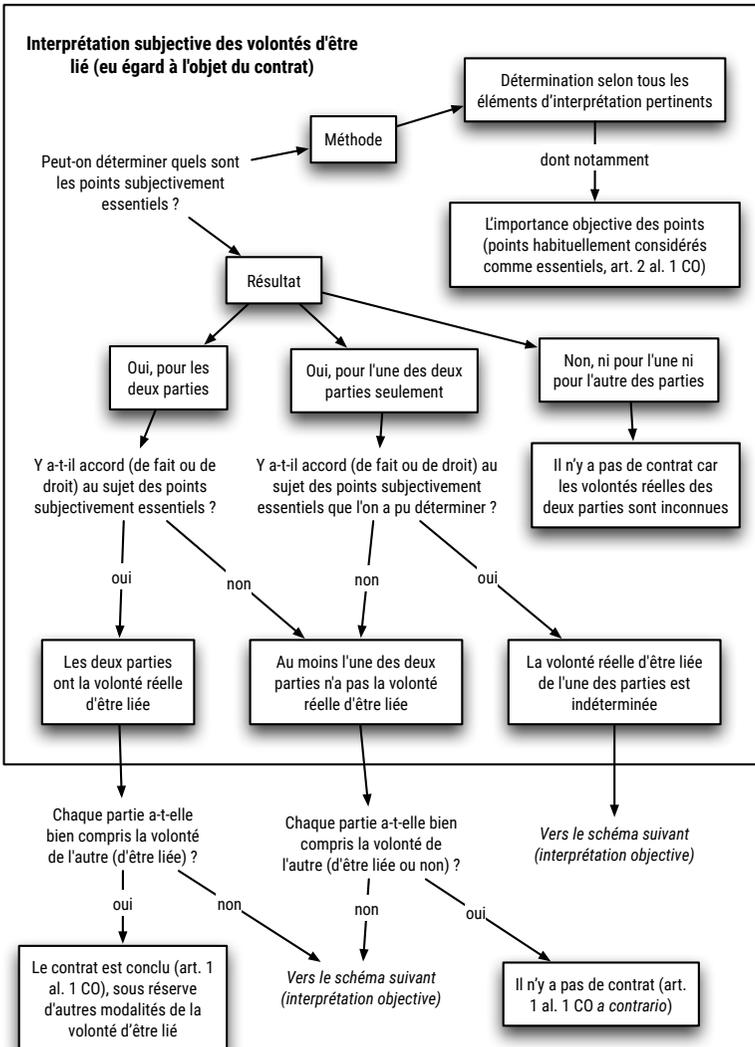
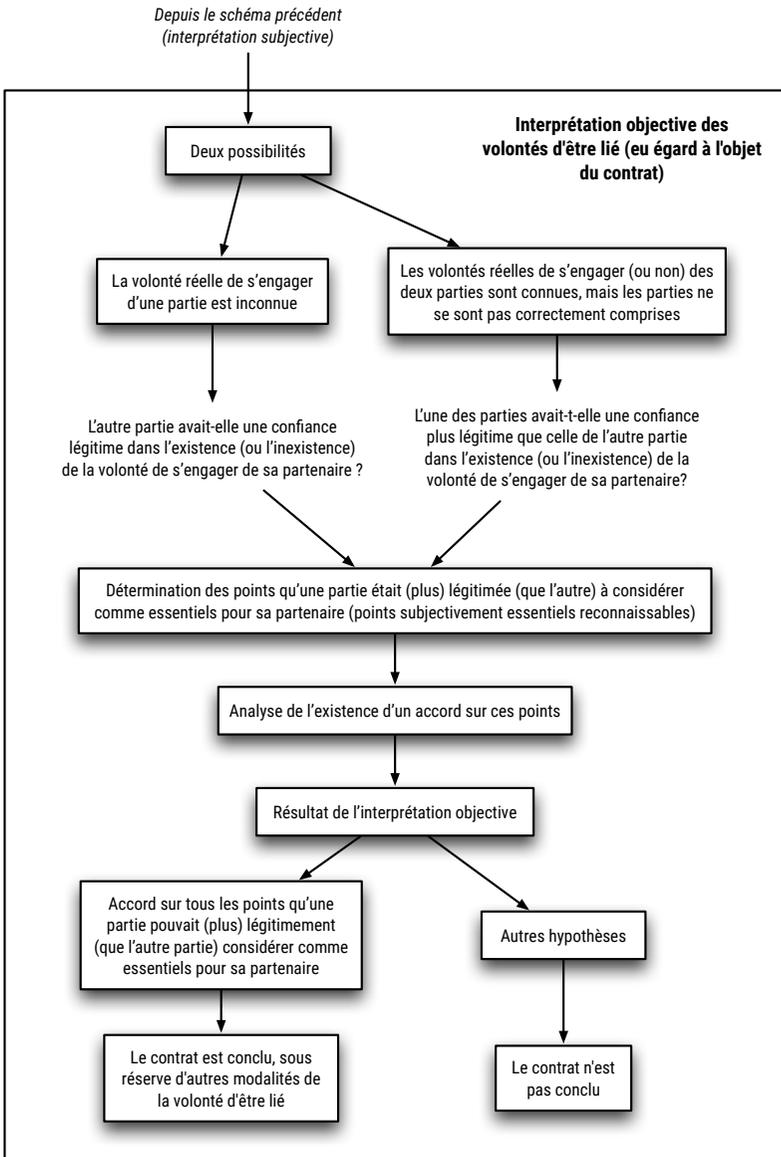


FIG. 4 : Synthèse III : interprétation objective des volontés d'être lié, eu égard à l'objet du contrat



III. Différences entre les approches 1 et 2, en fonction des cas

- 845 **Exigence spécifique de l'approche 1** La principale différence entre les approches 1 et 2 est l'exigence absolue, pour que le contrat soit conclu, d'un accord sur tous les points objectivement essentiels, même si ceux-ci sont subjectivement secondaires. Cette condition est posée par l'approche 1, mais pas par l'approche 2.
- 846 **Groupes de cas** Les différences pratiques entre les approches 1 et 2 dépendent de l'hypothèse dans laquelle on se trouve :
- 847 1. Les approches 1 et 2 donnent des résultats différents dans tous les cas d'espèce où un point **a)** n'ayant pas fait l'objet d'un accord est **b)** objectivement essentiel tout en étant **c)** subjectivement secondaire. Dans l'approche 1, le contrat est alors inexistant pour défaut d'accord sur un point objectivement essentiel ; dans l'approche 2, cela n'empêche au contraire pas la conclusion du contrat. Nous donnerons plus loin quelques exemples¹²⁵⁵.
- 848 2. En revanche, les approches 1 et 2 aboutissent au même résultat :
- 849 (a) Dans les cas où tous les points objectivement essentiels sont aussi des points subjectivement essentiels. L'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels, spécifique à l'approche 1, est alors absorbée par l'exigence d'un accord sur tous les points subjectivement essentiels, commune aux deux approches.
- 850 (b) Dans les cas où tous les points subjectivement essentiels n'ont pas fait l'objet d'un accord. Il n'y a alors pas de contrat, que l'on suive l'approche 1 ou l'approche 2.
- 851 (c) Dans les cas où il y a eu accord sur tous les points objectivement essentiels (même subjectivement secondaires) et sur tous les points subjectivement essentiels. Le contrat est alors conclu, que l'on suive l'approche 1 ou l'approche 2.
- 852 (d) Dans les cas où tous les points n'ayant pas fait l'objet d'un accord sont objectivement secondaires et subjectivement secondaires. Le contrat est alors conclu, que l'on suive l'approche 1 ou l'approche 2.

1255 *Infra* n^{os} 870 ss.

Même lorsque les approches 1 et 2 mènent aux mêmes résultats (conclusion ou non-conclusion du contrat), le raisonnement pour y parvenir est quelque peu différent dans les deux approches.

853

§ 3. Prémisse : les points objectivement essentiels sont-ils toujours subjectivement essentiels ?

I. Principe

Question Une question doit être examinée à ce stade : les points objectivement essentiels sont-ils toujours des points subjectivement essentiels ? Autrement dit : peut-il arriver que les parties veuillent être liées avant d'avoir trouvé un accord sur tous les points objectivement essentiels ? Ou encore : l'accord sur tous les points objectivement essentiels est-il une condition minimale nécessaire de l'existence des volontés d'être lié ?

854

Il faut répondre à cette question avant d'aller plus loin dans la discussion des approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord. En effet, si l'on constatait que les points objectivement essentiels étaient toujours subjectivement essentiels, l'approche 2 serait privée de fondement, puisqu'un accord sur les points objectivement essentiels serait toujours nécessaire, et les résultats des deux approches seraient identiques dans tous les cas. La réponse à cette question constitue donc une prémisse nécessaire de l'approche 2. Par ailleurs, la réponse à cette question a un impact sur certains éléments d'interprétation des art. 1 et 2 CO que nous examinerons dans les chapitres suivants¹²⁵⁶.

855

Cette question n'est pas de nature juridique, mais factuelle. Puisque la volonté réelle est un fait¹²⁵⁷, la question de savoir si les parties peuvent parfois

856

¹²⁵⁶ En particulier, le cadre d'analyse de la question de la liberté contractuelle dépend de la prémisse traitée ici (*infra* nos 1050 ss).

¹²⁵⁷ *Supra* n° 100.

vouloir être liées sans qu'un accord n'ait été trouvé sur tous les points objectivement essentiels est une question de fait, et non de droit.

857 **Distinctions** Pour bien comprendre la question ici posée, quelques rappels et distinctions sont nécessaires :

858 1. La question n'est pas de savoir si les points subjectivement essentiels sont toujours objectivement essentiels, mais bien l'inverse. Dans les deux approches discutées, on admet que certains points peuvent être objectivement secondaires mais subjectivement essentiels.

859 2. La question n'est pas non plus de savoir si les points objectivement essentiels sont souvent subjectivement essentiels, mais s'ils le sont toujours. Les deux approches admettent que les points objectivement essentiels sont souvent subjectivement essentiels ; cela ne fait pas débat.

860 3. L'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord présuppose que les points objectivement essentiels ne soient pas toujours des points subjectivement essentiels. En revanche, l'approche 1 est compatible avec cette réponse comme avec son contraire. La manière de justifier l'exigence spécifique de l'approche 1 (la nécessité d'un accord sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat soit conclu) variera toutefois en fonction de la réponse adoptée :

861 (a) Considérer que les points objectivement essentiels seraient toujours subjectivement essentiels conduirait à justifier l'exigence spécifique de l'approche 1 par la définition de la volonté elle-même, car les parties ne pourraient jamais rien vouloir d'autre que l'étendue minimale de l'accord telle que définie par l'approche 1.

862 (b) Au contraire, considérer que les points objectivement essentiels ne seraient pas toujours subjectivement essentiels impliquerait que les parties pourraient vouloir autre chose que l'étendue minimale de l'accord décrite par l'approche 1, mais qu'il y aurait alors d'autres motifs qui devraient mener à rejeter ce qui s'en écarte. À ce stade, il ne s'agit pas d'examiner ces motifs éventuels¹²⁵⁸, mais uniquement de savoir si les parties peuvent vouloir être liées sur moins que tous les points objectivement essentiels.

1258 Nous examinerons ces motifs en détail, cf. *infra* n°s 1065 ss.

Doctrine Sur la question qui nous occupe ici, la doctrine est divisée. Selon OSER/SCHÖNENBERGER, tous les points objectivement essentiels (typologiques) seraient nécessairement des points subjectivement essentiels¹²⁵⁹. ROSSEL exprime un avis similaire lorsqu'il déclare que les points essentiels sont notamment « ceux à l'égard desquels on doit admettre que, faute d'accord sur eux, les parties n'eussent point contracté (un objet et un prix dans la vente [...]) »¹²⁶⁰. 863

D'autres auteurs, au contraire, estiment qu'il est possible que les parties puissent vouloir être liées malgré l'absence d'accord sur tous les points objectivement essentiels. C'est notamment le cas de VON DER CRONE, JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, HERZOG, MÜLLER, PIOTET et TANDOĞAN¹²⁶¹. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID et KOLLER sont particulièrement clairs à cet égard : 864

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID : « *Fehlt es [...] am Konsens über einen objektiv wesentlichen Punkt, so scheidet der Vertrag trotz übereinstimmend erklärtem Abschlusswillen. Auch wenn die Parteien sich den Abschlusswillen übereinstimmend erklärt haben, besteht kein Vertrag, falls nicht alle objektiv wesentlichen Punkte durch Konsens geregelt sind.* »¹²⁶² 865

KOLLER : « *Haben sich die Parteien über alle subjektiv wesentlichen Punkte geeinigt, so genügt dies in der Regel unter Konsensgesichtspunkten [...].* »¹²⁶³ 866

Discussion Par opposition aux points subjectivement essentiels qui sont l'expression directe des volontés des parties (éléments *subjectifs*)¹²⁶⁴, les points objectivement essentiels sont relatifs à des éléments définis par l'ordre juridique (éléments *objectifs*) : types contractuels, obligations principales, etc. Serait-il *en soi* contraire à l'autonomie privée des parties que celles- 867

1259 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n^{os} 8-9, 4 ; à propos de leur opinion, cf. *infra* n^{os} 894 ss.

1260 ROSSEL, I, n^o 29.

1261 VON DER CRONE, pp. 109-115 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 623 ; HERZOG, n^{os} 240-241 ; MÜLLER, *Contrats*, n^o 13 ; PIOTET, *Formation*, pp. 34 ss ; TANDOĞAN, *Nullité partielle*, p. 78. On trouve également des opinions similaires chez REGELSBERGER (REGELSBERGER, § 150 I/A/2), en droit autrichien (Rummel/Lukas-DULLINGER, § 885 ABGB, n^o 2) et dans certains arrêts relatifs à la CVIM (TCom SG 45/1994 [05.12.1995], consid. 5b = CISG-online n^o 245). En outre, dans le contexte de l'art. 20 al. 2 CO, une partie de la doctrine considère que les points objectivement essentiels ne sont pas déterminants pour analyser la volonté hypothétique des parties (*infra* n^o note 2058)), ce qui va dans la même direction que l'idée selon laquelle les parties peuvent avoir la volonté d'être engagées indépendamment d'un accord sur tous les points objectivement essentiels.

1262 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 342 (cf. aussi GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 50).

1263 KOLLER, *AT*, § 6 n^o 26.

1264 *Supra* n^o 446.

ci veuillent être liées malgré l'absence d'accord sur l'un de ces éléments objectifs ?

- 868 L'ordre juridique est conçu dans l'idée que la volonté puisse s'écarter – parfois totalement – des règles et concepts qu'il établit¹²⁶⁵. Lorsqu'une volonté contrevient à une règle posée par l'ordre juridique, les conséquences prévues par celui-ci s'appliquent, qu'il s'agisse de sanctionner le sujet de droit qui a voulu s'écarter de l'ordre juridique (cf. par exemple art. 12 al. 2 CP ; art. 41 CO), ou de supprimer ou réduire l'effet juridique de son acte *volontaire* (cf. par exemple art. 20 CO).
- 869 L'autonomie privée n'implique donc pas que les parties ne pourraient vouloir être liées que si elles ont trouvé un accord sur tous les points objectivement essentiels. Bien plutôt, l'autonomie privée signifie que les parties peuvent librement fixer les conditions auxquelles elles veulent être liées, et cela indépendamment de considérations objectives. Savoir si l'ordre juridique reconnaît ces volontés ou s'il les restreint est une autre question.

II. Exemples

- 870 **Généralités** Les exemples suivants montrent que les parties peuvent vouloir être liées sans qu'un accord sur tous les points objectivement essentiels ne soit trouvé¹²⁶⁶. Ils constituent autant de cas dans lesquels l'approche 2 admet la conclusion du contrat, alors que l'approche 1 la rejette.
- 871 **Montant de la rémunération** A et B passent l'accord suivant : « B vend à A le tableau "Les nénuphars" du peintre Solvat pour un prix entre 28 000 et 30 000 francs (à fixer exactement selon entente ultérieure) ». Les deux parties signent un document écrit ayant ce contenu et déclarent au surplus toutes deux qu'elles considèrent la vente comme ferme¹²⁶⁷.

1265 Il faut bien distinguer cela de la question (d'ordre philosophique) consistant à se demander si la volonté et la liberté préexistent à tout ordre juridique, ou si elles n'existent qu'au travers d'un ordre juridique (à ce sujet, cf. notamment BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 35-39).

1266 Ces exemples seront aussi repris pour démontrer qu'il est possible de compléter le contrat dans ces hypothèses, cf. *infra* n^{os} 1108 ss.

1267 Cet exemple se rapproche de l'état de fait de l'arrêt TC GR ZB 10/86 (11.03.1986) = PKG 1986 p. 77. *A fortiori*, cf. aussi TCom SG 45/1994 (05.12.1995), consid. 5b = CISG-online n^o 245, relatif à l'art. 14 CVIM.

Dans cet exemple, les volontés de s'engager de A et de B ne font aucun doute, malgré l'absence d'un prix déterminé ou déterminable (la fixation du prix impliquant en l'espèce un nouvel accord des parties), c'est-à-dire malgré l'absence d'un accord sur l'un des *essentialia negotii* (le prix). Le montant de la rémunération n'est par conséquent pas un point subjectivement essentiel. 872

On peut également mentionner le cas parfois évoqué par la doctrine d'une partie souhaitant acquérir une prestation « à n'importe quel prix »¹²⁶⁸. Pensons ainsi aux clients surnommés « Louis XIV » par les hôteliers genevois¹²⁶⁹, dépensant une fortune colossale au point de réserver des étages entiers, de commander tous les plats du restaurant pour choisir *de visu*, etc. 873

Dans cette hypothèse, pour que le prix ne soit pas un point subjectivement essentiel, il faut que encore que la partie fournissant la prestation se considère déjà comme engagée avant qu'un prix déterminé ou déterminable ne soit arrêté. Cela peut tout à fait arriver, dès lors que le villégiateur est connu pour sa prodigalité, ou encore parce qu'il fait figure de client prestigieux et puissant qu'il faut avoir « à tout prix » – ne serait-ce que pour priver la concurrence de son aura et de la manne financière qu'il est susceptible d'apporter. 874

L'art. 212 al. 1 CO évoque aussi la possibilité d'une « commande ferme, mais sans indication de prix », ce qui implique que le montant de la rémunération est alors subjectivement secondaire¹²⁷⁰. 875

Principe de la rémunération C veut remettre un collier valant environ 2 500 francs à sa petite-nièce D, qui vient chercher le bijou au domicile de C. Les parties n'ont pas discuté d'une éventuelle rémunération. D verse 1 500 francs à C, qui déclare qu'elle préférerait dans l'idéal ne pas recevoir d'argent ; D refuse de récupérer l'argent et déclare que payer un prix lui convient tout à fait. Malgré ces déclarations réciproques, le versement arrange bien C, dont les finances sont modestes ; D s'est sentie pour sa part obligée de payer quelque chose, mais aurait dans l'absolu préféré obtenir le bijou gratuitement. Les 1 500 francs sont restés chez C sans que cette dernière n'y touche, dans une enveloppe sur laquelle est inscrit « Collier D » ; peu de temps après, cette somme est volée par un cambrioleur. 876

Les parties sont ici en désaccord quant à l'existence d'une rémunération¹²⁷¹. En l'espèce, les parties ont toutes deux la volonté d'être liées (le transfert du bijou n'est pas litigieux) malgré leur désaccord sur un point objectivement es- 877

¹²⁶⁸ KELLER, *Vorbehalt*, p. 64 ; KOLLER, *AT*, § 6 n° 46 ; BSK-KOLLER, art. 184 CO, n° 42 ; MERZ, *TDP*, p. 114.

¹²⁶⁹ NIKOLIC Dijan, *Les « Louis XIV » que les hôtels s'arrachent*, in : *Le Temps*, 6 décembre 2014 p. 3.

¹²⁷⁰ Sur cette norme, cf. *supra* n° 525.

¹²⁷¹ La situation n'est pas résolue par une remise de dette, car D a refusé la restitution du prix.

sentiel¹²⁷². L'existence d'une rémunération n'est pas un point subjectivement essentiel car il était indifférent aux deux parties qu'il s'agisse d'une vente ou d'une donation.

- 878 **Objet de la prestation** Arrivant bientôt à la retraite, E souhaite se débarrasser d'une partie des affaires qu'il a créées durant sa carrière, affaires existantes sous des formes variées (propriétés mobilières et immobilières, droits de propriété intellectuelle, participations dans des sociétés, créances contre des associés, etc.). Puisqu'il les estime florissantes, F souhaite récupérer une partie de ces affaires, à concurrence de 10 000 000 de francs. E et F passent par écrit l'acte suivant : « F acquiert, pour un montant de 10 000 000 de francs suisses, une partie des affaires que E a créées durant sa carrière professionnelle. Cet engagement est ferme et définitif. La désignation des affaires transférées interviendra par un accord ultérieur entre nos avocats respectifs ». E et F débouchent un grand cru pour fêter la conclusion de ce contrat¹²⁷³.
- 879 Là encore, les deux parties ont la volonté de s'engager malgré l'absence d'un accord rendant l'objet de la prestation de transfert au moins déterminable (un nouvel accord étant nécessaire); il y a donc absence d'accord sur l'un des points objectivement essentiels. L'absence de désignation exacte des biens transférés n'empêchant pas les parties de se considérer comme définitivement liées, on doit en conclure que ce point est subjectivement secondaire.
- 880 Les présomptions posées par l'art. 7 al. 2 et 3 CO indiquent par ailleurs également qu'une partie peut avoir la volonté d'être liée avant que l'étendue de la prestation caractéristique ne soit définie¹²⁷⁴. D'une part, la doctrine admet que la présomption posée à l'art. 7 al. 2 CO est réfragable, de sorte que l'on peut démontrer que la personne envoyant des tarifs ou prix courants avait la volonté de s'engager avant même que l'acheteur ne spécifie l'étendue des marchandises faisant l'objet du contrat¹²⁷⁵. Par ailleurs, l'art. 7 al. 3 CO pré-

1272 L'existence d'une rémunération est l'un des *essentialia negotii* de la vente (*supra* n° 524); l'absence de rémunération l'un des *essentialia negotii* de la donation (*supra* n° 526). Une analyse structurelle revient au même résultat.

1273 Cet exemple s'inspire librement de ceux mentionnés par HIRSCH, p. 333, de l'arrêt de la High Court of Justice Queen's Bench Division, Commercial Court [2007] EWHC 1576 (Comm) 2007 WL 1942744 (05.07.2007) *Bear Stearns Bank Plc. v. Forum Global Equity Ltd*, consid. 163 ss, ainsi que d'affaires rencontrées dans la pratique.

1274 Au surplus, à propos de ces présomptions, cf. *infra* n°s 1365 ss.

1275 ENGEL, *Obligations*, p. 195; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 373, 375, 377; ZK-JÄGGI, art. 7 CO, n°s 23, 35; BK-SCHMIDLIN, art. 7 CO, n°s 22, 26; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 7 CO, n°s 14-15; CR-MORIN, art. 7 CO, n°s 5, 7; spécifiquement quant à l'art. 7 al. 2 CO : BK-BECKER, art. 7 CO, n° 6; RÜEGG, p. 27; spécifiquement quant à l'art. 7 al. 3 CO : ATF 105 II 23 *Nussberger*

sume que le marchand a la volonté d'être lié lorsqu'il expose des marchandises en indiquant leur prix, et ce également avant que l'acheteur ne précise combien de marchandises il entend acquérir¹²⁷⁶.

Identité d'une partie G veut louer au plus vite l'un de ses appartements pour 2 000 francs par mois ; l'identité du locataire ne lui importe pas, tant qu'il est solvable. Voyant cette opportunité inespérée alors que sévit une complète pénurie de logements, H veut conclure le contrat pour l'un de ses quatre enfants, qui cherchent tous un appartement et sont tous solvables. H ne sait pas lequel de ses enfants sera en définitive intéressé ; à défaut de l'intérêt de l'un d'eux, il se dit qu'il pourra toujours prendre l'appartement pour lui, ou trouver un ami intéressé. Les deux parties concluent le contrat sur-le-champ pour un loyer de 2 000 francs par mois, en indiquant « sera précisé par un nouvel accord ultérieur » à l'emplacement normalement réservé au nom du locataire. Elles déclarent considérer le contrat comme parfait et prennent des dispositions pour l'exécution future du bail.

881

L'identité du locataire, souvent considérée comme l'un des points objectivement essentiels du contrat de bail¹²⁷⁷, n'est ni déterminée, ni déterminable, car elle requiert encore un accord de volontés subséquent. Les deux parties ont pourtant la volonté ferme et définitive de s'engager, malgré cette absence d'accord sur l'identité du locataire. Le point est secondaire pour G – nous sommes dans une hypothèse analogue à celle visée par l'art. 32 al. 2 *in fine* CO – mais aussi pour H, qui veut s'engager avant de savoir qui sera le locataire afin de ne pas rater l'opportunité d'obtenir cet appartement¹²⁷⁸.

882

[de], consid. 1, trad. JdT 1979 I p. 474 ; ATF 80 II 26 *Seelig* [de], consid. 4a, trad. JdT 1956 I p. 136 ; *contra* BsK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 7 CO, n° 10.

1276 Alternativement, on pourrait considérer que la quantité de marchandises est déjà déterminable, dès lors que l'offrant confère à l'acceptant le droit formateur de déterminer unilatéralement la quantité en cause (dans ce sens : BsK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 7 CO, n° 9). On se situe ici à un cas-limite, car il est délicat de dire si la quantité est subjectivement secondaire pour le vendeur (qui souhaite s'engager indépendamment de la quantité commandée), ou si elle lui est subjectivement essentielle malgré que l'acheteur puisse la déterminer *intégralement* par exercice d'un droit formateur (cf. toutefois les limites examinées *supra* n°s 196 ss).

1277 *Supra* n°s 575 ss.

1278 Un vieil arrêt montre également que le caractère subjectivement essentiel de l'identité d'une partie au rapport d'obligation (en l'occurrence du vendeur) n'est pas toujours un point subjectivement essentiel (ATF 31 II 640 [de], consid. 2).

§ 4. Rapport entre l'approche 2 et la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels

883 **Origines de l'approche 2** L'idée centrale proposée par l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, à savoir l'abandon de l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels¹²⁷⁹, pourra paraître surprenante au premier abord, puisqu'elle est peu commune¹²⁸⁰. L'approche 2 n'est cependant pas en rupture par rapport aux derniers développements doctrinaux sur l'étendue minimale de l'accord ; bien plutôt, elle en constitue le prolongement.

884 Plus précisément, l'approche 2 est le fruit des deux développements doctrinaux suivants :

885 – La reconnaissance par la doctrine moderne de la possibilité que les parties puissent vouloir être liées malgré l'absence d'accord sur un point objectivement essentiel¹²⁸¹. C'est la *prémisse* nécessaire à l'approche 2.

886 – Le développement de la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels, qui dans son principe situe la problématique de l'étendue minimale de l'accord non plus dans le contexte de la typologie ou des structures d'obligations¹²⁸², mais dans celui de la liberté contractuelle et du complètement des contrats par le juge étatique¹²⁸³. La définition fonctionnelle des points objectivement essentiels pose donc le *paradigme* dans lequel l'approche 2 s'établit¹²⁸⁴.

887 **Limites de la définition fonctionnelle** Pour autant, la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels présente certaines limites, puisqu'elle aboutit en substance aux mêmes résultats que la définition typologique des points objectivement essentiels¹²⁸⁵. Ces limites s'expliquent pour deux raisons relatives aux points de départ de la définition fonctionnelle :

1279 *Supra* n^{os} 723 ss.

1280 *Supra* n^{os} 732 ss.

1281 *Supra* n^{os} 854 ss.

1282 *Supra* n^{os} 570 ss, 642 s. et 678 ss.

1283 *Supra* n^{os} 695 ss.

1284 Sur ce cadre d'analyse, cf. *infra* n^{os} 1039 ss.

1285 *Supra* n^o 712.

- La définition fonctionnelle part de l'idée que l'exigence absolue d'un accord sur les points objectivement essentiels est « évidente »¹²⁸⁶, sans remettre cette « évidence » en question. 888
- La définition fonctionnelle part de l'idée que le pouvoir du juge de compléter le contrat devrait de manière « certaine » (« *sicher* ») respecter les limites qui lui sont assignées au sein de la définition typologique (pas de complètement sur l'identité et le rôle des parties, sur la prestation caractéristique et la rémunération)¹²⁸⁷. 889

Dépassement de ces limites ? Tenter de dépasser ces limites implique : **a)** de considérer que l'exigence d'un accord sur les points objectivement essentiels n'est *a priori* pas évidente, et **b)** de s'affranchir de toute idée *a priori* sur ce qui devrait, parmi les points objectivement essentiels, pouvoir faire l'objet d'un complètement judiciaire. 890

Cela mène : **a)** à présenter, sous la forme d'une hypothèse inspirée d'opinions « oubliées », une autre approche de l'étendue minimale de l'accord (« approche 2 »)¹²⁸⁸ que l'approche exigeant dans tous les cas un accord sur les points objectivement essentiels (« approche 1 »)¹²⁸⁹ ; **b)** à utiliser le contraste entre ces deux approches pour rechercher et discuter les éventuelles fonctions de l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels¹²⁹⁰, dans le cadre de l'interprétation de la loi (art. 1 al. 1 CC)¹²⁹¹. 891

§ 5. Autres approches

Généralités Les approches 1 et 2 présentées jusque là¹²⁹² ne sont pas les seules conceptions envisageables de l'étendue minimale de l'accord. Les paragraphes qui suivent présentent d'autres approches, dont la plupart se situent, dans leur contenu ou dans leur forme, quelque part entre les approches 1 et 2. Nous les présentons de la plus orientée vers l'approche 1 à la plus orientée vers l'approche 2 – cette échelle étant évidemment approximative. 892

1286 GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 45.

1287 *Ibid.*, pp. 47-48. Sur cette généralisation, cf. *supra* n^{os} 565 ss.

1288 *Supra* n^{os} 723 ss.

1289 *Supra* n^{os} 716 ss.

1290 Cf. en particulier *infra* n^{os} 1065 ss.

1291 *Supra* n^{os} 49 ss et 925 ss.

1292 *Supra* n^{os} 716 ss et 723 ss.

Nous finirons par l'examen de deux autres approches, l'une proposant de supprimer la distinction entre points subjectivement et objectivement essentiels¹²⁹³ et l'autre consistant à n'utiliser l'approche 1 que dans les contrats de consommation¹²⁹⁴.

I. Approches intermédiaires entre les approches 1 et 2

A. Une présentation de l'approche 1 orientée vers l'approche 2 (KOLLER)

893 KOLLER adopte dans son principe l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, puisqu'il considère que l'accord est nécessaire sur les points objectivement essentiels et sur les points subjectivement essentiels¹²⁹⁵. Toutefois, il arrive à ce résultat en mettant au premier plan les points subjectivement essentiels, qui doivent être selon lui analysés en premier¹²⁹⁶, et qu'il relie d'ailleurs à la volonté d'être lié juridiquement¹²⁹⁷.

B. Les *essentialia negotii* comme catégorie de points subjectivement essentiels (OSER/SCHÖNENBERGER)

894 OSER/SCHÖNENBERGER décrivent ainsi l'étendue minimale de l'accord¹²⁹⁸ :

- a) L'étendue minimale de l'accord ne porte que sur les points subjectivement essentiels ; l'art. 2 CO implique un point de vue subjectif, et non objectif¹²⁹⁹.
- b) Les points objectivement essentiels typologiques (*essentialia negotii*) font toujours partie des points subjectivement essentiels¹³⁰⁰ ; les parties n'ont jamais la volonté de conclure si un accord n'est pas trouvé sur ces points.

895 Ils adoptent donc l'approche 2 dans son principe (seuls les points subjectivement essentiels sont déterminants), mais l'approche 1 dans son résultat

1293 *Infra* n^{os} 903 ss.

1294 *Infra* n^{os} 910 ss.

1295 KOLLER, *AT*, § 6 n^{os} 27 ; BSK-KOLLER, art. 184 CO, n^{os} 42-44.

1296 KOLLER, *AT*, § 6 n^o 26 ; dans le même sens : STÖCKLI/STOFFEL, art. 2 CO-2020, n^o 3.

1297 BSK-KOLLER, art. 184 CO, n^o 44.

1298 On trouve déjà cette opinion dans la première édition de ce commentaire (ZK-OSER, art. 2 CO, II-III).

1299 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n^{os} 7-8. On voit par ailleurs qu'ils font référence à VON TUHR, *Mängel*, p. 299 (ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n^o 19).

1300 *Ibid.*, n^{os} 9, 3-4.

(l'accord sur les points objectivement essentiels et subjectivement essentiels est nécessaire pour que le contrat soit conclu)¹³⁰¹.

Cependant, les points objectivement essentiels typologiques (*essentialia negotii*) ne sont pas toujours des points subjectivement essentiels¹³⁰². Dans cette mesure, l'approche d'OSER/SCHÖNENBERGER doit être écartée. 896

C. L'exigence d'un accord sur le « type des *essentialia negotii* » (PIOTET ; HERZOG)

Étendue minimale de l'accord On peut résumer comme suit l'opinion de PIOTET, à laquelle adhère HERZOG, quant à l'étendue minimale de l'accord : 897
a) les parties doivent s'être entendues sur tous les points subjectivement essentiels, les points objectivement essentiels ne sont pas pertinents à cet égard¹³⁰³ ; **b)** les parties doivent toutefois avoir défini « le genre du contrat, le type des *essentialia negotii* »¹³⁰⁴.

Liens avec l'approche 2 Le raisonnement de ces auteurs est similaire à l'approche 2 à plusieurs égards. Ils partent en effet de la volonté de s'engager juridiquement, qu'ils relient à la notion de points subjectivement essentiels, en précisant d'ailleurs que l'interprétation du caractère essentiel des points dépend des circonstances de l'espèce et des règles de la bonne foi¹³⁰⁵. Ce point de départ est aussi le cœur de la conclusion à laquelle aboutissent ces auteurs, à savoir que seuls les points subjectivement essentiels sont pertinents pour définir l'étendue minimale de l'accord¹³⁰⁶. 898

Liens avec l'approche 1 PIOTET et HERZOG maintiennent l'exigence objective minimale d'un accord sur le « genre du contrat, le type des *essentialia negotii* ». Les parties devraient définir le type du contrat, sans pour autant devoir fixer tous les « *essentialia negotii* dont elles ont déterminé le genre »¹³⁰⁷. Cela revient à exiger des parties qu'elles définissent ce qui est nécessaire pour qualifier le contrat, mais pas à déterminer plus concrètement les éléments caractéristiques de ce type. Par exemple, les identités respectives du 899

1301 *Supra* n^{os} 716 ss.

1302 *Supra* n^{os} 871 ss.

1303 PIOTET, *Formation*, pp. 146-148 ; HERZOG, n^o 240.

1304 PIOTET, *Formation*, pp. 32, 146 ; HERZOG, n^o 243.

1305 PIOTET, *Formation*, pp. 146-148 ; HERZOG, n^o 240.

1306 PIOTET, *Formation*, pp. 147-148 ; HERZOG, n^o 240.

1307 PIOTET, *Formation*, p. 146 ; HERZOG, n^o 243.

vendeur et de l'acheteur ou le montant du prix de vente n'ont pas besoin d'être concrètement déterminés pour pouvoir qualifier une opération de vente : un accord sur l'échange de la propriété d'une chose contre une rémunération suffit¹³⁰⁸. Ainsi, ces auteurs admettent le complètement du contrat par le juge de manière plus large que ce qui est habituellement retenu par la doctrine.

- 900 PIOTET justifie le maintien de cette exigence objective réduite quant à l'étendue minimale de l'accord par deux motifs habituellement invoqués en faveur de l'approche 1¹³⁰⁹, à savoir que ce n'est pas « la mission normale du juge » de compléter le contrat sur les points objectivement essentiels¹³¹⁰ et que le juge « n'aurait [...] aucune base sur laquelle fonder son opinion »¹³¹¹. HERZOG semble surtout s'appuyer sur ce second motif : le juge ne disposerait d'aucun moyen pour décider s'il y a vente ou donation, bail à loyer ou prêt à usage, etc. – c'est-à-dire pour décider du principe d'une rémunération¹³¹².
- 901 Au fond, l'exigence objective posée par ces auteurs va dans la direction de l'idée selon laquelle si les points objectivement essentiels ne sont pas assez définis, les parties n'ont probablement pas voulu se lier¹³¹³. Mais au lieu d'en faire un simple élément d'interprétation, un indice dont l'importance est relative et graduelle¹³¹⁴, ils en font une limite absolue et rigide.
- 902 **Synthèse** Dans son principe, la conception de ces auteurs est similaire à l'approche 2 ; ils maintiennent toutefois dans leur théorie une partie des exigences objectives absolues de l'approche 1, cela en lien avec la définition typologique des points objectivement essentiels.

1308 Pour des développements à ce sujet, cf. *supra* n^{os} 574 ss.

1309 *Supra* n^{os} 728 ss.

1310 Sur cet argument, cf. *infra* n^{os} 1062 ss.

1311 PIOTET, *Formation*, p. 32. Sur cet argument, cf. *infra* n^{os} 1066 ss.

1312 HERZOG, n^{os} 243-244.

1313 À ce sujet, cf. *supra* n^{os} 774 ss. Dans la même direction : PIOTET, *Formation*, p. 33, note n^o 1.

1314 *Supra* n^{os} 767 ss.

II. Autre approche : renoncer à la distinction entre points objectivement et subjectivement essentiels (CARBONARA) ?

Étendue minimale de l'accord CARBONARA définit l'étendue minimale de l'accord comme suit¹³¹⁵ : **a)** Le juge doit pouvoir « donner un sens au contrat », ce qui est décrit comme une exigence « objective ». Cela ne se traduirait ni par le recours aux *essentialia negotii* (définition typologique), ni par le recours aux points ne pouvant pas faire l'objet d'un complètement (définition fonctionnelle), mais plutôt par l'exigence que la prestation soit déterminée ou au moins déterminable. CARBONARA déclare se rapprocher ainsi de l'idée de définir les points objectivement essentiels à l'aide de la notion de « *sinnvolles Ganzes* », tel que JÄGGI l'avait fait, tout en précisant que le contenu du contrat peut également être déraisonnable. L'art. 2 al. 1 CO est décrit comme une règle de fardeau de la preuve, selon laquelle une partie prétendant qu'un point était si important pour elle qu'une réserve à son égard empêche l'existence du contrat doit le prouver. **b)** La notion de « points essentiels » devrait rester ouverte ; il faudrait cesser de distinguer les points objectivement essentiels et les points subjectivement essentiels. À cet égard, la conception proposée par CARBONARA s'écarte à la fois des approches 1 et 2.

Discussion Bien qu'elle constitue une piste de réflexion intéressante, l'approche de cet auteur nous semble poser deux problèmes :

1. D'un côté, il est proposé de renoncer à la distinction entre les points objectivement essentiels et les points subjectivement essentiels¹³¹⁶. De l'autre, sont maintenues quant à l'étendue minimale de l'accord à la fois une exigence objective¹³¹⁷ et une exigence subjective¹³¹⁸. Dans quelle mesure renonce-t-on vraiment à distinguer les points objectivement essentiels et les points subjectivement essentiels ?
2. L'idée d'utiliser la notion de « prestation au moins déterminable » pour définir l'étendue minimale de l'accord revient à confondre deux des principales questions qui se posent quant à l'accord¹³¹⁹ :

1315 Cette synthèse est basée sur le texte de CARBONARA, pp. 101-103.

1316 *Ibid.*, pp. 101-102 : « *Der Begriff der wesentlichen Punkte wird so bewusst offen gelassen. Eine Unterscheidung in objektiv und subjektiv wesentliche Punkte hat zu unterbleiben.* »

1317 *Ibid.*, p. 101 : « *Die Parteien müssen sich (objektiv) insoweit geeinigt haben, dass ein Gericht diese Sinnzuweisung vornehmen kann.* »

1318 *Ibid.*, p. 103 : « *[...] Nebenpunkte [...] für sie so wesentlich waren, dass nicht vom Zustandekommen des Vertrags ausgegangen werden darf, weil es am geäußerten Abschlusswillen für den ganzen Vertrag fehlte.* »

1319 *Supra* n^{os} 171 ss.

- 907 (a) Le seuil de précision à partir duquel on considère qu'il y a accord sur un point particulier, seuil de précision défini par la notion de déterminabilité¹³²⁰ ;
- 908 (b) L'étendue minimale de l'accord, c'est-à-dire la question de savoir sur au moins quels points il doit y avoir accord pour que le contrat soit conclu.
- 909 Postuler que *la* prestation doit être déterminable ne dit pas encore *quelle* prestation doit être déterminable pour que le contrat soit conclu. Si l'on poussait cette logique jusqu'au bout, tous les points déterminables (donc ayant fait l'objet d'un accord) seraient essentiels, tandis que tous les points indéterminables seraient secondaires. Cette solution semble difficilement conciliable avec l'art. 2 al. 1 CO, qui distingue « l'accord » et « les points essentiels ».

En l'état, l'approche de CARBONARA doit donc être écartée.

III. Autre approche : utiliser l'approche 1 uniquement pour les contrats de consommation (Parlement européen) ?

- 910 **Étendue minimale de l'accord** Dans sa première formulation par la Commission européenne (« Une proposition est une offre lorsque : [...] b) elle présente un contenu suffisant et est suffisamment certaine pour faire naître un contrat »), l'art. 31 al. 1 let. b pDCEV était très proche des principaux projets et instruments internationaux d'unification du droit des contrats (art. 2.1.2 UNIDROIT, art. 2 :103 PECL, art. II.-4 :103 DCFR)¹³²¹.
- 911 Le 26 février 2014, le Parlement européen a amendé l'art. 31 al. 1 let. b pDCEV en y ajoutant la précision suivante (amendement n°109) : « Dans les relations entre un professionnel et un consommateur, une offre n'est considérée présenter un contenu suffisant et être suffisamment certaine que si elle contient un objet, une quantité ou une durée, et un prix »¹³²². La justification – plutôt succincte – donnée à cet amendement est la suivante : « Pour les contrats

1320 *Supra* n°s 185 ss.

1321 Eux-mêmes s'inscrivant dans le sens de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord ; à ce sujet, cf. *supra* n° 751.

1322 PARLEMENT EUROPÉEN, Droit commun européen de la vente, P7_TA(2014)0159, texte adopté le 26 février 2014, URL : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0159&language=FR>, dern. consult. le 18 mars 2017.

entre professionnels et consommateurs, il semble opportun de préciser le contenu minimum d'une offre »¹³²³. En date du 14 juin 2017, le projet de DCEV n'est pas définitif ; la première lecture du Parlement européen a eu lieu et le projet est en attente de la première lecture par le Conseil (art. 294 al. 3-5 TFUE).

Rapporté aux deux approches ici discutées de l'étendue minimale de l'accord, l'art. 31 al. 1 let. b pDCEV ainsi amendé consiste à adopter l'approche 2 de manière générale, tout en appliquant l'approche 1 dans un cas spécifique, celui des contrats passés entre un professionnel et un consommateur. 912

Discussion Indépendamment des nombreuses questions que soulève le pDCEV à l'échelle de l'Union européenne et du sort législatif futur de ce projet¹³²⁴, que dire de l'idée, à notre connaissance inédite, d'appliquer l'approche 1 aux contrats de consommation uniquement et d'appliquer l'approche 2 dans les autres cas ? Par rapport à l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, l'approche 1 impliquerait-elle une meilleure protection des consommateurs ? 913

1. En premier lieu, dans le contexte des contrats passés entre professionnels et consommateurs, les approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord ne mènent généralement pas à des résultats différents¹³²⁵. En effet, dans la conclusion de contrats de masse, le professionnel tend à standardiser le contenu des contrats qu'il conclut afin de réaliser des économies d'échelle et de rationaliser l'exploitation de son entreprise¹³²⁶. Cette standardisation, qui s'opère notamment par la préformulation du contenu du contrat (conditions générales), porte non seulement sur des points objectivement secondaires, mais souvent aussi sur les points objectivement essentiels¹³²⁷ (par exemple, un opérateur de téléphonie mobile qui propose à ses clients de choisir entre trois *packages* de prestations dont les contenus et les prix respectifs sont préformulés et non négociables ; un donneur de leasing qui uniformise les taux d'intérêts dans les contrats qu'il passe ; etc.). Dans cette 914

1323 COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU PARLEMENT EUROPÉEN, Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, A7-0301/2013, 25 septembre 2013, URL : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2013-0301&language=FR>, dern. consult. le 18 mars 2017.

1324 Nous raisonnons ici uniquement dans le cadre de l'interprétation de la loi suisse, en utilisant le droit étranger comme potentielle source d'inspiration ; à ce sujet, cf. *supra* nos 27 ss.

1325 Sur les différences entre les deux approches, cf. *supra* nos 845 ss.

1326 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1120 ; KOLLER, AT, § 23 nos 1, 6 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 177 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, n° 2.

1327 Cf. par exemple TC ZH NP150010 (29.05.2015), consid. 2.1.

situation, tous les points objectivement essentiels sont des points subjectivement essentiels (au moins pour le professionnel) puisqu'ils sont non négociables¹³²⁸, et tous les points objectivement essentiels font l'objet d'un accord puisque le professionnel les a préformulés (donc déterminés) dans le contrat. Autrement dit, en matière de contrats de consommation, les approches 1 et 2 aboutissent souvent au même résultat. Dans ces hypothèses, l'idée proposée dans l'amendement 109 n'a pas d'intérêt.

- 915 2. Dans certains cas, notamment lorsque les points objectivement essentiels sont individuellement négociés, on peut imaginer des contrats de consommation dans lesquels il y aurait une différence pratique entre les approches 1 et 2. Par exemple, si un concessionnaire automobile et un consommateur se manifestent leurs volontés fermes de passer un contrat portant sur la vente d'une voiture d'occasion tout en laissant le prix ouvert (« prix du véhicule à préciser selon entente ultérieure, en principe entre 12 000 et 14 000 francs »)¹³²⁹ et en incorporant pour le surplus les conditions générales du concessionnaire. Pour marquer la signature du contrat, l'acheteur verse un acompte de 3 000 francs ; la livraison est prévue pour la semaine suivante, afin de laisser le temps au concessionnaire de faire un service sur la voiture.
- 916 (a) Si l'on applique l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord¹³³⁰, le risque principal pour le consommateur est celui que le concessionnaire invoque l'absence d'accord sur tous les points objectivement essentiels pour faire échouer le contrat, par exemple parce qu'un autre acheteur a lui offert une somme plus importante pour le véhicule d'occasion¹³³¹. Le contrat est inexistant en dépit de la confiance du consommateur en sa conclusion ; l'acheteur doit récupérer son acompte par voie d'action en enrichissement illégitime (art. 62 CO) dans les délais de l'art. 67 al. 1 CO¹³³² ; reste encore l'éventuelle possibilité de demander des dommages-intérêts (en principe négatifs) pour *culpa in contrahendo*, sous réserve de pouvoir démontrer la faute du conces-

1328 *Supra* n° 442.

1329 Comme dans l'exemple introductif (*mutatis mutandis*), cf. *supra* n° 1.

1330 Sous réserve d'une éventuelle application de l'art. 212 al. 1 CO en fonction des circonstances (au sujet de cette norme, cf. *supra* n° 525).

1331 Sur ce risque spécifique à l'approche 1, cf. *infra* n°s 1274 ss.

1332 *Infra* n°s 1296 ss.

sionnaire ainsi que la légitimité de la bonne foi de l'acheteur (art. 3 al. 2 CC) quant à l'existence du contrat¹³³³.

- (b) Si l'on applique l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, le risque principal pour le consommateur est celui d'un complètement judiciaire du contrat, complètement qui par hypothèse, irait en sa défaveur¹³³⁴. L'indication d'une fourchette de prix par les parties guide en principe le juge dans le complètement du contrat sur ce point, de sorte qu'en fonction des circonstances, le consommateur risque au plus de payer 14 000 francs au lieu du prix sur lequel les parties seraient tombées d'accord (par exemple, 12 000 ou 13 000 francs)¹³³⁵. Le juge pourra d'ailleurs tenir compte du rapport de force concret entre les parties pour justifier un complètement plutôt en faveur du consommateur¹³³⁶. Dans l'approche 2, le contrat est conclu et le consommateur peut exiger la livraison du véhicule (moyennant paiement du solde du prix, art. 82 et 211 al. 1 CO) ainsi que des dommages-intérêts positifs (art. 97 ss CO) en cas d'inexécution de la livraison du véhicule ; la prescription est régie par les art. 127 ss CO. 917

On voit ainsi que dans les cas de contrats de consommation dans lesquels existe une différence entre les approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord, le consommateur ne semble guère avantagé par l'inexistence du contrat qui résulte de l'approche 1. Certes, dans l'exemple qui vient d'être mentionné, l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord donne *de facto* un « droit de rétraction » non seulement au professionnel, mais également au consommateur, alors que l'on se situe en dehors du champ d'application des art. 40a ss CO (cf. notamment l'art. 40b CO). En effet, le consommateur peut lui aussi invoquer l'inexistence du contrat pour défaut d'accord sur le prix. Cela dit, en pratique, le professionnel est souvent plus à même que le consommateur de tirer avantage de la règle spécifique de l'approche 1, cette règle n'étant généralement pas connue du grand public¹³³⁷ ; en outre, dans notre exemple, le versement d'un acompte de la part de l'acheteur risque de dissuader ce dernier de tenter de se dégager du contrat en invoquant le défaut d'accord sur le prix. 918

1333 Nous verrons toutefois que la doctrine a tendance à rejeter la légitimité de la bonne foi d'une partie en l'existence du contrat tant qu'un accord n'est pas intervenu sur tous les points objectivement essentiels ; à ce sujet, cf. *infra* nos 1276 ss.

1334 *Infra* n° 1306.

1335 *Infra* n° 1079.

1336 *Infra* n° 1076.

1337 *Infra* nos 1235 ss.

- 919 3. Vouloir appliquer l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord spécifiquement aux contrats de consommation viserait probablement l'objectif d'améliorer la protection du consommateur, et en particulier :
- 920 (a) L'amélioration de *l'information du consommateur* sur les éléments objectivement essentiels du contrat. Cet objectif protecteur se traduit en droit positif par des règles spéciales prescrivant des devoirs d'information précontractuels à la charge du professionnel et/ou par des règles de forme (cf. notamment art. 9-12 LCC, art. 4 LVF, art. 3 LCA). Ces règles sont pourvues de sanctions spécifiques en faveur du consommateur : nullité du contrat emportant libération du paiement des intérêts, des frais et de la perte de valeur l'objet remis en leasing, mais droit de ne restituer le capital que par mensualités (art. 15 LCC), droit de résiliation octroyé au preneur d'assurance (art. 3a LCA)¹³³⁸. Par contraste avec ces normes, lorsqu'est violée la règle spécifique de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, le contrat est inexistant¹³³⁹. Dans les cas où la violation du devoir d'information ou du respect de la forme sur un point objectivement essentiel mais subjectivement secondaire se double d'un défaut d'accord à son égard, l'approche 1 prive le consommateur de l'effet protecteur des normes spéciales susmentionnées. Par exemple, au lieu de pouvoir choisir entre le maintien du contrat (qui sera, cas échéant, complété) et sa résiliation sans frais, le consommateur se voit imposer l'inexistence du contrat, et doit tenter de répéter ses éventuelles prestations pécuniaires par la voie de l'enrichissement illégitime.
- 921 (b) La protection du consommateur contre la *modification unilatérale* des points objectivement essentiels du contrat. La tendance actuelle consiste à admettre les conditions générales prévoyant un droit unilatéral de modification des conditions essentielles du contrat en faveur du professionnel, dans la mesure où l'exercice de ce droit formateur s'accompagne d'un droit de résiliation sans frais pour le consommateur (cf. notamment art. 10 LVF)¹³⁴⁰. Par contraste, les règles sur l'étendue minimale de l'accord n'ont pas d'effet sur cette problématique. En effet, le risque, pour le

1338 La doctrine relative à l'art. 4 LVF octroie également un droit de résiliation sans frais pour le consommateur en cas de violation du devoir d'information précontractuel prévu par cette disposition (BSK-ROBERTO, art. 4 LVF, n° 7 ; CR-STAUDER, art. 4 LVF, n° 15 ; HK-ZEITER/SCHLUMPF, art. 4 LVF, n° 6).

1339 Sur la différence entre inexistence et invalidité du contrat, cf. *supra* n°s 42 ss.

1340 *Supra* n° 202.

consommateur, d'une modification unilatérale des points objectivement essentiels se manifeste en principe lorsque le professionnel rend les points essentiels déterminés ou déterminables (fixation contractuelle des prestations caractéristiques et de la rémunération), mais qu'il se réserve en parallèle dans des conditions générales un droit unilatéral de modifier le contenu du contrat. Dans cette hypothèse, les points objectivement essentiels ont fait l'objet d'un accord, de sorte que l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord n'est d'aucun secours pour la protection du consommateur.

On voit ainsi que les centres de gravité de la protection des consommateurs par rapport aux deux enjeux susmentionnés se situent d'une part dans les règles sur les devoirs d'information précontractuels, et d'autre part dans des règles de validité de forme ou de l'objet. On peine en revanche à trouver une fonction protectrice du consommateur dans les règles sur l'étendue minimale de l'accord. 922

4. Si l'on voulait introduire en droit suisse le régime prévu par l'amendement 109 de l'art. 31 al. 1 let. b pDCEV, il faudrait probablement réviser la loi, puisque l'on ne trouve pas d'appui dans les art. 1 ou 2 CO pour traiter différemment la conclusion des contrats de consommation des autres catégories de contrats. Cette idée s'éloigne donc de la démarche visée par le présent travail, à savoir l'interprétation du droit positif¹³⁴¹. 923

Pour toutes ces raisons, l'idée d'appliquer l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord uniquement aux contrats de consommation tout en appliquant l'approche 2 aux autres catégories de contrats nous semble devoir être rejetée. 924

¹³⁴¹ *Supra* nos 27 ss.

Chapitre 6

Interprétation littérale et historique

§ 1. Interprétation littérale

Les arrêts et auteurs adoptant l'approche 1¹³⁴² ne décrivent pas de manière uniforme la base légale qui poserait l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels. Selon les sources, il s'agirait des art. 1 al. 1 et 2 CO conjointement, ou de l'une ou l'autre de ces dispositions¹³⁴³. Le texte de ces articles est-il compatible avec les deux approches discutées de l'étendue minimale de l'accord¹³⁴⁴ ? Dans l'affirmative, l'une des deux approches est-elle plus proche du texte légal que l'autre ?

925

1342 *Supra* nos 721 s.

1343 Cf. par exemple ATF 138 III 29 [de], consid. 2.1 (art. 1 al. 1 et 2 al. 1 CO) ; Arrêt TF n. publ. 4C.246/2003 (30.01.2004) [fr], consid. 5.1 (art. 1 al. 1 CO) ; Arrêt TF n. publ. 4A_561/2016 (08.02.2017) [fr], consid. 6 ; ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 2 ; ATF 97 II 53 *Oberholzer* [de], consid. 3, trad. JdT 1972 I p. 52 (art. 2 al. 1 CO) ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 171 (art. 2 al. 1 CO) ; ATF 54 II 300 *Bär c. Burstein* [de], consid. 1, trad. JdT 1929 I p. 66 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 464 (art. 2 CO).

1344 Pour une présentation des approches discutées, cf. *supra* nos 716 ss.

I. Art. 1 al. 1 CO

926 Dans la lettre de l'art. 1 al. 1 CO, deux éléments spécifiques sont intéressants pour déterminer l'étendue minimale de l'accord : le terme « volonté », d'une part, et les termes « d'une manière concordante », d'autre part¹³⁴⁵.

A. Le terme « volonté »

927 **Volonté de s'engager** Le texte de l'art. 1 al. 1 CO exige, pour que le contrat soit conclu, que les parties aient « manifesté leur volonté » (« *Willensäusserung der Parteien* » ; « *manifestato [...] la loro [...] volontà* »)¹³⁴⁶. Le mot « volonté » implique notamment que les parties au contrat aient eu, au moment de sa conclusion, la *volonté de s'engager juridiquement*¹³⁴⁷.

928 La volonté de s'engager de chaque partie dépend notamment des conditions auxquelles elle entend être liée. Vu la liberté contractuelle¹³⁴⁸, il est loisible à chaque partie de fixer les conditions minimales en-deçà desquelles elle ne souhaite pas liée juridiquement. Ces « modalités de la volonté de conclure », peuvent porter, outre l'objet du contrat, sur la forme (art. 16 CO)¹³⁴⁹, la personne du cocontractant, ou toute autre circonstance¹³⁵⁰.

929 **Points subjectivement essentiels** Les modalités de la volonté de s'engager portant sur l'objet de l'accord sont intimement liées à la notion de points subjectivement essentiels¹³⁵¹. Sur ces points, l'accord est en effet une condition *sine qua non* de la conclusion du contrat. Autrement dit, en déclarant

1345 *A contrario*, la conséquence juridique (« Le contrat est parfait ») ne donne pas de renseignements sur l'étendue minimale de l'accord, ni le fait qu'il faille des « parties », puisque le terme concerne les parties à l'acte juridique (offrant et acceptant) et non les parties au rapport d'obligation qui en résulte (débitur et créancier) ; sur la distinction entre l'acte juridique et le rapport d'obligation, cf. *supra* n° 60. Les mots « réciproquement » et « manifesté » ne concernent que l'aspect externe du contrat (à ce sujet, cf. *supra* nos 136 ss), or l'étendue minimale de l'accord relève de son aspect interne (*supra* nos 171 ss).

1346 Sur les liens entre l'art. 1 al. 1 CO et les notions de manifestation de volonté et d'acte juridique, cf. *supra* nos 64 ss.

1347 *Supra* nos 151 ss.

1348 *Supra* nos 336 ss.

1349 Sur la forme réservée, cf. *infra* nos 1376 ss.

1350 Sur les modalités de la volonté de conclure, cf. *supra* nos 152 ss.

1351 *Supra* nos 446 s.

qu'un point est pour elle subjectivement essentiel, une partie déclare qu'elle ne souhaite pas être liée faute d'accord à son sujet¹³⁵².

Les points subjectivement essentiels peuvent être différents pour chaque partie. Puisque la volonté de s'engager doit être présente chez les deux parties pour que l'acte juridique bilatéral puisse exister¹³⁵³, il faut que l'accord existe sur tous les points qui sont subjectivement essentiels *pour l'une ou l'autre des parties*¹³⁵⁴. 930

Ainsi, le texte de l'art. 1 al. 1 CO implique qu'un accord sur les points subjectivement essentiels est toujours nécessaire. Les approches discutées exigent toutes deux que l'accord porte au moins sur les points subjectivement essentiels¹³⁵⁵. À cet égard, elles sont compatibles avec le texte de l'art. 1 al. 1 CO. 931

B. Les termes « d'une manière concordante »

Accord sur un point D'après la lettre de l'art. 1 al. 1 CO, les parties doivent avoir manifesté leur volonté « d'une manière concordante » (« *übereinstimmend* » ; « *concordemente* »). Le sens littéral de ces termes renvoie immédiatement à la notion d'accord¹³⁵⁶, d'ailleurs mentionnée dans la note marginale française de l'art. 1 al. 1 CO. La notion d'accord implique toujours un objet¹³⁵⁷ : deux personnes sont forcément d'accord *sur* ou *à propos de* quelque chose – si elles ne sont d'accord sur « rien », cela signifie (littéralement) qu'il n'y a pas d'accord entre elles. 932

L'accord doit donc au minimum porter sur « un point » pour exister. Mais l'étendue de ce point n'est pas déterminée *a priori*. Cela implique qu'au sens de l'art. 1 al. 1 CO, l'accord peut ne porter que sur un point très vague ou abstrait. Cela correspond d'ailleurs à la liberté de l'objet (art. 19 al. 1 CO) : l'en- 933

1352 *Supra* n^{os} 440 ss.

1353 *Supra* n^{os} 148 ss.

1354 *Supra* n^{os} 440 ss.

1355 *Supra* n^{os} 716 ss.

1356 Cf. par exemple DAF, 9^e éd., s. v. « Accord ».

1357 Dans ce sens, SAVIGNY, *System*, III § 140, p. 308 : « [Die Contrahenten] müssen irgend Etwas, und zwar Beide dasselbe, bestimmt gewollt haben, denn so lange noch entweder Unentschiedenheit, oder Mangel an Übereinstimmung vorhanden ist, wird Niemand einen Vertrag annehmen können » ; cf. aussi BUCHER, *Preisvereinbarung*, p. 372 : « [...] da man sich nicht "schlechthin", sondern nur bezogen auf eine bestimmte Sache einigen kann und die Vorstellung einer objektlosen Willensübereinstimmung sinnlos ist » ; dans le même sens : HEDINGER, p. 24.

gagement des parties peut en principe porter sur n'importe quel contenu¹³⁵⁸. L'objet du contrat n'a pas d'étendue prédéterminée ; le point du contrat – qui n'est rien d'autre qu'une portion de l'objet du contrat¹³⁵⁹ – n'a pas non plus d'étendue prédéterminée. En théorie, des parties qui diraient qu'elles sont « d'accord pour produire un effet juridique » sans autre précision seraient déjà « d'accord ».

934 **Rapport avec les points subjectivement essentiels** Toutefois, l'exigence que l'accord porte sur au moins un point ne rajoute rien à l'exigence qu'il porte sur au moins tous les points subjectivement essentiels¹³⁶⁰. D'un point de vue théorique, dire que l'accord doit porter sur au moins tous les points subjectivement essentiels implique déjà que l'accord doit porter sur au moins un point. Et dans une perspective pratique, en-deçà d'un certain degré de détermination des points du contrat, on ne pourra pas admettre que les parties voulaient vraiment s'engager¹³⁶¹. Dans l'hypothèse (théorique) où des parties seraient « d'accord pour produire un effet juridique », le juge ne pourrait pas envisager qu'elles aient sérieusement la volonté d'être liées par un accord aussi abstrait et indéterminé. Ainsi, dans le contexte de l'art. 1 al. 1 CO, les mots « d'une manière concordante » n'élargissent pas l'étendue minimale de l'accord par rapport à ce qui découle du mot « volonté ».

935 **Rapport avec les points objectivement essentiels** Peut-on tirer de la nécessité d'un accord sur « au moins un point » l'exigence spécifique à l'approche 1, c'est-à-dire l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels ? Le point commun de ces exigences consiste en leur caractère objectif, puisqu'elles ne sont pas liées à la nécessité de respecter la volonté des parties. Pour autant, ces deux exigences sont différentes : exiger un accord sur tous les points objectivement essentiels va beaucoup plus loin qu'exiger un accord sur au moins un point. En particulier, les termes « d'une manière concordante », qui signifient qu'il faut s'entendre sur au moins un point, n'impliquent pas qu'il faudrait au moins s'entendre sur tous les éléments constitutifs d'un type contractuel (points objectivement essentiels typologiques, *essentialia negotii*)¹³⁶², ni que l'accord devrait former un tout cohérent¹³⁶³, ni qu'il devrait porter sur des obligations principales ou synallagmatiques¹³⁶⁴. Ainsi, l'exigence supplémentaire quant à l'étendue minimale de l'accord que

1358 *Supra* n° 339.

1359 *Supra* n° 61.

1360 Exigence qui découle du terme « volonté » dans l'art. 1 al. 1 CO, cf. *supra* n°s 927 ss.

1361 *Supra* n°s 767 ss.

1362 Sur la définition typologique des points objectivement essentiels, cf. *supra* n°s 453 ss.

1363 Sur cette définition des points objectivement essentiels, cf. *supra* n°s 628 ss.

1364 Sur cette définition des points objectivement essentiels, cf. *supra* n°s 644 ss.

pose l'approche 1 par rapport à l'approche 2 (à savoir : l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels) ne trouve pas d'appui dans la lettre de l'art. 1 al. 1 CO¹³⁶⁵.

II. Art. 2 al. 1 CO

Présomption Le terme « réputé » (« *so wird vermutet* » ; « *si presume* ») figurant à l'art. 2 al. 1 CO indique que cet alinéa contient une présomption légale¹³⁶⁶. Une présomption est une « opération mentale par laquelle le tribunal conclut de l'existence d'un fait (le [...] fait probant [...]) à l'existence d'un autre fait (le [...] fait présumé [...]) » ou d'un droit¹³⁶⁷ ; les présomptions peuvent être réfragables ou irréfragables. Une présomption réfragable peut être renversée en prouvant que le fait probant ne s'est pas réalisé (contre-preuve) ou que le fait présumé ne s'est pas réalisé (preuve du contraire)¹³⁶⁸ ; on parle de fiction ou de présomption irréfragable lorsque la preuve du contraire ne peut pas être apportée¹³⁶⁹. 936

A. Fait probant

a) Les termes « accord sur tous les points essentiels »

(i) Renvoi aux points subjectivement essentiels ?

Controverse Certains auteurs considèrent que les termes « points essentiels » figurant à l'art. 2 al. 1 CO renvoient à la fois aux points objectivement 937

¹³⁶⁵ Du même avis : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 331.

¹³⁶⁶ ATF 118 II 32 [de], consid. 3d, trad. JdT 1993 I p. 387 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 343 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 24 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n°s 1, 5 ss.

¹³⁶⁷ STEINAUER, *TDP*, n° 645 ; cf. aussi ATF 135 II 161 [de], consid. 3 ; GRONER, pp. 93-95 ; SHK-HAUSHEER/JAUN, art. 8-10 CC, n° 62 ; BK-KUMMER, art. 8 CC, n° 317 ; BK-WALTER, art. 8 CC, n° 387.

¹³⁶⁸ ATF 135 V 39 [fr], consid. 6.2 ; ATF 133 III 81 [fr], consid. 4.2.2 ; ATF 131 II 169 [fr], consid. 9.1 ; ATF 115 II 305 [de], trad. et rés. JdT 1990 I p. 90 ; ATF 97 V 115 [fr], consid. 2b ; GRONER, p. 96 ; SHK-HAUSHEER/JAUN, art. 8-10 CC, n°s 62, 68-69 ; BK-KUMMER, art. 8 CC, n°s 337-338 ; STEINAUER, *TDP*, n° 647 ; BK-WALTER, art. 8 CC, n°s 415-419.

¹³⁶⁹ ATF 129 II 18 [de], consid. 8.3.1 ; ATF 102 II 70 [fr], consid. 3 ; ATF 97 V 115 [fr], consid. 2b ; ATF 90 II 170 [de], consid. 3 ; FORSTMOSER/VOGT, § 6 n°s 164, 166, 169 ; SHK-HAUSHEER/JAUN, art. 8-10 CC, n°s 63, 73 ; BK-KUMMER, art. 8 CC, n° 344 ; CR-PIOTET, art. 8 CC, n° 42 ; STEINAUER, *TDP*, n° 659 ; BK-WALTER, art. 8 CC, n° 438.

essentiels et aux points subjectivement essentiels¹³⁷⁰. Pour une autre partie de la doctrine, les « points essentiels » au sens de l'art. 2 al. 1 CO ne signifient que « points objectivement essentiels »¹³⁷¹. Le Tribunal fédéral semble avoir d'abord suivi la première opinion¹³⁷², avant de se rattacher à la seconde¹³⁷³.

938 **Discussion** Comme le fait justement remarquer le second groupe d'auteurs, on ne peut pas comprendre l'expression « points essentiels » comme signifiant également « points subjectivement essentiels », car démontrer le fait probant de la présomption de l'art. 2 al. 1 CO reviendrait alors déjà à démontrer les volontés de conclure le contrat eu égard à son objet, et la présomption posée par le texte légal serait alors dénuée de sens¹³⁷⁴. Les termes « points essentiels » dans l'art. 2 al. 1 CO ne peuvent donc qu'être compris dans un sens objectif.

939 **Rapport avec les approches discutées** Les deux approches de l'étendue minimale de l'accord ici étudiées sont compatibles avec ce constat. Dans l'approche 1, le sens de l'expression « sur tous les points essentiels » est objectif, puisqu'on la comprend comme « sur tous les points [objectivement] essentiels » (« *über alle [objektiv] wesentlichen Punkte* » ; « *su tutti i punti [oggettivamente] essenziali* »), ce qui renvoie à l'une des différentes définitions des points objectivement essentiels. Dans l'approche 2, on lit également l'expression « sur tous les points essentiels » figurant à l'art. 2 al. 1 CO dans un sens objectif, puisqu'elle signifie alors « sur tous les points [habituellement considérés comme] essentiels » (« *über alle [gewöhnlich] wesentlichen Punkte* » ; « *su tutti i punti [di solito ritenuti] essenziali* »), ce qui renvoie à l'ensemble des définitions des points objectivement essentiels¹³⁷⁵.

1370 BK-BECKER, art. 2 CO, n° 4 ; BÉGUELIN, p. 5 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 219-220 ; KELLER, *Vorbehalt*, p. 100 ; MERZ, *Vertrag*, n° 179.

1371 BUCHER, *AT*, pp. 118-120 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 995, 997 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 39 ; KOLLER, *AT*, § 6 n° 23 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, nos 10-11.

1372 ATF 110 II 287 *Winiker c. Eng* [de], consid. 2b, trad. *JdT* 1985 I p. 146 ; ATF 103 II 190 *Volodia* [fr], consid. 2 ; ATF 54 II 300 *Bär c. Burstein* [de], consid. 1, trad. *JdT* 1929 I p. 66.

1373 Arrêt TF n. publ. 4A_80/2013 (30.07.2013) [de], consid. 3.3 ; ATF 135 III 295 [fr], consid. 3.3 ; ATF 118 II 32 [de], consid. 3d, trad. *JdT* 1993 I p. 387.

1374 ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 39.

1375 *Supra* nos 774 ss.

(ii) Rapport avec l'exigence spécifique posée par l'approche 1

Lecture a contrario Peut-on déduire de ce sens objectif des termes « points essentiels » (art. 2 al. 1 CO) l'exigence spécifique posée par l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, à savoir l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels ? 940

Dans sa lettre, l'art. 2 al. 1 CO décrit ce qu'il se passe « si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels ». *A contrario*, cette norme indique que si les parties ne se sont pas mises d'accord sur tous les points objectivement essentiels (approche 1) ou habituellement considérés comme essentiels (approche 2), le contrat n'est pas *réputé* conclu. Cela ne signifie alors pas que le contrat ne pourrait pas exister sans un accord sur tous les points objectivement essentiels, mais simplement que la présomption posée à l'art. 2 al. 1 CO ne s'applique pas si son fait probant n'est pas réalisé. Ainsi, la lettre de l'art. 2 al. 1 CO n'implique pas l'exigence spécifique posée par l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord¹³⁷⁶ : elle n'interdit pas de passer un contrat portant sur moins que tous les points objectivement essentiels. 941

b) Les termes « même lors que des points secondaires ont été réservés »

La réserve uniquement ? La présomption de l'art. 2 al. 1 CO s'applique-t-elle uniquement s'il y a eu réserve sur un point secondaire (version allemande de l'art. 2 al. 1 CO), ou peut-elle s'appliquer plus généralement à tout type d'absence d'accord sur des points secondaires (versions italienne et française de l'art. 2 al. 1 CO) ? Jurisprudence et doctrine adoptent désormais le second point de vue¹³⁷⁷, qui correspond également aux approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord. À cet égard, les approches 1 et 2 sont donc toutes deux compatibles avec le texte légal. 942

Le sens des termes « points secondaires » Comment comprendre les termes « points secondaires » figurant à l'art. 2 al. 1 CO ? Tout dépend de la 943

¹³⁷⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 331, considèrent ainsi que l'exigence d'un accord au moins sur tous les points objectivement essentiels n'est pas prévue à l'art. 2 al. 1 CO (dans le même sens : ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 61), bien qu'elle soit selon eux « évidemment présumposée » (tr. pers.) par ce même alinéa.

¹³⁷⁷ *Supra* n^{os} 267 ss.

fonction que l'on attribue aux termes « même lors que des points secondaires ont été réservés » (« *der Vorbehalt von Nebenpunkten [...]* » ; « *nonostante le riserve circa alcuni punti secondari* ») :

- 944 1. La première possibilité consiste à voir dans ces termes une précision par rapport au fait probant de l'art. 2 al. 1 CO : même si des « points secondaires » n'ont pas fait l'objet d'un accord, cela n'empêche pas la présomption de fonctionner.
- 945 (a) Dans l'approche 1, on lit alors « même lors que des points [objectivement] secondaires ont été réservés » (« *der Vorbehalt von [objektiv] Nebenpunkten [...]* » ; « *nonostante le riserve circa alcuni punti [oggettivamente] secondari* »).
- 946 (b) Dans l'approche 2, on lit alors « même lors que des points [habituellement considérés comme] secondaires ont été réservés » (« *der Vorbehalt von [objektiv (gewöhnlich)] Nebenpunkten [...]* » ; « *nonostante le riserve circa alcuni punti [di solito ritenuti] secondari* »).
- 947 2. La seconde possibilité consiste à attribuer à ces termes la fonction plus générale d'un rappel de l'étendue minimale de l'accord : seules l'absence d'accord (en général) ou la réserve (en particulier) à propos des « points secondaires » n'affectent pas l'existence du contrat.
- 948 (a) Dans l'approche 1, on lit alors « même lors que des points [objectivement et subjectivement] secondaires ont été réservés » (« *der Vorbehalt von [objektiv und subjektiv] Nebenpunkten [...]* » ; « *nonostante le riserve circa alcuni punti [oggettivamente e soggettivamente] secondari* »).
- 949 (b) Dans l'approche 2, on lit alors « même lors que des points [subjectivement] secondaires ont été réservés » (« *der Vorbehalt von [subjektiv] Nebenpunkten [...]* » ; « *nonostante le riserve circa alcuni punti [soggettivamente] secondari* »).
- 950 Ainsi, les deux approches discutées de l'étendue minimale de l'accord sont compatibles avec les termes « points secondaires » figurant à l'art. 2 al. 1 CO, et ce quelle que soit la fonction qui leur est attribuée.

B. Fait présumé

Variation dans la version allemande L'art. 2 al. 1 CO évoque, comme fait présumé, la conclusion du contrat (« le contrat est réputé conclu » ; « *die Verbindlichkeit des Vertrages* » ; « *il contratto si presume obbligatorio* »). La tournure de phrase employée dans la version allemande est ouverte, car elle pourrait aussi signifier qu'est seulement présumé le fait que la conclusion du contrat ne soit pas empêchée par la réserve d'un point secondaire (« [...] *so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle* »), sans spécifiquement dire si le contrat est positivement présumé conclu. Jurisprudence et doctrine ne semblent pas s'attacher, sur ce point, à la version allemande de l'art. 2 al. 1 CO¹³⁷⁸, que l'on pourrait rapprocher ainsi de ses versions française et italienne : « [...] *so wird vermutet, [dass der Vertrag verbindlich ist, und insbesondere,] dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle* ». Les approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord s'inscrivent dans cette lecture du fait présumé dans l'art. 2 al. 1 CO. 951

Conclusion du contrat ou volonté de le conclure ? La lettre de l'art. 2 al. 1 CO semble indiquer que le fait présumé serait directement la conclusion du contrat (version française), ou son caractère obligatoire (versions italienne et allemande), ce qui revient au même. Comme le relèvent certains auteurs¹³⁷⁹, le fait présumé est plus précisément la volonté des parties d'être liées (eu égard à l'objet du contrat), c'est-à-dire l'une des conditions de la conclusion du contrat, mais pas la totalité d'entre elles. D'autres modalités de la volonté de conclure (forme, temps, lieu, etc.) peuvent également être pertinentes, or l'art. 2 al. 1 CO ne les concerne pas, ce que rappelle en particulier l'art. 2 al. 3 CO en réservant la volonté d'être lié eu égard à la forme du contrat¹³⁸⁰. Cette lecture du fait présumé de l'art. 2 al. 1 CO est identique dans les approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord. 952

1378 *Supra* n° note 1366.

1379 ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 24 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n° 1 ; relevant que l'art. 2 al. 1 CO pose la présomption d'un fait et non d'un droit : BK-WALTER, art. 8 CC, n° 403.

1380 *Supra* n°s 167 ss.

C. Renversement de la présomption

- 953 **En général** La lettre de l'art. 2 al. 1 CO n'évoque pas la possibilité de renverser la présomption que les parties avaient la volonté d'être liées. Cette possibilité est toutefois admise par la jurisprudence et la doctrine¹³⁸¹ ; on peut la rattacher au mot « volonté » (art. 1 al. 1 CO) qui implique que le contrat n'est pas conclu tant qu'un accord n'a pas été trouvé sur tous les points subjectivement essentiels pour l'une ou l'autre des parties¹³⁸². Face à la partie qui invoque la présomption de l'art. 2 al. 1 CO, l'autre partie peut tenter d'apporter¹³⁸³ :
- 954 – La contre-preuve, c'est-à-dire la preuve qu'un accord n'a pas été trouvé sur tous les points objectivement essentiels (approche 1) ou sur tous les points habituellement considérés comme essentiels (approche 2).
- 955 – La preuve du contraire, c'est-à-dire la preuve que malgré un accord sur tous les points objectivement essentiels (approche 1) ou sur tous les points habituellement considérés comme essentiels (approche 2), certains points objectivement secondaires (approche 1) ou habituellement considérés comme secondaires (approche 2) étaient subjectivement essentiels et qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un accord.
- 956 Ainsi, les approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord ne sont pas différentes s'agissant de la possibilité de renverser la présomption posée à l'art. 2 al. 1 CO.
- 957 **Spécificité de l'approche 2** Contrairement à l'approche 1, l'approche 2 permet à la partie qui veut prouver les volontés des parties d'être liées (fait présumé de l'art. 2 al. 1 CO) de démontrer celles-ci sans passer par la preuve d'un accord sur tous les points habituellement considérés comme essentiels (fait probant de l'art. 2 al. 1 CO). En termes de répartition du fardeau de la preuve, cette hypothèse ne change rien par rapport à la répartition opérée par la présomption de l'art. 2 al. 1 CO¹³⁸⁴ : si la partie qui invoque le contrat doit démontrer son existence (art. 8 CC), c'est à l'autre partie qu'il appartient

1381 ATF 118 II 32 [de], consid. 3d, trad. JdT 1993 I p. 387 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 343 ; ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 25 ; BK-KRAMER, art. 2 CO, n°s 11-12.

1382 *Supra* n°s 927 s.

1383 Sur ces deux types de preuves, cf. *supra* n° 936.

1384 Sur le lien entre présomptions et répartition du fardeau de la preuve, cf. notamment BK-KUMMER, art. 8 CC, n°s 333-336 ; STEINAUER, *TDP*, n° 649 ; BK-WALTER, art. 8 CC, n°s 391, 408 ss.

de prouver l'absence d'accord quant à au moins un point qui était pour elle subjectivement essentiel, puisqu'il s'agit d'un fait dirimant¹³⁸⁵.

III. Art. 2 al. 2 CO

L'art. 2 al. 2 CO ne concerne que le complètement du contrat¹³⁸⁶. Les deux ap- 958
proches discutées de l'étendue minimale de l'accord sont compatibles avec la lettre de cet alinéa. Dans l'approche 1, les termes « points secondaires » y sont compris comme signifiant « points [objectivement et subjectivement] secondaires » (« *[objektiv und subjektiv] Nebenpunkte* » ; « *punti [oggettivamente e soggettivamente] secondari* »), tandis que dans l'approche 2, les « points secondaires » ne renvoient qu'aux « points [subjectivement] secondaires » (« *[subjektiv] Nebenpunkte* » ; « *punti [soggettivamente] secondari* »)¹³⁸⁷.

IV. Conclusion

De façon générale, les deux approches de l'étendue minimale de l'accord sont 959
compatibles avec le texte légal. Rien n'y impose l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat soit conclu, mais rien ne l'interdit non plus.

Les deux approches ont en commun d'exiger un accord sur tous les points 960
subjectivement essentiels. Cette exigence trouve un appui assez clair dans la loi, puisqu'elle découle du terme « volonté » (art. 1 al. 1 CO)¹³⁸⁸. Toutefois, l'approche 1 implique une exigence supplémentaire par rapport à cette exigence commune, puisqu'elle requiert que les parties doivent s'être entendues sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat puisse être conclu. Or cette exigence supplémentaire ne trouve pas d'appui dans le texte légal¹³⁸⁹. Par conséquent, l'approche 1 revient à insérer, quelque part dans le texte des art. 1 ou 2 CO¹³⁹⁰, une exigence qui n'y figure pas. Sur le plan

1385 ATF 128 III 271 [de], consid. 2a/aa, trad. JdT 2003 I p. 606 ; BK-KUMMER, art. 8 CC, n^{os} 164 ss ; STEINAUER, TDP, n^{os} 697, 707-710 ; BK-WALTER, art. 8 CC, n^{os} 288 ss.

1386 Sur l'art. 2 al. 2 CO dans ce contexte, cf. *supra* n^{os} 317 ss.

1387 Sur le champ d'application du complètement dans l'approche 2, cf. *supra* n^o 727.

1388 *Supra* n^{os} 927 s.

1389 *Supra* n^o 935 et 940 s..

1390 La jurisprudence et la doctrine sont flottantes à cet égard, cf. *supra* n^o 925.

de l'interprétation littérale, l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord est donc préférable à l'approche 1.

§ 2. Interprétation historique

I. Généralités

- 961 **But et cadre d'analyse** Cette section a pour but principal d'examiner quelle était la conception historique du législateur quant à l'étendue minimale de l'accord (art. 1 et 2 CO). À titre complémentaire, nous examinerons quelques hypothèses quant aux origines de l'exigence spécifique posée par l'approche 1, à savoir l'accord sur tous les points objectivement essentiels¹³⁹¹.
- 962 Parmi les trois groupes de définitions concurrentes des points objectivement essentiels, les définitions structurelles et fonctionnelle sont relativement récentes¹³⁹². La définition typologique (reposant sur la notion d'*essentialia negotii*)¹³⁹³ sera donc ici au centre de l'attention.
- 963 **Rôle de l'interprétation historique** L'interprétation historique fait partie des méthodes classiques d'interprétation de la loi (art. 1 al. 1 CC)¹³⁹⁴. Cependant : **a)** Dans la pratique du Tribunal fédéral, l'interprétation historique n'est jamais à elle seule déterminante, mais sert plutôt de moyen d'interprétation complémentaire¹³⁹⁵. **b)** La volonté « du » législateur est composée d'une multitude de déclarations individuelles, qu'il faut pondérer et apprécier afin d'en dégager les « tendances générales »¹³⁹⁶. **c)** Plus la loi est ancienne, plus l'interprétation historique tend à perdre de l'importance par rapport aux autres

1391 Sur cette exigence, cf. *supra* n° 845.

1392 Sur ces définitions, cf. *supra* n°s 626 ss et 695 ss.

1393 Sur cette définition, cf. *supra* n°s 453 ss.

1394 *Supra* n° 49.

1395 L'interprétation « historique subjective » est ainsi rejetée en droit suisse (ATF 137 V 90 [de], consid. 5.2; ATF 134 IV 297 [de], consid. 4.3.1, trad. JdT 2010 IV p. 13; ATF 118 II 307 [fr], consid. 3a; ZK-DÜRR, art. 1 CC, n°s 135, 146; ZK-EGGER, art. 1 CC, n°s 15-16; BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, art. 1 CC, n°s 168, 309; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n°s 168-173; STEINAUER, *TDP*, n° 317). Pour un exposé des débats doctrinaux relatifs au rôle de l'interprétation historique : BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, art. 1 CC, n°s 166-176; STEINAUER, *TDP*, n°s 317-319.

1396 STEINAUER, *TDP*, n°s 299-300; cf. aussi BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, art. 1 CC, n°s 310-312.

méthodes d'interprétation¹³⁹⁷. **d)** Plus les travaux préparatoires et autres éléments d'interprétation historiques sont anciens par rapport à la date d'adoption de la loi, plus ils perdent en importance¹³⁹⁸ ; moins ils ont trouvé une expression claire dans la loi, plus leur poids diminue également¹³⁹⁹.

II. Conception historiquement voulue par le législateur

A. Évolution du texte légal et travaux préparatoires

Origine de la norme actuelle Le texte de l'art. 2 CO, adopté en 1911, est très proche de celui de l'art. 1017 (2) des projets de 1909 et 1905, lui-même issu de l'art. 2 aCO. Le texte de l'art. 2 aCO émane directement du Projet élaboré en 1879. Dans sa substance, et malgré diverses modifications formelles, l'actuel art. 2 CO date donc du Projet de 1879, dont l'art. 2 disposait :

964

Art. 2 pCO-1879

965

¹ Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, elles sont présumées avoir voulu s'obliger définitivement, lors même qu'elles auraient réservé des points secondaires.

¹ *Haben sich die Kontrahenten über alle wesentlichen Punkte vereinbart, so wird vermuthet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern sollte.*

² Dans ce cas, si aucun accord n'intervient sur ces points secondaires, le juge prononce, d'après la nature de l'acte.

² *Kommt über diese Nebenpunkte eine Vereinbarung nicht zu Stande, so hat der Richter über dieselben nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden.*

³ Sont réservées les dispositions des articles 9 et suivants concernant la forme des contrats.

³ *Vorbehalten bleiben die Formvorschriften der Artikel 9 u. folg.*

¹³⁹⁷ ATF 118 II 307 [fr], consid. 3a ; ATF 116 II 525 [de], consid. 2b, trad. JdT 1991 I p. 367 ; ATF 114 Ia 191 [de], consid. 3b/bb, trad. JdT 1989 I p. 88 ; ZK-DÜRR, art. 1 CC, n^{os} 157-158 ; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, art. 1 CC, n^o 313 ; SHK-HAUSHEER/JAUN, art. 1 CC, n^o 150.

¹³⁹⁸ STEINAUER, *TDP*, n^o 300.

¹³⁹⁹ ATF 134 IV 297 [de], consid. 4.3.1, trad. JdT 2010 IV p. 13 ; ATF 124 II 193 [de], consid. 5c, trad. JdT 1998 I p. 656 ; SHK-HAUSHEER/JAUN, art. 1 CC, n^o 148 ; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n^o 217 ; STEINAUER, *TDP*, n^o 300.

966 **Travaux préparatoires** Cette norme n'a pas été discutée par l'Assemblée fédérale lors de l'adoption de l'actuel CO¹⁴⁰⁰ ; quant à l'aCO, le Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale n'existait pas encore en 1881. Cette disposition n'a pas non plus été spécialement commentée par le Conseil fédéral dans ses Messages accompagnant les projets de 1909, 1905 et 1879¹⁴⁰¹. Les Commissions d'experts ayant siégé en 1904 et 1908-1909 n'ont procédé qu'à des modifications formelles de l'art. 2 aCO, sans se prononcer sur son sens¹⁴⁰². Le projet d'adaptation du Code des obligations de 1881 au Code civil élaboré par Eugen HUBER en 1904 prévoyait : « *Zum Abschlusse eines Vertrages ist die Einigung der Vertragschließenden über seinen wesentlichen Inhalt erforderlich.* » (art. 1020 (1) al. 1 pCO-1904). La portée de cette proposition n'est pas connue : renvoyait-elle à la nécessité d'un accord sur tous les points objectivement et subjectivement essentiels (approche 1) ou subjectivement essentiels (approche 2) ? Dans tous les cas, elle n'a pas trouvé d'expression dans le Projet de 1905¹⁴⁰³, et n'a pas été discutée par la Commission d'experts de 1904¹⁴⁰⁴.

967 **Projets antérieurs : a) Projets de 1875-1877** L'art. 2 pCO-1879 contenait des modifications importantes par rapport au Projet de 1877, qui résultaient notamment des critiques formulées par VOGT et VON WYSS¹⁴⁰⁵. Les art. 50-52 pCO-1877 (correspondant aux art. 50-52 pCO-1875) étaient ainsi libellés :

968 **Art. 50 pCO-1877**

Haben die Kontrahenten nicht über sämtliche Punkte des abzuschliessenden Vertrages ihren übereinstimmenden Willen erklärt, so wird vermuthet, dass noch keine bindende Erklärung beabsichtigt war.

969 **Art. 51 pCO-1877**

¹ *Ist eine Aufzeichnung über die wesentlichen Punkte von den Kontrahenten unterschrieben, oder ist im Einverständniss beider Kontrahenten*

1400 Cf. notamment BOCE 1910 pp. 157 ss, pp. 160-164 ; BOCN 1909 pp. 459 ss, pp. 465-487.

1401 FF 1909 III pp. 747 ss, pp. 754-755 ; FF 1905 II pp. 1 ss, pp. 10-12 ; FF 1880 I pp. 115 ss, p. 142, où l'art. 2 pCO-1879 n'est mentionné qu'en relation avec les art. 1 et 9 pCO-1879 (cf. les actuels art. 1 al. 2 et 11 al. 1 CO) pour exprimer qu'aucune forme n'est nécessaire lors de la conclusion du contrat.

1402 Protokoll Expertenkommission 1908-1909, 1. Sitzung, 4. Mai 1908, p. 2 ; Protokoll Expertenkommission 1904, 6. Sitzung, 22. Sept. 1904, pp. 26-27 ; dans ce sens, cf. aussi KELLER, *Vorbehalt*, pp. 9-10.

1403 Faisant le même constat : BUCHER, *Preisvereinbarung*, p. 374.

1404 Protokoll Expertenkommission 1904, 6. Sitzung, 22. Sept. 1904, pp. 26-27.

1405 VOGT, pp. 113-118 ; VON WYSS, pp. 37-38, 97 ; sur l'influence de ces travaux dans le processus législatif : ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, *Intr. gén. CO*, n° 2.

mit der Ausführung des Vertrages begonnen worden, so ist mit Vorbehalt des Art. 52 schon die vorläufige Verabredung verbindlich.

² *Kommt dann in Betreff der noch unbestimmt gelassenen Punkte eine Vereinbarung nicht zu Stande, so bestimmt der Richter dieselben nach der Natur des Geschäfts.*

Art. 52 pCO-1877

970

Wenn die Gültigkeit eines Vertrages von einer besondern Form abhängt, so ist eine vorläufige Verabredung, für welche diese Form nicht beobachtet worden ist, unverbindlich.

Projets antérieurs : b) Projets de 1869-1871 Ces normes sont directement tirées des art. 53-54 pCO-1871, qui disposaient : 971

Art. 53 pCO-1871

972

¹ *Haben die Kontrahenten nicht über sämtliche Punkte des abzuschließenden Vertrages ihren übereinstimmenden Willen erklärt, so wird im Zweifel angenommen, es sei noch keine bindende Erklärung vorhanden.*

² *Ist dagegen eine Aufzeichnung über die wesentlichen Punkte von den Kontrahenten unterschrieben, oder ist im Einverständniss beider Kontrahenten mit der Ausführung des Vertrages begonnen worden, so ist unter Vorbehalt des Art. 54 schon die vorläufige Verabredung verbindlich.*

³ *Kommt dann in Betreff der noch unbestimmt gelassenen Punkte eine Vereinbarung nicht zu Stande, so bestimmt der Richter dieselben nach der Natur des Geschäfts.*

Art. 54 pCO-1871

973

Wenn die Gültigkeit eines Vertrages von einer besondern Form abhängt, so ist eine vorläufige Verabredung, für welche diese Form nicht beobachtet worden ist, unverbindlich.

Les §§ 32-33 pCO-1869 étaient proches de ces dispositions, à la nuance près que le § 32 pCO-1869 ne mentionnait pas le début d'exécution du contrat. 974

975 **Dresdner Entwurf** L'art. 82 du *Dresdner Entwurf* de 1866¹⁴⁰⁶ prévoyait :

976 **Art. 82 D. Entw.**

Haben die Vertragschließenden, nach erfolgter Vereinbarung über die nach dem Gesetze zum Wesen des Vertrages gehörigen Punkte, zur Feststellung dieser Vereinbarung eine vorläufige Aufzeichnung derselben unterschrieben (Punctation) und nur Nebenpunkte künftiger Vereinbarung überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Punctation schon an sich einen bindenden Vertrag enthalten und in Betreff der Nebenpunkte, wenn bezüglich ihrer eine Vereinbarung nachträglich nicht zu Stande kommt, die Natur des Vertrages entscheiden soll. Ist jedoch die Giltigkeit des Vertrages von einer besonderen Form abhängig, so ist eine Formlose vorläufige Aufzeichnung nur als eine vorbereitende Verhandlung zu einem Verträge (Tractat) zu betrachten.

977 Cette norme semble avoir exercé une influence sur les §§ 32-33 pCO-1869, dont l'empreinte est passée, par les art. 53-54 pCO-1871, 50-52 pCO-1877 et 50-52 pCO-1877, jusqu'à l'art. 2 CO. On y trouve déjà notamment la référence à la « nature de l'affaire » en matière de complètement (art. 2 al. 2 CO) ainsi qu'une réserve des règles de forme (art. 2 al. 3 CO).

B. Discussion

a) Problématique

978 Le débat s'oriente donc sur la mention « *nach erfolgter Vereinbarung über die nach dem Gesetze zum Wesen des Vertrages gehörigen Punkte* » (art. 82 D. Entw.). Cette expression fut introduite en relation avec l'art. 52 D. Entw.¹⁴⁰⁷, qui postule expressément l'exigence d'un accord sur les points objectivement essentiels et sur tous les points subjectivement essentiels¹⁴⁰⁸ :

¹⁴⁰⁶ De manière générale, dans l'élaboration des premiers projets du Code, MUNZINGER a été influencé par le *Dresdner Entwurf* ainsi que par les législations cantonales alors en vigueur, dont en particulier les codes civils vaudois et zurichois (FF 1880 I pp. 115 ss, pp. 130-131 ; MERZ, *OR von 1881*, pp. 7-13 ; quant à l'influence du *Dresdner Entwurf* sur la codification suisse, cf. en particulier BENÖHR, pp. 57 ss).

¹⁴⁰⁷ Protocolle D. Entw., 20. Sitzung, 9. März 1863, pp. 191-192.

¹⁴⁰⁸ Cf. aussi *Ibid.*, 19. Sitzung, 7. März 1863, p. 187.

Art. 52 D. Entw.

979

Der Vertrag ist, falls nicht eine besondere Form für dessen Giltigkeit erfordert wird, geschlossen, wenn die Vertragsschließenden über die nach dem Gesetze zum Wesen des Vertrages gehörigen und über die nach ihrer gegenseitig erklärten Absicht zu vereinbarenden Punkte ihren übereinstimmenden Willen gegenseitig erklärt haben.

Si le législateur suisse s'est inspiré de la solution de l'art. 82 D. Entw. dans la rédaction des normes préfigurant l'art. 2 aCO, a-t-il voulu également reprendre la conception de l'art. 52 D. Entw. et ainsi considérer que le contrat devait porter sur tous les *essentialia negotii* pour être conclu ?

980

b) Rapport avec les Projets de 1863-1879

Absence dans le texte La formule « *über die nach dem Gesetze zum Wesen des Vertrages gehörigen [...] Punkte* » n'apparaît pas dans les textes des divers projets suisses. Cela constitue un indice en faveur de l'idée que la conception de l'art. 52 D. Entw. n'a pas passé dans la législation suisse¹⁴⁰⁹. Toutefois, cet indice ne peut pas être déterminant. On sait que MUNZINGER a volontairement simplifié le langage du *Dresdner Entwurf* lorsqu'il s'en est inspiré, afin d'aboutir à un code populaire et limité au nécessaire¹⁴¹⁰ ; il aurait ainsi pu considérer que le principe posé à l'art. 52 D. Entw. était « évident » et que sa reprise textuelle était donc superflue¹⁴¹¹.

981

Exécution Dans les art. 53 al. 2 pCO-1871, 51 al. 1 pCO-1875 et 51 al. 1 pCO-1877, on trouve la précision « *oder ist im Einverständnis beider Kontrahenten mit der Ausführung des Vertrages begonnen worden* ». Cette hypothèse indiquant la conclusion du contrat est mentionnée à titre *alternatif* à un accord sur les *essentialia negotii*, ce qui indique que celui-ci n'était pas considéré comme absolument nécessaire à la perfection du contrat. Cela s'inscrit dans

982

¹⁴⁰⁹ Cet élément n'a ainsi pas trouvé « d'expression claire » dans la loi ; sur cette exigence dans l'interprétation historique, cf. *supra* n° 963.

¹⁴¹⁰ FF 1880 I pp. 115 ss, p. 130.

¹⁴¹¹ À ce sujet, cf. *infra* n°s 990 ss.

la même logique que le courant d'opinions voulant qu'en cas de contrat déjà exécuté, le juge pourrait le compléter sur des *essentialia negotii*¹⁴¹².

- 983 Cela montre que la fonction rattachée par MUNZINGER aux normes préfigurant l'art. 2 aCO n'était pas la définition d'une étendue minimale rigide de l'accord, mais plutôt une fonction de délimitation entre le contrat et les actes non-liants (*Punktationen, Traktate*) grâce à l'interprétation de la volonté de conclure¹⁴¹³.
- 984 **Modifications de 1877-1879** Cette analyse se confirme si l'on s'intéresse à la modification qu'a connue la norme entre les projets de 1877 (art. 50-52 pCO-1877) et de 1879 (art. 2 pCO-1879). VON WYSS, dont l'influence sur cette modification a été déterminante¹⁴¹⁴, a précisément déclaré que cette norme réglait « *die Frage, wo zwischen den (unverbindlichen) Traktaten und dem verbindlichen Verträge die Grenze liege* »¹⁴¹⁵. La modification proposée par VON WYSS touchait uniquement à l'étendue du fait probant : un accord sur les points essentiels indique en général déjà que les parties ont voulu se lier ; il n'est à cet égard pas nécessaire qu'un accord soit intervenu sur tous les points pour présumer la volonté de conclure¹⁴¹⁶. L'exigence absolue d'un accord sur les points objectivement essentiels typologiques (*essentialia negotii*) pour que le contrat existe n'est pas plus évoquée que dans les projets précédents.
- 985 La note marginale de l'actuel art. 2 CO va dans le même sens : elle montre que cette disposition, dans l'esprit du législateur, avait uniquement pour but de préciser le rôle joué par les points secondaires dans la conclusion du contrat (note marginale de l'art. 2 CO : « Points secondaires réservés » ; « *Betreffend Nebenspunkte* » ; « *Punti secondari* »), à savoir le fait qu'ils n'empêchent pas celle-ci, et non de poser une interdiction générale de conclure sur moins que les points objectivement essentiels (comparer la note marginale de l'art. 1 CO : « Conditions générales » ; « *Im Allgemeinen* » ; « *In genere* »).

1412 *Supra* nos 275 ss.

1413 Prendre appui sur l'exécution du contrat pour en déduire la volonté d'être lié est d'ailleurs une démarche courante en matière d'interprétation de la volonté (*supra* n° 89).

1414 Comparer en particulier la proposition de VON WYSS, p. 97, et l'art. 2 pCO-1879, qui correspondent presque totalement ; quant à l'influence de VON WYSS, cf. en outre KELLER, *Vorbehalt*, pp. 6-7 ; ainsi que EUGSTER, p. 85.

1415 VON WYSS, p. 37. Chez VOGT, pp. 113-118, qui a également critiqué le Projet de 1877, toute la discussion tourne aussi autour de la délimitation entre contrat et actes préparatoires, en lien avec la volonté réelle des parties d'être liées.

1416 VON WYSS, pp. 37-38.

Projets de 1863-1864 La notion de points essentiels existait déjà dans les projets antérieurs au *Dresdner Entwurf*. L'art. 207 al. 1 pCO-1864 prévoyait à cet égard¹⁴¹⁷ :

Art. 207 al. 1 pCO-1864

¹ Entre parties non présentes dans le même lieu, l'offre qui détermine les conditions essentielles du contrat, lie celui qui l'a formulée, dès le moment où elle est parvenue à l'autre partie.

¹ *Bei einem unter Entfernten gestellten Antrage, welcher alle wesentlichen Bestandtheile des Vertrages bestimmt, ist der Antragsteller gebunden, sobald der Antrag dem andern Kontrahenten zugekommen ist.*

Le centre de gravité de cette disposition était l'interprétation de la volonté de conclure dans le contexte de l'offre entre absents¹⁴¹⁸ ; comme par la suite, le fait que l'offre contienne « les conditions essentielles du contrat » semble avoir été un critère indiquant la volonté de l'offrant d'être lié dans ce contexte précis, et non une exigence absolue et générale¹⁴¹⁹. L'expression « qui détermine les conditions essentielles du contrat » provient directement du § 906 al. 2 CC-ZH¹⁴²⁰ ; or le commentaire de BLUNTSCHLI indique aussi que cette disposition visait l'interprétation de la volonté de conclure dans le contexte particulier de l'offre commerciale entre absents¹⁴²¹.

Conclusion Dans les sources suisses préfigurant l'art. 2 aCO – qu'elles soient postérieures ou antérieures au *Dresdner Entwurf* –, il ne semble pas que l'on ait considéré l'accord sur tous les *essentialia negotii* comme une condition absolument nécessaire à l'existence du contrat.

1417 Cette disposition est très proche du § 158 al. 2 pCO-1863, qui n'était toutefois conçu que pour s'appliquer aux commerçants (« *Im kaufmännischen Verkehr [...]* »).

1418 MUNZINGER, *Motive*, pp. 197-198.

1419 *Ibid.*, pp. 197-198, n'évoque pas cette exigence.

1420 MUNZINGER, *Motive*, p. 198 ; cf. aussi STAEHELIN, p. 48.

1421 BLUNTSCHLI, § 906 CC-ZH, n° 2.

c) L'exigence d'un accord sur les *essentialia negotii* n'est pas une « évidence » historique

990 **En général** On ne peut d'ailleurs considérer que cette exigence aurait été une « évidence » historique – ce qui est parfois affirmé à propos du droit positif¹⁴²² – de sorte que sa mention aurait été superflue. On constate en effet la variété des opinions historiques à ce sujet.

(i) Opinions similaires à l'art. 52 D. Entw

991 L'opinion selon laquelle le contrat doit nécessairement porter sur les *essentialia negotii* pour être conclu (à l'instar de ce qui était prévu à l'art. 52 D. Entw.) était notamment défendue par certains pandectistes, parmi lesquels ARNDTS, DERNBURG/SOKOLOWSKI, ENDEMANN, VON KELLER, REGELSBERGER, SEUFFERT, SINTENIS, THIBAUT/VON BUCHHOLTZ et WENDT¹⁴²³. Le traité d'HABERSTICH va aussi dans ce sens¹⁴²⁴. Les §§ 1/5/120-126 ALR semblent également avoir été interprétés dans cette direction¹⁴²⁵.

(ii) Opinions contraires

992 **En général** De nombreuses autres sources indiquent au contraire qu'un accord sur les *essentialia negotii* n'était pas considérée comme absolument nécessaire à l'existence du contrat. Ces sources mentionnent souvent les *essentialia negotii*, mais en leur attribuant des fonctions relatives à la qualification, au complètement et à l'interprétation des volontés de s'engager, sans en faire une condition rigide de l'existence du contrat.

993 **Fonction de qualification** WINDSCHEID/KIPP rejettent expressément les opinions similaires à l'art. 52 D. Entw., déclarant que seuls les points subjectivement essentiels doivent faire l'objet d'un accord pour que le contrat soit

¹⁴²² *Supra* n° 732.

¹⁴²³ ARNDTS, § 231 ; DERNBURG/SOKOLOWSKI, I § 81 2 ; ENDEMANN, I § 63 I/1c ; KELLER, *Pandekten*, I § 50 ; REGELSBERGER, § 149 II ; SEUFFERT, I § 73 ; SINTENIS, § 19 II ; THIBAUT/VON BUCHHOLTZ, I § 184, § 370 ; WENDT, § 37.

¹⁴²⁴ HABERSTICH, I, pp. 107, 112.

¹⁴²⁵ BIELITZ, § 1/5/120-126 ALR ; BORNEMANN, II § 138.

conclu ; les *essentialia negotii* ne servent qu'à qualifier le contrat, et non à juger de sa conclusion. Cela est souligné à plusieurs reprises dans le § 85¹⁴²⁶ :

- « Vor allem zu beachten ist, daß die Essentialien nur solche Punkte, welche über die Subsumption des Geschäfts unter eine bestimmte Art von Geschäften entscheiden, nicht solche, von welchen die Gültigkeit des Geschäfts abhängt. Die von Dernburg bürg. R. I § 109, III aufgestellte zweite Kategorie von Essentialien, nämlich Essentialien des besonderen Willens der Parteien, umfasst die Punkte, deren Regelungen nach der Parteiabsicht zum Zustandekommen des Geschäfts erforderlich ist. Hier wird also das Wort Essentialien in ganz anderem Sinne gebraucht. » 994
- « [Die Essentialien sind die] Punkte, welche die Wesenheit gerade dieses Rechtsgeschäfts ausmachen, so daß, wenn sie nicht gewollt wären, ein Rechtsgeschäft dieser Art nicht vorliegen würde [...]. » 995
- « Im BGB sind ebenfalls unter den Bestandteilen des Inhalts eines Rechtsgeschäfts diejenigen zu unterscheiden, von denen die Subsumption des Rechtsgeschäfts unter eine bestimmte Kategorie abhängt (wesentliche Bestandteile) und solche, welche gleichen Einfluss nicht haben (Nebenbestimmungen). » 996

La systématique de l'ouvrage de WINDSCHEID/KIPP confirme cette analyse, 997 puisque les *essentialia negotii* sont évoqués dans la section sur les effets des actes juridiques (§§ 84-100) ; *a contrario*, les sections sur les conditions d'existence de l'acte juridique (§§ 69-83a) ne mentionnent pas d'exigence d'un accord sur les *essentialia negotii* – en particulier, le passage sur le contenu de l'accord (§ 81) ne traite que des vices de l'objet.

Dans le même sens, BEKKER met également l'accent sur la qualification 998 comme fonction des *essentialia negotii* : faute d'accord à leur sujet, le contrat ne peut pas être classé dans le type contractuel en cause¹⁴²⁷. D'autres pandectistes – notamment HÖLDER, VON HOLZSCHUHER, PUCHTA/RUDORFF/SCHIRMER, et déjà VON GLÜCK à la fin du XVIII^e siècle – signalent également que sans accord sur les *essentialia negotii*, soit le contrat n'est pas conclu, soit il ne correspond simplement pas au type contractuel en cause¹⁴²⁸. En France, POTHIER est du même avis : « faute de l'une [des choses qui sont de

1426 WINDSCHEID/KIPP, I § 85.

1427 BEKKER, II § 97 Beil. III.

1428 HÖLDER, § 52 ; VON HOLZSCHUHER, I § 38 14 ; PUCHTA/RUDORFF/SCHIRMER, § 58 ; VON GLÜCK, § 305.

l'essence du contrat], ou il n'y a pas du tout de Contrat, ou c'est une autre espèce de contrat »¹⁴²⁹.

- 999 **Rapport avec les *naturalia negotii* ; fonction de complètement** Cette fonction exclusive ou alternative de qualification attribuée aux *essentialia negotii* prend tout son sens quand l'on considère que cette notion s'oppose aux *naturalia* et *accidentalialia negotii*. Dans ce contexte : **a)** les *essentialia negotii* servent à qualifier le contrat ; **b)** les *naturalia negotii* sont les normes servant à compléter le contrat en fonction du type défini par les *essentialia negotii* ; **c)** les *accidentalialia negotii* sont tout autre élément de l'objet du contrat.
- 1000 Cette distinction tripartite est celle des origines ; elle aurait été établie au Moyen-Âge, notamment par Baldus DE UBALDIS¹⁴³⁰, sur des bases remontant à l'Antiquité, à savoir l'étude du droit privé romain¹⁴³¹ et la logique aristotélicienne¹⁴³², qui distingue **a)** la prédicable essentielle, c'est-à-dire exprimant « l'essentiel de l'essence d'un sujet », **b)** le propre, qui n'appartient qu'à un sujet sans pourtant en exprimer l'essence, **c)** le genre, attribut appartenant simultanément à plusieurs choses différentes et **d)** l'accident, qui appartient au sujet sans être ni essentiel, ni genre¹⁴³³.
- 1001 On comprend ainsi pourquoi certains juristes des siècles suivants évoquent l'accord sur les *essentialia negotii* dans le cadre de ce que l'on appellerait aujourd'hui qualification et/ou complètement du contrat¹⁴³⁴, sans qu'ils n'aient apparemment ressenti le besoin de donner une fonction aux *essentialia negotii* en matière de conclusion du contrat. PUFENDORF déclare ainsi : « Il arrive plus souvent qu'après avoir fait une Convention principale, accompa-

1429 POTHIER, pp. 11-12.

1430 COING, *Aristoteles*, pp. 32-33 ; COING, *Development*, pp. 73-74 ; ZIMMERMANN, p. 234, note n° 27 ; cf. aussi ZK-JÄGGI, art. 2 CO, n° 2.

1431 COING, *Aristoteles*, p. 32, note n° 34, cite le commentaire de Baldus du Digeste 2,14,7,7, n° 1. Sur la distinction entre le concept de « nature » chez les juristes classiques et chez les juristes byzantins : COING, *Development*, pp. 72-73. Cf. aussi BUCHER, AT, p. 118 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 340.

1432 COING, *Aristoteles*, pp. 32-33.

1433 ARISTOTE, *Les Topiques*, Organon, vol. 5, Paris 1967-2007 (traduction par Jacques BRUNSCHWIG), I 5 102 a-b.

1434 Sur la fonction de la distinction pour Baldus DE UBALDIS, cf. COING, *Development*, p. 74.

gnée d'un consentement exprès, la nature de la chose donne lieu de supposer quelque Convention accessoire qui suit tacitement de la première »¹⁴³⁵.

Fonction d'interprétation Comme les projets de la codification fédérale ultérieure¹⁴³⁶, les travaux de SCHNELL (préfigurant notamment sa rédaction du code civil bernois) sont centrés sur la distinction entre le contrat et les actes préparatoires ainsi que sur l'interprétation de la volonté de conclure; les points essentiels du contrats sont mentionnés à titre d'indice dans ce contexte¹⁴³⁷. C'est aussi dans cette perspective d'interprétation de la volonté de conclure que les « *Hauptpunkte* » sont évoqués au § 885 ABGB¹⁴³⁸.

Sources n'évoquant pas les *essentialia negotii* Enfin, dans de nombreuses sources traitant de la conclusion du contrat, la notion d'*essentialia negotii* ne semble pas avoir été évoquée, de sorte qu'elle a dû sembler superflue. En particulier, la définition que donne SAVIGNY du contrat est centrée sur l'échange de manifestations de volonté et sur le fait que le contrat doit avoir un objet¹⁴³⁹, sans que la notion d'*essentialia negotii* ne soit mentionnée¹⁴⁴⁰.

De même, le Code civil bernois ne mentionnait pas l'exigence d'un accord sur les *essentialia negotii*, étant plutôt axé sur la volonté de conclure : « *die Einwilligung ist die wesentliche Bedingung eines Vertrages* » (§ 678 CC-BE).

1435 PUFENDORF, I, p. 428. Dans la même direction, DOMAT, I/III/I, pp. 78-79, distingue « trois sortes d'engagemens dans les conventions. Ceux qui sont exprimez : Ceux qui sont des suites naturelles des conventions : Et ceux qui sont reglez par quelque loy, ou quelque coutume ».

1436 *Supra* n^{os} 981 ss.

1437 SCHNELL, pp. 440-441.

1438 Cf. par exemple Koziol *et alii*-BYDLINSKI, § 885 ABGB, n^o 1; Rummel/Lukas-DULLINGER, § 885 ABGB, n^o 1; Schwimann-KOLMASCH, § 885 ABGB, n^o 2; pour une opinion historique : VON KIRCHSTETTER, § 885 ABGB. Dans le contexte général des §§ 861 ss ABGB, la doctrine autrichienne adopte l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord ((*supra* n^o note 1152)).

1439 SAVIGNY, *System*, III § 140, pp. 308-309. À ce sujet, cf. *supra* n^{os} 932 ss.

1440 SAVIGNY, *System*, III § 140, § 141; SAVIGNY, *Obligationenrecht*, II § 52; faisant le même constat : BUCHER, *Preisvereinbarung*, p. 374.

C. Appréciation globale

- 1005 **Quant à l'approche 1** Ces développements permettent de douter que le législateur suisse ait voulu faire de l'accord sur les points objectivement essentiels une condition d'existence absolue du contrat. Les sources historiques ne confirment en tous les cas pas clairement¹⁴⁴¹ l'exigence spécifique posée par l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord¹⁴⁴². L'interprétation historique parle donc plutôt en défaveur de l'approche 1.
- 1006 **Quant à l'approche 2** Tout au long du processus législatif et s'appuyant sur des sources antérieures, le législateur suisse semble avoir considéré l'accord sur les points objectivement essentiels comme un signe de la volonté de conclure¹⁴⁴³, plutôt que comme une condition absolue de l'existence du contrat. Cela correspond à l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord¹⁴⁴⁴, qui considère les points objectivement essentiels comme un indice dans l'interprétation de la volonté de conclure.

III. Hypothèses quant aux origines de l'exigence spécifique posée par l'approche 1

A. Influences de certains pandectistes sur la jurisprudence et la doctrine suisses ; *Begriffsjurisprudenz* et/ou libéralisme classique ?

- 1007 **Jurisprudence et doctrine** L'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord en Suisse a été développée par la jurisprudence et la doctrine. Elle ne ressort pas du texte légal¹⁴⁴⁵, et il ne semble pas que le législateur ait voulu faire sienne cette conception¹⁴⁴⁶.

1441 Sur l'exigence de clarté dans l'interprétation historique, cf. *supra* n° 963.

1442 Sur l'approche 1, cf. *supra* n°s 716 ss.

1443 *Supra* n°s 774 ss.

1444 *Supra* n°s 723 ss.

1445 *Supra* n°s 925 ss.

1446 *Supra* n°s 964 ss.

Influences pandectistes La jurisprudence et la doctrine suisses ont été influencées par la science juridique allemande, en particulier pendant les premières années de la codification suisse¹⁴⁴⁷. 1008

La conception majoritaire de l'étendue minimale de l'accord semble être le fruit de l'influence combinée de l'art. 52 D. Entw.¹⁴⁴⁸ et des travaux d'une partie des pandectistes¹⁴⁴⁹. 1009

Dans ce mouvement « d'importation » doctrinale, il est intéressant d'observer le rôle joué par VON TUHR, dont l'ouvrage *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, paru en 1925 et réédité à deux reprises, exerce une influence particulière sur le droit suisse des obligations¹⁴⁵⁰. 1010

Entre son article publié en 1896, dans lequel il suivait une approche similaire à l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord¹⁴⁵¹, et son traité de 1925, VON TUHR a apparemment changé d'avis, puisqu'il avait alors adopté l'approche 1. Ce revirement s'explique probablement par l'influence qu'a eue entretemps la rédaction de son traité sur la partie générale du BGB, paru entre 1910 et 1918¹⁴⁵². La solution retenue par VON TUHR dans le § 52/II de son traité allemand repose directement sur le droit commun¹⁴⁵³ et sur des références à un certain nombre de pandectistes¹⁴⁵⁴. 1011

Or le traité allemand de VON TUHR ne reflète pas la diversité des opinions des pandectistes quant au rôle joué par l'accord sur les *essentialia negotii* dans la conclusion du contrat. VON TUHR suit l'opinion du groupe d'auteurs qui s'inscrivent dans la ligne de l'art. 52 D. Entw.¹⁴⁵⁵, et cite ainsi d'autres auteurs 1012

1447 Le Tribunal fédéral avait ainsi l'habitude de citer directement les pandectistes, plutôt que la doctrine suisse (cf. par exemple ATF 31 II 640 [de]; ATF 29 II 114 [de]; ATF 19 p. 921 [de]) alors que celle-ci était pourtant déjà développée (en droit des obligations, cf. par exemple le manuel de HABERSTICH).

1448 *Supra* n^{os} 978 ss.

1449 *Supra* n^o 991.

1450 Faisant ce constat : PICHONNAZ, *Bibliométrie*, pp. 389-390. Pour ne donner qu'un exemple, la définition des *essentialia negotii* énoncée par ENGEL est presque la traduction littérale de celle de VON TUHR (ENGEL, *Obligations*, p. 219; VON TUHR/PETER, § 20 VIII).

1451 *Supra* n^{os} 743 ss.

1452 Pour affirmer la nécessité d'un accord sur les *essentialia negotii* en droit suisse, VON TUHR cite pour seule référence le § 52/II de son traité allemand (VON TUHR/PETER, § 20 VIII).

1453 VON TUHR, *AT BGB*, § 52 II : « *Aus der älteren Doktrin des gemeinen Rechts hat sich folgende, immer noch brauchbare Dreiteilung erhalten* : [suit la distinction entre *essentialia, naturalia* et *accidentalialia negotii*] ».

1454 *Ibid.*, § 52 II.

1455 *Supra* n^o 991.

(WINDSCHEID/KIPP ; BEKKER) sans restituer les nuances de leurs opinions à cet égard.

- 1013 **Begriffsjurisprudenz ?** Chez les défenseurs de l'exigence absolue d'un accord sur les *essentialia negotii* au XIX^e siècle, la justification avancée repose souvent sur les *concepts* postulés par l'ordre juridique. DERNBURG/SOKOLOWSKI parlent ainsi de « *begrifflich wesentlichen Punkte* »¹⁴⁵⁶ ; ENDEMANN évoque les « *Erfordernissen [...], welche als wesentliche (essentialia negotii) von der Rechtsordnung aufgestellt werden* »¹⁴⁵⁷, etc. Les arguments modernes en faveur de la conception actuellement dominante (liberté contractuelle¹⁴⁵⁸, difficulté pour le juge de compléter le contrat sur les points objectivement essentiels¹⁴⁵⁹) n'étaient pas encore mentionnés.
- 1014 Ainsi, la justification avancée à l'époque évoque la *Begriffsjurisprudenz*, courant méthodologique alors en vogue, dont la démarche consistait principalement à élaborer et déduire des concepts juridiques à partir d'autres concepts juridiques, dans un esprit d'abstraction. Si cette démarche a permis l'élaboration de concepts généraux utiles (l'acte juridique, le droit subjectif, etc.), elle est tombée en désuétude à cause de son éloignement de la réalité¹⁴⁶⁰.
- 1015 Dans la doctrine et la jurisprudence suisses, on trouve des traces nettes de ces formulations pandectistes¹⁴⁶¹, qui pourraient dans cette mesure constituer un reliquat quelque peu anachronique de la *Begriffsjurisprudenz*. Du même coup, cela pourrait contribuer à expliquer pourquoi le législateur suisse, dont l'objectif populaire et pragmatique se distingue de la *Begriffsjurisprudenz*¹⁴⁶², ne semble pas avoir fait sienne la conception exprimée à l'art. 52 D. Entw.
- 1016 **Influence du libéralisme classique ?** L'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels, et le refus corollaire d'une intervention du juge étatique à leur égard, semble s'être en particulier affirmée chez certains pandectistes, au cours de la première moitié du XIX^e siècle¹⁴⁶³. Or cette période, parfois qualifiée « d'âge d'or » du libéralisme classique et

1456 DERNBURG/SOKOLOWSKI, I § 81 2 ; dans le même sens : KELLER, *Pandekten*, I § 50.

1457 ENDEMANN, I § 63 I/1c ; cf. aussi Protocole D. Entw., 19. Sitzung, 7. März 1863, p. 187.

1458 *Infra* n^{os} 1035 ss.

1459 *Infra* n^{os} 1066 ss.

1460 BYDLINSKI, *Methodenlehre*, pp. 109-113 ; cf. aussi CARONI, *19. Jahrhundert*, pp. 95-97 ; SCHLUEP, *Rechtstheorie*, n^{os} 2273-2274.

1461 Cf. notamment ATF 97 II 53 *Oberholzer* [de], consid. 3, trad. JdT 1972 I p. 52 ; ENGEL, *Obligations*, p. 219 ; MERZ, *Vertrag*, n^o 174.

1462 *Supra* n^o 417.

1463 *Supra* n^{os} 990 ss.

du *laissez-faire*, est marquée par un certain degré de méfiance envers l'intervention étatique dans les affaires économiques, et en particulier contractuelles¹⁴⁶⁴. Dans les contrats synallagmatiques, définir les points essentiels des contrats revient à déterminer l'équilibre entre la prestation et la contre-prestation, ce qui, dans la théorie libérale classique, constitue le cœur du mécanisme de fixation des prix, censé dépendre d'une « main invisible »¹⁴⁶⁵ devant échapper à l'intervention étatique. On voit ainsi se dessiner un parallèle historique entre l'émergence de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord et l'un des postulats du libéralisme classique¹⁴⁶⁶.

De là, on pourrait être tenté de former l'hypothèse que l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord aurait été historiquement influencée par les idées du libéralisme classique¹⁴⁶⁷. Vérifier ou infirmer cette hypothèse nécessiterait, dans la mesure où cela est possible, une analyse détaillée des opinions politiques et philosophiques des pandectistes s'étant opposés de manière absolue à l'intervention du juge étatique sur les *essentialia negotii*. Dans cette démarche, il faudrait également prendre garde à la diversité et à la subtilité des opinions des tenants du libéralisme¹⁴⁶⁸.

1017

1464 Sur le libéralisme, le *laissez-faire* et le rôle de l'État face à l'économie privée et aux contrats, cf. par exemple AUDARD, pp. 163-168 ; LAINE, pp. 161 ss ; LAURENT, pp. 313 ss ; SAMUELS/JOHNSON/PERRY, pp. 179 ss.

1465 L'expression « *invisible hand* » vient de SMITH Adam, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, vol. 1, Londres 1776 (URL : <https://books.google.ch/books?id=C5dNAAAACAAJ>, dern. consult. le 18 mars 2017), Livre I, Chap. 2.

1466 Ce parallèle transparait parfois encore à notre époque, par exemple dans la justification donnée à l'approche 1 par VON DER CRONE, pp. 116-117 ; à ce sujet, cf. *infra* n^{os} 1129 ss. Pour un exemple du XIX^e siècle : on peut mettre en parallèle la méfiance de la Commission ayant rédigé le *Dresdner Entwurf* envers le « paternalisme » (*Bevormundung*) étatique (BENÖHR, p. 62) et le fait qu'elle se soit expressément prononcé en faveur de l'approche 1 (art. 52 D. Entw.).

1467 ATIVAH, pp. 231-237, décrit l'influence du *laissez-faire* sur les juristes anglais du XIX^e siècle, en soulignant d'ailleurs le décalage entre ces influences idéologiques et la réalité du développement de l'État à cette période.

1468 Par exemple, les écrits d'Adam SMITH auraient souvent été interprétés comme étant plus opposés à l'intervention étatique que ce que cet auteur ne l'était en réalité (ATIVAH, pp. 303-304 ; EVENSKY, pp. 253 ss ; KEYNES, p. 279 ; SAMUELS/JOHNSON/PERRY, pp. 186 ss).

B. Un anachronisme romain ?

- 1018 **Liberté de l'objet et droit romain** Historiquement, l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord relie la conclusion du contrat avec les types contractuels, au travers d'une notion ayant des racines romaines : les *essentialia negotii*¹⁴⁶⁹.
- 1019 Cela mène à se demander si l'exigence spécifique posée par l'approche 1, c'est-à-dire celle d'un accord sur tous les points objectivement essentiels (typologiques, dans cette perspective historique), ne pourrait pas constituer une forme d'anachronisme relatif à l'époque romaine, souvent décrite comme période dans laquelle la conclusion des contrats était liée à leur type (système de la « contrainte des types ») ? La réponse à cette question dépend cependant du sens exact de l'expression « contrainte des types » et de l'existence véritable d'une liberté de l'objet dans les différentes époques du droit romain.
- 1020 Dans cette perspective historique, la liberté de l'objet (aujourd'hui consacrée à l'art. 19 al. 1 CO) se confond, avec la possibilité concrète de déduire une action en justice d'un contrat indépendamment du type de son contenu¹⁴⁷⁰.
- 1021 **Liberté de l'objet et stipulation** Ainsi comprise, la liberté de l'objet est apparue relativement tôt dans l'histoire romaine, en particulier si l'on pense à la stipulation – « colonne vertébrale du droit romain des contrats »¹⁴⁷¹. L'objet de la stipulation, qui est était limité dans un premier temps aux obligations pécuniaires certaines, puis aux obligations portant sur des corps certains, est devenu illimité au plus tard à l'époque classique¹⁴⁷². Certains auteurs considèrent d'ailleurs que la liberté de l'objet existait déjà antérieurement¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁹ *Supra* n° 1000.

¹⁴⁷⁰ Nous ne nous intéressons donc ici qu'à l'histoire des prérogatives juridiques concrètes, plutôt qu'à l'histoire des idées qui les légitiment (sur cette distinction, cf. notamment SCHNYDER, pp. 38-39). Le concept abstrait et général de « liberté contractuelle » n'existait pas à Rome (BALDUS, pp. 7-8 ; cf. aussi NANZ, pp. 22-23) ; il s'est développé plus tardivement, sous l'influence du droit canon, du droit naturel et de la philosophie des Lumières (BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 21 ; SCHERRER, pp. 8, 26 ss).

¹⁴⁷¹ ZIMMERMANN, pp. 546, 68 (tr. pers.) ; dans le même sens : KASER, I § 128 II/1 ; NANZ, pp. 18-21 ; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n° 1630 ; VILLERS, pp. 331-332.

¹⁴⁷² DEROUSSIN, p. 217 ; GIRARD, p. 462 ; KASER, I § 114 I/2, I § 128 II/1 ; NANZ, pp. 11-12, 18-22 ; SCHERRER, p. 14 ; SCHMIDLIN/CANNATA, pp. 30-31 ; WIEACKER, pp. 257-258 ; ZIMMERMANN, pp. 89-91. Cf. aussi D. 45,175,7 ULPIANUS.

¹⁴⁷³ GIRARD, p. 521 ; MONIER, p. 101 ; SCHERRER, p. 11 ; VILLERS, p. 333.

Les parties pouvaient donc prévoir tout type d'engagement par le biais de la stipulation, y compris des obligations synallagmatiques grâce à un échange de stipulations conditionnelles¹⁴⁷⁴. Elles pouvaient également employer des stipulations pour créer des engagements complétant un contrat conclu suivant une autre forme¹⁴⁷⁵.

Stipulation et liberté de la forme Certes, et à l'inverse de ce qui vaut en droit suisse (art. 11 al. 1 CO), cette liberté de l'objet n'allait pas de pair avec une liberté de la forme, puisque si l'on pouvait choisir librement le contenu du contrat, il fallait nécessairement respecter les formes de la stipulation pour que le contrat produise ses pleins effets juridiques. Toutefois, les formes de la stipulation se sont assouplies avec le temps¹⁴⁷⁶. Les contrats non soumis à forme, que l'on peut aussi appeler « purement consensuels », étaient en revanche limités dans leur contenu potentiel, avant que cette contrainte ne diminue progressivement¹⁴⁷⁷.

Droit romain et « contrainte du type » En matière d'histoire de la liberté contractuelle, on dit parfois que le droit romain ne consacrait pas la « liberté des types » car ce système juridique était au contraire fondé sur la « contrainte des types »¹⁴⁷⁸.

Comme nous l'avons vu, la « liberté du type » est une composante de la liberté de l'objet¹⁴⁷⁹. L'expression « contrainte des types » se rapporte donc à un système dans lequel la liberté de l'objet est moindre.

Tout comme un système de la contrainte des types, notre système basé sur la liberté de l'objet (art. 19 al. 1 CO) connaît aussi certaines limites (art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO). La différence entre contrainte et liberté des types ne tient donc pas à l'existence ou à l'inexistence de limites, mais plutôt à leur étendue et à la manière dont elles sont formulées : **a)** dans un système de contrainte des types, les limites de la liberté de l'objet sont formulées de manière positive, sous la forme de types contractuels reconnus et autorisés ; **b)** à l'inverse, dans un système de liberté des types, les limites de la liberté de l'objet sont formulées de manière

1474 ZIMMERMANN, pp. 91, 533 ; donnant l'exemple de la convention d'arbitrage : VILLERS, p. 448.

1475 DEROUSSIN, p. 128 ; GIRARD, p. 522 ; KASER, I § 128 II/1 ; MONIER, p. 103 ; ZIMMERMANN, p. 90.

1476 GIRARD, pp. 519-520 ; KASER, I § 128 II/2 ; MONIER, pp. 92-96 ; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n^{os} 1651, 1695-1712 ; VILLERS, pp. 332, 335-336 ; ZIMMERMANN, pp. 78-82.

1477 D. 2.14.7.1-2 ULPIANUS ; DEROUSSIN, pp. 123-136 ; GIRARD, pp. 624-628 ; KASER, I § 135 ; MONIER, pp. 184-188 ; PICHONNAZ, *Fondements romains*, n^{os} 1601-1610 ; SCHMIDLIN/CANNATA, pp. 31-32 ; ZIMMERMANN, pp. 508-545.

1478 BsK-AMSTUTZ/MORIN, Rem. prélim. art. 184 ss CO, n^o 1 ; KASER, I § 114 I/2 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 21-22, 51-54 ; KRAMER, *Innominatverträge*, pp. 26-28 ; MEIER-HAYOZ, *FJS 1134*, p. 3 ; SCHNYDER, p. 76 ; dans le même sens GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 340 ; PICHONNAZ, *Contrats innommés*, pp. 23-24.

1479 *Supra* n^{os} 517 ss.

négative¹⁴⁸⁰, par l'énumération d'opérations interdites (illicites, contraires aux mœurs ou impossibles).

- 1027 Déclarer que le droit romain ne connaissait pas la liberté des types revient donc à dire que la liberté de l'objet était moindre qu'aujourd'hui, ce qui semble douteux au regard de l'objet de la stipulation¹⁴⁸¹.
- 1028 Les auteurs arguant l'existence d'une « contrainte des types » à Rome semblent en réalité vouloir mettre en lumière l'absence de liberté de la forme :
- 1029 « [...] *Typenfreiheit und damit Innominatverträge ursprünglich völlig ausgeschlossen waren* : « Vom altrömischen ius civile waren unter Klagschutz gestellt bestimmte Fomalverträge (insbesondere die auf einem Wortformalismus beruhende Stipulation) und durch reale Sachhingabe begründete Rückgabeverpflichtungen (Prototyp : Darlehen). Hinzu trat der von den Prätores gewährte Klagschutz für bestimmte Konsensualverträge (wie Kauf, Miete, Pacht, Werkvertrag usw.). Für den insoweit auf die bona fides gestützten Rechtsschutz kam es entscheidend darauf an, ob der Inhalt des nudo consensu zustande gekommenen Vertrages die Merkmale eines solchen benannten Vertragstyps aufwies » (Münchener Kommentar/SÖLLNER, § 305 BGB N4 [...]). »¹⁴⁸².
- 1030 Ce discours sur la contrainte des types révèle un glissement sémantique : l'on parle parfois de « types de contrat » en droit romain à propos de différentes formes contractuelles, à savoir les formes *re*, *verbis*, *litteris* et *consensu*¹⁴⁸³. Or en droit suisse, les règles de forme ne sont pas constitutives de types contractuels ; elles en sont bien plutôt les conséquences juridiques¹⁴⁸⁴. L'apparition de « contrats innommés » en droit romain serait ainsi le corollaire de la reconnaissance de la liberté de la forme¹⁴⁸⁵, alors que l'exis-

1480 BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 2, 123.

1481 *Supra* n°s 1021 s.

1482 BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 21.

1483 PICHONNAZ, *Fondements romains*, n°s 1556-1561 ; BK-SCHMIDLIN, Rem. prélim. art. 3-10 CO, n° 2. On peut déjà voir une trace de cette idée chez GAIUS, n°s III/89, qui parle de « genres » (*genera*) de contrats à propos de ces différentes formes. Clair sur le fait que les « types de contrat » à Rome se référaient tant à la forme qu'à l'objet : SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 777.

1484 TERCIER/BIERI/CARRON, n° 164 ; cf. aussi *supra* n°s 42 ss.

1485 GIRARD, p. 624 ; SCHERRER, p. 15 ; SCHLUEP, *Innominatverträge*, p. 777, note n° 35 ; SCHNYDER, p. 76 ; liant l'émergence des contrats innommés à Rome et l'abandon de la règle *ex nudo pacto non oritur actio* : ZIMMERMANN, p. 536. Un exemple (implicite) de cette association se trouve chez PICHONNAZ, *Contrats innommés*, p. 23 : puisque la stipulation permettait déjà de faire valoir un contrat (y compris unilatéral) ayant n'importe quel contenu en justice

tence de contrats innommés en droit positif est liée à la liberté de l'objet (art. 19 al. 1 CO).

Une bonne illustration de ce phénomène se trouve chez KASER, qui reconnaît la liberté de l'objet découlant de la stipulation, tout en déclarant que cette liberté de l'objet n'existait que dans le cadre de la contrainte des types¹⁴⁸⁶. La notion de « type » fait donc là référence aux formes (et notamment à la stipulation)¹⁴⁸⁷, dont le respect confère une *actio*¹⁴⁸⁸, plutôt qu'à l'objet du contrat. 1031

Ainsi, certains discours sur la « contrainte des types » pourraient probablement être précisés **a)** pour mieux distinguer l'histoire de la liberté de l'objet et l'histoire de la liberté de la forme, au sens où on les entend aujourd'hui, et **b)** quant au sens exact du mot « type », qui pouvait historiquement aussi faire référence à la forme des contrats, contrairement au droit moderne. 1032

Conclusion Contrairement à ce qui est parfois évoqué par le biais de l'expression « contrainte des types », la liberté de l'objet était grande à Rome. Quant au contenu, les parties ont pu s'affranchir de tout type déjà tôt dans l'histoire romaine. 1033

Dans ce sens, la tension entre la liberté contractuelle et l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels¹⁴⁸⁹ (typologiques, dans cette perspective historique) existait déjà (théoriquement) en droit romain, au moins à partir de la période classique. Qualifier cette exigence d'anachronique impliquerait d'identifier l'absence de liberté de l'objet en droit romain archaïque. Indépendamment de toute spéculation à ce sujet¹⁴⁹⁰, on peut considérer que la notion d'*essentialia negotii* a été élaborée **a)** à un moment où la liberté de l'objet existait déjà¹⁴⁹¹, et **b)** sur la base d'un système juridique antérieur qui la connaissait aussi. 1034

(moyennant le respect d'une forme), cet auteur associe en fait contrats innommés et liberté de la forme.

1486 KASER, I § 112 II/3, I § 114 I/2.

1487 Associer forme et type, *Ibid.*, II § 200 II/1.

1488 *Ibid.*, I § 114 I/2.

1489 *Supra* nos 4 ss.

1490 La question serait d'ailleurs difficile à résoudre, puisque les juristes romains n'ont pas élaboré de principes généraux et abstraits autour de l'autonomie privée et de la liberté contractuelle (BALDUS, pp. 26-31).

1491 Sur la liberté de l'objet au Moyen-Âge, cf. notamment SCHERRER, pp. 24-26.

Chapitre 7

Interprétation systématique et téléologique : la liberté contractuelle

Liberté contractuelle Les principaux arguments invoqués pour justifier l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels – c'est-à-dire l'exigence spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord – sont tirés de la liberté contractuelle¹⁴⁹² : le complètement judiciaire du contrat sur des points objectivement essentiels se heurterait à ce principe. Ce chapitre a pour but d'examiner le degré de compatibilité des deux approches discutées avec la liberté contractuelle. 1035

Rapport avec la sécurité juridique La sécurité du droit est également invoquée pour justifier l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord¹⁴⁹³. Divers aspects de la sécurité du droit seront traités au fil de ce chapitre, au titre d'éléments qui pourraient justifier l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord. Toutefois, l'un des aspects particuliers de la sécurité juridique, à savoir 1036

¹⁴⁹² BERGER, n° 640 ; GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 47 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 337 ; KELLER, *Auslegungstreit*, p. 128 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 171 ; MERZ, *Rechtsprechung 1974*, p. 101 ; MERZ, *Vertrag*, n° 174 ; MORIN, *Liberté*, p. 26 ; PIOTET, *Formation*, p. 32 ; cf. aussi RIENHUBER, p. 73 ; dans le même sens en matière de précontrat : BUCHER, *Vorvertrag*, p. 184 ; MESSERLI, p. 116. S'opposant par contre à cette justification : VON DER CRONE, pp. 109-115.

¹⁴⁹³ JEANPRÉTRE, p. 614 ; MERZ, *Vertrag*, n° 174.

la force des précédents et la question du changement de jurisprudence¹⁴⁹⁴, sera traité en fin d'ouvrage¹⁴⁹⁵, puisqu'il suppose de connaître d'abord le résultat global de l'interprétation de la loi¹⁴⁹⁶.

- 1037 **Rapport avec l'art. 1 al. 1 CC** La liberté contractuelle et la sécurité juridique sont des principes généraux du droit¹⁴⁹⁷. Dans le contexte de l'interprétation des art. 1 et 2 CO (art. 1 al. 1 CC), ils relèvent à la fois de la méthode systématique, puisqu'ils sont consacrés par diverses dispositions du droit privé et public¹⁴⁹⁸, et de la méthode téléologique, puisque les normes sur la conclusion du contrat servent à concrétiser le principe d'autonomie privée¹⁴⁹⁹, et que les contrats sont un moyen parmi d'autres pour les parties de construire leur propre sécurité juridique.
- 1038 **Plan** Une première section décrit le cadre d'analyse de la question qui nous occupe, en reliant la liberté contractuelle et ses limites avec le complètement du contrat sur les points subjectivement essentiels et sur les points objectivement essentiels¹⁵⁰⁰. Les sections suivantes seront consacrées aux principaux motifs imaginables pour justifier l'exigence spécifique posée par l'approche¹⁵⁰¹. Enfin, la problématique sera également examinée sous l'angle du droit constitutionnel¹⁵⁰².

§ 1. Cadre d'analyse

I. Complètement et points subjectivement essentiels

A. Principe

- 1039 **Interdiction de compléter** Lorsqu'un point est subjectivement essentiel pour au moins l'une des parties, un accord à son sujet est une condition *sine*

1494 *Supra* n^{os} 424 ss.

1495 *Infra* n^{os} 1544 ss.

1496 *Infra* n^{os} 1517 ss.

1497 *Supra* n^o 336 et 408.

1498 *Supra* n^{os} 342 ss.

1499 *Supra* n^o 336.

1500 *Infra* n^{os} 1039 ss.

1501 *Infra* n^{os} 1065 ss.

1502 *Infra* n^{os} 1343 ss.

qua non de sa volonté d'être liée¹⁵⁰³. En cas d'absence d'accord sur un point subjectivement essentiel, il n'y a donc pas de volonté de conclure chez au moins l'une des parties¹⁵⁰⁴, et donc en principe pas de contrat.

Ainsi, le complètement d'un contrat sur un point subjectivement essentiel constitue en principe une violation de la *liberté de ne pas conclure* de la partie pour laquelle le point était essentiel. Le juge lui imposerait en effet l'existence du contrat alors que celle-ci ne voulait pas être liée, faute d'un accord sur ledit point. 1040

Cette interdiction de principe faite au juge de compléter le contrat sur les points subjectivement essentiels correspond au devoir d'abstention de l'État (art. 35 Cst.) face à la liberté contractuelle¹⁵⁰⁵. 1041

La jurisprudence et la doctrine retiennent parfois qu'un contrat pourrait être complété sur des points subjectivement essentiels, dès lors que l'existence du contrat n'est pas contestée en justice, mais qu'est seule litigieuse son interprétation (*reiner Auslegungstreit*)¹⁵⁰⁶. En réalité, lorsqu'elles admettent que le contrat est conclu, les parties reconnaissent qu'elles avaient la volonté d'être liées et qu'un accord a donc été trouvé sur tous les points subjectivement essentiels¹⁵⁰⁷. Cela implique que les points litigieux sont subjectivement secondaires – qu'ils l'aient toujours été ou qu'ils le soient devenus à un moment précédant le procès¹⁵⁰⁸ – et qu'il n'y a, du même coup, pas lieu de parler de complètement sur des points subjectivement essentiels. 1042

Corollaire Le corollaire de cette interdiction de compléter les contrats sur leurs points subjectivement essentiels est l'obligation, pour le juge, de compléter les contrats sur tous les autres points, c'est-à-dire sur tous les points subjectivement secondaires. Cette obligation figure à l'art. 2 al. 2 CO, qui 1043

1503 *Supra* n^{os} 440 ss.

1504 *Supra* n^o 446.

1505 *Supra* n^{os} 352 s.

1506 Arrêt TF n. publ. 4C.240/2003 (03.12.2003) [de], consid. 3.1 ; ATF 29 II 114 [de], consid. 5 ; BUCHER, AT, p. 180, note n^o 6 ; BURRI, n^{os} 111-113 ; GAUCH, *Vertragspunkten*, pp. 50-51 ; GAUCH/SCHLUEP, *Auslegungstreit*, pp. 230-232 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 1272-1273 ; HUGUENIN, OR, n^{os} 276, 304 ; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^{os} 339, 618-619 ; STÖCKLI, n^o 152, note n^o 399 ; *contra* TC GR ZB 10/86 (11.03.1986), consid. 3 = PKG 1986 p. 77 ; KELLER, *Auslegungstreit*, p. 128 ; nuancé : ZINDEL, pp. 356-361 ; déclarant que l'inexistence du contrat pour défaut d'accord sur un point objectivement essentiel ne devrait pas être relevée d'office : BURRI, n^{os} 132-133 ; KOLLER, AT, § 6 n^{os} 58-59.

1507 Dans le même sens : ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 339 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 250 ; ZINDEL, pp. 358-359.

1508 BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 250 ; ZINDEL, pp. 358-359, 361.

constitue une *Mussvorschrift* (« [...] le juge les règle [...] » ; « [...] *so hat der Richter [...] zu entscheiden* » ; « [...] *il giudice decide [...]* »)¹⁵⁰⁹.

- 1044 Cette norme de droit privé concrétise, en matière de complètement des contrats, le devoir constitutionnel de réalisation des droits fondamentaux (art. 35 Cst.). L'activité du juge complétant les contrats fait donc partie du cadre d'exercice minimal de la liberté contractuelle que l'État est tenu de mettre en place¹⁵¹⁰ : sans cette obligation de complètement judiciaire, la conclusion et l'exécution de contrats seraient compliquées à l'excès¹⁵¹¹.

B. Limitation : l'obligation de contracter

- 1045 La liberté de ne pas conclure ne vaut pas sans limite. Lorsqu'existe, à titre exceptionnel, une obligation de conclure¹⁵¹², le juge devra retenir que le contrat existe malgré l'absence de volonté de conclure de l'une des parties, et compléter ainsi des points qui étaient pour elle subjectivement essentiels. Toutefois, la jurisprudence a posé des limites strictes à l'admission d'obligations de conclure basées sur des principes généraux du droit privé¹⁵¹³.

C. Rapport avec les deux approches discutées

- 1046 Les deux approches discutées sont compatibles avec ces développements, puisqu'elles interdisent par principe toutes deux le complètement sur les points subjectivement essentiels (sous réserve d'une éventuelle obligation de contracter) et qu'elles reconnaissent l'obligation du juge de compléter le contrat sur les points subjectivement secondaires.

1509 BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 2 CO, n° 7. Sur l'art. 2 al. 2 CO, cf. *supra* n°s 317 ss.

1510 *Supra* n°s 354 ss.

1511 *Supra* n° 247.

1512 *Supra* n°s 377 ss.

1513 *Supra* n°s 378 ss.

II. Complètement et points objectivement essentiels

A. Principe

Pas d'interdiction de compléter Volonté et liberté sont intimement liées : 1047
 lorsque les parties manifestent leur volonté, elles exercent leur liberté¹⁵¹⁴.
 Dans les cas où les parties se sont manifesté la volonté d'être liées sans
 pour autant avoir trouvé un accord sur tous les points objectivement essen-
 tiels¹⁵¹⁵, elles ont ainsi exercé leur liberté contractuelle.

La liberté contractuelle étant la règle générale¹⁵¹⁶, il faut considérer que les 1048
 parties sont en principe libres de pouvoir s'engager même sans avoir défi-
 ni tous les points objectivement essentiels de leur contrat. En principe, le
 complètement judiciaire du contrat sur des points objectivement essentiels
 (mais subjectivement secondaires) ne s'oppose donc pas à la liberté contrac-
 tuelle¹⁵¹⁷.

Obligation de compléter Le devoir d'abstention de l'État face à la liber- 1049
 té contractuelle des parties (art. 35 Cst.) n'entre en principe pas en jeu ici,
 puisque les parties ont *librement* voulu s'engager par un accord portant sur
 moins que tous les points objectivement essentiels. Bien plutôt, comme pour
 tout point subjectivement secondaire¹⁵¹⁸, et malgré le caractère objective-
 ment essentiel du point n'ayant pas fait l'objet d'un accord, le juge doit com-
 pléter le contrat en cause (art. 2 al. 2 CO, qui concrétise le devoir constitu-
 tionnel de réalisation des droits fondamentaux ancré à l'art. 35 Cst.).

1514 *Supra* n° 336.

1515 Sur cette possibilité et pour des exemples, cf. *supra* nos 854 ss.

1516 *Supra* n° 375.

1517 Dans le même sens : VON DER CRONE, p. 115.

1518 *Supra* nos 1043 s.

B. Limitation : l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels ?

1050 **Approche 1 : limitation** L'exigence spécifique posée par l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, c'est-à-dire l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels, consiste à ne pas donner d'effet juridique aux manifestations de volonté des parties lorsque celles-ci veulent librement s'engager sur moins que tous les points objectivement essentiels. Dans cette mesure, l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord implique donc de *limiter* la liberté contractuelle des parties.

1051 Les aspects de la liberté contractuelle touchés par l'approche 1 sont simultanément¹⁵¹⁹ :

1052 – La liberté de conclure, puisque la volonté des parties de conclure le contrat sur moins que tous les points objectivement essentiels est alors dépourvue d'effet juridique contractuel ;

1053 – La liberté de l'objet, puisque les parties ont l'interdiction de conclure un contrat ayant un contenu n'atteignant pas au minimum les points objectivement essentiels.

1054 **Recherche de justifications** Considérer l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels comme une limitation de la liberté de conclure et de la liberté de l'objet implique de se demander si les conditions d'une telle limitation sont remplies, tant sous l'angle du droit privé (notamment : art. 19-20 CO) que du point de vue constitutionnel (art. 36 Cst.)¹⁵²⁰. En particulier, il faut rechercher et analyser les éventuels motifs qui pourraient justifier cette limitation de la liberté contractuelle. On peut imaginer deux types de motifs, traités dans les deux prochaines sections : **a)** des motifs relatifs au fonctionnement du système judiciaire, qui relèvent principalement de l'intérêt public¹⁵²¹, et **b)** des motifs relatifs aux droits de la personnalité des parties et à leur sécurité juridique, qui relèvent principalement d'intérêts privés¹⁵²².

1519 Sur le rapport général entre limitations de la liberté de conclure et limitations de la liberté de l'objet, cf. *supra* n^{os} 377 s.

1520 Sur les conditions de limitation de la liberté contractuelle, cf. *supra* n^{os} 375 ss.

1521 *Infra* n^{os} 1065 ss.

1522 *Infra* n^{os} 1196 ss.

Résultats possibles ; rapport avec les approches 1 et 2 Deux hypothèses sont envisageables quant aux résultats de cette analyse : 1055

- Si la limitation de la liberté contractuelle impliquée par l'approche 1 s'avère, au terme de cette analyse, fondée sur des motifs suffisants et qu'elle répond aux autres conditions de limitation de la liberté contractuelle posées par le droit privé et public, l'élément d'interprétation systématique relatif à la liberté contractuelle parlera en faveur de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord¹⁵²³. 1056
- Si ces conditions ne sont pas remplies, il faudra alors parler de violation de la liberté contractuelle à propos de l'exigence spécifique posée par l'approche 1, et l'élément d'interprétation systématique relatif à la liberté contractuelle parlera en faveur de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord¹⁵²⁴. 1057

III. Remarques sur ce cadre d'analyse

Question de conclusion vs de validité Ce cadre d'analyse implique que l'exigence spécifique posée par l'approche 1 serait une condition de validité de l'accord, et non une condition de sa conclusion. Cela contraste avec la conception habituelle de l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels, généralement décrite comme une condition de l'existence du contrat¹⁵²⁵. 1058

Différence méthodologique D'un point de vue méthodologique, le cadre d'analyse ici proposé consiste à rattacher l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels aux art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO. Plus précisément, les motifs de limitation de la liberté contractuelle en jeu seraient l'interdiction des contrats contraires aux mœurs¹⁵²⁶, dans la mesure où les contrats portant sur moins que tous les points objectivement essentiels seraient contraires à des principes généraux de l'ordre juridique tels que l'autonomie privée, le bon fonctionnement de la justice et la sécurité du droit, ou la protection de la personnalité des parties. Par contraste, si l'on restait dans le cadre d'analyse habituel, on pourrait tenter d'ancrer l'interdiction des contrats portant sur moins que tous les points objectivement essentiels dans 1059

¹⁵²³ Sur l'approche 1, cf. *supra* n^{os} 716 ss.

¹⁵²⁴ Sur l'approche 2, cf. *supra* n^{os} 723 ss.

¹⁵²⁵ *Supra* n^o 716.

¹⁵²⁶ Sur les contrats contraires aux mœurs, cf. *supra* n^{os} 386 ss.

la définition du contrat, et ainsi opérer par réduction téléologique au sein des art. 1 et 2 CO.

1060 **Différence pratique** La différence pratique entre le cadre de compréhension habituel de l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels et celui qui est ici proposé est relatif aux conséquences juridiques d'un défaut d'accord sur l'un des points objectivement essentiels. Dans la perspective ici adoptée, si l'exigence spécifique de l'approche 1 s'avérait fondée par des motifs suffisants, il y aurait nullité du contrat, ce qui poserait encore la question de l'étendue de cette nullité (art. 20 al. 2 CO). Par contraste, dans le cadre dans lequel elle est habituellement comprise, un manquement à l'exigence spécifique de l'approche 1 entraîne l'inexistence du contrat, sans qu'il ne soit possible d'envisager son « existence partielle »¹⁵²⁷.

1061 **Point commun** Cette différence pratique n'est toutefois susceptible de jouer un rôle que dans une étape ultérieure de la discussion, puisqu'elle concerne les conséquences juridiques du défaut d'accord sur les points objectivement essentiels. Dans un premier temps, il faut rechercher si cette exigence est justifiée par des motifs suffisants. Cette question se pose quel que soit le cadre d'analyse adopté, car même si l'on voulait procéder par réduction téléologique des art. 1 et 2 CO, il faudrait établir les motifs suffisants qui permettraient une telle interprétation restrictive de la notion de contrat. Ainsi, l'essentiel pour l'instant est d'examiner concrètement si ces motifs suffisants sont réunis.

IV. Rapport entre liberté et responsabilité

1062 **Idée** Une précision s'impose encore. La liberté est toujours synonyme d'une certaine responsabilité¹⁵²⁸. On pourrait être tenté de penser que cela justifierait en soi l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels postulée par l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord : ce serait la « responsabilité » des parties que de rendre les points objectivement essentiels au moins déterminables. On peut lire cette idée en filigrane chez les auteurs qui considèrent que la détermination des points objectivement essentiels ne relèverait pas de la « responsabilité » du juge. GAUCH affirme

¹⁵²⁷ *Supra* n^{os} 42 ss.

¹⁵²⁸ Cf. par exemple MEIER-HAYOZ, *Vertrauensprinzip*, p. 103 : « *Persönliche Verantwortung setzt Freiheit voraus und wahre Freiheit ist erst möglich, wenn der Mensch sich verantwortlich weiss.* »

ainsi : « *Sicher kann es nicht Aufgabe des Richters sein [...]* »¹⁵²⁹ ; MERZ : « *Das ist sicher nicht der Sinn von OR 2 und sicher würde auch kein Richter diese Aufgabe übernehmen* »¹⁵³⁰ ; PIOTET déclare que cela serait « inadmissible, inconciliable avec la mission normale du juge »¹⁵³¹.

Discussion Dans la discussion qui nous intéresse ici, cette idée n'est en réalité pas un argument pertinent. En effet, les deux approches discutées de l'étendue minimale de l'accord reposent sur l'idée que les parties ont la responsabilité de rendre au moins déterminables certains points de leur accord pour que celui-ci puisse être conclu et qu'il puisse être, cas échéant, complété par le juge ; en d'autres termes, les deux approches partent du principe qu'il existe une étendue minimale de l'accord. La discussion porte exclusivement sur la définition de cette étendue minimale de l'accord.

1063

Invoquer la responsabilité des parties ne permet pas d'appuyer l'approche 1 ou l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, puisque cela ne permet pas en soi de dire si l'accord doit porter au minimum sur les points subjectivement essentiels seulement, ou également sur les points objectivement essentiels. Par ailleurs, on remarque que l'idée selon laquelle la « responsabilité » des parties serait plus conséquente dans l'approche 1 que dans l'approche 2 est douteuse ; nous verrons en effet que l'approche 2 implique de plus grandes possibilités de maîtrise volontaire des risques liés aux décisions supplétives du juge, ce qui pourrait aussi se comprendre comme une « responsabilité » supplémentaire laissée aux parties¹⁵³².

1064

§ 2. Motifs liés au fonctionnement du système judiciaire ?

Plan On peut en premier lieu tenter de justifier par des intérêts publics la règle selon laquelle l'accord devrait toujours au moins porter sur les points objectivement essentiels pour que le contrat soit conclu (approche 1 de l'étendue minimale de l'accord). D'une part, certains auteurs semblent dire

1065

¹⁵²⁹ GAUCH, *Vertragspunkten*, p. 47 ; idem : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 337.

¹⁵³⁰ MERZ, *Rechtsprechung* 1974, p. 101.

¹⁵³¹ PIOTET, *Formation*, p. 32. Le point de vue de cet auteur quant à l'étendue minimale de l'accord diverge de l'approche majoritaire (*supra* n°s 897 ss).

¹⁵³² *Infra* n°s 1306 ss. Illustrant la « responsabilité » de chaque partie quant aux points subjectivement essentiels : Arrêt TF n. publ. 4A_554/2009 (01.04.2010) [fr], consid. 2.2.

que si le juge avait le pouvoir de compléter le contrat sur des points objectivement essentiels, il serait dépourvu de critères pouvant orienter sa décision¹⁵³³. D'autre part, on pourrait imaginer que si ces critères existaient, la décision de compléter un contrat sur des points objectivement essentiels mais subjectivement secondaires serait plus longue ou coûteuse que de le compléter sur d'autres points, ce qui nuirait à la bonne administration de la justice¹⁵³⁴.

I. L'absence de critères de complètement s'agissant des points objectivement essentiels ?

A. Problématique

- 1066 **Opinions** Certains auteurs justifient l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord par l'idée que le juge ne disposerait pas des éléments nécessaires pour pouvoir compléter les contrats sur des points objectivement essentiels¹⁵³⁵. En d'autres termes, le juge n'aurait pas de *critères de complètement* sur lesquels s'appuyer pour déterminer la volonté hypothétique des parties.
- 1067 Une idée va dans le même sens : les normes de complètement sur le principe et le montant de la rémunération se trouvant dans la partie spéciale du CO (par exemple art. 212 al. 1, 322 al. 1, 414 CO, etc.)¹⁵³⁶ seraient justifiées par l'existence d'un « critère objectif » qui permettrait au juge de compléter le contrat¹⁵³⁷ – par opposition à tous les autres cas, dans lesquels l'absence de critères objectifs rendrait le complètement impossible (ou trop « risqué » pour les parties – la question du risque devant être traitée séparément¹⁵³⁸).
- 1068 **Plan** En premier lieu, nous allons nous demander quels sont les critères utilisables pour compléter un contrat sur des points objectivement essen-

1533 *Infra* n^{os} 1066 ss.

1534 *Infra* n^{os} 1142 ss.

1535 VON DER CRONE, pp. 115-120; HERZOG, n^{os} 243-244; KELLER, *Auslegungstreit*, p. 128; PIOTET, *Formation*, p. 32; dans ce sens également : Arrêt TF n. publ. (07.03.1975) *P c. B. SA* [fr], consid. 3b = JdT 1976 I p. 163; dans la même direction : BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^o 341 *in fine*; plus nuancés (le juge n'aurait pas *toujours* les moyens de compléter le contrat sur des points objectivement essentiels) : ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n^o 623.

1536 Sur ces normes, cf. *supra* n^{os} 524 ss, 597 ss, 1116 ss.

1537 KOLLER, *AT*, § 6 n^o 37; CR-MORIN, art. 2 CO, n^o 3, c.

1538 Sur les « risques » pour les parties d'un complètement sur des points objectivement essentiels, cf. *infra* n^{os} 1199 ss, et spécialement 1306 ss.

tiels mais subjectivement secondaires¹⁵³⁹. Nous pourrions ensuite aborder spécifiquement la signification des normes prévoyant le complètement sur le principe et le montant de la rémunération (et de manière plus limitée, sur la prestation caractéristique et le rôle des parties)¹⁵⁴⁰.

Rapport avec l'interprétation de la volonté Dans l'approche 2, le pouvoir supplétif du juge est toujours limité en amont par l'interprétation de la volonté de conclure, qui dépend en particulier du nombre de points indéterminés, de leur degré d'indétermination et de leur importance objective¹⁵⁴¹. Il est ainsi improbable que le juge se retrouve face à l'obligation de combler un contrat extrêmement lacunaire, car il devra alors plutôt déclarer le contrat inexistant, la volonté des parties de s'engager faisant défaut. 1069

Rapport avec la méthode de complètement La méthode générale de complètement des contrats¹⁵⁴² vaut également à l'égard des points objectivement essentiels mais subjectivement secondaires. La présente section est spécifiquement consacrée aux critères de complètement concrètement utilisables en matière de points objectivement essentiels, à leur preuve ainsi qu'à des exemples. 1070

B. Complètement sur des points objectivement essentiels mais subjectivement secondaires (dans l'approche 2)

a) Critères de complètement

(i) Généralités

Critères et circonstances Les *critères de complètement* sont les éléments sur lesquels le juge s'appuie pour déterminer la volonté hypothétique des parties. Il s'agit de toutes les *circonstances* potentiellement pertinentes pour éla 1071

1539 *Infra* n^{os} 1071 ss.

1540 *Infra* n^{os} 1116 ss.

1541 À ce sujet, cf. *supra* n^{os} 767 ss.

1542 *Supra* n^{os} 279 ss.

borer une solution supplétive appropriée – l’art. 2 al. 2 CO renvoyant à l’art. 4 CC¹⁵⁴³.

- 1072 Lorsqu’une norme supplétive parle de « circonstances » (par exemple art. 320 al. 2 ; 472 al. 2 CO), il y a donc une référence à tous les critères de complètement envisageables. Cela étant, même lorsque la loi fait référence à un critère de complètement particulier (par exemple l’usage), le recours à d’autres critères n’est pas exclu¹⁵⁴⁴.
- 1073 Sans prétention à l’exhaustivité, il est utile de dresser une liste des critères de complètement, présentés ci-après des plus particuliers aux plus généraux. En principe, le complètement ne se fera pas exclusivement à l’aide de l’un de ces critères, mais procèdera plutôt de leur combinaison au sein d’une appréciation d’ensemble.

(ii) Liste exemplative

- 1074 **Objet du contrat** La nature¹⁵⁴⁵, l’objet concret¹⁵⁴⁶, l’étendue (notamment temporelle¹⁵⁴⁷, mais aussi en termes de responsabilité¹⁵⁴⁸) et les modali-

1543 *Supra* n°s 328 ss.

1544 En particulier, sur les rapports entre la prise en compte de « toutes les circonstances », l’équité et les critères plus spécifiques du complètement, cf. *infra* n° 1086.

1545 Par exemple, l’art. 314 al. 1 CO parle notamment de « prêts de même nature ». En matière de courtage, le fait que le courtier ait agi à titre d’indicateur ou de négociateur influe sur le complètement quant à sa rémunération (Arrêt TF n. publ. 4C.362/1999 [22.03.2000] [fr], consid. 4b/aa). En matière de mandat général : ATF 117 II 282 [de], consid. 4c, trad. JdT 1992 I p. 299 ; ATF 101 II 109 [de], consid. 3, trad. JdT 1976 I p. 333.

1546 Par exemple, le fait qu’une œuvre soit littéraire ou scientifique peut avoir un impact sur le complètement du contrat d’édition quant au principe de la rémunération (ZK-HOCHREUTNER, art. 388 CO, n°s 21, 26). La valeur de l’objet vendu sert usuellement à déterminer la rémunération du courtier (Arrêt TF n. publ. 4C.121/2005 [05.07.2005] [de], consid. 4.2.1 ; Arrêt TF n. publ. 2P.289/2000 [08.01.2002] [fr], consid. 4b ; Arrêt TF n. publ. 4C.362/1999 [22.03.2000] [fr], consid. 4b/aa), de même que la qualité de la prestation concrètement fournie (ATF 101 II 109 [de], consid. 4, trad. JdT 1976 I p. 333).

1547 Cf. par exemple ATF 117 II 282 [de], consid. 4c, trad. JdT 1992 I p. 299 ; ATF 107 Ia 107 [de], consid. 2b, trad. JdT 1983 I p. 34 ; ATF 95 II 126 *Speurer* [fr], consid. 4 = SJ 1970 p. 145 (art. 320 al. 2 CO) ; ATF 101 II 109 [de], consid. 2, trad. JdT 1976 I p. 333 (art. 394 al. 3 CO) ; TC AR (29.11.1985), rés. RSJ 1986 pp. 391–392 (art. 472 al. 2 CO).

1548 ATF 117 II 282 [de], consid. 4c, trad. JdT 1992 I p. 299 ; ATF 101 II 109 [de], consid. 2, trad. JdT 1976 I p. 333.

tés¹⁵⁴⁹ des prestations convenues fournissent des indices sur ce dont seraient convenues les parties quant au point à compléter.

En particulier, si le rapport d'obligation est synallagmatique¹⁵⁵⁰, l'équilibre objectif entre les prestations principales peut être un critère de complèment¹⁵⁵¹. La quotité ou les caractéristiques de l'une des prestations peut donc servir à compléter la quotité ou les caractéristiques de l'autre prestation. Par exemple, la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur déterminent le prix de l'ouvrage (art. 374 CO); la nature de la tâche à accomplir, sa difficulté, les risques pris et la qualité du travail fini permettent de compléter le mandat quant au montant de la rémunération¹⁵⁵².

1075

Caractéristiques des parties ; buts et intérêts Les caractéristiques personnelles des parties au contrat, ainsi que leurs buts¹⁵⁵³ et intérêts, peuvent également être employés pour compléter le contrat. Pour les personnes physiques, cela inclut notamment leurs âge, origine et domicile, formation et profession¹⁵⁵⁴, fortune¹⁵⁵⁵, caractère, etc. Pour les personnes morales, peuvent par exemple être pertinents leurs but, siège, activités, durée d'existence, tré-

1076

1549 Discutant (et rejetant) l'idée que la passation d'un contrat d'édition en vue d'une publication sur Internet emporterait l'absence d'une rémunération : PIAGET, *Publication numérique*, pp. 280-281.

1550 *Supra* n^{os} 656 s.

1551 ATF 135 III 259 [fr], consid. 2.2; ATF 120 V 515 [fr], consid. 4b/bb; ATF 117 II 282 [de], consid. 4c, trad. JdT 1992 I p. 299; ATF 101 II 109 [de], consid. 2, trad. JdT 1976 I p. 333; ATF 82 IV 145 [de], consid. 2a, trad. JdT 1957 IV p. 71. *A contrario*, la rémunération usuelle du courtier (art. 414 CO) ne dépend pas de l'étendue de ses frais (Arrêt TF n. publ. 4C.121/2005 [05.07.2005] [de], consid. 4.2.1). L'équilibre objectif entre les prestations principales n'est dans tous les cas qu'un critère parmi d'autres (ATF 118 la 497 [de], consid. 2b/bb).

1552 ATF 135 III 259 [fr], consid. 2.5; ATF 101 II 109 [de], consid. 4, trad. JdT 1976 I p. 333.

1553 Les buts dans lesquels un prêt est accordé servent notamment à déterminer s'il porte intérêt au sens de l'art. 313 CO (ATF 128 III 428 *Uriella* [de], consid. 3b, trad. JdT 2005 I p. 284). De même, les « enjeux » du contrat pour les parties (dont notamment les buts qu'elles visent à atteindre grâce à lui) sont pertinents dans le complètement (ATF 135 III 259 [fr], consid. 2.5). Les intérêts de l'employeur sont également pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer le salaire du travailleur sur appel (ATF 124 III 249 [de], consid. 3b, trad. et comm. JdT 1999 I p. 275).

1554 ATF 131 V 444 [de], consid. 3.3; Arrêt TF n. publ. 4C.121/2005 (05.07.2005) [de], consid. 4.1.

1555 Garantir l'existence économique et la couverture de l'entretien du travailleur est un ainsi un critère pour déterminer le salaire au sens de l'art. 322 CO (dans cette direction : ATF 139 III 155 [de], consid. 5.3). La célébrité de l'auteur et son succès peut par exemple être pertinent dans le contexte de l'art. 388 al. 1 CO (ZK-HOCHREUTNER, art. 388 CO, n^{os} 20, 22, 36). En revanche, le sexe ne peut pas être un critère pour compléter le contrat de travail quant à la rémunération (ATF 117 la 270 [de], consid. 2b, trad. JdT 1993 I p. 106).

sorerie¹⁵⁵⁶, etc. Les rapports de force concrets entre les parties peuvent également fournir un indice pertinent dans le complètement du contrat¹⁵⁵⁷, de même que leurs relations personnelles¹⁵⁵⁸ ou leur capacité à être concurrentielles¹⁵⁵⁹.

- 1077 En particulier, le fait qu'une partie fournisse une prestation à titre professionnel ou commercial indique usuellement qu'une rémunération aurait été prévue par les parties (par exemple art. 313 al. 2 CO) – ainsi lorsqu'un avocat ou un médecin agit à titre professionnel¹⁵⁶⁰.
- 1078 **Circonstances antérieures** Les circonstances précédant la conclusion du contrat peuvent être des critères de son complètement.
- 1079 On pense notamment au résultat des négociations, en particulier lorsque les parties ne sont pas parvenues à un accord suffisamment déterminé quant à un point mais qu'elles ont déjà fixé des limites générales à son égard, qui fournissent un cadre pour le complètement¹⁵⁶¹. Ainsi, lorsque le prix d'une prestation n'est pas déterminé ou déterminable mais que les négociations ont tout de même abouti à un prix-cadre (*Preisrahmen* ; *price range agreement*), le juge pourra fixer le prix à la moyenne des *extrema* du prix-cadre (par exemple fixation du prix à 42,5 ct/kilo si les négociations ont abouti à un prix entre 40 et 45 ct/kilo¹⁵⁶²), ou alors plus ou moins près du minimum ou du maximum du prix-cadre en tenant compte d'autres circonstances¹⁵⁶³.

1556 Il faut ainsi tenir compte des « frais généraux » du courtier lorsque l'on fixe sa rémunération par complètement (Arrêt TF n. publ. 4C.362/1999 [22.03.2000] [fr], consid. 4b/aa).

1557 Par exemple quant à la rémunération du courtier : Arrêt TF n. publ. 4C.121/2005 (05.07.2005) [de], consid. 4.2.1.

1558 ATF 128 III 428 *Uriella* [de], consid. 3b, trad. JdT 2005 I p. 284.

1559 TC ZH (10.02.1981) = ZR 1981 p. 212.

1560 ATF 135 III 259 [fr], consid. 2.1 ; ATF 126 II 249 [fr], consid. 4b ; ATF 117 II 282 [de], consid. 4c, trad. JdT 1992 I p. 299 (avocat) ; ATF 82 IV 145 [de], consid. 2a, trad. JdT 1957 IV p. 71 (médecin) ; cf. aussi ATF 120 V 515 [fr], consid. 4b/bb ; ATF 101 II 109 [de], consid. 2, trad. JdT 1976 I p. 333. Le Tribunal fédéral l'a également retenu dans le contexte de l'art. 472 al. 2 CO (ATF 98 II 211 [fr], consid. 7b) ainsi qu'en matière de sociétés (ATF 100 II 376 [de], consid. 3a, trad. JdT 1975 I p. 623 ; ATF 97 II 230 [fr]). Pour un contre-exemple, cf. ATF 127 III 519 [fr], consid. 2a.

1561 VON TUHR, *Mängel*, p. 299.

1562 Ainsi que le juge de première instance l'avait fait in : TC GR ZB 10/86 (11.03.1986) = PKG 1986 p. 77 ; dans ce sens également : BÉGUELIN, p. 6 ; VON TUHR, *Mängel*, p. 299. On peut aussi s'inspirer *mutatis mutandis* du § 317 al. 2 *in fine* BGB, applicable en droit suisse selon la doctrine (*supra* n° 199).

1563 Lorsque les parties à un contrat d'entreprise ont établi une fourchette de prix, le juge déterminera (par complètement) la rémunération au sein de ce prix-cadre, en principe en tenant compte de la dépense effective de l'entrepreneur au sens de l'art. 374 CO (CR-CHAIX, art. 374 CO, n° 8 ; GAUCH, *Werkvertrag*, n° 941 ; BsK-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, art. 374 CO, n° 10).

- Selon KOLLER, en cas de prix-cadre dans un contrat de vente, le vendeur ne devrait pouvoir réclamer que le prix correspondant à la limite inférieure de ce prix-cadre, tandis que l'acheteur ne pourrait réclamer le transfert de la chose que s'il a versé le prix correspondant à la limite supérieure ; cela découlerait par analogie de l'art. 25 al. 2 CO¹⁵⁶⁴. Cette solution nous paraît douteuse : **a)** Faute de prix déterminé ou déterminable, le contrat doit être complété (si le prix exact est subjectivement secondaire). Or il sera peu vraisemblable que les parties aient voulu à titre hypothétique de la solution de KOLLER, impliquant un prix différencié selon la partie qui demande l'exécution du contrat. **b)** Les litiges sur la fixation exacte du prix au sein d'un prix-cadre interviennent souvent alors que la prestation caractéristique a déjà été effectuée ; dès lors le mécanisme de KOLLER revient à désavantager systématiquement la partie qui l'a fournie (par exemple le vendeur). **c)** Chaque partie étant découragée d'agir en premier, cette solution comporte un frein à l'exécution des contrats synallagmatiques, ce qui la place en porte-à-faux avec la *ratio legis* de l'art. 82 CO.
- 1080
- Le catalogue des prestations habituellement fournies par l'une des parties ou d'autres contrats similaires passés entre les parties ou avec des tiers donnent également des indices sur le point à compléter¹⁵⁶⁵.
- 1081
- Pratiques ou usages socio-économiques** Les pratiques ou usages socio-économiques font également partie des critères de complèter. Cette catégorie de faits très large peut notamment comprendre :
- 1082
1. Les circonstances liées au temps et au lieu de la conclusion du contrat ou de son exécution, ainsi que l'indiquent par exemple les art. 212 al. 1 (« cours moyen du jour et du lieu de l'exécution ») ou 314 al. 1 CO (« à l'époque et dans le lieu où l'objet du prêt a été délivré »). La rémunération moyenne dans une localité ou région valant pour des prestations identiques ou similaires peut donc fournir un indice¹⁵⁶⁶, de même que
- 1083
-
- 1564 BsK-KOLLER, art. 184 CO, n° 49 ; dans le même sens en droit allemand : WITZ, p. 242 ; cet auteur applique également son opinion à la CVIM : WITZ *et alii*-WITZ, art. 55 CVIM, n° 8.
- 1565 Ainsi de la politique de rémunérations au sein d'une entreprise afin de déterminer le salaire usuel au sens de l'art. 322 al. 1 CO (ATF 131 V 444 [de], consid. 3.3) ; des pratiques commerciales habituelles d'un journal en matière d'honoraires versés aux auteurs (ZK-HOCHREUTNER, art. 388 CO, n° 26) ; de contrats passés avec d'autres vendeurs de pommes (TC VS [30.06.1983] *Granges c. Bruchez* = RVJ 1983 p. 291), de raisins (TC VS [14.09.1992] *Savioz c. Schwéry* [fr], consid. 3c = RVJ 1993 p. 283, moyen rejeté en l'espèce) ou avec d'autres acheteurs de bière (TC ZH [10.02.1981] = ZR 1981 p. 212) ; de contrats passés avec d'autres experts juridiques chargés de rédiger des avis de droit (ATF 101 II 109 [de], consid. 4, trad. JdT 1976 I p. 333). Dans la vente avec paiements préalables, les prix du catalogue du vendeur pouvaient être employés pour déterminer le prix dû par l'acheteur (ancien art. 227e al. 2 CO ; STOFER, art. 227e CO, p. 200). L'existence d'affaires non réalisées est une circonstance dont on peut tenir compte lorsque l'on fixe une rémunération non excessive au sens de l'art. 417 CO (Arrêt TF n. publ. 4C.362/1999 [22.03.2000] [fr], consid. 4b/aa).
- 1566 ATF 139 III 155 [de], consid. 5.3 ; ATF 131 V 444 [de], consid. 3.3 (salaire usuel du travailleur, art. 322 al. 1 CO) ; TC VS (14.09.1992) *Savioz c. Schwéry* [fr], consid. 3b = RVJ

l'existence d'une pénurie sur un marché déterminé et/ou le caractère « unique » d'une occasion¹⁵⁶⁷.

1084

2. Les usages, qui sont un critère de complètement évoqué à plusieurs reprises par la loi (art. 314 al. 1, 322 al. 1, 394 al. 3, 414, 418g al. 1 CO). La notion d'usage renvoie à « la similitude des comportements adoptés dans une situation donnée » ; elle est synonyme des expressions « pratique usuelle », « us et coutumes », « usances »¹⁵⁶⁸. En matière de complètement des contrats, le terme « usage » renvoie tant aux usages locaux que commerciaux¹⁵⁶⁹. Peuvent faire figure d'usages des recommandations édictées par des associations¹⁵⁷⁰ ; ces recommandations sont toutefois plus à même d'indiquer la volonté hypothétique des parties lorsqu'elles ont été adoptées par un organisme paritaire que lorsqu'elles émanent d'une association professionnelle ne défendant que les intérêts de l'une des parties au contrat¹⁵⁷¹. Les usages sont parfois constatés dans la jurisprudence¹⁵⁷² et dans la doctrine¹⁵⁷³ – parfois

1993 p. 283 (« prix du marché » au sens de l'art. 212 al. 1 CO) ; ATF 90 II 92 *Diethelm c. Schlaeppli & Söhne* [de], consid. 11, trad. JdT 1965 I p. 37 (salaire usuel du courtier, art. 414 CO). Dans le bail, le calcul des loyers usuels dans le quartier est une démarche courante (art. 11 OBLF ; sur les critères analysés à cette fin : ATF 141 III 569 [fr], consid. 2.2).

1567 En matière de rémunération du courtier : Arrêt TF n. publ. 4C.121/2005 (05.07.2005) [de], consid. 4.2.1 ; Arrêt TF n. publ. 4C.362/1999 (22.03.2000) [fr], consid. 4b/aa ; ATF 90 II 92 *Diethelm c. Schlaeppli & Söhne* [de], consid. 11, trad. JdT 1965 I p. 37.

1568 STEINAUER, *TDP*, n° 192 ; cf. aussi DESCHENAUX, *TDP*, p. 42 ; BK-LIVER, art. 5 CC, n°s 67 ss ; ZK-MARTI, art. 5 CC, n°s 209 ss ; BK-WOLF, art. 5 CC, n°s 100 ss.

1569 ATF 120 V 515 [fr], consid. 4b/bb ; dans ce sens également ZK-MARTI, art. 5 CC, n°s 234, 245, 286.

1570 ATF 135 III 259 [fr], consid. 2.4. Les recommandations sur les prix (tarifs, par exemple art. 414 CO) sont toutefois soumis à l'art. 5 al. 3 let. a LCart.

1571 Dans ce sens : ATF 117 II 286 [de], consid. 5b, trad. JdT 1992 I p. 303 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 4599 ; CR-WERRO, art. 394 CO, n° 46 ; laissé ouvert in ATF 117 II 282 [de], consid. 4c, trad. JdT 1992 I p. 299. L'art. 11 al. 3 OBLF exprime une idée similaire quant au constat des loyers usuels dans la localité ou dans le quartier. Prenant en compte les tarifs édictés par des associations professionnelles : Arrêt TF n. publ. 4C.121/2005 (05.07.2005) [de], consid. 4.2.2 ; TC VS (14.09.1992) *Savioz c. Schwéry* [fr], consid. 3d = RVJ 1993 p. 283 ; TC VS (30.06.1983) *Granges c. Bruchez* = RVJ 1983 p. 291 ; un tarif ne peut cependant être pris en compte que lorsqu'il s'applique à l'activité promise (ATF 101 II 109 [de], consid. 3, trad. JdT 1976 I p. 333).

1572 Par exemple ATF 135 III 259 [fr], consid. 2.1 (principe de la rémunération d'un avocat) ; Arrêt TF n. publ. 4C.121/2005 (05.07.2005) [de], consid. 4.2.2 (montant de la rémunération d'un courtier).

1573 Par exemple ZK-HOCHREUTNER, art. 388 CO, n° 31.

au sein de recueils de modèles de contrats¹⁵⁷⁴, ce qui peut faciliter l'accès du juge à leur égard¹⁵⁷⁵.

Bonne foi La bonne foi objective est l'un des critères généraux du complètement du contrat. Il se combine souvent à d'autres critères pour affiner l'appréciation du juge. Ainsi, seules les dépenses qu'aurait effectuées un entrepreneur diligent pour atteindre le même résultat devraient être prises en compte dans le complètement selon l'art. 374 CO¹⁵⁷⁶. De même, on pourra se demander si l'étendue d'une rémunération est « raisonnable »¹⁵⁷⁷ ou si elle correspond « objectivement » à la prestation fournie¹⁵⁷⁸. 1085

Équité Le dernier critère à évoquer ici est l'équité, c'est-à-dire ce qui est considéré comme matériellement juste par la société des justiciables¹⁵⁷⁹. Ce critère fait office, aux côtés de la bonne foi objective, de guide général pour le juge dans sa démarche de complètement concret¹⁵⁸⁰, comme nous allons le voir dans le prochain paragraphe. 1086

(iii) Complémentarité des critères concrets et des critères généraux

Si le juge dispose d'éléments indiquant la volonté hypothétique des parties plus concrets que la bonne foi et l'équité, il convient en principe de s'y référer¹⁵⁸¹; pour autant, les considérations d'équité ne sont selon nous pas 1087

1574 *Ibid.*, n° 35. Il convient toutefois de se demander quels étaient les liens d'intérêts de l'auteur des modèles de contrats.

1575 Parfois, les usages peuvent être difficiles à constater, surtout lorsqu'ils évoluent rapidement (Arrêt TF n. publ. 2P.289/2000 [08.01.2002] [fr], consid. 4b).

1576 ATF 96 II 58 [de], consid. 1, trad. JdT 1971 I p. 274; GAUCH, *Werkvertrag*, n°s 964 s.

1577 ATF 98 II 211 [fr], consid. 7b; distinguant le prix « raisonnable » du prix « usuel » que constitue le prix du marché au sens de l'art. 212 al. 1 CO : TC VS (14.09.1992) *Savioz c. Schwéry* [fr], consid. 3b = RVJ 1993 p. 283; TC VS (30.06.1983) *Granges c. Bruchez*, consid. 1 = RVJ 1983 p. 291.

1578 ATF 135 III 259 [fr], consid. 2.2; ATF 120 V 515 [fr], consid. 4b/bb; ATF 117 II 282 [de], consid. 4b, trad. JdT 1992 I p. 299; ATF 101 II 109 [de], consid. 2, trad. JdT 1976 I p. 333; ATF 92 II 328 [fr], consid. 3a; ATF 82 IV 145 [de], consid. 2a, trad. JdT 1957 IV p. 71; évoquant directement la bonne foi : ATF 108 II 112 *Gautschi c. Schwab* [de], consid. 5, trad. et comm. JdT 1982 I p. 531.

1579 *Supra* n°s 412 s.

1580 *Supra* n°s 328 ss.

1581 HERZOG, n°s 249-255.

forcément subsidiaires aux autres critères de complètement, puisqu'elles s'y combinent le plus souvent.

- 1088 En effet, à chaque fois qu'une norme de renvoi (*Verweisnorm*) fait appel aux « circonstances » (par exemple art. 320 al. 2, 418g al. 1, 472 al. 2 CO) ou enjoint le juge de trancher selon la « nature de l'affaire » (art. 2 al. 2 CO)¹⁵⁸², il y a entre autres renvoi à la bonne foi objective et au sens de l'équité du juge (art. 4 CC). Mais même lorsqu'une norme de complètement renvoie à un critère plus précis (contrat commercial ou civil, art. 313 CO ; dépense de l'entrepreneur, art. 374 CO ; usage, art. 322 al. 1, 394 al. 3, 414 CO ; etc.), cela n'exclut pas le recours à toutes les circonstances pertinentes¹⁵⁸³, en particulier **a**) si le critère en cause n'est pas utilisable en l'espèce ou **b**) si l'on peut admettre que les parties se seraient à titre hypothétique écartées de ce critère dispositif¹⁵⁸⁴.
- 1089 Dans l'esprit du juge appelé à compléter un contrat, la bonne foi et l'équité sont donc les cheffes d'orchestre, dirigeant subtilement la symphonie des critères de complètement plus concrets¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸² *Supra* nos 328 ss.

¹⁵⁸³ L'usage n'est ainsi pas le seul critère de complètement dans l'art. 394 al. 3 CO : « toutes les circonstances » sont potentiellement pertinentes (ATF 135 III 259 [fr], consid. 2.2, à titre subsidiaire par rapport à l'usage ; ATF 101 II 109 [de], consid. 2, trad. JdT 1976 I p. 333, évoquant la fixation du montant d'honoraires « suivant des principes généraux » faute d'usage ; ATF 120 V 515 [fr], consid. 4b/bb, renvoyant aussi à l'équité ; ATF 117 II 282 [de], consid. 4c, trad. JdT 1992 I p. 299, la question de l'usage étant laissée ouverte, le complètement en fonction des circonstances est mis au premier plan). De même, l'équité peut jouer un rôle (subsidiaire) dans le complètement quant au montant du salaire au sens de l'art. 322 CO (ATF 124 III 249 [de], consid. 3b, trad. et comm. JdT 1999 I p. 275 ; BsK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 322 CO, n° 7) ; le pouvoir d'appréciation du juge est déterminant lorsque la dépense effective de l'entrepreneur n'a pas été prouvée dans le cadre de l'art. 374 CO (ATF 113 II 513 [it], consid. 5b, trad. JdT 1989 I p. 10). Faute de prix du marché au sens de l'art. 212 al. 1 CO, il faut prendre en compte le prix pratiqué par un commerçant à l'égard de ces autres clients, dès lors que ces prix ne sont pas abusifs (TC ZH [10.02.1981], consid. 2 = ZR 1981 p. 212). Sur le rôle des circonstances lorsqu'il faut compléter un bail sur le montant du loyer, cf. notamment ATF 108 II 112 *Gautschi c. Schwab* [de], consid. 5, trad. et comm. JdT 1982 I p. 531.

¹⁵⁸⁴ *Supra* nos 289 ss.

¹⁵⁸⁵ On trouve une expression de cette idée dans le passage d'un arrêt allemand qui donne la définition de « l'équité » au sens du § 315 al. 3 BGB (OLG Stuttgart 3 U 79/09 [05.05.2010], consid. 5a = NJW-RR 2011 p. 202) : « *Mit dem Begriff der Billigkeit soll Austauschgerechtigkeit im Einzelfall erreicht werden. Das erfordert eine umfassende Analyse und Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände. Zu beachten sind insoweit insbesondere folgende Kriterien : Art und Umfang der Gegenleistung, die Herstellungs- und Gestehungskosten sowie der Verkaufspreis (Preiskalkulation), die aufgewendete Zeit und Mühe für die vertraglichenn Verpflichtungen, Preise konkurrierender Anbieter [...]. Ein einseitig bestimmter Preis ist danach „billig“ i. S. des § 315 BGB, wenn das verlangte Entgelt im Rahmen des Marktüblichen liegt und dem entspricht, was regelmäßig als Preis für eine vergleichbare Leistung verlangt wird.* »

b) Précision : l'attribution judiciaire d'un droit formateur de déterminer un point du contrat

Possibilité Une possibilité existante lors du complètement consiste à attribuer à l'une des parties ou à un tiers le droit formateur de déterminer le point à compléter¹⁵⁸⁶. Cette solution particulière mérite quelques précisions. 1090

Avantages Le principal avantage de ce procédé est de laisser la détermination du point litigieux à une personne dont la proximité avec les faits ou les connaissances techniques sont supérieures à celles du juge. Attribuer à une partie ou à un tiers le droit formateur de déterminer un point du contrat permet aussi au juge d'éviter le malaise qu'il pourrait avoir à déterminer par lui-même le point en cause – ce qui intervient spécialement lorsque les critères de complètement à disposition sont peu concrets (par exemple bonne foi objective, équité)¹⁵⁸⁷. 1091

Limites Cette possibilité n'est cependant pas toujours ouverte, ni toujours opportune. **a)** Là où la maxime de disposition (art. 58 CPC) est applicable, cette possibilité ne peut intervenir que dans le cadre des conclusions prises par les parties. **b)** En tant que résultat du complètement, elle ne peut intervenir que si elle correspond à la volonté hypothétique des parties¹⁵⁸⁸. Tout dépend ainsi des circonstances : si les parties avaient à l'origine convenu de la détermination du point en cause par un tiers et que celui-ci défaille, on pourra parfois admettre que les parties auraient voulu qu'un autre tiers détermine le point à sa place¹⁵⁸⁹. En revanche, si les parties ont réservé un point à un accord ultérieur¹⁵⁹⁰, on peut douter que leur volonté hypothétique corresponde à l'attribution à l'une d'entre elles d'un droit formateur de déterminer unilatéralement le point en cause. **c)** Un critère de complètement pertinent à cet égard pourra être la bonne foi objective, par exemple si l'une des parties était initialement titulaire d'un droit formateur de déterminer un point du contrat, mais qu'elle n'en a pas fait usage en dépit des règles de la bonne foi, on peut considérer son droit comme périmé (art. 156 CO), ou envisager un passage judiciaire de ce droit au débiteur (cf. art. 72 CO)¹⁵⁹¹ – mais pas au créancier¹⁵⁹². **d)** Dans tous les cas, il faut veiller à sauvegarder les intérêts 1092

1586 Sur les droits formateurs de déterminer les points du contrat, cf. *supra* n^{os} 194 ss.

1587 Sur les critères les plus généraux du complètement, cf. *supra* n^{os} 1085 ss.

1588 *Supra* n^{os} 324 ss.

1589 Dans ce sens, cf. par exemple ATF 110 Ia 59 [fr] ; cf. aussi *supra* n^{os} 232 ss.

1590 Sur la notion de réserve, cf. *supra* n^o 263.

1591 Sur cette possibilité, cf. *supra* n^o 229.

1592 *Supra* n^o 219.

des parties ainsi que l'équilibre contractuel. Dans les contrats unilatéraux, on pourra assez facilement envisager d'attribuer au débiteur un droit formateur de détermination de sa prestation (cas échéant, dans les éventuelles limites posées par le résultat des pourparlers). En revanche, dans les contrats bilatéraux, le maintien d'un certain équilibre est nécessaire. Permettre à une partie de déterminer unilatéralement l'étendue d'une prestation tandis que la contre-prestation serait fixe semble ainsi peu heureux¹⁵⁹³. On peut par contre envisager, selon les circonstances, un droit de déterminer l'étendue d'une prestation (par exemple quantité d'une marchandise) avec variation proportionnelle de la contre-prestation. **e)** Un argument général retiendra le juge d'attribuer à une partie ou à un tiers privé un droit formateur de déterminer un point du contrat : la détermination par le juge étatique implique des garanties formelles et matérielles bien plus étendues pour les parties qu'une détermination par un tiers privé¹⁵⁹⁴.

c) Preuve des critères de complètement

(i) Principes

- 1093 **Objet** Certains critères de complètement doivent être prouvés, dont notamment l'usage (art. 150 al. 2 CPC). En revanche, les faits notoires (par exemple constatés par des statistiques officielles¹⁵⁹⁵) et les considérations de bonne foi ou d'équité échappent par nature à la nécessité de la preuve (art. 151 CPC).
- 1094 **Moyens** Les moyens de preuve ordinaires (art. 168 ss CPC) sont à disposition. Outre la preuve par titre¹⁵⁹⁶, des renseignements écrits ou l'audition

¹⁵⁹³ Dans une logique un peu similaire, le § 915 ABGB n'applique la maxime d'interprétation *favor debitoris* qu'aux contrats unilatéraux. À ce propos : ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 CO, n° 497.

¹⁵⁹⁴ *Infra* n°s 1320 ss.

¹⁵⁹⁵ L'office fédéral de la statistique publie ainsi les salaires médians par profession et par région (Statistique suisse - Niveau des salaires, URL : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/salaires-revenus-cout-travail/niveau-salaires-suisse.html>, dern. consult. le 18 mars 2017). On peut aussi mentionner la prise en compte des statistiques lors de la fixation des montants des loyers (par exemple ATF 99 II 290 *Fischer AG c. Strickler* [de], consid. 6b, trad. JdT 1974 I p. 361 ; à propos des « statistiques officielles » mentionnées à l'art. 11 al. 4 OBLF, cf. ATF 141 III 569 [fr], consid. 2.2.2). Sur la notion de faits notoires, cf. ATF 138 I 1 [fr], consid. 2.4 ; ATF 135 III 88 [fr], consid. 4.1.

¹⁵⁹⁶ Cf. par exemple TC VS (30.06.1983) *Granges c. Bruchez*, consid. 1 = RVJ 1983 p. 291 ; TC ZH (10.02.1981), consid. 2 = ZR 1981 p. 212.

de témoins peut ainsi être effectuée afin de déterminer quels sont les prix du marché¹⁵⁹⁷. La loi envisage directement le recours à l'expertise lorsqu'il s'agit de déterminer le montant de la rémunération de l'auteur dans le contrat d'édition (art. 388 al. 2 CO). Bien que cette disposition soit d'application relativement rare¹⁵⁹⁸, elle rappelle que l'expertise peut être un moyen de preuve intéressant pour compléter un contrat quant au principe ou au montant de la rémunération de biens ou de services, notamment lorsque leurs caractéristiques sont complexes ou hautement individuelles (entreprise, immeuble, œuvre d'art, etc.), ce que confirme la jurisprudence relative à d'autres types contractuels¹⁵⁹⁹.

Fardeau Il appartient en principe à chaque partie de prouver les critères de complètement qui doivent l'être et qui lui permettrait d'obtenir la décision qui lui serait à cet égard la plus favorable (art. 8 CC)¹⁶⁰⁰. Le fardeau de la preuve est parfois réglé spécialement, lorsque la loi contient une présomption en faveur d'une solution déterminée. Dans le prêt de consommation civil (art. 313 al. 1 CO), le prêteur devra ainsi démontrer l'existence d'une convention sur des intérêts (contre-preuve) ou les circonstances qui indiquent que les parties se seraient à titre hypothétique écartées de la règle dispositive (preuve du contraire).

1095

Cela étant, l'absence de preuve de l'un des critères de complètement n'exclut pas pour autant tout complètement¹⁶⁰¹, dans la mesure où celui-ci peut aussi intervenir sur la base de critères échappant à la nécessité de la preuve (par

1096

¹⁵⁹⁷ Par exemple, des renseignements pris auprès des jardins zoologiques de Zurich et de Bâle ainsi que du *Kinderzoo* de Rapperswil ont contribué à déterminer le montant de la rémunération du dépositaire de deux gibbons (TC AR [29.11.1985], rés. RSJ 1986 pp. 391–392). Cf. également TC ZH (10.02.1981) = ZR 1981 p. 212.

¹⁵⁹⁸ ZK-HOCHREUTNER, art. 388 CO, n^{os} 23, 30, 34-35.

¹⁵⁹⁹ ATF 141 III 201 [de], consid. 3.2.3 (le Tribunal fédéral évoque la possibilité de recourir à un expert judiciaire pour établir les prix du quartier en matière de bail d'habitation); ATF 127 III 519 [fr], consid. 2a (expertise sur le caractère onéreux d'une prestation d'ingénieur, écartée en l'espèce par la Cour cantonale); ATF 49 II 77 [de], consid. 3, trad. JdT 1923 I p. 546 (expertises sur le prix moyen du fil à St-Gall); TC ZH (10.02.1981), consid. 2 = ZR 1981 p. 212 (expertise sur le prix moyen de la bière à Zurich); ATF 108 II 112 *Gautschi c. Schwab* [de], consid. 5, trad. et comm. JdT 1982 I p. 531 (expertise en vue de déterminer le loyer d'une piscine); ATF 92 II 328 [fr], consid. 2 (justification à dire d'expert de la note d'un garagiste dont l'ouvrage consistait en la transformation d'un camion); dans la doctrine, cf. par exemple ZK-BÜHLER, art. 418g CO, n^o 9 (expertise en vue d'établir l'usage quant à provision de l'agent).

¹⁶⁰⁰ Par exemple, dans l'art. 212 al. 1 CO, il appartient ainsi à la partie qui invoque l'existence d'un cours moyen de le prouver (TC VS [14.09.1992] *Savioz c. Schwéry* [fr], consid. 3b = RVJ 1993 p. 283; TC VS [30.06.1983] *Granges c. Bruchez*, consid. 1 = RVJ 1983 p. 291).

¹⁶⁰¹ Cf. par exemple ATF 126 III 189 [fr], consid. 2c, discuté dans les prochains paragraphes.

exemple faits notoires, bonne foi et équité). Trois arrêts du Tribunal fédéral peuvent être discutés à cet égard.

(ii) Discussion d'arrêts quant au fardeau de la preuve des critères de complètement

1097 **ATF 126 III 189 : a) Résumé** Les parties sont convenues d'un prêt à intérêt dont le taux serait celui « pratiqué pour les prêts hypothécaires en deuxième rang ». La variation dans le temps du taux choisi par les parties n'a pas été prouvée, étant seulement connus les taux au 1^{er} octobre 1991 (8,5%) et au 3 août 1994 (6%) ; la banque de référence est restée incertaine¹⁶⁰². Le Tribunal fédéral déclare qu'en vertu de l'art. 8 CC, il faut trancher en défaveur du prêteur¹⁶⁰³, mais que « cela ne conduit pas à exclure tout intérêt, ce qui serait en contradiction manifeste avec la convention des parties. Lorsqu'un taux d'intérêt applicable n'a pas été prouvé, mais qu'il est certain que les parties sont convenues du paiement d'un intérêt, le juge doit appliquer, au moins par analogie, la règle supplétive de l'art. 73 al. 1 CO et fixer le taux à 5% l'an »¹⁶⁰⁴.

1098 **ATF 126 III 189 : b) Discussion** Les parties ont ici prévu un critère de détermination du taux de l'intérêt, mais ce critère est inutilisable faute de preuve de sa variation, raison pour laquelle il y a impossibilité au sens de l'art. 20 al. 1 CO¹⁶⁰⁵. La volonté des parties de s'engager dans un contrat onéreux ne fait pas de doute, ce qui permet de retenir que si les parties avaient su que l'obligation de payer des intérêts allait s'avérer impossible à exécuter car le taux choisi ne pourrait être établi, elles auraient prévu un autre critère de détermination de la rémunération (art. 20 al. 2 CO, nullité partielle modifiée, qui constitue un cas de complètement du contrat au sens de l'art. 2 al. 2 CO)¹⁶⁰⁶. La décision du Tribunal fédéral de compléter le contrat quant au taux de l'intérêt est donc fondée.

1099 Le choix du critère de complètement est cependant douteux. **a)** Notre haute Cour n'évoque pas l'art. 314 CO, alors qu'il s'agit d'une norme typique conçue spécialement pour le taux de l'intérêt en tant que prestation principale au sein du rapport de prêt de consommation, là où la norme générale de l'art. 73 al. 1

¹⁶⁰² Arrêt précité, consid. 2a.

¹⁶⁰³ Arrêt précité, consid. 2b.

¹⁶⁰⁴ Arrêt précité, consid. 2c.

¹⁶⁰⁵ *Supra* n^{os} 208 s.

¹⁶⁰⁶ *Supra* n^o 208 ; sur les liens entre l'art. 2 al. 2 CO et 20 al. 2 CO, cf. *supra* n^o 250 ; sur la nullité partielle simple et la nullité partielle modifiée, cf. *infra* n^o 1395.

CO vise avant tout l'intérêt conventionnel en tant qu'accessoire. L'art. 73 al. 1 CO réserve d'ailleurs expressément « la loi » spéciale, ce qui renvoie notamment à l'art. 314 al. 1 CO. **b)** Le mécanisme de détermination du taux choisi par les parties étant relativement proche de la solution légale supplétive et le contrat semblant au surplus dénué d'éléments atypiques¹⁶⁰⁷, on peut appliquer le droit dispositif en l'espèce¹⁶⁰⁸. **c)** En guise de taux usuel au sens de l'art. 314 al. 1 CO, on peut appliquer le taux hypothécaire de référence pour cette période dans le canton de Genève (lieu du prêt) ; ce taux est (en tous cas aujourd'hui) un fait notoire¹⁶⁰⁹. **d)** Cette solution aurait donc dû primer sur l'application schématique du taux de 5%, cette norme matérielle (*Sachnorm*) ne s'appliquant qu'à titre subsidiaire (art. 73 al. 1 CO).

ATF 134 III 224 : a) Résumé Dans cette affaire, les parties avaient passé un contrat de prêt dans lequel le taux de l'intérêt « devait être fixé, pour chaque semestre, selon le taux LIBOR applicable aux dépôts en ECU à six mois, majoré de 1 % »¹⁶¹⁰. Le Tribunal fédéral a considéré que ce taux n'était pas un fait notoire et que la prétention en intérêts du prêteur devait être rejetée sur la base de l'art. 8 CC¹⁶¹¹, au motif que « l'intérêt dû selon la convention des parties est totalement incertain »¹⁶¹². Notre haute Cour ajoute également que le cas d'espèce diffère du cas tranché in ATF 126 III 189, car « on ne se trouve pas dans une situation où seul un taux supérieur à 5% donne matière au litige »¹⁶¹³.

1100

ATF 134 III 224 : b) Discussion Cet arrêt est critiquable à plusieurs titres¹⁶¹⁴. **a)** Le Tribunal fédéral a retenu de manière étonnante que les taux LIBOR ne sont pas des faits notoires, alors que cette information est aisément accessible en ligne auprès de sources en principe fiables¹⁶¹⁵ ; quelques mois plus tard, notre haute Cour a d'ailleurs tranché en sens inverse s'agissant de

1101

¹⁶⁰⁷ À cet égard, cf. *supra* nos 296 ss.

¹⁶⁰⁸ Sur les rapports entre droit dispositif supplétif et volonté hypothétique des parties, cf. *supra* nos 289 ss.

¹⁶⁰⁹ Cf. par exemple LACHAT, p. 863 ; ASLOCA - Evolution des taux hypothécaires de référence : Canton de Genève, URL : <http://www.asloca.ch/evolution-des-taux-hypothecaires-de-referance-canton-de-geneve>, dern. consult. le 18 mars 2017.

¹⁶¹⁰ ATF 134 III 224 [fr], consid. 7.2.

¹⁶¹¹ Arrêt précité, consid. 5.2.

¹⁶¹² Arrêt précité, consid. 7.2.

¹⁶¹³ Arrêt précité, consid. 7.2.

¹⁶¹⁴ Cf. notamment les critiques de SCHMID, *Rechtsprechung* 2008, pp. 903 ss ; WALTER, p. 244.

¹⁶¹⁵ Cf. par exemple LIBOR in European Currency Unit (ECU), URL : http://www.econstats.com/r/rlib_am7.htm, dern. consult. le 18 mars 2017, déjà accessible au moment où l'arrêt a été rendu (cf. Internet Archive - Wayback Machine, URL : <http://archive.org/web/>, dern. consult. le 18 mars 2017).

taux de change¹⁶¹⁶. L'état de fait n'aurait donc jamais dû donner lieu à complètement, puisque le contenu du contrat était notoire. **b)** L'argument donné par le Tribunal fédéral pour s'écarter de la solution de l'arrêt paru aux ATF 126 III 189 est curieux : dans ce précédent, notre haute Cour retenait précisément que les variations intermédiaires du taux voulu par les parties étaient « totalement » inconnues, de sorte qu'un taux inférieur à 5 % n'était pas exclu¹⁶¹⁷. **c)** Sur le fond, la solution consistant à appliquer en pareille hypothèse l'art. 8 CC plutôt que de compléter le contrat n'est pas convaincante. L'art. 2 al. 2 CO est une norme spéciale par rapport à l'art. 8 CC puisqu'il concerne le cas du défaut de preuve du contenu de l'accord sur un point secondaire du contrat, cas particulier de fait devant être prouvé au sens de l'art. 8 CC. Or ces normes diffèrent quant à leurs conséquences juridiques : en cas d'absence de preuve du contenu de l'accord (de fait ou de droit) sur un point secondaire, le juge doit régler le point « selon la nature de l'affaire » (art. 2 al. 2 CO), et non trancher en défaveur de la partie qui invoque le point secondaire en cause (art. 8 CC). En outre, appliquer l'art. 8 CC ainsi que le fait le Tribunal fédéral revient à traiter plus favorablement le créancier qui n'aurait pas du tout déterminé le point du contrat que celui qui l'aurait déterminé au moyen d'un critère dont l'application concrète n'aurait pas été prouvée, ce qui paraît inadéquat¹⁶¹⁸.

1102 **4A_483/2009 : a) Résumé** Y entre en relation avec le courtier A afin de vendre ses immeubles. Ne voulant dans un premier temps pas payer de commission, Y refuse de signer le contrat, sur quoi les pourparlers sont rompus. Y change ensuite d'avis et convient avec A d'un prix de vente minimal, la différence entre ce prix minimal et le prix de vente obtenu devant revenir à A au titre de rémunération. La vente intervient pour un montant de 2 280 000 francs, mais le prix minimal convenu entre les parties n'est pas prouvé¹⁶¹⁹. Sans examiner la question du complètement, le Tribunal fédéral dénie tout droit du courtier à un salaire, faute de preuve (art. 8 CC).

1103 **4A_483/2009 : b) Discussion** Le montant de la rémunération du courtier n'étant pas prouvée, le Tribunal fédéral ne peut retenir qu'il y a accord à son égard. La volonté de s'engager des parties n'est pas douteuse, car elles ont trouvé un accord sur tous les points subjectivement essentiels¹⁶²⁰. Le mon-

¹⁶¹⁶ ATF 135 III 88 [fr], consid. 4.1 ; cf. aussi WALTER, p. 244.

¹⁶¹⁷ ATF 126 III 189 [fr], consid. 2a : « Si l'on sait que le taux était de 8,5 % le 1er octobre 1991 et de 6 % le 3 août 1994, on ignore totalement quelles ont été ses variations entre ces deux dates et son évolution après la dernière d'entre elles. »

¹⁶¹⁸ SCHMID, *Rechtsprechung* 2008, p. 904.

¹⁶¹⁹ Arrêt TF n. publ. 4A_483/2009 (07.12.2009) [fr], consid. 3.

¹⁶²⁰ En particulier, le caractère subjectivement essentiel du principe de la rémunération découle du comportement des parties pendant la négociation ainsi que du fait que A ait agi à titre professionnel.

tant de la rémunération étant subjectivement secondaire, il convient de compléter le contrat à cet égard.

Les parties se seraient-elles à titre hypothétique référées au taux usuel prévu par l'art. 414 CO ? On peut en douter, dès lors que les parties voulaient déterminer le montant de la rémunération non pas en fonction du pourcentage usuel du prix de vente, mais selon la différence absolue entre le prix obtenu et un prix minimal, ce que le Tribunal fédéral qualifie « d'insolite »¹⁶²¹. Quoi qu'il en soit, la rémunération voulue à titre hypothétique n'aurait pas pu dépasser de beaucoup la rémunération usuelle, vu que l'usage est l'un des critères de sa réduction au sens de l'art. 417 CO¹⁶²². On peut donc prendre en compte les salaires usuels en matière de courtage immobilier, tels qu'ils sont constatés par la jurisprudence¹⁶²³. Dans cette fourchette, on peut cependant fixer un taux de rémunération bas, pour tenir compte du degré d'incertitude entourant le montant de la différence entre le prix de vente et le prix minimal n'ayant pas pu être prouvé. Une rémunération de 24 000 francs, correspondant à environ 1% du prix de vente, aurait été appropriée – la décision du juge de première instance aurait ainsi dû être confirmée¹⁶²⁴.

1104

La solution voulue par le Tribunal fédéral paraît injuste, car elle revient en l'espèce à donner à la venderesse le droit de profiter gratuitement des prestations fournies à titre professionnel par le courtier et ayant effectivement abouti à la vente, alors même qu'elle avait accepté le principe d'une rémunération et qu'elle devait savoir que le courtier ne se serait pas engagé sans son accord sur ce point¹⁶²⁵.

1105

1621 Arrêt précité, consid. 4.

1622 ATF 117 II 286 [de], consid. 5b, trad. JdT 1992 I p. 303.

1623 *Supra* n° note 1572.

1624 On aurait à cet égard pu s'appuyer sur l'arrêt publié aux ATF 113 II 513 [it], consid. 5b, trad. JdT 1989 I p. 10, qui reconnaît un pouvoir d'appréciation au juge dans le complètement du montant de la rémunération, faute de preuve de la dépense effective de l'entrepreneur au sens de l'art. 374 CO.

1625 La jurisprudence du Tribunal fédéral allemand à cet égard semble bien plus convaincante : « *Ein Kaufinteressent, der in Kenntnis des eindeutigen Provisionsverlangens die Dienste des Maklers in Anspruch nimmt, gibt damit grundsätzlich in schlüssiger Weise zu erkennen, dass er den in dem Provisionsbegehren liegenden Antrag auf Abschluss eines Maklervertrags annehmen will.* » (BGH III ZR 296/00 [06.12.2001], consid. 2 = NJW 2002 p. 817). Si l'on raisonne comme le *Bundesgerichtshof*, le résultat du jugement du Tribunal fédéral en l'espèce revient même à entériner un abus de droit commis par la venderesse (Arrêt précité, consid. 2 : « *protestatio facto contraria* »). « L'insistance de certains courtiers professionnels » (TC NE CC.2006.3 [17.06.2010], consid. 2c) constitue un motif trop vague pour appuyer la position du Tribunal fédéral.

- 1106 **Conclusion** Par contraste avec le premier de ces trois arrêts, les deux autres décisions montrent une certaine tendance, dans la jurisprudence, à utiliser l'art. 8 CC au lieu de compléter un contrat par application de l'art. 2 al. 2 CO ou de normes spéciales de complètement. Cette tendance pourrait procéder d'un malaise du juge à statuer faute de preuve de critères de complètement concrets, voire d'une volonté implicite de « sanctionner » le créancier qui n'a pas fait en sorte d'assurer sa position par des éléments de preuve assez précis. Quoi qu'il en soit, ce procédé ne devrait selon nous qu'être admis avec une grande réserve, vu les résultats incohérents (ou même injustes) auxquels il peut aboutir.
- 1107 L'art. 2 al. 2 CO prescrivant au juge de compléter le contrat selon la nature de l'affaire, c'est-à-dire en prenant en compte toutes les circonstances pertinentes et l'équité (art. 4 CC)¹⁶²⁶, on ne devrait normalement pas pouvoir refuser de compléter le contrat en appliquant l'art. 8 CC du simple fait qu'une partie ne puisse prouver certains des éléments pertinents pour appuyer un complètement du contrat en sa faveur. Bien plutôt, il faut alors en principe compléter le contrat, en utilisant cas échéant des critères de complètement plus généraux et abstraits (bonne foi, équité) que ceux qui font défaut, en rappelant que ces critères généraux et abstraits n'ont pas besoin d'être prouvés¹⁶²⁷. Dans ce contexte, on peut tenir compte du fait qu'une partie aurait pu fournir la preuve d'un critère de complètement en réduisant si nécessaire la mesure de ce qui lui est alloué lors du complètement (cf. notamment l'art. 164 CPC).

d) Exemples

- 1108 Reprenons les exemples développés pour illustrer le fait que les points objectivement essentiels ne sont pas toujours subjectivement essentiels¹⁶²⁸. Comment le juge compléterait-il concrètement les contrats en cause sur les points n'ayant pas fait l'objet d'un accord ?
- 1109 **Montant de la rémunération** Dans la vente du tableau dont le prix-cadre est arrêté entre 28 000 et 30 000 francs¹⁶²⁹, le juge prendra en compte la volonté des parties de fixer un prix entre 28 000 et 30 000 francs, et ne s'écartera

¹⁶²⁶ *Supra* n^{os} 328 ss.

¹⁶²⁷ *Supra* n^o 1093.

¹⁶²⁸ *Supra* n^{os} 871 ss.

¹⁶²⁹ *Supra* n^{os} 871 ss.

donc en principe pas de cette fourchette. Dans ce contexte, et si les coûts ne s'avèrent pas disproportionnés, il pourra si nécessaire recourir à une expertise pour déterminer où se situerait la valeur du tableau au sein de cette fourchette. L'art. 212 al. 1 CO n'est en principe pas applicable, faute d'un prix du marché pour les œuvres d'art¹⁶³⁰ ; cela n'empêche toutefois pas que la chose puisse être évaluée. Faute d'indices plus concrets indiquant que le prix aurait été fixé près de 28 000 ou de 30 000 francs, le juge pourra trancher *ex æquo et bono* en l'établissant à la moyenne du cadre tracé par les parties¹⁶³¹, soit en l'espèce à 29 000 francs.

Principe (et montant) de la rémunération Le deuxième exemple¹⁶³² concerne une situation fréquente entre proches, dans laquelle chacun veut avoir l'air de profiter le moins d'autrui. S'il est plutôt rare qu'une telle situation aboutisse à un procès d'ordre purement contractuel entre les parties, il n'est pas exclu qu'un juge soit amené à trancher à titre préjudiciel du caractère onéreux du transfert du bijou, par exemple dans le cadre d'une action en réduction de libéralités entre vifs (art. 527 CC) ou d'une action révocatoire de libéralités (art. 286 LP). En l'espèce, le caractère onéreux de la prestation est incertain, ne pouvant être établi par interprétation. Puisqu'il s'agit ici d'un point subjectivement secondaire, on doit compléter le contrat, ce qui revient à déterminer la présence d'un *animus donandi* hypothétique ainsi que son étendue. Aucune norme supplétive spéciale ne concerne cette question ; il faut donc trancher selon la nature de l'affaire (art. 2 al. 2 CO), ce qui renvoie à un examen de l'ensemble des circonstances (art. 4 CC). La relation de parenté relativement éloignée des parties plaide pour un contrat onéreux, mais pas aux prix du marché (2 500 francs). Le caractère modeste des finances de C va également dans cette direction. S'agissant du montant de la rémunération, l'on dispose de deux points de repère : **a)** le montant de 1 500 francs versé par D, et **b)** le montant de 1 250 francs, correspondant à la moyenne entre l'absence de rémunération et la valeur objective de la chose¹⁶³³. On pourrait par exemple retenir que la volonté hypothétique des parties correspond à un prix de 1 400 francs, avec volonté de faire donation de la différence entre ce prix et la valeur vénale du bijou.

Prestation caractéristique Dans l'exemple que nous avons donné à cet égard¹⁶³⁴, le montant de la transaction est déterminé (10 000 000 de francs), mais pas son objet exact, qui est en l'espèce un point subjectivement se-

1630 ATF 89 II 214 [de], consid. 5c, trad. JdT 1964 I p. 54.

1631 *Supra* n° 1079.

1632 *Supra* nos 876 s.

1633 Le raisonnement est ici analogue à celui qui est mené en cas de prix-cadre.

1634 *Supra* nos 878 s.

conclure. Imaginons qu'un accord ne soit pas trouvé quant à la désignation précise des « affaires » à transférer et qu'un litige d'interprétation survienne à cet égard – les parties ne remettant au surplus pas en question l'existence de l'acte juridique. Comment compléter le contrat ? Il n'y a pas de règle dispositive particulière qui s'appliquerait¹⁶³⁵. Le transfert des « affaires » en cause relève potentiellement de plusieurs types contractuels (vente mobilière et immobilière, cessions de créance, cessions de droits de propriété intellectuelle). On peut déjà éliminer toute éventuelle vente immobilière, la forme n'étant pas respectée à cet égard (art. 216 al. 1 CO, cf. aussi art. 22 al. 2 CO). Pour le surplus, les parties doivent prouver le nombre, la nature et la valeur des investissements concernés (cas échéant au moyen d'expertises), preuve à laquelle l'aliénateur devrait également être tenu de collaborer en vertu des règles de la bonne foi. Faute d'indices concrets montrant que les parties auraient voulu d'une clé de répartition particulière¹⁶³⁶, on peut retenir que l'acquéreur a droit à une part dans chaque « affaire » dont l'existence a été prouvée, part calculée d'après la proportion entre la valeur totale des affaires existantes et le prix de 10 000 000 de francs.

- 1112 **Identité d'une partie au rapport d'obligation** Le quatrième et dernier exemple que nous avons donné est un cas où un contrat de bail est conclu, sans que l'identité du locataire ne soit encore connue¹⁶³⁷. Un litige risque alors de survenir si le locataire n'est pas encore désigné lors du début de la période de la location – par exemple, G demande à H de payer le loyer, ce que ce dernier refuse.
- 1113 Comment compléter le contrat s'agissant de la personne du locataire ? On peut à cet égard distinguer :
- 1114 – *S'il s'agit de déterminer qui est débiteur du loyer.* Le contrat a été passé par H à la fois pour le nom et pour le compte de ses enfants, à la fois en son nom propre. **a)** S'agissant de l'engagement au nom et pour le compte de ses enfants, H a agi sans pouvoirs (art. 32 al. 1 CO) ; le contrat n'a pas été ratifié (art. 38 CO) et les conditions de la protection de la bonne foi de G ne sont pas réalisées (art. 33 al. 3, 34 al. 3

1635 L'application de l'art. 71 CO par analogie ne semble pas appropriée ici, les « affaires » de E étant *a priori* trop variées pour que l'octroi d'un droit formateur à E respecte suffisamment les intérêts de F (*supra* nos 1090 ss). Sur la *ratio legis* de l'art. 71 CO, cf. par exemple MERZ, *TDP*, pp. 116, 122-123 ; ZK-SCHRANER, art. 71 CO, n° 27.

1636 On aurait par exemple pu constater que E avait intérêt à se défaire spécifiquement d'affaires dans un certain secteur (textile, automobiles, assurances, etc.), et que F avait précisément intérêt à une acquisition ciblée dans le même domaine en raison de synergies avec le reste de ses activités.

1637 *Supra* nos 881 s.

et 37 CO). Conformément au principe de la relativité des conventions, les enfants de H ne peuvent pas être déclarés débiteurs du loyer sans l'avoir accepté. **b)** Il s'ensuit que H doit être déclaré locataire et débiteur du loyer, ce qui correspond à l'une des hypothèses envisagées par les parties. Cette solution n'est en outre pas inéquitable, vu que H peut en principe sous-louer l'appartement (art. 262 CO) s'il n'en a finalement pas l'utilité, présenter à G un repreneur solvable (art. 264 CO) ou résilier le bail pour le prochain terme (art. 266a CO), tandis que G peut résilier le bail notamment pour demeure dans le paiement du loyer (art. 257d CO)¹⁶³⁸.

- *S'il s'agit de déterminer qui est titulaire de la créance en cession de l'usage de l'appartement.* L'un ou l'autre des enfants de H pourrait être désigné bénéficiaire au sens de l'art. 112 al. 2 CO par complètement, le pur octroi d'avantages à un tiers étant plus compatible avec la liberté contractuelle que la création d'une obligation à sa charge¹⁶³⁹. Les intérêts respectifs et les circonstances personnelles des différents créanciers potentiels pourront alors permettre de déterminer qui doit être désigné créancier par complètement du contrat. À défaut, on peut toujours désigner H comme créancier, ce qui lui laisse d'ailleurs la possibilité de céder l'usage de l'appartement à un tiers. Si les circonstances ne permettent pas de retenir que G serait fautif quant à l'indétermination de la personne du créancier, celui-ci peut en outre se départir du contrat tant que dure l'incertitude sur la personne du créancier (art. 96 CO)¹⁶⁴⁰.

C. Rapport avec les normes de complètement sur le rôle des parties, la prestation caractéristique et la rémunération

Normes en cause En matière de contrats nommés, il existe un certain nombre de règles légales prévoyant le complètement du contrat quant au montant de la rémunération (art. 212 al. 1, 314 al. 1, 322 al. 1, 374, 388 al. 2, 394 al. 3¹⁶⁴¹, 414, 418g al. 1 et 2, 472 al. 2 CO), au principe de la rémuné-

¹⁶³⁸ Cette disposition s'applique même si le locataire n'a pas pris possession des locaux, dès lors que le bailleur les tenait à sa disposition (ATF 127 III 548 [fr], consid. 3) ; elle exclut en outre l'application des art. 107-109 CO (ATF 132 III 109 [fr], consid. 5).

¹⁶³⁹ À ce sujet, cf. notamment CHAIX, pp. 179 ss, 189, 193-198.

¹⁶⁴⁰ *Supra* n^{os} 239 ss.

¹⁶⁴¹ Certains auteurs indiquent que l'art. 394 al. 3 CO s'applique aussi lorsqu'il s'agit de compléter le contrat sur le montant de la rémunération dans les contrats de commission et de transport, vu les renvois des art. 425 al. 2 et 440 al. 2 CO (VON DER CRONE, p. 119 ; BK-

ration (art. 313, 320 al. 2, 388 al. 1, 394 al. 3, 472 al. 2 CO), à la prestation caractéristique (art. 396 al. 1 CO) et à l'identité du créancier (art. 112 al. 2 CO)¹⁶⁴².

- 1117 Dans ces cas, on retient généralement les points en cause ne font pas partie des points objectivement essentiels (dans leurs définitions typologique et fonctionnelle)¹⁶⁴³. Ces normes concernent toutefois des points qui sont, dans les autres types contractuels, objectivement essentiels, et qui font à ce titre l'objet de généralisations¹⁶⁴⁴.
- 1118 **Rapport avec le système** Il existe deux manières diamétralement opposées de comprendre l'ensemble de ces normes :
- 1119 1. *Exceptions*. Ces normes seraient des exceptions au principe voulant que le juge ne pourrait pas compléter le contrat sur l'identité et le rôle des parties, sur la prestation caractéristique ainsi que sur le principe et le montant de la rémunération¹⁶⁴⁵. De ces normes, il faudrait inférer *a contrario* que le complètement sur ces points n'est en général pas

GAUTSCHI, art. 440 CO, nos 2a-2e; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 425 CO, n° 12; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 5757).

1642 Sur ces normes, cf. *supra* nos 524 ss, 597 ss.

1643 *Supra* nos 522 ss, 695 ss.

1644 *Supra* nos 565 ss.

1645 ATF 119 II 347 [de], consid. 5a, trad. JdT 1994 I p. 609; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 337; KOLLER, AT, § 6 nos 33-34, 36-37; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 3; RIMLE, n° 105; dans le même sens : BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 169. En particulier, la jurisprudence et la doctrine n'appliquent généralement l'art. 212 al. 1 CO que de manière restrictive, à savoir uniquement dans les cas où il existe un « prix du marché » (sur la notion de « prix du marché », cf. *supra* n° 525) : Arrêt TF n. publ. 4A_229/2009 (25.08.2009) [de], consid. 4.1; TC GR ZB 10/86 (11.03.1986), consid. 3 = PKG 1986 p. 77; HK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 212 CO, n° 3; HUGUENIN, OR, n° 2446; KOLLER, BT I, § 3 n° 22; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 212 CO, n° 3; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 212 CO, n° 2. D'autres arrêts et auteurs admettent un complètement sur le prix de vente grâce à d'autres critères que le prix du marché : TC VS (30.06.1983) *Granges c. Bruchez*, consid. 1 = RVJ 1983 p. 291; TC ZH (10.02.1981), consid. 2 = ZR 1981 p. 212; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n° 86.

1646 Dans le même sens, la jurisprudence et la doctrine considèrent souvent que l'art. 184 al. 3 CO exprime une règle générale qui voudrait que le montant de la rémunération devrait toujours faire l'objet d'un accord : ATF 85 II 402 [de], consid. 2, trad. JdT 1960 I p. 204; ATF 84 II 266 [de], consid. 2, trad. et rés. JdT 1959 I p. 42; ATF 84 II 13 [de], consid. 1, trad. JdT 1958 I p. 263; ATF 81 II 213 [fr], consid. 2b; BK-GIGER, art. 184 CO, n° 223; HK-HRUBESCH-MILLAUER, art. 184 CO, n° 43; KOLLER, BT I, § 3 n° 22; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 184 CO, n° 48; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n° 86; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 184 CO, n° 54; dans ce sens également : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 337; KOLLER, AT, § 6 n° 27. Il semble toutefois que l'art. 184 al. 3 CO ne traite que du seuil de déterminabilité pour qu'il y ait accord sur le prix de vente (*supra* n° 185), mais pas de l'étendue minimale de l'accord pour qu'il puisse y avoir contrat.

possible¹⁶⁴⁶, ce qui s'inscrit dans l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord¹⁶⁴⁷.

2. *Expressions d'un principe général.* Ces normes exprimeraient un principe général selon lequel le complètement serait possible à l'égard de ces points¹⁶⁴⁸. À partir de ces normes, on pourrait raisonner *a simili* dès qu'il est question de compléter un contrat quant à l'identité et le rôle des parties, à la prestation caractéristique ou à la rémunération, ce qui rejoint l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord¹⁶⁴⁹. 1120

Tout raisonnement *a contrario* étant le corollaire d'un raisonnement *a simili*, seuls les arguments de fond sont déterminants pour trancher entre ces deux possibilités *a priori* équivalentes¹⁶⁵⁰. 1121

Discussion : a) Liberté contractuelle Le contexte général de la discussion est la liberté contractuelle, en vertu de laquelle les parties peuvent en principe vouloir être liées par un accord ne portant pas sur tous les points objectivement essentiels¹⁶⁵¹. Dans ce contexte, l'activité supplétive du juge vise à soutenir l'exercice de la liberté contractuelle par les parties¹⁶⁵². Puisqu'il prévoit cette activité supplétive, l'ensemble de normes ici discuté exprime le principe de la liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO). 1122

Discussion : b) Critères objectifs ? D'après certains auteurs considérant les normes ici discutées comme des « exceptions », celles-ci seraient justifiées par le fait qu'elles concerneraient des cas où il existerait un « critère objectif » pour compléter le point en cause¹⁶⁵³. Par exemple, l'art. 212 al. 1 CO permettrait à titre exceptionnel le complètement du prix de vente, dès lors qu'il existe un « prix du marché » (« critère objectif »)¹⁶⁵⁴; le fait que le prêt de consommation ait été accordé « en matière de commerce » (art. 313 1123

1647 Sur l'approche 1, cf. *supra* nos 716 ss.

1648 ATF 100 II 330 *Morel c. Steiger* [de], trad. JdT 1975 I p. 609; cf. aussi ATF 108 II 112 *Gautschi c. Schwab* [de], consid. 4, trad. et comm. JdT 1982 I p. 531; ATF 103 II 149 *Mosimann c. Muheim* [de], consid. 4, trad. JdT 1978 I p. 208; BELSER, p. 255; GUHL/KOLLER, § 8 n° 2; HERZOG, n° 242; HONSELL, *BT*, p. 211; STÖCKLI, nos 175-176, 202.

1649 Sur l'approche 2, cf. *supra* nos 723 ss.

1650 BYDLINSKI, *Methodenlehre*, pp. 476-477; HÖHN, *Methodik*, pp. 272-273; BsK-HONSELL, art. 1 CC, n° 14; BK-MEIER-HAYOZ, art. 1 CC, n° 191; STEINAUER, *Silences*, pp. 43-50.

1651 *Supra* nos 1047 ss.

1652 *Supra* n° 247.

1653 VON DER CRONE, pp. 118-120; KOLLER, *AT*, § 6 n° 37; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 3, c. On retrouve la même idée dans la doctrine et la jurisprudence qui considèrent que seuls les prix « objectivement déterminables » peuvent être considérés comme « prix du marché » au sens de l'art. 212 al. 1 CO (*supra* n° 525).

1654 KOLLER, *AT*, § 6 n° 37.

al. 2 CO) serait également l'un de ces « critères objectifs »¹⁶⁵⁵. Cette expression semble renvoyer à des situations dans lesquelles le complètement pourrait intervenir sans que le pouvoir d'appréciation du juge ne soit trop mis à contribution — sa « subjectivité » resterait marginale dans son processus de décision¹⁶⁵⁶. Du point de vue des parties, celles-ci pourraient aisément déterminer la solution supplétive reposant sur des « critères objectifs »¹⁶⁵⁷.

- 1124 Il nous semble peu convaincant de croire que l'existence des normes supplétives ici discutées serait justifiée par le fait qu'elles renverraient à des « critères objectifs » :
- 1125 1. *Les normes citées en exemple renvoient aussi au pouvoir d'appréciation du juge.* Dans le contexte de l'art. 212 al. 1 CO, déterminer si la chose (de genre) vendue à un prix « usuel et généralisé »¹⁶⁵⁸ fait nécessairement appel au pouvoir d'appréciation du juge. Savoir si un prêt a été octroyé « en matière commerciale » (art. 313 al. 2 CO) fait également appel au pouvoir d'appréciation du juge, puisqu'il faut analyser les *circonstances* entourant la relation entre les parties, sans se limiter à des critères formels tels que l'inscription au registre du commerce¹⁶⁵⁹. En outre, avant d'appliquer les art. 212 al. 1 ou 313 al. 2 CO, il faut d'abord déterminer si les parties seraient, à titre hypothétique, convenues de la solution dispositive ou si elles auraient préféré élaborer une solution particulière¹⁶⁶⁰, ce qui fait intervenir le pouvoir d'appréciation du juge. Dans le cas de l'art. 313 al. 2 CO, le juge devra donc se demander si les parties seraient convenues d'un prêt gratuit malgré un contexte commercial, ce qui pourra par exemple être le cas entre des sociétés alliées.
- 1126 2. *De nombreuses autres normes supplétives ici discutées renvoient à des critères de complètement qui font ouvertement appel au pouvoir d'appréciation du juge.* C'est en particulier le cas lorsque la loi renvoie à la prise en compte de toutes les « circonstances » pertinentes pour le complètement (art. 320 al. 2, 418g al. 1, 472 al. 2 CO), ce qui implique *par définition* une appréciation par le juge (cf. art. 4 CC). Lorsque la loi renvoie à l'usage (ce qui est fréquent : art. 314 al. 1, 322 al. 1, 394 al. 3, 414, 418g al. 1 CO), le pouvoir d'appréciation du juge est presque

1655 CR-MORIN, art. 2 CO, n° 3.

1656 VON DER CRONE, pp. 118-120.

1657 *Ibid.*, p. 120.

1658 *Supra* n° 525.

1659 CR-BOVET/RICHA, art. 313 CO, n° 3 ; BsK-SCHÄRER/MAURENBRECHER, art. 313 CO, n° 3 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n° 2543.

1660 *Supra* nos 289 ss.

aussi conséquent, non seulement quant à l'appréciation de la preuve de l'usage (art. 150 al. 2 et 157 CPC), mais également vu le fait qu'à défaut d'usage démontré, on se réfère là aussi à toutes les circonstances pertinentes¹⁶⁶¹.

3. *Que la loi prévoit ou non une norme de complètement spéciale, les critères de complètement sont les mêmes.* Lorsque le juge complète un contrat d'aliénation quant au principe et au montant de la rémunération – c'est-à-dire lorsqu'il détermine s'il y a donation (art. 239 al. 1 CO) ou vente (art. 184 al. 1 CO), et cas échéant le prix de vente – il emploie les mêmes critères que s'il complète un contrat de travail ou de service sur le point de savoir si l'engagement est onéreux (art. 320 al. 2, 394 al. 3 CO) et, dans l'affirmative, quel est le montant de la rémunération (art. 322 al. 1, 394 al. 3 CO). Il s'intéressera notamment à la nature de la relation entre les parties et au contexte social dans lequel celle-ci s'est nouée, aux buts et intérêts poursuivis par les parties, à l'importance ou à la valeur de la prestation caractéristique, etc.¹⁶⁶². En particulier, même lorsqu'une vente se trouve hors du contexte d'application restrictif posé par la jurisprudence et la doctrine quant à l'art. 212 al. 1 CO – typiquement, si la chose vendue est une chose d'espèce ou s'il n'existe pas de « prix usuel et généralisé » –, on peine en réalité à imaginer une chose dont la valeur objective ne pourrait pas être déterminée aux fins d'orienter le complètement du contrat. Même les œuvres d'art, citées comme « prototypes » de choses n'ayant pas de « prix du marché » au sens de l'art. 212 al. 1 CO¹⁶⁶³, font l'objet d'un marché au sens socio-économique du terme (le « marché de l'art ») et peuvent en principe faire l'objet d'une évaluation, si nécessaire au moyen d'une expertise.

Dès lors, pourquoi le législateur aurait-il voulu le complètement judiciaire du caractère onéreux des prestations de travail ou de service et du montant de leur rémunération, mais pas le complètement du caractère onéreux et du prix de l'aliénation d'une chose¹⁶⁶⁴ ? On ne peut pas répondre à cette question en affirmant de manière sibylline que les art. 320 al. 2 et 394 al. 3 CO seraient des exceptions justifiées par un « motif particulier »¹⁶⁶⁵.

1661 *Supra* n° note 1583.

1662 *Supra* nos 1071 ss.

1663 ATF 89 II 214 [de], consid. 5c, trad. JdT 1964 I p. 54.

1664 Dans le même sens : STÖCKLI, nos 172, 202.

1665 KOLLER, AT, § 6 n° 33-34 (tr. pers.).

- 1129 **Discussion : c) Argument systémique** Pour justifier l'idée que le juge ne pourrait pas compléter le contrat sur ses points objectivement essentiels, VON DER CRONE avance un argument d'ordre systémique : il n'appartiendrait pas au système juridique, dont le juge fait partie intégrante, de fixer la valeur de prestations contractuelles, mais exclusivement au système économique, par le mécanisme de formation des prix sur le marché¹⁶⁶⁶. Dans ce sens, la règle spécifique de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord servirait à « protéger la différenciation fonctionnelle des systèmes économique et juridique »¹⁶⁶⁷.
- 1130 Dans le système économique (et dans la mesure où le système de l'économie de marché est adopté comme référentiel, ce qui procède d'un choix politique et social – cf. art. 94 al. 1 Cst.¹⁶⁶⁸), le mécanisme de l'équilibre de l'offre et de la demande détermine le prix d'équilibre, et par là fixe la valeur vénale des biens et services.
- 1131 Dans le système juridique, la valeur vénale des biens et services n'est qu'un critère parmi l'ensemble des critères de complètement des contrats¹⁶⁶⁹. Le système juridique définit ces critères par autopoïèse, et dans le cadre de l'activité judiciaire de complètement des contrats (c'est-à-dire au sein du système « droit »), seuls les critères définis par le système juridique font foi. Le droit fait souvent référence à des notions économiques lorsqu'il s'agit de compléter des contrats (p. ex. la valeur vénale, les prix du marché, etc.) ; ces notions constituent autant de points de couplage structurels entre les systèmes économique et juridique. Le législateur et les tribunaux (soit les « nœuds centraux » du système juridique) ont par là exprimé la légitimité du juge de fixer, dans certaines hypothèses, la valeur de prestations contractuelles.
- 1132 Ainsi, les systèmes économique et juridique ont chacun leurs points de vue sur la notion de « valeur » de prestations contractuelles. *A priori*, ces points de vue coexistent sans s'exclure et sans qu'un système ne soit moins « légitime » que l'autre pour exprimer une opinion ou une information. En particulier, dans la mesure où le complètement des contrats sur des points subjectivement secondaires sert la liberté contractuelle¹⁶⁷⁰, la fixation des prix par les parties (dans le système économique) ou, à titre subsidiaire, par le

1666 VON DER CRONE, pp. 116-117. Sur la notion de système, l'autopoïèse et les couplages structurels, cf. notamment MEYLAN, pp. 23 ss ; sur la théorie générale des systèmes, cf. VON BERTALANFFY, pp. 29 ss ; MORIN, *La Méthode*, I, pp. 123 ss.

1667 VON DER CRONE, p. 118 (tr. lib.).

1668 À ce sujet, cf. *supra* n° 345 et 364 ss.

1669 *Supra* n°s 1071 ss.

1670 *Supra* n° 247 et 1043 s..

juge (dans le système juridique) ne semblent pas s'exclure ; bien plutôt, c'est dans l'articulation de ces possibilités que s'établit la « différenciation fonctionnelle » entre les systèmes dont parle VON DER CRONE.

Pour ces motifs, le point de vue de cet auteur nous semble devoir être rejeté. 1133

Discussion : d) Répartition et nombre des normes On peut encore prendre en considération la répartition et le nombre des normes supplétives ici discutées. La jurisprudence et la doctrine qui les considèrent comme des « exceptions » n'en citent souvent que quelques unes¹⁶⁷¹, ce qui tend à faire oublier qu'elles sont en réalité assez nombreuses et qu'elles touchent des types contractuels très variés (vente, prêt de consommation, travail, entreprise, édition, mandat, courtage, agence, commission, transport, dépôt et stipulation pour autrui). 1134

Ces normes sont les plus nombreuses quant au montant de la rémunération (art. 212 al. 1, 314 al. 1, 322 al. 1, 374, 388 al. 2, 394 al. 3, 414, 418g al. 1 et 2, 472 al. 2 CO) et à son principe (art. 313, 320 al. 2, 388 al. 1, 394 al. 3, 472 al. 2 CO) ; les normes prévoyant un complètement quant à la prestation caractéristique (art. 396 al. 1 CO) ou à l'identité des parties (art. 112 al. 2 CO, qui vise l'identité du créancier – il n'y a pas de norme supplétive portant sur l'identité du débiteur d'une prestation principale) sont nettement plus rares. Il ne semble néanmoins pas possible d'en tirer une conclusion quant à la signification générale de ces normes : 1135

– D'un côté, on pourrait en inférer qu'il serait plus facile d'admettre un complètement à *titre exceptionnel* sur le montant et/ou le principe de la rémunération, plutôt que sur la prestation caractéristique ou l'identité des parties. 1136

– De l'autre, on pourrait considérer que le législateur a surtout voulu affirmer le *principe général* du complètement des points objectivement essentiels mais subjectivement secondaires là où il est le plus susceptible d'intervenir en pratique¹⁶⁷², à savoir quant au montant de la rémunération, et dans une moindre mesure, quant au principe de la rémunération. 1137

1671 ATF 119 II 347 [de], consid. 5a, trad. JdT 1994 I p. 609 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 337 ; KOLLER, AT, § 6 n^{os} 33-34, 36-37 ; CR-MORIN, art. 2 CO, n° 3 ; BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 169 ; par contraste, cf. RIMLE, n° 105.

1672 Cf. par exemple MünK-WÜRDINGER, § 315 BGB, n° 2.

- 1138 **Conclusion** Vu ces arguments, les normes ici discutées – qui prévoient le complètement du contrat sur le principe et le montant de la rémunération, sur la prestation caractéristique et sur l'identité des parties – devraient être comprises comme exprimant le principe général selon lequel le complètement est possible sur tout point objectivement essentiel, dès lors que ce point était subjectivement secondaire. On ne décèle pas, dans les normes ici examinées, de motif spécifique (par exemple existence de « critères objectifs ») qui en ferait un groupe homogène « d'exceptions » spéciales.

D. Conclusion

- 1139 Pour justifier l'exigence spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord¹⁶⁷³ – c'est-à-dire la règle voulant qu'un accord sur tous les points objectivement essentiels est toujours nécessaire à la conclusion du contrat –, certains auteurs ont avancé l'idée que le juge n'aurait pas les éléments nécessaires pour compléter le contrat sur des points objectivement essentiels¹⁶⁷⁴.
- 1140 Les développements qui précèdent montrent toutefois que cet argument n'est pas réellement convaincant. En effet, les critères de complètement variables en cas de complètement sur des points objectivement secondaires sont transposables au complètement des contrats sur des points objectivement essentiels¹⁶⁷⁵ ; dans certaines circonstances, un complètement par attribution d'un droit formateur est également envisageable¹⁶⁷⁶. Les critères de complètement qui doivent être prouvés peuvent l'être par les moyens de preuve habituels¹⁶⁷⁷. On peut à ces égards s'appuyer sur les nombreuses normes supplétives de la partie spéciale du Code des obligations, qui devraient être comprises comme l'expression du principe général voulant que le complètement peut parfois intervenir sur des points objectivement essentiels¹⁶⁷⁸.
- 1141 Dans certains cas, il peut arriver que le complètement repose principalement sur des critères généraux (bonne foi, équité)¹⁶⁷⁹. La décision du juge implique alors un important pouvoir d'appréciation. Cette large confiance accordée au

1673 Sur l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, cf. *supra* n^{os} 716 ss.

1674 *Supra* n^o 1066.

1675 *Supra* n^{os} 1071 ss.

1676 *Supra* n^{os} 1090 ss.

1677 *Supra* n^{os} 1093 ss.

1678 *Supra* n^{os} 1116 ss.

1679 *Supra* n^{os} 1085 ss.

juge constitue l'une des pierres angulaires de la codification suisse¹⁶⁸⁰ ; il faut toutefois prendre en compte les « risques » qu'elle peut représenter pour les parties. Cet argument sera examiné plus loin¹⁶⁸¹.

II. Une perte de temps judiciaire ?

A. Problématique

L'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord implique qu'un accord doit toujours être trouvé sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat soit conclu, ce qui constitue une limitation de la liberté contractuelle¹⁶⁸². On peut à première vue se demander si cette limitation pourrait être justifiée par l'idée qu'elle contribuerait à décharger les tribunaux, puisque les juges n'auraient alors pas besoin de traiter des cas dans lesquels l'accord ne porte pas au moins sur tous les points objectivement essentiels. 1142

À notre connaissance, cet argument n'a pas été avancé par la jurisprudence et la doctrine pour justifier l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord. Il est toutefois nécessaire d'analyser cette question, puisque la bonne marche des tribunaux contribue à l'effectivité du droit, et donc à la sécurité juridique¹⁶⁸³ ; en outre, la surcharge des tribunaux est un sujet de préoccupation récurrent des autorités¹⁶⁸⁴. Nous allons d'abord nous pencher sur quelques questions d'ordre pratique¹⁶⁸⁵ : dans les faits, l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord décourage-t-elle les parties de soumettre leur cause aux tribunaux ? Si une action est effectivement introduite, l'approche 1 permet-elle un éco- 1143

1680 MERZ, *OR von 1881*, p. 20 : « Die schweizerische Lösung setzt großes Vertrauen in die Rechtsanwendung und Rechtsfindung voraus. Eine recht freie Stellung des Richters entsprach der Tradition. »

1681 *Infra* n^{os} 1206 ss.

1682 *Supra* n^{os} 1047 ss.

1683 *Supra* n^o 422.

1684 Au niveau fédéral, cf. notamment FF 2013 pp. 8143 ss, pp. 8154-8155 ; FF 2001 pp. 4000 ss, pp. 4010-4013 ; ZK-DÜRR, Rem. pré. art. 1, 4 CC, n^{os} 175-179. On observe toutefois que le nombre d'affaires pécuniaires civiles introduites et traitées à la première Cour de droit civil du Tribunal fédéral est resté à peu près stable entre 2011 et 2015 (cf. les statistiques données par le Tribunal fédéral dans ses rapports de gestion de 2011 à 2015) ; pour prendre un exemple sur le plan cantonal, le rapport annuel 2015 de l'Ordre judiciaire vaudois indique également une certaine stabilité dans le volume des affaires pécuniaires civiles entre 2011 et 2015 en première instance (Rapport annuel de l'OJV 2015, p. 58), mais une légère augmentation globale des procédures en appel et recours (*Ibid.*, pp. 39-40).

1685 *Infra* n^{os} 1144 ss.

nomie de temps judiciaire par rapport à l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord ? En second lieu seront analysés des arguments systématiques et téléologiques, notamment fondés sur des normes existantes ayant pour but ou pour effet de restreindre l'accès des justiciables aux tribunaux¹⁶⁸⁶.

B. Arguments pratiques

a) L'approche 1 décourage-t-elle en général les parties d'accéder au tribunal ?

1144 **Question** On peut en premier lieu se demander si l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord contribuerait à une économie de temps judiciaire par le seul fait qu'elle découragerait de manière générale les parties d'ouvrir des actions en justice. Dans les cas où il serait « clair » qu'un accord n'aurait pas été trouvé sur des points objectivement essentiels, la partie qui prétendrait que le contrat a été conclu serait dissuadée d'ouvrir action. Si cela était avéré dans un nombre suffisant¹⁶⁸⁷ de cas, cela pourrait fournir une justification à la limitation de la liberté contractuelle impliquée par l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord¹⁶⁸⁸.

1145 **Discussion : a) Difficultés d'analyse** En premier lieu, il est délicat de faire des prévisions *générales* quant au comportement de parties à des litiges. Pour pouvoir affirmer que les parties seraient dans suffisamment de cas dissuadées d'ouvrir action à cause des exigences spécifiques de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, il faudrait disposer de statistiques sur les motifs qui poussent les justiciables à ouvrir une action ou à ne pas en ouvrir en cas de litige portant sur l'existence d'un contrat ; de telles statistiques sont inexistantes. On est donc par définition limité à une appréciation approximative de cette question. À cet égard, les exemples individuels que l'on peut trouver pour illustrer une hypothèse et son contraire ne donnent pas d'indication décisive sur l'existence d'une tendance *générale* quant au comportement des justiciables dans une situation donnée.

1686 *Infra* n^{os} 1183 ss.

1687 La précision « suffisant » renvoie à l'exigence de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.) qui s'applique aux restrictions de la liberté contractuelle (*supra* n^{os} 395 ss et *infra* n^{os} 1354 ss).

1688 Sur cette limitation, cf. *supra* n^{os} 1047 ss.

En outre, toute généralisation en la matière est difficile car les facteurs qui poussent un justiciable à ouvrir une action en justice sont variés et complexes. Entrent en ligne de compte des facteurs d'ordre plutôt rationnel comme l'évaluation des chances de succès, le rapport entre les coûts estimés du procès et les gains escomptés, le gain qu'il peut y avoir à retarder autant que possible une issue défavorable, ou encore l'espoir d'épuiser les capacités financières et morales de la partie adverse ; ces facteurs sont toutefois eux-mêmes le fruit d'estimations approximatives. S'y ajoutent des facteurs moraux, émotionnels, relatifs à l'image – par exemple, le besoin d'obtenir réparation d'une « injustice », le besoin d'en découdre « pour le principe », les personnalités plus ou moins combattives de la partie et de son défenseur, la volonté de nuire à la partie adverse, la nécessité de montrer sa ténacité à des tiers (actionnaires, proches, autorités), etc. 1146

Discussion : b) Chances de succès Parmi les facteurs qui influencent la décision d'ouvrir une action en justice, l'évaluation des chances de succès est le facteur le plus susceptible d'être affecté par l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat puisse être conclu (exigence spécifique de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord). Dans les hypothèses où il est difficilement contestable en justice qu'un accord n'a pas été trouvé sur tous les points objectivement essentiels, la partie qui voudrait déduire une prétention contractuelle en justice pourra être dissuadée d'agir pour ce motif. Toutefois : 1147

- Le fait que la conclusion du contrat soit difficile à démontrer en justice à cause d'une absence « claire » d'accord sur tous les points objectivement essentiels ne fait que dissuader les justiciables d'ouvrir action sur un fondement contractuel, mais reste sans effet sur la possibilité de baser sa demande sur d'autres motifs, à titre alternatif ou subsidiaire – cas échéant pour des montants inférieurs (dommages-intérêts négatifs au lieu de dommages-intérêts positifs). Typiquement, faute de pouvoir invoquer une responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO), une partie pourra invoquer la responsabilité délictuelle de l'autre s'il y a concours d'actions ; on pourra parfois envisager une action en responsabilité précontractuelle¹⁶⁸⁹, voire, en fonction des circonstances concrètes, d'autres moyens juridiques (concurrency déloyale, droit pénal, etc.). 1148
- Même dans le contexte de l'application de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord et lorsque l'accord semble faire défaut sur un point objectivement essentiel, un plaideur pourra, selon les circonstances, 1149

¹⁶⁸⁹ Sur cette hypothèse, cf. *infra* nos 1276 ss.

exploiter divers arguments à même de faire pencher la décision du juge en faveur de l'existence du contrat. Par exemple : on invoquera une qualification en un autre type contractuel que celui invoqué par la partie adverse¹⁶⁹⁰, notamment en un type contractuel pour lequel existe une norme supplétive légale ou jurisprudentielle pertinente en l'espèce, que l'on tentera cas échéant de faire appliquer par voie d'analogie¹⁶⁹¹ ; en cas d'accord sur une « plage de prix », on s'appuiera sur l'opinion doctrinale qui reconnaît la validité de tels accords¹⁶⁹² ; en cas de contrat déjà exécuté, on invoquera l'opinion selon laquelle l'exécution a un impact sur la définition des points objectivement essentiels¹⁶⁹³ ; en général, on mettra l'accent sur l'existence des volontés d'être lié, ou encore, on exploitera les différences existant entre les diverses définitions des points objectivement essentiels¹⁶⁹⁴.

1150

- Dans de nombreux cas, on ne peut pas véritablement prédire les décisions des tribunaux quant au point de savoir si un contrat est conclu, qui dépend d'un ensemble de plusieurs questions laissant une large part au pouvoir d'appréciation du juge, dont l'interprétation des volontés des parties et le degré de détermination des points du contrat¹⁶⁹⁵. L'évaluation des chances de succès dépend aussi des documents et moyens de preuves que possède la partie adverse, or ceux-ci ne sont pas connus avant la réception de sa réponse (art. 222 al. 4 CPC), qui intervient après l'ouverture de l'action.

¹⁶⁹⁰ Le Tribunal fédéral souligne que lorsqu'un élément constitutif d'un certain type contractuel n'est pas prévu par un contrat, les normes de ce type ne s'appliquent pas (sous réserve d'une application par analogie), sans que cela n'affecte l'existence du contrat (ATF 84 II 13 [de], consid. 1, trad. JdT 1958 I p. 263 : « [...] die Verbindlichkeit des Vertrages überhaupt nicht davon abhängt, ob er sich in Typen zergliedern lässt, für die das Gesetz besondere Bestimmungen enthält » ; cf. aussi ATF 66 II 61 [de], trad. et rés. JdT 1940 I p. 462). Le contrat peut alors être qualifié en un autre type nommé (par exemple : un « courtage gratuit » est un mandat, Arrêt TF n. publ. 6B_329/2007 (11.12.2007) [de], consid. 3.4.1) ou innommé (par exemple : la prestation d'ingénieur fournie à titre gratuit est un contrat innommé, ATF 127 III 519 [fr], consid. 2b) ; de même quant à une prestation de travail gratuite (ATF 116 II 695 [de], consid. 2b/bb, trad. JdT 1991 I p. 625) ; si le type porte sur des éléments accessoires dans la structure d'obligations (*supra* n^{os} 662 s.), le contrat existe sans que ce type ne s'applique (par exemple : si les parties n'ont pas la volonté de soumettre leur litige à une juridiction arbitrale, le contrat est conclu mais soumis aux juridictions étatiques, ATF 138 III 29 [de], consid. 2.2.3).

¹⁶⁹¹ Sur ces différentes normes, cf. *supra* n^{os} 524 ss.

¹⁶⁹² BSK-KOLLER, art. 184 CO, n^o 49.

¹⁶⁹³ *Supra* n^{os} 275 ss.

¹⁶⁹⁴ Sur les différentes définitions des points objectivement essentiels, cf. *supra* n^{os} 453 ss.

¹⁶⁹⁵ Sur ces questions, cf. *supra* n^{os} 148 ss. Pour un exemple de cas où la conclusion du contrat a été discutée jusqu'au Tribunal fédéral sous l'angle de la question de la déterminabilité d'un point objectivement essentiel (montant d'un prêt) : Arrêt TF n. publ. 4A_591/2012 (20.02.2013) [de], consid. 2.5.2.

Discussion : c) Exemple : 4A_80/2013 Un exemple tiré de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral quant à l'art. 2 CO illustre ces considérations. Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_80/2013¹⁶⁹⁶, X et Y négocient l'engagement de X en tant qu'assistant du Président du conseil d'administration de Y SA. Le résultat des négociations fait l'objet d'un document signé par les parties, qui fixe notamment le poste et la rémunération que X aurait au sein de Y SA, mais qui réserve expressément à un accord ultérieur la nature du contrat (contrat de travail ou de mandat), ainsi que l'entité débitrice de la rémunération. Le document est désigné comme une « offre » par son auteur et comporte la mention « accepté et consenti » mais renvoie à la préparation d'une « documentation finale » à élaborer par les conseillers juridiques de Y SA. Par la suite, X commence à travailler pour Y SA ; quelques mois plus tard et malgré plusieurs documents détaillés établis par les avocats des parties, Y SA décide de mettre un terme à l'activité de X. Ce dernier ouvre alors action en paiement contre Y de divers montants en invoquant la conclusion d'un contrat de travail ; X obtient largement gain de cause en première instance. Y fait recours auprès du Tribunal cantonal ; son recours est admis au motif que les parties n'auraient pas conclu de contrat en l'espèce. X forme un recours en matière civile au Tribunal fédéral, qui le rejette avec un pouvoir de cognition restreint par le fait que l'instance précédente ait retenu l'absence des volontés réelles d'être lié (art. 97 al. 1 et 105 al. 1 LTF). On peut formuler les remarques suivantes quant à cette décision :

1151

- Cet arrêt met en scène une réserve (c'est-à-dire un désaccord patent)¹⁶⁹⁷ sur deux points généralement considérés comme objectivement essentiels : **a)** l'existence d'un rapport de subordination, puisque les parties ont réservé la qualification du contrat en travail ou en mandat¹⁶⁹⁸ ; **b)** l'identité du débiteur de l'une des obligations principales, à savoir la rémunération¹⁶⁹⁹.
- Cette circonstance n'a toutefois pas dissuadé le demandeur d'ouvrir action, ni de former recours jusqu'au Tribunal fédéral. Le fait que le demandeur ait gagné en première instance tend par ailleurs à indiquer que malgré ce défaut d'accord sur des points objectivement essentiels, sa cause n'était pas d'emblée dépourvue de chances de succès.
- Dans cet arrêt, on constate en outre assez étonnamment que les instances successives semblent avoir considéré les points susmention-

1152

1153

1154

¹⁶⁹⁶ Arrêt TF n. publ. 4A_80/2013 (30.07.2013) [de].

¹⁶⁹⁷ *Supra* n° 263.

¹⁶⁹⁸ *Supra* n° 532.

¹⁶⁹⁹ *Supra* nos 565 ss.

nés comme des points objectivement secondaires¹⁷⁰⁰, ce qui montre que l'estimation des chances de succès est toujours partiellement aléatoire, même sur une question qui pourrait paraître « claire » d'un point de vue théorique¹⁷⁰¹.

- 1155 – Bien qu'il ne semble pas en avoir fait usage, le demandeur aurait probablement pu s'appuyer sur la conception de l'art. 320 al. 2 CO adoptée par le Tribunal fédéral et la majorité de la doctrine, qui retient l'existence d'un contrat de travail même sans interprétation des volontés des parties¹⁷⁰², puisqu'en l'espèce, X avait commencé à travailler pour Y SA. Le défaut d'accord sur des points objectivement essentiels n'aurait ainsi probablement pas dissuadé X d'ouvrir action.

1156 **Conclusion** Si l'on peut penser que l'existence de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord pèse parfois sur les chances de succès de telle sorte que cela dissuade certains justiciables d'ouvrir action, il semble difficile de généraliser cette hypothèse, notamment au vu des différents éléments allant en sens inverse. Il semble ainsi difficile de dire si l'approche 1 retient *de manière générale* les parties d'ouvrir des actions en justice, au point que cela donnerait lieu à une économie de temps judiciaire susceptible de justifier la limitation de la liberté contractuelle consubstantielle à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord.

b) L'approche 1 permet-elle une économie de temps judiciaire si un tribunal est saisi ?

1157 **Question** La question à résoudre ici consiste à déterminer si des approches 1 ou 2 de l'étendue minimale de l'accord, l'une permet une économie de temps judiciaire substantielle par rapport à l'autre lorsqu'un tribunal est saisi.

1158 **Discussion : a) Facteurs d'économie de temps judiciaire** La réponse dépend du statut et du traitement des actions intentées dans l'une et l'autre des approches au regard du droit de procédure. Les principaux facteurs permettant de réaliser une économie de temps judiciaire sont :

1700 Arrêt précité, consid. 3.1.

1701 Pour reprendre les propos de TERCIER/BIERI/CARRON, p. VI : « [...] dans la pratique tout n'est hélas ! pas toujours aussi simple que l'on tendrait à le croire ou le dire ».

1702 *Supra* n° 535.

1. Le caractère irrecevable de la demande (art. 59 ss CPC ; en cas d'irrecevabilité manifeste d'un recours au Tribunal fédéral, cf. l'art. 108 LTF) ; 1159
 2. L'application de la procédure simplifiée (art. 243 ss CPC) ou sommaire (art. 248 ss CPC) à la place de la procédure ordinaire (art. 219 ss CPC) ; au Tribunal fédéral, la procédure de l'art. 109 al. 2 LTF s'applique si le recours est manifestement fondé ou infondé ; 1160
 3. La possibilité de prendre des décisions visant à accélérer la procédure (cf. notamment les art. 124-127 CPC) ; 1161
 4. La possibilité de pouvoir trancher grâce à un nombre plus restreint de preuves et/ou principalement au moyen de preuves pouvant être administrées immédiatement (notamment : sur la base de titres, art. 177 ss CPC) ; 1162
 5. Lorsqu'une motivation écrite est nécessaire (art. 239 CPC), la brièveté de la motivation. 1163
- Discussion : b) Irrecevabilité** Dans le contexte de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, même lorsqu'une demande tend à faire valoir des prétentions contractuelles alors qu'il est clair qu'un accord sur tous les points objectivement essentiels n'est pas intervenu, la demande n'est pas irrecevable au sens des art. 59 ss CPC ; bien plutôt, elle est mal fondée, ce qui suppose un déroulement en principe complet de la procédure et une décision sur le fond (art. 236 al. 1 CPC). Ainsi, l'irrecevabilité n'entre pas en ligne de compte comme facteur d'économie de temps judiciaire dans le cas qui nous intéresse ici. 1164
- Discussion : c) Procédure applicable ; cas clairs ?** De façon générale, le type de procédure applicable ne dépend pas du fait que l'approche 1 ou que l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord soit adoptée (cf. les critères d'application des procédures simplifiée et sommaire, art. 243 et 248 ss CPC). Une question particulière se pose toutefois : adopter l'approche 1 plutôt que l'approche 2 permet-il d'augmenter le nombre de cas clairs au sens de l'art. 257 CPC, ce qui emporterait une application accrue de la procédure sommaire ? 1165
- Il y a cas clair lorsque « l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé » et que « la situation juridique est claire » (art. 257 al. 1 let. a-b CPC). Le demandeur a alors la possibilité de former une requête en procédure sommaire. Si les conditions sont réunies, le juge admet 1166

la requête par une décision déployant autorité de la chose jugée¹⁷⁰³. Dans le cas contraire, il y a irrecevabilité¹⁷⁰⁴.

- 1167 On se place ici dans l'hypothèse où l'adoption d'une approche ou d'une autre mène à des résultats différents, c'est-à-dire lorsque les parties ont la volonté d'être liées mais que tous les points objectivement essentiels ne font pas l'objet d'un accord¹⁷⁰⁵ et que la conclusion du contrat est litigieuse. Dans ce contexte :
- 1168 1. Si le demandeur se prévaut de l'existence du contrat :
- 1169 (a) Si l'on adopte l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, le demandeur ne fera probablement pas usage de l'art. 257 CPC puisqu'en raison de l'approche 1, sa requête serait déclarée irrecevable, faute d'accord sur tous les points objectivement essentiels.
- 1170 (b) Si l'on adopte l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, le demandeur ne pourra probablement pas non plus invoquer l'art. 257 CPC. En effet, cette norme ne mène à l'admission de la requête que lorsque l'état de fait et la situation juridique sont suffisamment claires, ce qui n'est en général pas le cas si le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation¹⁷⁰⁶. Or le pouvoir d'appréciation du juge entre en ligne de compte pour savoir si un contrat est conclu, puisqu'il faut en particulier interpréter les volontés des parties¹⁷⁰⁷, et *a fortiori* s'il s'agit de compléter le contrat sur un point objectivement essentiel mais subjectivement secondaire¹⁷⁰⁸.
- 1171 2. Si le demandeur se prévaut de l'inexistence du contrat, le demandeur qui se prévaut de l'inexistence du contrat ne pourrait que difficilement invoquer l'art. 257 CPC, que l'on adopte l'approche 1 ou l'approche 2. En premier lieu, le fait d'ouvrir action pour faire reconnaître l'inexistence

1703 Sur la notion de cas clair et ses conséquences procédurales, cf. notamment FF 2006 pp. 6841 ss, pp. 6959 s.; ATF 141 III 23 [fr], consid. 3.2; ATF 138 III 620 [de], consid. 5.1.1, trad. SJ 2013 I p. 283; ATF 138 III 123 [de], consid. 2.1; BK-GÜNGERICH, art. 257 CPC, n^{os} 5-10, 19-22.

1704 Et non un rejet qui aurait autorité de chose jugée : ATF 140 III 315 [fr], consid. 5.2.3.

1705 Sur les différences pratiques entre les approches 1 et 2, cf. *supra* n^{os} 846 ss. Dans les autres hypothèses, il n'y a pas de différence significative entre les deux approches quant à l'application de l'art. 257 CPC.

1706 ATF 141 III 23 [fr], consid. 3.2; ATF 138 III 123 [de], consid. 2.1.2; Bohnet et *alii*-BOHNET, art. 257 CPC, n^o 14; BK-GÜNGERICH, art. 257 CPC, n^o 10.

1707 *Supra* n^{os} 157 ss et 175 ss.

1708 *Supra* n^{os} 328 ss.

d'un contrat a en principe lieu dans le contexte d'une action constatatoire (art. 88 CPC), or une telle action n'est admise que de manière restrictive, lorsque le demandeur peut établir qu'il a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC)¹⁷⁰⁹. En outre, la réserve susmentionnée relative à l'exclusion de l'art. 257 CPC lorsque le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation s'applique également ici : pour dire s'il y a défaut d'accord sur un point objectivement essentiel ou absence des volontés d'être lié, il faut dans tous les cas interpréter les volontés.

Discussion : d) Décisions de conduite de la procédure La possibilité de simplifier le procès au moyen des décisions prévues aux art. 124-127 CPC ne dépend pas de l'adoption de l'approche 1 ou de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, mais des circonstances procédurales du cas d'espèce. 1172

Discussion : e) Procédure probatoire Hormis l'hypothèse du cas clair (art. 257 CPC, en lien avec l'art. 254 CPC), la procédure probatoire est similaire que l'on adopte l'approche 1 ou l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord s'agissant de la conclusion du contrat. En présence de volontés d'être lié mais d'absence d'accord sur tous les points objectivement essentiels, l'administration d'un certain nombre de preuves est dans tous les cas nécessaire qu'il s'agisse de nier l'existence du contrat (approche 1) ou d'admettre son existence (approche 2), puisque l'interprétation des volontés est requise dans les deux cas. 1173

L'application de l'approche 2 peut, en fonction des circonstances, mener à l'administration de certaines preuves supplémentaires afin de compléter le contrat¹⁷¹⁰ – par exemple des documents indiquant la valeur sur le marché d'un bien ou d'un service, voire une expertise aux fins de déterminer cette valeur. On peut toutefois douter que cela implique un véritable accroissement de la consommation de temps judiciaire. Dans de nombreux cas, le juge pourra compléter le contrat sur la base des moyens de preuve déjà administrés pour analyser la conclusion du contrat (déclarations des parties, titres, dont au premier chef le contrat lui-même, s'il est écrit), cas échéant combinés à des critères de complètement généraux (bonne foi, équité)¹⁷¹¹. En outre, le droit à la preuve (art. 152 CPC) n'est pas absolu ; le juge notamment peut re- 1174

¹⁷⁰⁹ ATF 141 III 68 [de], consid. 2.3.

¹⁷¹⁰ Sur la preuve des critères de complètement, cf. *supra* n^{os} 1093 ss.

¹⁷¹¹ *Supra* n^{os} 1085 ss.

jeter les réquisitions de preuves inutiles ou disproportionnées au moyen du principe de l'appréciation anticipée des preuves¹⁷¹².

1175 **Discussion : f) Brièveté de la motivation** Dans les cas où le tribunal doit établir une motivation écrite de ses jugements (cf. l'art. 239 CPC pour les jugements de première instance)¹⁷¹³, l'une des deux approches de l'étendue minimale de l'accord permet-elle au tribunal de raccourcir la motivation de ses décisions ? On peut à cet égard distinguer plusieurs situations :

1176 1. Pour motiver un jugement admettant la conclusion du contrat :

1177 (a) Dans le contexte de l'approche 1, il faut en principe motiver à la fois l'interprétation des volontés d'être lié et l'existence de l'accord sur tous les points objectivement essentiels, puisque ces exigences sont cumulatives¹⁷¹⁴.

1178 (b) Dans le contexte de l'approche 2, la motivation devrait en principe être centrée sur l'interprétation des volontés d'être lié ; la question d'un accord sur tous les points objectivement essentiels peut jouer le rôle d'un indice à cet égard, mais n'a pas nécessairement besoin d'être traitée puisque cet indice n'est pas toujours déterminant¹⁷¹⁵. Dans les cas où l'application de l'approche 2 mène au complètement sur un point objectivement essentiel mais subjectivement secondaire, une motivation serait aussi nécessaire sur le complètement. Cette motivation supplémentaire reste fréquemment de longueur modeste¹⁷¹⁶. De façon générale, on peut penser qu'il y aura équilibre entre les raccourcissements potentiels de la motivation à propos des points objectivement essentiels dans le contexte de la conclusion du contrat et les éventuels allongements de celle-ci dans les cas de complètement à propos des points objectivement essentiels – étant rappelé que l'appli-

1712 En vertu du principe de l'appréciation anticipée des preuves, « si le tribunal dispose de bases suffisantes pour fonder sa décision, il peut renoncer à l'administration de preuves supplémentaires » (Arrêt TF n. publ. 5A_513/2014 [01.10.2015] [de], consid. 4.1, [tr. pers.] ; cf. aussi ATF 130 III 734 [de], consid. 2.2.3, trad. JdT 2005 I p. 314 ; ATF 122 III 219 [de], consid. 3c, trad. JdT 1997 I p. 246 ; BK-BRÖNNIMANN, art. 152 CPC, nos 55-63).

1713 À cet égard, cf. Arrêt TF n. publ. 5A_724/2014 (27.03.2015) [fr], consid. 2 ; BK-KILLIAS, art. 239 CPC, nos 1 ss, 9-14.

1714 Arrêt TF n. publ. 4A_80/2013 (30.07.2013) [de], consid. 3.3.

1715 *Supra* nos 755 ss.

1716 Pour quelques exemples d'arrêts du Tribunal fédéral dans lesquels la question du complètement est réglée en un considérant, cf. ATF 138 III 29 [de], consid. 2.3.3 ; ATF 130 III 66 [de], consid. 3.3.3, trad. JdT 2004 I p. 83 ; ATF 108 II 112 *Gautschi c. Schwab* [de], consid. 5, trad. et comm. JdT 1982 I p. 531 ; ATF 107 II 411 [de], consid. 7, trad. JdT 1982 I p. 162.

cation de l'approche 2 ne mène pas nécessairement à un complètement sur des points objectivement essentiels¹⁷¹⁷.

2. Pour motiver un jugement rejetant la conclusion du contrat : 1179
- (a) Dans le contexte de l'approche 1, le tribunal peut employer deux motifs, à titre alternatif : établir que les parties n'avaient pas la volonté d'être liées, ou qu'un accord n'a pas été trouvé sur tous les points objectivement essentiels (ce qui implique également l'interprétation des volontés des parties). 1180
- (b) Dans le contexte de l'approche 2, le tribunal doit motiver son jugement par l'absence des volontés d'être lié. Toutefois, s'il constate un défaut d'accord sur des points habituellement considérés comme essentiels (points objectivement essentiels) et l'absence d'indice indiquant malgré cela les volontés d'être lié, le tribunal pourra employer cette circonstance pour motiver l'inexistence du contrat¹⁷¹⁸. 1181

Conclusion Vu ces développements, on peut douter que l'utilisation de l'approche 1 permette en pratique une réelle économie de temps judiciaire dans les cas où un tribunal est saisi. Les facteurs d'économie de temps judiciaire sont soit indifférents au choix de l'approche 1 ou 2, soit ils présentent des différences relativement modestes (par exemple quant à l'art. 257 CPC) ou qui se compensent en pratique (par exemple s'agissant de la longueur de la motivation des décisions). Pour pouvoir justifier la limitation de la liberté contractuelle découlant de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, il faudrait par ailleurs que l'économie de temps judiciaire qu'elle permette soit suffisamment conséquente (art. 36 al. 3 Cst.)¹⁷¹⁹. 1182

C. Arguments systématiques et téléologiques

Question Au-delà des arguments pratiques précédemment discutés, est-il convaincant, d'un point de vue systématique et téléologique, de justifier la règle spécifique à l'approche 1 par l'idée qu'elle permettrait une économie de temps judiciaire par le truchement d'une restriction de l'accès aux tribunaux ? 1183

1717 *Supra* n^{os} 846 ss.

1718 Sur le rôle joué par les points objectivement essentiels dans l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, cf. *supra* n^{os} 773 ss.

1719 *Supra* n^{os} 395 ss et *infra* n^{os} 1354 ss.

On rappelle que la limitation de la liberté contractuelle ici discutée se rattacherait, selon le point de vue adopté, aux art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO ou à une réduction téléologique des art. 1 et 2 CO¹⁷²⁰.

- 1184 On peut notamment comparer cette limitation avec deux types de normes : **a)** les normes qui restreignent la protection juridictionnelle des particuliers dans le but principal de désengorger les institutions judiciaires ; **b)** les normes qui restreignent la protection juridictionnelle des particuliers comme moyen pour atteindre un autre but que la décharge des tribunaux.
- 1185 **Restriction de la protection comme but** Certaines normes restreignant la protection juridictionnelle des particuliers sont établies dans l'objectif principal de désengorger la justice. Ces normes sont de nature formelle, puisqu'elles sont prévues par le droit de procédure ; leur sanction est en principe l'irrecevabilité de l'acte de procédure en cause (art. 59 CPC).
- 1186 Il s'agit notamment des normes prévoyant, dans les affaires patrimoniales, une valeur litigieuse minimale en deuxième instance (art. 308 al. 2 CPC)¹⁷²¹ et au Tribunal fédéral (art. 74 LTF, en lien avec l'art. 191 al. 2 Cst.), ainsi que des normes prévoyant la possibilité d'une décision au stade de la conciliation en cas de faible valeur litigieuse (art. 210 al. 1 let. c et 212 al. 1 CPC). Ces normes relatives à la valeur litigieuse rappellent l'adage *de minimis non curat prætor* : le juge n'a pas à s'occuper de causes de trop faible importance¹⁷²².
- 1187 En outre, l'obligation de passer en principe par une conciliation préalable à la procédure au fond (art. 197 CPC) poursuit également l'objectif de décharger les tribunaux¹⁷²³.
- 1188 **Restriction de la protection comme moyen** Certaines normes restreignent la protection juridictionnelle des particuliers en tant que moyen pour atteindre un autre but. Ces normes sont de nature matérielle car elles ressortissent au droit de fond ; leur sanction procédurale est le rejet de la demande au fond par le tribunal saisi, et non l'irrecevabilité.

1720 *Supra* n° 1059.

1721 La voie du recours est alors ouverte (art. 319 let. a CPC), ce qui peut impliquer une économie de temps judiciaire pour les tribunaux, notamment vu l'interdiction des faits nouveaux en procédure de recours (comparer les art. 317 et 326 CPC).

1722 CORBOZ, art. 74 LTF, n° 6 ; BK-STERCHI, art. 308 CPC, n° 27.

1723 FF 2006 pp. 6841 ss, pp. 6843, 6936 ; BK-PETER, art. 197 CPC, n° 3 ; KuKo-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, art. 197 CPC, n° 1.

On pense ici aux obligations naturelles (ou imparfaites), c'est-à-dire aux obligations « dépourvu[es] d'action en justice ou d'exécution forcée », mais dont l'exécution volontaire, reconnue par le droit, exclut le droit à la répétition des art. 62 ss CO¹⁷²⁴. La limitation de la protection du créancier par l'État vise des buts sociaux ou moraux variés : lutter contre l'alcoolisme (art. 186 CO), décourager les jeux et paris (art. 513 al. 1 CO), pénaliser celui qui a versé un salaire destiné à récompenser un acte illicite (art. 66 CO), favoriser la paix sociale lorsque l'écoulement du temps a fait perdre son actualité à une demande (art. 60, 67, 127 CO)¹⁷²⁵. Dans ces cas, la limitation de la protection étatique est un moyen de parvenir à ces différents buts ; la décharge des tribunaux peut être un effet secondaire de ces normes, mais contrairement aux normes examinées au paragraphe précédent, elle n'en constitue pas l'objectif principal.

Comparaison avec l'approche 1 Si l'on compare la limitation de la liberté contractuelle impliquée par l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord avec les normes évoquées ci-dessus :

- L'adage de *minimis non curat prætor* ne permet pas de justifier la différence entre les approches 1 et 2, car celle-ci ne concerne pas particulièrement des cas de bagatelle. Au contraire, elle a pour un enjeu qui peut être conséquent, à savoir l'existence du contrat, indépendamment de toute question de valeur litigieuse. 1191
- L'obligation de passer par une conciliation préalable ressortit purement au droit procédural et n'a pas d'effet sur le droit matériel des parties ; par contraste, la règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord relève du droit de fond et aboutit à une limitation des droits matériels des parties. 1192
- Dans les cas d'obligations naturelles, le droit matériel prévoit une restriction de la protection étatique des créanciers en tant que moyen pour atteindre un but social ou moral spécifique. Par contraste, un tel but spécifique semble faire défaut dans les cas où les approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord mènent à des résultats différents¹⁷²⁶. L'ordre public ou la paix sociale ne sont pas menacés par la conclusion de contrats portant sur moins que tous les points objectivement 1193

¹⁷²⁴ ENGEL, *Obligations*, p. 43 ; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 82 ; KOLLER, AT, § 2 n° 41 ; VON TUHR/PETER, § 4. En outre, l'exécution d'un devoir moral suit un régime juridique similaire à celui des obligations naturelles (art. 63 al. 2 et 239 CO) (ENGEL, *Obligations*, pp. 54 ss ; KOLLER, AT, § 2 n° 45 ; VON TUHR/PETER, § 4 II).

¹⁷²⁵ ENGEL, *Obligations*, pp. 45-51 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 82 ; KOLLER, AT, § 2 n° 42-43 ; VON TUHR/PETER, § 4 I, III ; ainsi que BSK-SCHULIN, art. 66 CO, n° 1.

¹⁷²⁶ Sur ces cas, cf. *supra* n°s 846 ss.

essentiels, dès lors que l'accord couvre tous les points subjectivement essentiels¹⁷²⁷ ; des motifs culturels ou environnementaux sont également hors de propos. Par ailleurs, la poursuite des buts sociaux ou moraux visés dans les cas d'obligations naturelles n'entraîne qu'une limitation partielle de la reconnaissance de la créance par l'ordre juridique — seul le concours de l'État étant refusé au créancier —, sans que l'on n'ait voulu interdire purement et simplement ces opérations.

- 1194 En conclusion, d'un point de vue systématique et téléologique, il semble difficile de justifier la règle spécifique de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord par une analogie avec des normes qui ont pour but la restriction de la protection juridictionnelle des particuliers ou qui emploient une telle restriction pour atteindre d'autres buts sociaux ou moraux.

D. Conclusion

- 1195 On peut douter que l'objectif de décharger les tribunaux puisse fonder la limitation de la liberté contractuelle qu'implique l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord. D'un point de vue pratique, il est douteux que l'approche 1 permette des économies réelles de temps judiciaire et, *a fortiori*, que celles-ci soient conséquentes au point qu'elles justifient une limitation de la liberté contractuelle. D'un point de vue systématique et téléologique, une analyse de normes ayant pour but de restreindre l'accès aux tribunaux ou pour effet de limiter la protection juridictionnelle des particuliers montre qu'une interdiction de conclure des contrats sur moins que tous les points objectivement essentiels ne semble pas s'insérer dans ce système.

§ 3. Motifs liés à la personnalité et à la sécurité juridique des parties ?

- 1196 **Aperçu** À part l'intérêt public au bon fonctionnement de la justice, on peut se demander si un motif relevant d'intérêts privés pourrait être invoqué pour justifier l'exigence spécifique de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, c'est-à-dire l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement es-

¹⁷²⁷ *Supra* n^{os} 1039 ss.

sentuels pour que le contrat soit conclu¹⁷²⁸. Les intérêts privés en question sont la liberté des parties et la protection de leur personnalité. Deux types de questions sont à cet égard envisageables :

1. La liberté et/ou la personnalité des parties serait-elle *menacée par l'activité du juge étatique* dans l'hypothèse d'un complètement du contrat sur des points objectivement essentiels mais subjectivement secondaires¹⁷²⁹ ? Pour les parties, quels sont les risques qui entourent l'activité du juge en matière de conclusion et de complètement des contrats dans l'approche 1 et dans l'approche 2 ? 1197
2. La liberté et/ou la personnalité des parties serait-elle *menacée par le pouvoir d'une partie sur l'autre* dans l'hypothèse où le contrat pourrait être conclu avant qu'un accord ne soit trouvé sur tous les points objectivement essentiels¹⁷³⁰ ? 1198

I. Le pouvoir du juge comme « menace » ou comme « risque » pour la liberté et la sécurité des parties ?

A. Problématique

Question Par rapport à l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, l'approche 1 restreint davantage le pouvoir du juge de compléter le contrat, puisqu'un complètement sur les points objectivement essentiels est alors exclu. L'approche 1 pourrait-elle être justifiée par l'idée qu'un complètement judiciaire sur des points objectivement essentiels représenterait un risque particulier pour les parties, dont la liberté serait ainsi menacée et pour qui la sécurité juridique¹⁷³¹ serait compromise ? 1199

Doctrine Certains auteurs semblent justifier l'interdiction du complètement sur les points objectivement essentiels par l'idée qu'une telle compétence judiciaire entamerait la liberté contractuelle des parties. KRAMER déclare ainsi : 1200

1728 Sur l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, cf. *supra* n^{os} 716 ss.

1729 *Infra* n^{os} 1199 ss.

1730 *Infra* n^{os} 1336 ss.

1731 Rappelons dans ce contexte que nous adoptons une définition large de la sécurité juridique, qui prend également en compte la recherche des solutions les plus conformes à la justice matérielle pour la société des justiciables (*supra* n^{os} 401 ss).

- 1201 « [...] sollte dem Richter (abgesehen von ausdrücklichen gesetzlichen Ausnahmebestimmungen [...]) nicht die Kompetenz zugestanden werden, objektiv essentielle Vertragspunkte mangels Vereinbarung zu ergänzen [...]. Eine solche Ergänzungsbefugnis widerspricht dem Grundgedanken der Privatautonomie, wonach nur der vertraglich gebunden ist, der selber über den wesentlichen Inhalt dieser Bindung eine Regelung getroffen hat. »¹⁷³²
- 1202 Selon cet auteur, il serait contraire à l'autonomie privée¹⁷³³ d'admettre qu'une partie soit liée par un contrat dont elle n'aurait pas défini *elle-même* les points objectivement essentiels. Il faut exclusivement lire ces propos dans le contexte du complètement de points objectivement essentiels par un juge étatique, puisqu'il est acquis que l'on peut vouloir déléguer à un tiers privé la détermination de points (même objectivement essentiels), par exemple par procuration (art. 33 al. 2 CO) ou par aménagement d'un droit formateur de détermination d'un point du contrat¹⁷³⁴.
- 1203 Dans le même sens, on peut lire chez MERZ :
- 1204 « Fehlt es an der Einigung über einen objektiv wesentlichen Vertragspunkt, so ist eine lückenfüllende Vertragsergänzung durch den Richter [...] ausgeschlossen. [...] Auslegung und Lückenfüllung haben die Schranken der Privatautonomie und damit die Rechts- und Verkehrssicherheit zu beachten. »¹⁷³⁵
- 1205 **Plan** Ces considérations mènent à deux questions, qui seront analysées dans les paragraphes qui suivent : **a)** Dans les approches 1 et 2 et du point de vue des parties, quels sont les risques de l'intervention du juge étatique en matière d'interprétation et de complètement des contrats¹⁷³⁶ ? **b)** Que

1732 BK-KRAMER, art. 1 CO, n° 171 ; évoquant la même idée : LOSER, n°s 200, 642.

1733 À la lecture de ce paragraphe, on peut hésiter entre deux interprétations de l'opinion de KRAMER : **a)** Considère-t-il que dans les faits, une partie ne pourrait pas vouloir être liée sur moins que tous les points objectivement essentiels (sur cette question, cf. *supra* n°s 854 ss ; dans ce cas, KRAMER aurait une opinion similaire à celle de ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 2 CO, n°s 8-9, 4) ; **b)** Considère-t-il qu'il est en soi possible qu'une partie veuille être liée sur moins que tous les points objectivement essentiels, mais qu'un tel accord doit être dépourvu d'effet juridique car des motifs liés à l'autonomie privée s'y opposeraient ? Un autre passage permet de trancher dans le sens de la seconde hypothèse : dans le contexte de l'art. 20 al. 2 CO, KRAMER retient (avec réserve) que les parties auraient hypothétiquement pu vouloir être liées bien que le vice touche un point objectivement essentiel (BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n°s 341, 343).

1734 *Supra* n°s 194 ss.

1735 MERZ, *Vertrag*, n° 174.

1736 *Infra* n°s 1206 ss.

peut-on tirer de la comparaison entre les cas de détermination des points du contrat par des tiers privés et le cas du complètement judiciaire d'un point objectivement essentiel¹⁷³⁷ ?

B. Analyse des risques de l'intervention du juge pour les parties

a) Risques « d'erreur du juge », facteurs de maîtrise et rapport avec le degré d'ouverture des règles

Risques « d'erreur » Avant de pouvoir analyser les risques d'erreur que présente pour les parties l'intervention du juge dans le contrat dans les approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord ainsi que leur impact sur la sécurité juridique, il faut encore définir ce que l'on entend par « risque d'erreur ». L'expression « erreur du juge » pourrait *a priori* recevoir des sens différents :

- Dans un sens restrictif, il n'y aurait erreur du juge que si celui-ci commettait un abus ou un excès de son pouvoir d'appréciation, par exemple en refusant d'exercer son pouvoir d'appréciation (excès négatif du pouvoir d'appréciation), en se fondant sur des considérations dénuées de pertinence ou en violant des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.)¹⁷³⁸. Par opposition, les solutions soutenables dans le cadre de son pouvoir d'appréciation ne constitueraient pas des cas « d'erreur ». 1207
- Dans un sens large, il y aurait « erreur » du juge dès qu'existe un écart entre la solution à laquelle le tribunal aboutit et les attentes objectivisées des parties. Le terme « objectivisées » renvoie aux attentes générales ou habituelles de parties à des procès, sans tenir compte des variations individuelles dans les attentes des parties dans chaque cas d'espèce. Ces attentes doivent être analysées de la façon la plus concrète possible, à l'instar de la sécurité juridique en général¹⁷³⁹. 1208

La réalisation de la sécurité juridique ne consiste pas à éliminer seulement les cas d'erreur les plus graves. Bien plutôt, elle constitue un équilibre idéal 1209

¹⁷³⁷ *Infra* n^{os} 1320 ss.

¹⁷³⁸ Sur l'abus et l'excès du pouvoir d'appréciation, cf. notamment ATF 137 V 71 [fr], consid. 5.1 ; ATF 130 III 90 [fr], consid. 1.

¹⁷³⁹ *Supra* n^{os} 401 ss.

par définition jamais totalement atteignable mais vers lequel l'ordre juridique doit constamment tendre¹⁷⁴⁰. Dans le contexte de l'analyse de la sécurité juridique, l'expression « erreur du juge » sera donc comprise dans sa seconde acception.

- 1210 **Attentes objectivisées des parties** La notion « d'attentes objectivisées des parties », que l'on vient d'utiliser pour définir l'expression « erreur du juge », doit être analysée en fonction du type de destinataire de la règle appliquée par le juge (juriste, non-juriste spécialisé, quidam, etc.) ; en principe, les destinataires des règles de droit sont des non-juristes¹⁷⁴¹. Dans ce contexte, les attentes objectivisées des parties s'orientent, en fonction des circonstances, autour de deux pôles principaux :
- 1211 1. Dans certains cas, les parties s'attendent à l'application de règles précises posées par le droit objectif. Cela dépend du degré de connaissance que les parties ont des règles en cause : la règle est-elle suffisamment connue par ses destinataires pour que l'on puisse considérer que les attentes objectivisées des parties portent sur son application ?
- 1212 (a) *Degré de complexité*. Le principal critère pour répondre à cette question est le degré de complexité de la règle : plus la règle est simple, plus l'on peut s'attendre à ce que ses destinataires (même non-juristes) la connaissent (par exemple, la règle posée par l'art. 14 CC – la majorité est fixée à 18 ans révolus – est très largement connue de ses destinataires, en grande majorité des non-juristes, vu sa simplicité).
- 1213 (b) *Degré d'accessibilité*. La source dont émane la règle est également un critère à prendre en compte, en particulier si les destinataires de la règle sont des non-juristes : plus la règle est ancrée de manière claire dans le texte légal, plus les parties s'attendent à son application (par exemple, la règle selon laquelle l'employé a droit en tout temps à un certificat de travail est ancrée de manière claire dans la loi – art. 330a CO –, ce qui renforce l'idée que ses destinataires s'attendent à son application)¹⁷⁴².
- 1214 (c) *Autres facteurs*. D'autres facteurs pour déterminer le degré de connaissance d'une règle par ses destinataires sont la largeur de son champ d'application ainsi que sa fréquence d'application. Toutefois, ces facteurs semblent secondaires par rapport au degré de complexité de la règle et à sa source (par exemple, les

1740 *Supra* n^{os} 401 ss.

1741 *Supra* n^o 417.

1742 *Supra* n^o 419.

règles servant à déterminer le dommage dans la responsabilité civile ou contractuelle s'appliquent très largement et très souvent, mais restent en bonne partie inconnues des non-juristes vu leur complexité et le fait qu'elles ont principalement été développées par la jurisprudence et la doctrine).

2. À défaut de connaissance (suffisante) d'une règle du droit positif, ou en sus de l'application d'une règle précise¹⁷⁴³, les parties s'attendent à une solution conforme aux valeurs générales prévalant dans la société, qui correspondent dans une large mesure aux principes généraux du droit – c'est-à-dire à une solution matériellement juste¹⁷⁴⁴. N'est une attente *objectivée* que celle qui correspond à ce que la société des justiciables considère généralement comme juste ; les variations individuelles du sentiment de justice ne sont pas prises en compte¹⁷⁴⁵. 1215

Rapport avec le degré d'ouverture des règles Les règles de droit peuvent être plus ou moins ouvertes, c'est-à-dire renvoyer de manière plus ou moins large au pouvoir d'appréciation du juge¹⁷⁴⁶. Le risque d'erreur du juge telle que précédemment définie doit être analysé en fonction du degré d'ouverture de la règle à appliquer : 1216

1. Lors de l'application d'une *règle ouverte* – qu'il s'agisse d'une règle précise dont les parties attendent l'application ou d'un principe général traduisant les valeurs considérées comme justes par la société des justiciables –, le risque consiste principalement en une erreur d'appréciation des circonstances dont le juge doit tenir compte dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation. En d'autres termes, le risque est ici celui d'un écart trop conséquent entre la vérité judiciaire, c'est-à-dire la version des faits retenue par le tribunal, et la vérité matérielle, c'est-à-dire les faits tels qu'ils se sont déroulés dans la réalité socio-économique vécue par les parties¹⁷⁴⁷. 1217
2. Lors de l'application d'une *règle fermée*, le risque d'une erreur, c'est-à-dire d'un décalage entre les attentes objectivées des parties et la solution retenue par le juge¹⁷⁴⁸, se polarise autour du contenu de la règle fermée : 1218

1743 L'application d'une règle claire et accessible est généralement considérée comme juste, mais cela ne dit encore rien sur le degré de correspondance entre le contenu de la règle et le sentiment général de justice.

1744 *Supra* nos 412 ss.

1745 Sur la notion de justice matérielle aux yeux de la société des justiciables, cf. *supra* n° 412.

1746 *Supra* nos 409 s.

1747 Sur l'écart entre la vérité judiciaire et la vérité matérielle : ATF 127 III 496 [fr], consid. 3b/bb.

1748 *Supra* nos 1206 ss.

- 1219 (a) Si le contenu de la règle fermée est une règle précise dont les parties attendent objectivement l'application, le risque d'une erreur est fortement réduit, puisque le juge, dont le pouvoir d'appréciation est minimale (règle fermée), ne pourra en principe faire autre chose que rendre une décision correspondant aux attentes objectivisées des parties.
- 1220 (b) Si les parties ne s'attendent pas à l'application du contenu de la règle fermée – typiquement parce qu'elles en ignorent l'existence ou le contenu –, le risque d'une erreur est maximisé, puisque le juge, dépourvu de pouvoir d'appréciation, ne pourra en principe que rendre une décision s'écartant des attentes objectivisées des parties.
- 1221 Cette polarisation du risque d'erreur en présence d'une règle fermée est lié au fait que ce type de règle implique de faire plus fortement abstraction de la vérité matérielle qu'en cas de règle ouverte. L'autorité qui établit une règle fermée mise sur le fait que celle-ci sera suffisamment connue de ses destinataires afin de maximiser l'adéquation entre les jugements et les attentes objectivisées des parties, c'est-à-dire maximiser la sécurité juridique. Parallèlement, elle prend toutefois le risque que si la règle n'est pas suffisamment connue de ses destinataires (et qu'elle ne correspond en outre pas suffisamment aux valeurs portées par l'ordre juridique), la sécurité juridique pâtisse de risques accrus de décalages entre les jugements et les attentes objectivisées des parties.
- 1222 Ce paragraphe illustre que la sécurité juridique peut trouver son compte tant dans une règle ouverte que dans une règle fermée¹⁷⁴⁹. Ces deux types de règles ne sont que des stratégies différentes pour tenter de maximiser la sécurité juridique ; les enjeux et risques qui entourent ces stratégies diffèrent toutefois.
- 1223 **Maîtrise des risques** Dans une certaine mesure, les risques d'une erreur du juge telle qu'elle a été définie¹⁷⁵⁰ peuvent être maîtrisés. On peut distinguer plusieurs types de mécanismes de maîtrise de ces risques :
- 1224 1. *Réduction légale des risques*. La simple existence d'un cadre légal entourant les décisions judiciaires constitue déjà un facteur de réduction

¹⁷⁴⁹ *Supra* n° 410.

¹⁷⁵⁰ *Supra* nos 1206 ss.

des risques d'erreur¹⁷⁵¹. De façon générale, l'existence de voies de recours, c'est-à-dire la possibilité d'un contrôle des décisions judiciaires par plusieurs autorités successives, contribue également à réduire les risques d'erreur ; ces possibilités de contrôle sont d'ailleurs renforcées s'agissant des risques d'erreur qualifiée¹⁷⁵² (cf. les art. 97 al. 1, 105 al. 2 et 113 ss LTF, en lien avec l'art. 9 Cst.).

2. *Réduction volontaire des risques*. Les parties peuvent également maîtriser par elles-mêmes les risques qui entourent une intervention du juge¹⁷⁵³. Cela n'est toutefois possible que si la règle à appliquer est dispositive *ou* ouverte¹⁷⁵⁴ ; par contraste, l'application d'une règle fermée *et* impérative ne permet pas aux parties de réduire les risques d'une erreur du juge par un acte volontaire. 1225

(a) *Par accord*. Les parties peuvent réduire le risque d'une erreur du juge en fixant d'un commun accord les éléments influençant la marge de manœuvre du juge, voire en établissant ensemble des éléments sur lesquels le juge ne pourra pas intervenir. En matière d'interprétation des volontés et de complètement des contrats, les parties peuvent ainsi fixer le plus clairement possible les points sur lesquelles elles s'entendent ; elles peuvent en outre établir les circonstances qui guideront l'interprétation ou le complètement judiciaire (par exemple dans le préambule de leur contrat, au moyen d'une clause expliquant l'économie de l'accord, etc.). Ce type de maîtrise des risques est à disposition des parties au moins jusqu'à la fin d'un éventuel procès sur des points litigieux, les parties pouvant maîtriser le risque d'une intervention du juge dans leur contrat en tout cas jusqu'au moment où celui-ci statue à leur place. 1226

(b) *Par communication unilatérale*. Chaque partie peut en outre maîtriser de manière individuelle les risques relatifs à une décision du juge en matière d'interprétation des volontés ou de complètement des contrats. Chacune peut déclarer le plus clairement 1227

1751 PAPAUX, p. 37 : « Le travail du juge s'élabore au sein d'un système juridique dressé autour de lui et *dans* lequel son activité nécessairement s'inscrit [...], réduisant fondamentalement les risques d'arbitraire, comme le prouve la rareté des recours déposés et encore moins victorieux à ce titre. »

1752 Sur « l'erreur du juge » au sens étroit, cf. *supra* n^{os} 1206 ss.

1753 À ce sujet, cf. par exemple VON DER CRONE, p. 93 ; SCHUHMACHER, *Vertrauen*, pp. 646-649.

1754 Si la règle est dispositive, les parties peuvent réduire le risque d'un jugement non conforme à leurs attentes en prévoyant elles-mêmes le régime qui s'appliquera à leur situation ; si la règle est ouverte (et même si elle est impérative), les parties pourront au moins, par leurs déclarations, influencer les circonstances dont le juge devra tenir compte en appliquant la règle ouverte.

possible à l'autre partie le contenu de sa volonté afin de tenter de légitimer la confiance¹⁷⁵⁵ qu'elle porte en son appréciation de la situation – cette légitimation intervient par la confirmation de l'autre partie, ou selon les circonstances, par son absence de réaction. Chaque partie peut en outre détruire la légitimité de la confiance de l'autre partie en attirant clairement son attention sur certaines circonstances. Cette possibilité unilatérale de maîtrise des risques d'une intervention du juge dans le contrat joue surtout un rôle au moment de la négociation et de la conclusion des contrats, puisqu'après les parties sont liées et ne peuvent pas toujours se défaire unilatéralement du contrat. Par exemple, le fait qu'une partie déclare le plus clairement possible à l'autre partie les points qui sont pour elle subjectivement essentiels¹⁷⁵⁶ constitue un moyen de se prémunir du risque qu'un juge retienne l'existence d'un contrat contre sa volonté.

1228

Cette possibilité de maîtrise volontaire des risques liés à l'intervention du juge dans le contrat montre que la sécurité juridique est partiellement dans les mains des justiciables, à qui il incombe d'estimer où ils placent leur sécurité juridique concrète, sur l'échelle allant de l'hypothèse où elles règlent le maximum de points en détail et à l'avance afin de limiter l'intervention du juge au minimum, jusqu'à l'hypothèse inverse, où les parties se limitent à régler un strict minimum et font confiance au pouvoir interprétatif et supplétif du juge pour le surplus.

1229

Risques d'erreur et sécurité juridique Le risque d'une erreur du juge tel qu'il est ici compris, c'est-à-dire le risque d'un écart entre le jugement et les attentes objectivisées des parties, est un facteur d'insécurité juridique¹⁷⁵⁷. Ce risque concerne principalement la troisième composante de la sécurité du droit, c'est-à-dire la mise en œuvre effective du droit¹⁷⁵⁸, mais touche également de près les deux premières composantes de la sécurité juridique, à savoir l'orientation vers un droit matériellement juste et l'orientation vers un

1755 Sur le principe de la confiance, cf. *supra* n^{os} 101 ss.

1756 À ce sujet, cf. *supra* n^{os} 443 ss et 838 ss.

1757 Nous adoptons une définition large de la sécurité juridique, cf. *supra* n^o 406.

1758 *Supra* n^{os} 422 s.

droit clair et accessible à ses destinataires¹⁷⁵⁹, puisque le risque d'une erreur du juge s'apprécie à la lumière de ces deux premières composantes¹⁷⁶⁰.

b) Attentes objectivisées des parties en matière de conclusion et de complètement des contrats

(i) Généralités

But Pour pouvoir analyser les risques d'une erreur du juge dans les approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord, il faut dans un premier temps déterminer quelles sont les attentes objectivisées des parties au regard des principes énoncés dans les paragraphes précédents¹⁷⁶¹. 1230

Destinataires des règles On rappelle d'abord que les règles sur l'interprétation des volontés ainsi que sur la conclusion du contrat et son complètement sont principalement destinées à des non-juristes¹⁷⁶². Lorsqu'il s'agit d'affaires spécialement importantes, on peut certes attendre du justiciable moyen qu'il prenne l'assistance d'un juriste. Cela ne correspond toutefois ni à la règle générale, ni à un idéal vers lequel il faudrait se diriger, puisque la conclusion de contrats est un acte à la fois très banal et d'importance sociale de premier ordre¹⁷⁶³. 1231

Ouverture des règles ; approches 1 et 2 En matière contractuelle, les cas d'espèce sont multiples et variés car les parties jouissent d'une grande liberté, dans la forme (art. 1 al. 2 et 11 al. 1 CO) comme dans le contenu (art. 19 al. 1 CO). Des règles ouvertes semblent donc appropriées, en termes de sécurité du droit, pour appréhender la diversité des solutions à trouver¹⁷⁶⁴. Conformément à cette idée, les règles sur l'interprétation de la volonté ainsi que sur la conclusion et le complètement des contrats sont, pour la plupart, 1232

1759 *Supra* n^{os} 411 ss. On rappelle ici que la quatrième composante de la sécurité juridique, à savoir le maintien des solutions préexistantes (*supra* n^{os} 424 ss), sera traité spécifiquement plus loin (*infra* n^{os} 1544 ss), puisque pour apprécier l'opportunité d'un changement de jurisprudence, il faut d'abord connaître le résultat de la « nouvelle » interprétation de la loi.

1760 *Supra* n^{os} 1210 ss.

1761 *Supra* n^{os} 1210 ss.

1762 *Supra* n^o 417.

1763 *Supra* n^o 420.

1764 Sur le rapport entre degré d'ouverture et sécurité du droit, cf. *supra* n^o 410 ; sur le rapport entre risques d'erreur et degré d'ouverture des règles, cf. *supra* n^{os} 1216 ss.

des règles ouvertes, puisqu'elles recourent dans une large mesure au pouvoir d'appréciation du juge¹⁷⁶⁵. Dans ce contexte général de règles ouvertes, les deux approches de l'étendue minimale de l'accord ici discutées se réfèrent à la notion de points objectivement essentiels au sein de règles de natures opposées :

- 1233 – La règle spécifique posée par l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord utilise la notion de points objectivement essentiels au sein d'une *règle fermée* : faute d'accord sur tous les points objectivement essentiels, le juge ne peut que constater que le contrat est inexistant, sans que son pouvoir d'appréciation n'entre en ligne de compte à cet égard¹⁷⁶⁶.
- 1234 – L'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord emploie au contraire la notion de points objectivement essentiels au sein d'une règle ouverte, à savoir l'interprétation des volontés d'être lié : l'existence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels est un élément d'interprétation de la volonté des parties d'être liées¹⁷⁶⁷.

(ii) Les parties s'attendent-elles objectivement à l'application de la règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord ?

- 1235 **Méthode** Pour savoir si les parties s'attendent à l'application de la règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, c'est-à-dire à la règle voulant que leur contrat ne sera pas conclu en l'absence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels, il faut principalement se demander si cette règle leur est généralement connue. Cela amène à évaluer le degré de complexité et d'accessibilité de cette règle¹⁷⁶⁸.
- 1236 **Degré de complexité** Dans son principe, la règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord semble à première vue assez simple : les parties doivent dans tous les cas s'être au moins entendues sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat puisse être considéré comme conclu. En réalité, cette simplicité n'est qu'apparente :

1765 Sur l'interprétation de la volonté et la conclusion des contrats, cf. *supra* n^{os} 78 ss ; sur le complètement judiciaire des contrats, cf. *supra* n^{os} 242 ss.

1766 *Supra* n^o 716.

1767 *Supra* n^{os} 774 ss.

1768 *Supra* n^{os} 1210 ss.

1. *Plusieurs définitions ; divergences.* Il règne un certain flottement autour de la définition des points objectivement essentiels : une définition typologique, plusieurs définitions structurelles, ainsi qu'une définition fonctionnelle coexistent¹⁷⁶⁹. Dans une certaine mesure, leur application aboutit aux mêmes résultats ; il est cependant des cas où le résultat varie en fonction de la définition appliquée¹⁷⁷⁰. 1237
2. *Exceptions spéciales.* Au sein de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, le juge ne peut en principe pas compléter le contrat sur les points objectivement essentiels, ce qui mène à considérer comme des exceptions les diverses normes typiques prévoyant un complètement sur les points qui sont, dans les autres types contractuels, objectivement essentiels¹⁷⁷¹. Autrement dit, dans le cadre de l'approche 1, pour savoir si un point est objectivement essentiel, il faut connaître le tissu d'exceptions typiques qui entoure la définition des points objectivement essentiels, ce qui présuppose par ailleurs la qualification du contrat. Ce facteur de complexité se présente dans toutes les définitions des points objectivement essentiels : outre la définition typologique qui intègre naturellement ces exceptions¹⁷⁷², plusieurs auteurs adoptant la définition fonctionnelle ou les définitions structurelles renvoient à cet égard aussi aux normes typiques spéciales¹⁷⁷³. 1238
3. *Problèmes spécifiques à la typologie.* L'utilisation de la définition typologique des points objectivement essentiels dans le contexte de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord pose certains problèmes de clarté et de stabilité du droit, ce qui complexifie son analyse. Notamment : la correspondance entre les points objectivement essentiels et éléments constitutifs des types contractuels n'est pas totale¹⁷⁷⁴ ; la clarté du droit tend à décroître à mesure que le contrat s'éloigne des types contractuels¹⁷⁷⁵ ; la typologie contractuelle est un phénomène lui-même sujet à évolution¹⁷⁷⁶ ; cas échéant à une complexification 1239

1769 *Supra* nos 430 ss et 453 ss.

1770 *Supra* nos 434 ss.

1771 *Supra* nos 1116 ss.

1772 *Supra* nos 522 ss.

1773 Dans le contexte de la définition fonctionnelle, cf. *supra* n° 712. La définition structurelle de JÄGGI réserve également les règles typiques spéciales (*supra* nos 628 ss) ; on constate la même tendance dans les autres approches structurelles (cf. par exemple CR-MORIN, art. 2 CO, n° 3, c ; sur l'approche structurelle en question, cf. *supra* nos 644 ss).

1774 *Supra* nos 570 ss.

1775 *Supra* nos 585 ss.

1776 *Supra* n° 588.

ayant un « effet centrifuge » sur la clarté du droit¹⁷⁷⁷ ; la complexité peut également s'accroître dans des situations internationales¹⁷⁷⁸.

1240 4. *Problèmes spécifiques au « tout cohérent »*. La définition que donne JÄGGI des points objectivement essentiels implique l'exigence d'un certain degré de « cohérence » interne du contrat, ainsi que son caractère « raisonnable » (*vernünftig*)¹⁷⁷⁹. Employer cette définition dans le contexte de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord pose certains problèmes :

1241 (a) Le caractère largement flou de la notion de « tout cohérent » rend complexe son analyse dans un cas d'espèce¹⁷⁸⁰.

1242 (b) Cette exigence s'écarte de la liberté de l'objet (art. 19 al. 1 CO). Certes, on rencontre fréquemment en droit privé le modèle d'un *homo rationalis*, « bon père / bonne mère de famille » ou « personne raisonnable »¹⁷⁸¹ ; et les actions humaines dépourvues de sens sont souvent dépourvues d'effet juridique (par exemple : art. 482 al. 3 CC)¹⁷⁸². Mais le principe cardinal reste l'autonomie privée, dont est tirée la liberté contractuelle (art. 10 al. 2, 27 et 94 al. 1 Cst. ; art. 19 al. 1 CO)¹⁷⁸³. Aussi le droit privé reconnaît-il de manière générale les actes juridiques déraisonnables – ainsi MERZ :

1243 « Eine [über die zwingenden Schranken der Vertragsfreiheit] hinausgehende allgemeine Inhaltskontrolle von Verträgen, die sich lediglich auf den Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr stützt, ist abzulehnen, weil sie verkennt, dass der Vertrag auch unvernünftig sein darf. »¹⁷⁸⁴

1777 *Supra* n^{os} 607 ss.

1778 *Supra* n^{os} 619 ss.

1779 *Supra* n^{os} 628 ss.

1780 *Supra* n^o 643.

1781 Par exemple dans l'interprétation objective des manifestations de volonté, cf. *supra* n^o 101.

1782 BURCKHARDT, *Methode*, pp. 33-34 ; ENGEL, *Obligations*, p. 244 ; EGGER, *Vertragsauslegung*, p. 104 ; GAUCH, *Vernünftige Mensch*, pp. 177 ss ; GUHL, pp. 168-170 ; HUBER, *Rechtsverwirklichung*, pp. 295 s. ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^o 43 ; BK-KUMMER, art. 8 CC, n^o 332 ; YUNG, *Éléments objectifs*, pp. 230-231 ; dans une perspective féministe : EMMENEGGER, pp. 111-127 ; dans une perspective historique : CARONI, *19. Jahrhundert*, pp. 179-181.

1783 MERZ, *Vertrag*, n^{os} 101-108 ; dans le même sens : BK-MERZ, art. 2 CC, n^o 32 ; MORIN, *Liberté*, p. 17 ; YUNG, *Éléments objectifs*, p. 229. Cf. aussi *supra* n^{os} 364 ss.

1784 MERZ, *Vertrag*, n^o 101 ; cf. aussi BURCKHARDT, *Methode*, pp. 276-277 ; EGGER, *Vertragsauslegung*, p. 105 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 98, 109 ; HUBER, *Erläuterungen*, p. 26 ; MORIN, *Liberté*, p. 17 ; dans le même sens : ATF 136 III 142 [fr], consid. 3.5 ; dans le même sens lorsqu'il reconnaît la primauté de la volonté réelle sur l'application du principe de la confiance : GAUCH, *Vernünftige Mensch*, p. 183 ; dans le même sens en matière de complètement : KOLLER, *AT*, § 10 n^o 23 ; BK-KRAMER, art. 18 CO, n^{os} 240, 245 ; PIOTET, *Complètement*, p. 383 ; YUNG, *In-*

Un contrat peut donc être dénué de véritable cohérence, et peut *a fortiori* paraître « déraisonnable », sans que cela n'affecte son existence ou sa validité. 1244

JÄGGI a-t-il voulu signifier que sans devoir être raisonnables ou cohérents, les contrats devraient simplement ne pas être dépourvus de tout sens (art. 482 al. 3 CC p. an.) ? C'est ce que semble indiquer CARBONARA à son propos¹⁷⁸⁵. Mais on peut en douter : en matière de contrats typiques, JÄGGI exige que l'accord des parties s'étende en principe aux *essentialia negotii*¹⁷⁸⁶, or cette exigence va au-delà de la simple interdiction des contrats dépourvus de tout sens. 1245

(c) Analyser la cohérence entre les points du contrat consiste à tous les considérer sans distinction d'importance (JÄGGI parle bien de « Ganzes »), puisqu'ils participent tous de la cohérence interne de l'acte juridique. Le résultat de cette analyse est également global : le contrat aura une cohérence interne plus ou moins grande, allant du contrat parfaitement cohérent à l'acte juridique totalement dépourvu de sens. Ainsi, le degré de cohérence d'un contrat ne fournit pas de critère de discrimination permettant d'identifier les points objectivement essentiels par rapport aux autres points du contrat. 1246

5. *Problèmes spécifiques aux autres définitions structurelles.* La définition des points objectivement essentiels qui fait référence aux obligations principales pose un problème de clarté lié à la définition ambiguë de la notion d'obligations principales¹⁷⁸⁷. Si l'on définit celles-ci exclusivement par rapport aux structures d'obligations, certains contrats n'ont alors pas de points objectivement essentiels. Il en va de même si l'on définit les points objectivement essentiels en fonction des prestations synallagmatiques. Ces deux définitions structurelles des points objectivement essentiels sont donc en décalage avec l'approche 1 de l'éten due minimale de l'accord, qui exige toujours un accord sur les points objectivement essentiels pour que le contrat soit conclu¹⁷⁸⁸. 1247

terprétation supplétive, p. 192 ; ATF 115 II 232 [de], consid. 4c-d, trad. JdT 1990 I p. 66, dans le même sens à propos de l'équivalence des prestations dans les rapports d'obligation synallagmatiques ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 676 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n°s 196, 230, 371-372 ; STEINAUER, TDP, n° 578.

1785 CARBONARA, p. 102, parle « d'élucidation de la volonté des parties du point de vue de son contenu » (tr. lib.), ce qui semble signifier que le contrat doit simplement être interprétable pour être conclu. Il s'agirait là d'un truisme : sans possibilité d'interpréter, il ne peut y avoir de volonté d'être lié (art. 1 al. 1 CO).

1786 ZK-JÄGGI, art. 1 CO, n° 84.

1787 *Supra* n°s 678 ss.

1788 *Supra* n°s 684 ss.

1248 **Degré d'accessibilité** La règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, à savoir l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat soit conclu, ne ressort pas du texte légal¹⁷⁸⁹. Les différentes définitions des points objectivement essentiels ne sont pas non plus ancrées dans la loi ; elles ont été développées par la jurisprudence et la doctrine¹⁷⁹⁰. S'agissant en particulier de l'emploi de la typologie contractuelle dans le contexte de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord : les rudiments de la typologie contractuelle nommée sont généralement accessibles aux non-juristes, mais le degré d'accessibilité diminue dès que la définition des points objectivement essentiels dépasse la « définition légale » du type en cause, par exemple lorsqu'il faut compléter une norme par une autre, cas échéant au moyen de précisions apportées par la jurisprudence et la doctrine¹⁷⁹¹. Le degré d'accessibilité diminue également dès que le contrat s'écarte des types nommés : les points objectivement essentiels des contrats innommés sont décrits par la jurisprudence et la doctrine ; s'agissant des contrats atypiques, les tentatives de définition sont esquissées par la doctrine¹⁷⁹². En outre, la décodification formelle tend à diminuer l'accessibilité de la typologie contractuelle aux non-juristes, sous réserve d'une recodification potentielle, dont les effets en termes de sécurité du droit sont controversés¹⁷⁹³.

1249 **Synthèse ; rapport avec la sécurité juridique** Malgré une apparente simplicité, le degré relativement élevé de complexité de la règle spécifique posée par l'approche 1, combiné à un degré d'accessibilité assez faible pour les non-juristes, indique que cette règle n'est généralement pas connue de ses destinataires principaux¹⁷⁹⁴. La règle (et les détails auxquels elle renvoie) n'étant que peu connue, il faut retenir que les parties ne s'attendent généralement pas à son application. En outre, même pour des juristes, les détails des règles auxquelles renvoie l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord sont relativement complexes, en particulier eu égard à la multiplicité des définitions des points objectivement essentiels et à leurs résultats parfois divergents, ainsi qu'au tissu d'exceptions typiques et à la qualification qu'elle présuppose.

1789 Sur l'interprétation littérale des art. 1 et 2 CO, cf. *supra* nos 925 ss.

1790 *Supra* nos 430 ss, 453 ss, 626 ss et 695 ss.

1791 *Supra* n° 587.

1792 *Supra* nos 559 ss, 591 s..

1793 *Supra* nos 616 ss.

1794 Ce constat rejoint d'ailleurs l'expérience tirée des nombreuses conversations entre l'auteur et des non-juristes au cours de la rédaction de cette thèse.

En présence d'une règle fermée, la sécurité juridique subit une polarisation : par rapport à l'utilisation d'une règle ouverte, la sécurité juridique tend à s'accroître si la règle fait partie des attentes objectivisées de ses destinataires ; à l'inverse, elle tend à décroître si la règle ne fait pas partie de ces attentes, notamment parce qu'elle est mal connue d'eux¹⁷⁹⁵. La règle spécifique posée par l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord est une règle fermée¹⁷⁹⁶. Le fait qu'elle soit généralement mal connue de ses destinataires constitue donc un facteur d'insécurité juridique particulier. 1250

(iii) À défaut : quelles sont les attentes objectivisées des parties en matière d'interprétation des volontés et de complètement des contrats ?

Contenu vs résultat des règles À défaut de s'attendre à l'application de l'exigence spécifique d'un accord sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat soit conclu (approche 1), quelles sont les attentes objectivisées des parties en matière de conclusion et du complètement de contrats ? Notamment, les parties s'attendent-elles à l'application des règles qui gouvernent, dans les deux approches de l'étendue minimale de l'accord, l'interprétation des volontés, ainsi que la conclusion et le complètement des contrats ? Il faut répondre à cette question en deux temps : 1251

1. *Contenu des règles.* Il semble assez clair que les non-juristes ne connaissent généralement pas, d'un point de vue technique, les règles régissant l'interprétation des volontés (interprétation subjective et subsidiairement objective selon le principe de la confiance)¹⁷⁹⁷, la conclusion des contrats (existence d'une offre et d'une acceptation ; aspects externes et internes des manifestations de volontés)¹⁷⁹⁸ et le complètement des contrats (recours à la volonté hypothétique des parties)¹⁷⁹⁹. En effet, l'application de ces règles recèle une certaine complexité (prise en compte de toutes les circonstances, rapport avec les règles sur la preuve, etc.) et le texte légal n'y renvoie que sous une forme plutôt lapidaire (cf. notamment les art. 1, 2 al. 2, 18 al. 1 CO ainsi que les normes supplétives spéciales), l'essentiel des détails et 1252

1795 *Supra* n^{os} 1216 ss.

1796 *Supra* n^{os} 1232 ss.

1797 *Supra* n^{os} 78 ss.

1798 *Supra* n^{os} 132 ss.

1799 *Supra* n^{os} 242 ss et 279 ss.

développements en ces matières étant l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence¹⁸⁰⁰.

- 1253 2. *Résultat des règles*. Il faut toutefois compléter ce premier constat par la comparaison entre **a)** le résultat de l'application de ces règles sur l'interprétation des volontés, la conclusion et le complètement des contrats et **b)** la solution conforme aux valeurs générales prévalant dans la société (c'est-à-dire considérée comme matériellement juste)¹⁸⁰¹, solution à laquelle les parties s'attendent en particulier lorsqu'elles ignorent le contenu des règles précises régissant leur situation¹⁸⁰².

1254 Dans l'esprit des non-juristes, les deux valeurs intuitivement déterminantes pour savoir si un contrat est conclu sont la liberté – liberté d'exprimer sa volonté, de passer un contrat ou non, d'en déterminer son contenu – et la bonne foi, c'est-à-dire le fait que la confiance légitime en les déclarations et comportements d'autrui est protégée, ce qui implique notamment que les promesses faites par autrui seront tenues¹⁸⁰³. Pour savoir si le contrat est conclu, le sens commun du non-juriste s'attache ainsi à la parole donnée, au sentiment partagé ou légitime d'être lié par un contrat, que l'on traduit notamment par une signature ou diverses expressions (« marché conclu », etc.), ou par d'autres actes concluants. S'agissant du complètement des contrats et dans la mesure où les attentes objectivisées des parties ne portent pas sur l'application d'une norme dispositive spéciale, les parties s'attendent généralement à ce que leur accord soit complété au plus près de ce

1800 Relevant que les principes généraux sont moins accessibles aux non-juristes que les normes précises : MERZ, *OR von 1881*, pp. 26-27.

1801 *Supra* n^{os} 412 s.

1802 Sur les deux pôles des attentes objectivisées des parties, cf. *supra* n^{os} 1210 ss.

1803 Cf. par exemple ATF 141 III 444 [fr], consid. 2.2.4.2 ; ATF 103 Ia 505 [de], consid. 4a : « [...] liegt es doch im Wesen jedes Vertrages, dass er dazu bestimmt ist, Vertrauen im Hinblick auf das zukünftige Verhalten des Vertragspartners zu begründen. » ; ainsi que LOSER, n^{os} 110 ss ; de façon plus large, pour tout le droit privé suisse : HUBER, *Erläuterungen*, pp. 25-28. Sur les attentes et représentations des parties quant au moment de la conclusion des contrats, cf. aussi FONTAINE, pp. 236-237, 249 ; HIRSCH, p. 333. Le droit anglais s'attache de façon pragmatique à la protection de ces attentes (*supra* n^o 750) : « [...] the court will be reluctant to deny effect to an agreement on the grounds of lack of certainty or completeness where there is evidence that the parties intended or thought that they had a concluded contract [...] "effect must be given to the reasonable expectations of honest men" » (BRADGATE, n^o 2.155 ; la seconde partie de cette citation est elle-même une citation provenant de : Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division) 1993 WL 963638 [24.02.1993] *First Energy (U.K.) Limited v. Hungarian International Bank Limited*).

qui y figure, c'est-à-dire dans le prolongement du principe général de la liberté contractuelle¹⁸⁰⁴, ainsi qu'en tenant compte de l'équité¹⁸⁰⁵.

Or les règles précitées sur l'interprétation des volontés ainsi que sur la conclusion et le complètement des contrats ont pour but d'aboutir à une solution aussi proche que possible de ces attentes générales des parties. L'interprétation subjective tend à établir au plus près des faits les volontés respectives des parties¹⁸⁰⁶, et donc à produire un résultat judiciaire le plus fidèle à l'exercice de leur liberté ; subsidiairement, par l'interprétation objective, la partie dont la confiance est la plus légitime se verra protégée dans sa bonne foi¹⁸⁰⁷. Les règles sur la conclusion du contrat visent à permettre à chacun de mettre en œuvre sa liberté contractuelle¹⁸⁰⁸. En matière de complètement des contrats, la recherche de la volonté hypothétique des parties a pour but de trouver une solution au plus près de ce dont les parties seraient convenues en exerçant librement leur liberté contractuelle. En tant que règles ouvertes, ces normes visent à réduire au maximum l'écart entre la vérité matérielle et la vérité judiciaire¹⁸⁰⁹.

Ainsi, le fait que les non-juristes ne connaissent pas les aspects techniques des règles sur l'interprétation des volontés ainsi que sur la conclusion et le complètement des contrats n'a qu'une importance restreinte dans l'évaluation de la sécurité juridique, puisque les résultats auxquels leur application aboutit correspondent généralement à leurs attentes objectivisées.

Constat intermédiaire Ces développements permettent de souligner un contraste entre les deux approches discutées de l'étendue minimale de l'accord. L'approche 1 repose sur l'application d'une règle fermée souvent mal connue de ses destinataires¹⁸¹⁰, qui consiste à faire explicitement abstraction des attentes objectivisées des parties en matière de conclusion du contrat (respect de leur liberté contractuelle et de la bonne foi objective), puisque le contrat n'est pas conclu *malgré les volontés reconnues ou reconnaissables des parties d'être liées*¹⁸¹¹. L'approche 2, quant à elle, est orientée sur des règles ouvertes dont le résultat tend à correspondre au plus près des

1804 *Supra* n° 293.

1805 *Supra* nos 328 ss.

1806 *Supra* nos 96 ss.

1807 *Supra* nos 101 ss.

1808 *Supra* n° 336.

1809 *Supra* nos 1216 ss.

1810 *Supra* nos 1235 ss.

1811 Cf. notamment les passages de GAUCH/SCHLUEP/SCHMID et KOLLER cités *supra* nos 864 ss.

attentes objectivisées des parties en matière de conclusion et de complètement des contrats. On peut donc constater à titre intermédiaire que l'approche 2 semble *a priori* moins susceptible de réaliser le risque d'une erreur du juge que l'approche 1.

(iv) Quid des points objectivement essentiels dans l'approche 2 ?

- 1258 Il faut encore apporter quelques précisions quant au rôle joué par les points objectivement essentiels dans l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord. Dans le contexte de l'approche 2, l'accord sur les points objectivement essentiels est un élément d'interprétation des volontés d'être lié ; autrement dit : ce qui fait figure d'exigence indépendante dans l'approche 1 (les parties doivent avoir la volonté d'être liées *et* avoir trouvé un accord sur tous les points objectivement essentiels) est intégré à l'exigence unique de l'approche 2 (les parties doivent avoir la volonté d'être liées, ce dont l'existence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels peut constituer un indice)¹⁸¹².
- 1259 Dès lors, dans quelle mesure les discussions autour de la définition des points objectivement essentiels et de leur emploi dans le contexte de l'approche 1¹⁸¹³ jouent-elles également un rôle dans le contexte de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord ?
- 1260 1. *Pluralité de définitions ; divergences.* L'existence de plusieurs définitions concurrentes et partiellement divergentes des points objectivement essentiels¹⁸¹⁴ ne pose pas de problème particulier dans l'approche 2. En effet, les différentes définitions des points objectivement essentiels peuvent alors être utilisées en parallèle, comme des indices indépendants les uns des autres de l'existence des volontés d'être lié¹⁸¹⁵. Par contraste, l'approche 1 exigeant un accord sur tous les points objectivement essentiels, une définition univoque de ceux-ci est alors nécessaire.
- 1261 2. *Normes spéciales.* Dans l'approche 2, les normes spéciales prévoyant le complètement sur le principe et/ou le montant de la rémunération, sur la prestation caractéristique ou sur l'identité des parties au

1812 *Supra* n^{os} 767 ss.

1813 *Supra* n^{os} 570 ss, 642 s., 678 ss, 712 s. ainsi que 1236 ss.

1814 *Supra* n^{os} 430 ss, 453 ss et 1236 ss.

1815 *Supra* n^{os} 774 ss.

rapport d'obligation sont considérées comme l'expression d'un principe général voulant que le juge peut compléter le contrat sur ces points, s'ils sont subjectivement secondaires¹⁸¹⁶. Par contraste avec l'approche 1¹⁸¹⁷, il n'est donc pas nécessaire de maîtriser ce tissu de normes spéciales pour savoir si le contrat est conclu.

3. *Problèmes spécifiques à la typologie.* Parmi les questions précédemment évoquées¹⁸¹⁸, on peut distinguer :
- (a) Les problèmes généraux concernant la définition typologique des points objectivement essentiels¹⁸¹⁹ se posent toujours dans l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, puisque celle-ci y fait référence au titre d'élément d'interprétation des volontés d'être lié¹⁸²⁰. Toutefois, ces problèmes sont atténués, puisque la définition typologique des points objectivement essentiels n'est pas employée dans le contexte d'une règle fermée qui exigerait dans tous les cas un accord sur les éléments constitutifs des types contractuels, mais en tant que simple indice des volontés d'être lié, à titre complémentaire des autres définitions des points objectivement essentiels. Ainsi, plus le contrat tend vers l'atypisme¹⁸²¹, moins le recours à la typologie est pertinent dans l'approche 2¹⁸²².
- (b) Par ailleurs, faire de la typologie contractuelle un simple indice de la volonté d'être lié (approche 2) plutôt que le paramètre d'une règle fermée quant à la conclusion du contrat (approche 1) pourrait présenter certains avantages face aux évolutions générales du droit des contrats. Cela s'inscrirait notamment dans la démarche visant à renforcer le poids de la partie générale du CO, prônée par certains auteurs face à la complexification de la typologie¹⁸²³. Dans les situations internationales¹⁸²⁴, la relativisation du « *coloris local* » que représente la typologie contractuelle dans le contexte de la conclusion du contrat pourrait également renforcer l'attractivité du droit suisse. Par ailleurs, on a vu que divers

1816 *Supra* n^{os} 1116 ss.

1817 *Supra* n^{os} 1236 ss.

1818 *Supra* n^{os} 1236 ss.

1819 *Supra* n^{os} 570 ss.

1820 *Supra* n^{os} 774 ss.

1821 *Supra* n^{os} 559 ss.

1822 *Supra* n^{os} 774 ss.

1823 DASSER, *Wandel*, n^{os} 533-544 ; GAUCH, *Vertragstypenrecht*, p. 26 ; KRAMER, *Rezension Dasser*, p. 26 ; nuancé : TERCIER, *XXI^e siècle*, p. 221.

1824 À ce sujet, cf. *supra* n^{os} 619 ss.

projets ou instruments internationaux d'unification du droit privé qui traitent de l'étendue minimale de l'accord vont dans le sens de l'approche 2¹⁸²⁵.

- 1265 4. *Problèmes spécifiques au « tout cohérent »*. Les problèmes spécifiques à l'utilisation de la définition des points objectivement essentiels donnée par JÄGGI¹⁸²⁶ n'existent pas dans le contexte de l'approche 2. Prendre en compte le degré de cohérence de l'accord au titre d'élément d'interprétation des volontés d'être lié ne pose pas de problème quant à la liberté contractuelle, puisque le degré de cohérence de l'accord n'est alors pas une condition rigide de l'existence du contrat. En outre, alors que le degré de cohérence de l'accord ne permet pas de discriminer les points objectivement essentiels des points objectivement secondaires dans le contexte de l'approche 1¹⁸²⁷, il peut fournir un indice global de la volonté des parties d'être liées dans le contexte de l'approche 2.
- 1266 5. *Problèmes spécifiques aux autres définitions structurelles*. Dans l'approche 2, il n'est pas problématique que tous les contrats n'aient pas de points objectivement essentiels si l'on applique une définition purement structurelle des points objectivement essentiels¹⁸²⁸ puisque l'indice structurel perd alors son importance dans l'interprétation des volontés d'être lié¹⁸²⁹.

c) Risques d'erreurs dans les situations où les approches 1 et 2 mènent aux mêmes résultats

(i) Cas où le contrat n'est conclu ni dans l'approche 1, ni dans l'approche 2

- 1267 **Cas de figure** Le contrat est inexistant dans les deux approches lorsque toutes les parties n'ont pas la volonté d'être liées, ce qui est notamment le cas lorsque les parties n'ont pas trouvé un accord sur tous les points qui étaient subjectivement essentiels pour l'une ou l'autre d'entre elles¹⁸³⁰. Dans

1825 *Supra* n° 751 ; à propos de l'art. 31 pDCEV, cf. *supra* n°s 910 ss

1826 *Supra* n°s 1236 ss.

1827 *Supra* n°s 1236 ss.

1828 À ce sujet, cf. *supra* n°s 684 ss ; dans le contexte de l'approche 1, cf. *supra* n°s 1236 ss.

1829 *Supra* n°s 774 ss.

1830 *Supra* n°s 846 ss.

ce contexte, les points subjectivement essentiels peuvent comprendre une partie des points objectivement essentiels seulement, leur correspondre totalement ou être plus nombreux qu'eux¹⁸³¹.

Risque Dans ces cas de figure, le risque d'erreur du juge se réalise lorsqu'il retient que le contrat existe alors que selon les deux approches, il ne devrait pas exister¹⁸³². Dans cette hypothèse, il y a un écart entre la décision du juge et les attentes objectivisées des parties, qui s'attendent à ce que leur absence de volontés d'être lié soit reconnue¹⁸³³. Dans les deux approches, il existe un risque général d'une erreur dans l'interprétation des volontés d'être lié. Toutefois, dans l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord et dans la situation spécifique où tous les points objectivement essentiels ne sont pas subjectivement essentiels, le risque d'une telle erreur du juge est amoindri, vu que le juge devrait alors retenir l'inexistence du contrat sur la base de la règle spécifique à l'approche 1, c'est-à-dire à cause du défaut d'accord sur tous les points objectivement essentiels. 1268

Maîtrise volontaire Dans les deux approches, ce risque peut être maîtrisé volontairement par chaque partie¹⁸³⁴. Les parties peuvent conjointement préciser que leurs accords ne sont pas assortis de la volonté de produire des effets juridiques ; chaque partie peut en outre déclarer qu'elle n'a pas la volonté d'être liée, et en particulier qu'un accord n'est pas encore intervenu sur tous les points qui sont pour elle essentiels¹⁸³⁵. 1269

(ii) *Cas où le contrat est conclu dans les deux approches*

Cas de figure Le contrat existe dans les deux approches dans tous les cas où **a)** toutes les parties ont la volonté d'être liées, ce qui implique notamment que les parties aient trouvé un accord sur tous les points qui étaient subjectivement essentiels pour l'une ou l'autre d'entre elles, **b)** et que les parties ont en outre trouvé un accord sur tous les points objectivement essentiels¹⁸³⁶. Dans ce contexte, les points subjectivement essentiels peuvent comprendre 1270

1831 *Supra* n^{os} 854 ss.

1832 Sur ce risque, cf. notamment MARCHAND, p. 58.

1833 *Supra* n^{os} 1206 ss et 1251 ss.

1834 Sur la maîtrise volontaire d'un risque d'erreur du juge, cf. *supra* n^{os} 1223 ss.

1835 Pour des exemples de maîtrise volontaire de ce risque, cf. MARCHAND, pp. 58 ss.

1836 *Supra* n^{os} 846 ss.

une partie des points objectivement essentiels seulement, leur correspondre totalement ou être plus nombreux qu'eux¹⁸³⁷.

- 1271 **Risque** Dans ces cas de figure, le risque d'erreur du juge se réalise lorsque qu'il retient que le contrat n'existe pas alors que selon les deux approches, il devrait exister. Dans cette hypothèse, il y a un écart entre la décision du juge et les attentes objectivisées des parties, qui s'attendent à ce que leurs volontés d'être liées soient reconnues¹⁸³⁸. Dans les deux approches, il existe un risque général d'une erreur dans l'interprétation des volontés d'être lié. Toutefois, dans l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord et dans la situation spécifique où tous les points objectivement essentiels ne sont pas subjectivement essentiels, le risque d'une telle erreur du juge est accru par rapport à l'approche 2, vu que la décision de retenir que le contrat est conclu dépend d'un paramètre supplémentaire, à savoir l'analyse d'un accord sur tous les points objectivement essentiels.
- 1272 **Maîtrise volontaire** Dans les deux approches, les parties peuvent maîtriser volontairement ce risque¹⁸³⁹ en augmentant le nombre d'indices clairs de leurs volontés d'être liées, ce qui contribue à éviter que le juge ne retienne par erreur l'inexistence du contrat.

d) Risques d'erreurs dans les situations où les approches 1 et 2 ne mènent pas aux mêmes résultats

- 1273 **Cas de figure** Les cas où les deux approches de l'étendue minimale de l'accord ne mènent pas aux mêmes résultats sont ceux où **a)** les parties ont toutes la volonté d'être liée, ce qui implique notamment qu'elles aient trouvé un accord sur tous les points subjectivement essentiels, mais **b)** qu'elles n'ont pas trouvé d'accord sur tous les points objectivement essentiels¹⁸⁴⁰. Dans l'approche 1, le contrat n'est pas conclu, tandis qu'il l'est dans l'approche 2.

1837 *Supra* n^{os} 854 ss.

1838 *Supra* n^{os} 1206 ss et 1251 ss.

1839 Sur la maîtrise volontaire d'un risque d'erreur du juge, cf. *supra* n^{os} 1223 ss.

1840 *Supra* n^{os} 846 ss.

(i) **Dans l'approche 1**

Risque Dans l'approche 1, le risque que le juge rende alors une décision qui s'écarte des attentes objectivisées des parties est, comme on l'a vu, particulièrement marqué. **a)** D'un côté, les parties ignorent généralement l'exigence spécifique à l'approche 1, à savoir l'exigence que l'accord porte au moins sur tous les points objectivement essentiels¹⁸⁴¹ ; les attentes objectivisées des parties portent alors sur le respect de leurs volontés d'être liées, conformément aux valeurs générales que sont la liberté contractuelle et la bonne foi¹⁸⁴². **b)** De l'autre, la règle spécifique posée par l'approche 1 est fermée, ce qui implique que le juge constatant le défaut d'un accord sur les points objectivement essentiels devra dire que le contrat n'existe pas, même s'il constate simultanément que les parties voulaient être liées¹⁸⁴³.

La règle voulant qu'un accord doive impérativement être trouvé sur tous les points objectivement essentiels peut en particulier être invoquée par la partie qui changerait d'avis après avoir manifesté sa volonté d'être liée envers l'autre¹⁸⁴⁴. Dans l'exemple donné dans l'introduction¹⁸⁴⁵, si le vendeur du tableau (B) reçoit une offre nettement plus intéressante d'un tiers (C) après coup, il pourrait être tenté, pour bénéficier de cette opportunité, d'invoquer l'inexistence du contrat envers A vu l'absence d'accord sur un point objectivement essentiel (le prix).

Compensations ? : a) Responsabilité précontractuelle Il faut cependant se demander si ce risque n'est pas partiellement compensé par la possibilité d'une action en responsabilité précontractuelle. Dans la situation où les parties avaient la volonté d'être liées mais que l'une d'entre elle invoque le défaut d'accord sur tous les points objectivement essentiels pour nier l'existence du contrat, l'autre partie peut-elle lui réclamer des dommages-intérêts sur la base de la *culpa in contrahendo* ? Les points suivants méritent en particulier attention :

1841 *Supra* n^{os} 1235 ss.

1842 *Supra* n^{os} 1251 ss.

1843 *Supra* n^{os} 1216 ss et 1232 ss.

1844 HERZOG, n^o 240 ; dans le même sens : PIOTET, *Formation*, p. 34 : « [...] empêcher qu'une partie [...] ne fasse à son gré échouer un contrat qu'elle regrette d'avoir consenti ». En droit américain, cf. aussi CORBIN/PERILLO, pp. 535 s. : « *The courts must take cognizance of the fact that the argument that a particular agreement is too indefinite to constitute a contract frequently is an afterthought excuse for attacking an agreement that failed for reasons other than the indefiniteness.* »

1845 *Supra* n^o 1.

1. *Réalisation des conditions de la responsabilité* ? Il est vraisemblable que sous l'angle de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, une telle situation serait considérée comme une interruption de pourparlers, puisque le contrat n'est pas conclu, faute d'accord sur tous les points objectivement essentiels¹⁸⁴⁶. En principe, conformément à sa liberté de ne pas conclure, toute personne peut interrompre des pourparlers dans lesquels elle s'est engagée et cela sans donner les motifs de cette interruption¹⁸⁴⁷. Selon le Tribunal fédéral, l'interruption de pourparlers n'est pas en soi un cas de *culpa in contrahendo*; la responsabilité réside plutôt, à titre exceptionnel, dans le fait « d'avoir maintenu l'autre partie dans l'idée que le contrat serait certainement conclu ou à n'avoir pas dissipé cette illusion à temps », en violation des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC)¹⁸⁴⁸. Un tel comportement constitue alors une violation du « devoir de négocier sérieusement conformément à ses intentions », puisqu'une partie fait croire à l'autre « que sa volonté de conclure est plus forte qu'en réalité »¹⁸⁴⁹. Pour admettre la responsabilité pour *culpa in contrahendo*, « [il] ne suffit pas que les négociations aient duré longtemps, ni que la partie à l'origine de la rupture ait été au courant des investissements effectués par l'autre »¹⁸⁵⁰. Par ailleurs, dès lors que la personne interrompant les pourparlers dispose d'un motif qui justifie cette interruption, la réparation est exclue¹⁸⁵¹. En outre, pour donner lieu à réparation, la violation d'un devoir précontractuel

1846 Mentionnant cette hypothèse : LOSER, n° 642 ; cf. en outre GONZENBACH, p. 100.

1847 Arrêt TF n. publ. 4A_229/2014 (19.09.2014) [fr], consid. 4.1 ; ATF 140 III 200 [it], consid. 5.2, trad. JdT 2014 II p. 401 ; Arrêt TF n. publ. 4C.247/2005 (17.11.2005) [fr], consid. 3.1 ; Arrêt TF n. publ. 4C.152/2001 (29.10.2001) [fr], consid. 3a ; ATF 105 II 75 [de], consid. 2a, trad. JdT 1980 I p. 66 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 991 ; LOSER, n° 636 ; sur la liberté de ne pas conclure, cf. *supra* n° 338.

1848 Arrêt TF n. publ. 4A_609/2015 (06.06.2016) [fr], consid. 2.3 ; Arrêt TF n. publ. 4A_9/2015 (29.07.2015) [it], consid. 4 ; Arrêt TF n. publ. 4A_229/2014 (19.09.2014) [fr], consid. 4.1 ; ATF 140 III 200 [it], consid. 5.2, trad. JdT 2014 II p. 401 ; Arrêt TF n. publ. 4A_615/2010 (14.01.2011) [fr], consid. 4.1.1 ; Arrêt TF n. publ. 4C.247/2005 (17.11.2005) [fr], consid. 3.1 ; cf. aussi ATF 121 III 350 [fr], consid. 6c ; dans la doctrine, cf. notamment LOSER, n° 642.

1849 Arrêt TF n. publ. 4A_615/2010 (14.01.2011) [fr], consid. 4.1.1 ; cf. aussi Arrêt TF n. publ. 4A_229/2014 (19.09.2014) [fr], consid. 4.1 ; ATF 140 III 200 [it], consid. 5.2, trad. JdT 2014 II p. 401 ; Arrêt TF n. publ. 4C.247/2005 (17.11.2005) [fr], consid. 3.1 ; ATF 121 III 350 [fr], consid. 6c.

1850 Arrêt TF n. publ. 4A_615/2010 (14.01.2011) [fr], consid. 4.1.1 ; Arrêt TF n. publ. 4C.247/2005 (17.11.2005) [fr], consid. 3.1 ; Arrêt TF n. publ. 4C.56/2004 (16.06.2004) [fr], consid. 4.2 ; Arrêt TF n. publ. 4C.152/2001 (29.10.2001) [fr], consid. 3a ; cf. par exemple Arrêt TF n. publ. 4C.56/2004 (16.06.2004) [fr], consid. 4.2.

1851 LOSER, n° 645 ; cette considération est souvent évoquée dans le cas de rupture des négociations avant que la forme légale n'ait été respectée : Arrêt TF n. publ. 4A_229/2014 (19.09.2014) [fr], consid. 4.1 ; Arrêt TF n. publ. 4A_615/2010 (14.01.2011) [fr], consid. 4.1.1 ; Arrêt TF n. publ. 4C.247/2005 (17.11.2005) [fr], consid. 3.1 ; Arrêt TF n. publ. 4C.152/2001 (29.10.2001) [fr], consid. 3a.

doit être fautive, c'est-à-dire qu'il doit y avoir intention ou négligence de la part de l'auteur de la violation¹⁸⁵².

Dans la situation qui nous intéresse ici, il est possible de démontrer que les parties avaient la volonté d'être liées malgré l'absence d'accord sur tous les points objectivement essentiels. **a)** En fonction des circonstances, il se peut que la partie qui invoque après coup l'absence d'accord sur tous les points objectivement essentiels ait donné à l'autre des assurances particulières non seulement quant à sa volonté d'être liée, mais aussi et plus généralement quant à l'existence du contrat. On peut notamment imaginer qu'une partie connaissant la règle exigeant un accord sur tous les points objectivement essentiels tandis que son partenaire l'ignore joue de cette circonstance pour susciter chez lui une confiance particulière. **b)** Toutefois, il est également possible que l'interprétation des volontés mène à retenir que les parties voulaient être liées, mais que les manifestations de ces volontés ne sont pas allées jusqu'à une promesse d'un degré suffisant pour fonder une responsabilité pour *culpa in contrahendo*. **c)** Par ailleurs, même si une partie manifeste des assurances particulières envers l'autre quant à l'existence du contrat alors qu'un accord n'a pas encore été trouvé sur tous les points objectivement essentiels, il n'est pas certain qu'elle soit toujours considérée comme fautive, notamment si, dépourvue de formation juridique, elle ignorait la règle spécifique posée par l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord. **d)** En outre, il est imaginable que la partie mettant un terme aux pourparlers dispose d'un motif à cet égard, par exemple l'offre plus favorable d'un tiers¹⁸⁵³. **e)** Enfin, la partie qui demande des dommages-intérêts pour *culpa in contrahendo* risque de se voir opposer le fait qu'elle aurait dû connaître la règle voulant que le contrat ne peut être conclu sans un accord sur tous les points objectivement essentiels (c'est-à-dire la règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord)¹⁸⁵⁴. Comme l'exprime la doctrine :

1278

GONZENBACH : « *Bestehen zwischen den Parteien noch offene, re-
gelungsbedürftige Punkte bezüglich des künftigen Vertrages, so*

1279

1852 Arrêt TF n. publ. 4A_229/2014 (19.09.2014) [fr], consid. 4.1 ; ATF 140 III 200 [it], consid. 5.2, trad. JdT 2014 II p. 401 ; Arrêt TF n. publ. 4A_615/2010 (14.01.2011) [fr], consid. 4.1.1 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 967-968 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 141.

1853 En droit allemand, la question de savoir si l'offre plus favorable d'un tiers constitue un motif raisonnable de rupture des pourparlers fait l'objet d'une controverse (LUKAS, p. 36 ; MACHOLD, pp. 98 s.).

1854 Ce risque pourrait être renforcé par le fait que certains auteurs présentent cette règle comme une « évidence » (*supra* n° 732) ; parallèlement, on pourrait tenter de le réduire par l'invocation du fait que les non-juristes ignorent généralement l'existence de cette règle (*supra* nos 1235 ss).

- dürfen die Parteien nicht darauf vertrauen, man werde sich in der Mitte zwischen ihren Positionen schon noch einigen. »¹⁸⁵⁵
- 1280 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER : « Leichtfertiges Vertrauen in die noch nicht abgeschlossenen Verhandlungen über wesentliche Vertragspunkte bleibt das Risiko der voreiligen Partei. »¹⁸⁵⁶
- 1281 MEDICUS/LORENZ : « [...] solange es an Einigkeit über diesen wesentlichen Inhalt fehlt, wird ein Partner auch kaum auf eine Einigung und damit auf einen Vertragsabschluß vertrauen dürfen. »¹⁸⁵⁷
- 1282 Cas échéant, la bonne foi du lésé ne serait pas légitime au sens de l'art. 3 al. 2 CC. À titre subsidiaire, une telle circonstance pourrait fonder une réduction de l'indemnité pour faute ou fait concomitant (art. 44 CO)¹⁸⁵⁸.
- 1283 2. *Différences par rapport à la responsabilité contractuelle.* Même si les conditions de la responsabilité précontractuelle étaient, dans un cas d'espèce, considérées comme remplies, il ne faudrait pas perdre de vue l'écart existant entre une responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo* et un jugement qui correspondrait aux attentes objectivisées des parties, c'est-à-dire à la reconnaissance de leurs volontés d'être liées¹⁸⁵⁹. **a)** Selon la jurisprudence et la doctrine, la victime de la personne ayant commis une *culpa in contrahendo* ne peut en principe réclamer que des dommages-intérêts négatifs, correspondant à la différence entre sa situation patrimoniale actuelle et celle qui serait la sienne si la *culpa in contrahendo* n'avait pas été commise¹⁸⁶⁰. Par contraste, la responsabilité contractuelle vise en principe à l'octroi de dommages-intérêts positifs, qui représentent l'intérêt à l'exécution régulière du contrat. **b)** En outre, la prescription de l'action fondée sur la responsabilité précontractuelle est soumise par le Tribunal fédéral

1855 GONZENBACH, p. 100.

1856 BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n° 163, qui donnent à cet égard un exemple jurisprudentiel (Arrêt TF n. publ. 4C.247/2005 [17.11.2005] [fr]).

1857 MEDICUS/LORENZ, n° 106.

1858 Sur l'application de l'art. 3 CC dans ce contexte : CR-MORIN, art. 1 CO, n° 142 ; dans le contexte plus général de la responsabilité fondée sur la confiance : CR-THÉVENOZ, art. 97-109 CO, n° 22f ; préférant l'application de l'art. 44 CO à l'art. 3 al. 2 CC, sauf dans les cas de responsabilité objective : KUONEN, *Responsabilité*, n°s 1595-1629.

1859 Sur les attentes des parties en matière contractuelle, cf. *supra* n°s 1251 ss.

1860 Arrêt TF n. publ. 4A_9/2015 (29.07.2015) [it], consid. 4 ; ATF 140 III 200 [it], consid. 5.2, trad. JdT 2014 II p. 401 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 966 ; KOLLER, AT, § 28 n° 2 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 139. Il faut toutefois réserver l'application des art. 26 al. 2 ou 39 al. 2 CO par analogie, lorsque l'équité (art. 4 CC) l'exige (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 966 ; KOLLER, AT, § 28 n° 37 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n° 139 ; cf. aussi MORIN, *RFC*, pp. 154-155).

à l'art. 60 CO¹⁸⁶¹, qui prévoit un délai relatif d'un an et un délai absolu de dix ans, alors que la responsabilité contractuelle est soumise au régime général des art. 127 ss CO.

Ainsi, la responsabilité précontractuelle ne compense que partiellement et dans certaines hypothèses seulement le risque ici discuté. 1284

Compensations ? : b) Abus de droit L'interdiction de l'abus manifeste d'un droit (art. 2 al. 2 CC) peut-elle compenser le risque spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, c'est-à-dire le risque qu'une partie invoque l'inexistence du contrat pour défaut d'accord sur un point objectivement essentiel alors qu'elle avait manifesté sa volonté ferme d'être liée envers l'autre ? 1285

Selon le Tribunal fédéral, l'interdiction de « l'abus manifeste de droit (art. 2 al. 2 CC) [...] permet de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste. Le juge apprécie la question au regard des circonstances concrètes, qui sont déterminantes. L'emploi dans le texte légal du qualificatif "manifeste" démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire »¹⁸⁶². 1286

Dans la constellation qui nous intéresse ici, le cas d'abus de droit visé serait l'attitude contradictoire (*venire contra factum proprium*) résidant dans le fait de changer d'avis en invoquant l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord après avoir manifesté sa volonté d'être lié¹⁸⁶³. Cela appelle les remarques suivantes : 1287

1. *Subsidiarité*. L'interdiction de l'abus de droit est une institution subsidiaire, conçue comme un « frein de secours » ou une « sortie de se- 1288

1861 ATF 134 III 390 [de], consid. 4.3.2, trad. SJ 2008 I p. 361 ; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 971-972.

1862 ATF 140 III 583 [fr], consid. 3.2.4 ; cf. aussi, parmi une jurisprudence abondante : ATF 137 III 625 [it], consid. 4.3, trad. JdT 2012 II p. 236 ; ATF 135 III 162 [fr], consid. 3.3.1 ; dans la doctrine, cf. notamment ZK-BAUMANN, art. 2 CC, n^{os} 230 ss ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC, n^{os} 23 ss ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n^{os} 41-56, 198 ss ; BK-MERZ, art. 2 CC, n^{os} 21-27, 285 ss ; STEINAUER, TDP, n^{os} 570 ss.

1863 Dans la même direction en matière de responsabilité précontractuelle : LOSER, n^o 645.

cours » (*Notbremse, Notausgang*)¹⁸⁶⁴. Dans ce contexte et vu la proximité de l'interdiction de l'abus de droit et de la *culpa in contrahendo*¹⁸⁶⁵, il ne semble pas certain que l'on puisse discerner des cas où la responsabilité pour *culpa in contrahendo* n'entre pas en ligne de compte mais où l'interdiction de l'abus de droit pourrait tout de même trouver application. La doctrine signale par ailleurs que « le moyen de l'abus de droit est [...] subsidiaire aux autres moyens que sont l'interprétation de la loi, voire le comblement de la lacune »¹⁸⁶⁶, de sorte que si un abus de droit pouvait être constaté dans le contexte susmentionné, il faudrait préférer à l'approche 1 la voie *interprétative* proposée par l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord.

- 1289 2. *Conditions d'application*. Dans les hypothèses où les approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord mènent à des résultats différents¹⁸⁶⁷, l'abus de droit pourrait par définition n'être admis que dans certaines circonstances particulières, appréciées de façon restrictive¹⁸⁶⁸ – à défaut, la règle spécifique à l'approche 1 serait « vidée de sa substance »¹⁸⁶⁹. Parmi les éléments à prendre en compte pour déterminer s'il y a abus du droit d'invoquer l'inexistence du contrat pour défaut d'accord sur un point objectivement essentiel, on peut mentionner ceux qui suivent, en rappelant qu'ils doivent être appréciés « selon les circonstances concrètes et non sur la base de principes rigides »¹⁸⁷⁰ et « [qu']en cas de doute, pas d'abus de droit »¹⁸⁷¹ :

1864 ATF 134 III 52 [de], consid. 2.1, trad. JdT 2008 I p. 307; ZK-BAUMANN, art. 2 CC, n° 14b; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC, n°s 25, 27; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n° 45; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 21.

1865 CR-CHAPPUIS, art. 2 CC, n° 52; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n° 57.

1866 CR-CHAPPUIS, art. 2 CC, n° 27 (avec nuances); cf. aussi ZK-BAUMANN, art. 2 CC, n° 27; DESCHENAUX, *TDP*, p. 145; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n° 53; BsK-HONSELL, art. 2 CC, n° 30.

1867 *Supra* n°s 846 ss.

1868 À cet égard, on peut *mutatis mutandis* s'appuyer sur ce qu'affirme le Tribunal fédéral en matière d'invocation abusive de l'invalidité du contrat : « le comportement de celui qui accepte d'abord de conclure une convention et qui, par la suite, en considération de règles impératives, excipe de l'invalidité de cette même convention, n'est [...] constitutif d'abus de droit que si des conditions particulières sont réalisées » (ATF 135 III 162 [fr], consid. 3.3.1; cf. aussi ATF 133 III 61 [fr], consid. 4.1; STEINAUER, *TDP*, n° 591).

1869 Expression employée par CR-CHAPPUIS, art. 2 CC, n° 25; dans le même sens : ATF 134 III 52 [de], consid. 2.1, trad. JdT 2008 I p. 307.

1870 ATF 140 III 200 [it], consid. 4.2, trad. JdT 2014 II p. 401 (citation issue de la traduction au JdT); cf. aussi ATF 138 III 123 [de], consid. 2.4.2; ATF 115 II 331 [de], consid. 5a, trad. JdT 1991 I p. 150; ATF 104 II 99 [de], consid. 3, trad. JdT 1979 I p. 16.

1871 STEINAUER, *TDP*, n° 570; cf. aussi BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n° 202; BsK-HONSELL, art. 2 CC, n° 29.

- (a) *L'absence d'un intérêt légitime à changer d'avis*¹⁸⁷², ce qui s'apprécie notamment à la lumière des buts de la règle faisant l'objet d'un abus¹⁸⁷³. À cet égard, la personne dont le comportement est prétendument abusif pourra faire en général valoir assez aisément un intérêt légitime qui justifie son changement d'avis quant à la conclusion du contrat. Elle invoquera par exemple l'intérêt à la conclusion d'un contrat plus avantageux avec un tiers sur le même objet, intérêt qui s'inscrit dans les principaux buts avancés par la doctrine dominante pour justifier l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord¹⁸⁷⁴ – l'intérêt à passer des contrats plus avantageux avec des tiers contribuerait à réaliser l'autonomie privée et la liberté contractuelle, l'intérêt à passer des contrats avec des tiers définissant au moins les points objectivement essentiels contribuerait à réaliser la sécurité juridique résidant dans l'interdiction du complètement judiciaire du contrat sur les points objectivement essentiels. 1290
- (b) *La bonne foi légitime*. Même si la bonne foi légitime de la partie victime de l'abus de droit et l'absence de bonne foi légitime (voire la faute) de la partie commettant l'abus de droit ne sont en soi pas des conditions d'application de l'art. 2 al. 2 CC¹⁸⁷⁵, on retrouve fréquemment des considérations qui s'en rapprochent. Par exemple : lorsqu'une partie a une attitude contradictoire, les attentes de l'autre partie doivent être « légitimes » pour que l'on puisse parler d'abus de droit¹⁸⁷⁶ ; en cas d'invocation d'un vice, l'ignorance de ce vice ainsi que la légitimité de cette ignorance sont des circonstances pertinentes pour apprécier l'existence d'un abus de droit¹⁸⁷⁷ – la mauvaise foi de la personne invoquant le vice peut constituer un cas typique d'abus de droit, ainsi lorsqu'est démontrée l'intention d'exploiter l'ignorance du vice chez 1291

1872 ATF 142 III 296 [fr], consid. 2.4.3.1 ; cf. aussi ATF 138 III 401 [de], consid. 2.2, trad. et rés. SJ 2012 I p. 446 ; BSK-HONSELL, art. 2 CC, n° 39.

1873 ATF 140 III 481 [de], consid. 2.3.1, trad. JdT 2015 II p. 298 ; ATF 140 III 200 [it], consid. 4.2, trad. JdT 2014 II p. 401 ; ATF 139 III 7 [fr], consid. 2.3.2 ; ATF 138 III 425 [de], consid. 5.2, trad. SJ 2013 I p. 81.

1874 Sur ces justifications, cf. *supra* nos 728 ss et 1035 ss.

1875 ATF 131 V 97 [de], consid. 4.3.3 ; CR-CHAPPUIS, art. 2 CC, n° 28 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 105 ; STEINAUER, *TDP*, n° 573.

1876 ATF 138 III 401 [de], consid. 2.2, trad. et rés. SJ 2012 I p. 446 ; ATF 133 III 61 [fr], consid. 4.1 ; ATF 115 II 331 [de], consid. 5a, trad. JdT 1991 I p. 150 ; BSK-HONSELL, art. 2 CC, n° 43 ; BK-MERZ, art. 2 CC, n° 402 ; STEINAUER, *TDP*, n° 589.

1877 ATF 140 III 200 [it], consid. 4.2, trad. JdT 2014 II p. 401 ; ATF 138 III 401 [de], consid. 2.3.1, trad. et rés. SJ 2012 I p. 446 ; ATF 133 III 61 [fr], consid. 4.1 ; ATF 127 III 357 [de], consid. 4c/aa, trad. JdT 2002 I p. 192 ; ATF 115 II 331 [de], consid. 5a, trad. JdT 1991 I p. 150 ; STEINAUER, *TDP*, n° 590.

l'autre partie¹⁸⁷⁸. Dans la situation qui nous intéresse ici, la partie qui invoque l'abus de droit devrait non seulement démontrer que l'autre partie connaissait ou devait connaître le fait que le contrat était inexistant à cause de la règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, mais aussi qu'elle-même ignorait et pouvait légitimement ignorer l'inexistence du contrat à cause de cette règle¹⁸⁷⁹.

- 1292 (c) *Le comportement des parties lors de la conclusion du contrat et après celle-ci*¹⁸⁸⁰, notamment *le degré d'exécution du contrat*¹⁸⁸¹. Ainsi, « le moyen [tiré du vice de forme] n'est abusif que si le contrat a déjà été exécuté pour l'essentiel »¹⁸⁸²; *a contrario*, lorsque le contrat n'a pas encore été exécuté, l'invocation de son inexistence n'est pas abusive¹⁸⁸³. Cela restreint donc la possibilité d'invoquer l'abus de droit aux cas où le contrat inexistant pour défaut d'accord sur un point sur un point objectivement essentiel aurait été largement exécuté.
- 1293 3. *Mise en œuvre*. « Aussi fréquemment invoqué en pratique que rarement admis »¹⁸⁸⁴, l'abus de droit risque d'être difficile à mettre en œuvre pour la personne qui voudrait faire valoir que le revirement de son partenaire serait abusif, notamment quant à la preuve des conditions restrictives susmentionnées (art. 8 CC)¹⁸⁸⁵.

1878 ATF 127 III 357 [de], consid. 4c/aa, trad. JdT 2002 I p. 192; STEINAUER, *TDP*, n° 590.

1879 On peut renvoyer à ce sujet aux développements sur la connaissance de la règle spécifique à l'approche 1 (*supra* n°s 1235 ss) ainsi qu'à la légitimité de l'ignorance de cette règle (*supra* n°s 1278 ss); l'appréciation de ces éléments dans des cas d'espèce dépendra des circonstances concrètes.

1880 ATF 138 III 401 [de], consid. 2.2, trad. et rés. SJ 2012 I p. 446; ATF 138 III 123 [de], consid. 2.4.2; ATF 104 II 99 [de], consid. 3, trad. JdT 1979 I p. 16.

1881 Cette circonstance, spécialement mentionnée lorsqu'il s'agit d'apprécier si l'invocation de l'invalidité du contrat est abusive (ATF 140 III 200 [it], consid. 4.2, trad. JdT 2014 II p. 401; ATF 138 III 401 [de], consid. 2.3.1, trad. et rés. SJ 2012 I p. 446; ATF 115 II 331 [de], consid. 5a, trad. JdT 1991 I p. 150; ATF 104 II 99 [de], consid. 3, trad. JdT 1979 I p. 16; STEINAUER, *TDP*, n°s 594-598), peut être *mutatis mutandis* appliquée au cas qui nous intéresse.

1882 ATF 115 II 331 [de], consid. 5a, trad. JdT 1991 I p. 150 (citation issue de la traduction au JdT); cf. aussi ATF 138 III 401 [de], consid. 2.3.1, trad. et rés. SJ 2012 I p. 446; ATF 104 II 99 [de], consid. 3, trad. JdT 1979 I p. 16.

1883 STEINAUER, *TDP*, n° 598.

1884 CR-CHAPPUIS, art. 2 CC, n° 25.

1885 Le fardeau de la preuve incombe à la personne qui reproche à l'autre l'abus d'un droit (ATF 138 III 425 [de], consid. 5.2, trad. SJ 2013 I p. 81; ATF 135 III 162 [fr], consid. 3.3.1; ATF 133 III 61 [fr], consid. 4.1; ATF 104 II 99 [de], consid. 2b, trad. JdT 1979 I p. 16); toutefois l'abus de droit peut être relevé d'office (ATF 134 III 52 [de], consid. 2.1, trad. JdT 2008 I p. 307; ATF 121 III 60 [de], consid. 3d, trad. JdT 1996 I p. 47; ATF 104 II 99 [de], consid. 2b, trad. JdT 1979 I p. 16).

4. *Effets juridiques*. En cas d'abus manifeste du droit d'invoquer l'inexistence de l'accord pour cause de défaut d'accord sur un point objectivement essentiel, l'art. 2 al. 2 CC devrait en principe mener à l'admission de l'existence du contrat¹⁸⁸⁶, bien que la jurisprudence attache des conséquences juridiques diverses à cette norme¹⁸⁸⁷.

Vu sa subsidiarité et ses conditions d'application restrictives, il semble difficile de considérer que l'interdiction de l'abus de droit manifeste (art. 2 al. 2 CC) puisse constituer une compensation supplémentaire (par rapport à celle qui résulte de la *culpa in contrahendo*¹⁸⁸⁸) du risque spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord. On relève toutefois que dans un hypothétique cas où l'abus de droit trouverait application en lieu et place d'une responsabilité pour *culpa in contrahendo*, l'art. 2 al. 2 CC devrait théoriquement conférer à la partie subissant le risque spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord¹⁸⁸⁹ une meilleure protection (existence du contrat) que celle résultant de la responsabilité précontractuelle (dommages-intérêts négatifs).

Compensations ? : c) Enrichissement illégitime Dans l'approche 1, lorsque le contrat est inexistant pour défaut d'accord sur un point objectivement essentiel mais subjectivement secondaire, les prestations effectuées pour exécuter le contrat doivent être restituées¹⁸⁹⁰. Les choses dont la propriété n'a pas passé du fait que le contrat n'est pas venu à chef peuvent être revendiquées par leur propriétaire (art. 641 al. 2 CC). Toutefois, la revendication n'est pas toujours possible, notamment lorsque la chose a été consommée ou spécifiée (art. 726 CC), ou lorsqu'il s'agissait d'une somme d'argent¹⁸⁹¹ ou d'un service ; dans ces hypothèses, la personne qui a presté doit agir par voie d'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)¹⁸⁹².

En présence d'un contrat bilatéral, lorsque la prestation caractéristique a été fournie en dépit de l'inexistence du contrat et que cette prestation n'est pas

1886 Dans le même sens, l'invocation abusive d'un vice de forme mène à retenir que le contrat est valable (Arrêt précité, consid. 2b ; STEINAUER, *TDP*, n° 597).

1887 CR-CHAPPUIS, art. 2 CC, n° 29 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, n° 204.

1888 Sur la compensation résultant de la *culpa in contrahendo*, cf. *supra* n°s 1276 ss.

1889 Sur ce risque, cf. *supra* n°s 1274 s.

1890 Cf. notamment ATF 137 III 243 [de], consid. 4.4.7, trad. JdT 2014 II p. 443 : « Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Rückabwicklungsansprüche ihre Grundlage im Bereicherungs- und Vindikationsrecht haben, [...] wenn Leistungen im Hinblick auf einen erst zu schliessenden, in der Folge aber nie geschlossenen Vertrag erbracht wurden [...] ».

1891 L'art. 727 CC ne s'applique pas au mélange d'argent ; la personne qui mélange l'argent d'autrui avec le sien en devient intégralement propriétaire (ATF 47 II 67 [fr], consid. 2).

1892 CR-CHAPPUIS, art. 62 CO, n°s 30-32 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 1500-1503.

ou plus susceptible de revendication, on parvient parfois à des résultats économiquement proches que l'on retienne, à la charge du bénéficiaire de la prestation qui ne peut plus être revendiquée, une dette en paiement de l'enrichissement illégitime (approche 1) ou une dette en paiement du prix (approche 2)¹⁸⁹³. On peut parler à ce propos de « quasi-exécution » d'un contrat inexistant par le truchement de l'enrichissement illégitime, puisque le but économique du contrat est ainsi presque réalisé : une partie a bénéficié d'un bien ou d'un service en échange d'une « rémunération ».

1298

Exemple : A achète à B huit tonnes de foin de manière ferme, en prend livraison et utilise le foin pour nourrir son bétail. Le prix n'avait pas été fixé par les parties mais les négociations avaient abouti à un prix-cadre de 40 à 45 centimes le kilo de foin. Dans cette affaire, l'autorité de première instance a complété le contrat sur le prix (approche 2) en fixant celui-ci à 42,5 ct. le kilo ; le tribunal supérieur a nié l'existence du contrat (approche 1) mais condamné A au paiement de la restitution de son enrichissement, évalué à 41 ct. par kilo de foin¹⁸⁹⁴. Entre les deux décisions successives n'existe qu'une différence économique de 120 francs (3 400 contre 3 280 francs).

1299

Dans cette hypothèse, le recours à l'enrichissement illégitime – faisant office de « paiement du prix déguisé » – permettrait-il de compenser le risque spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, à savoir le risque qu'une partie invoque l'absence d'accord sur tous les points objectivement essentiels alors qu'elle avait manifesté sa volonté ferme d'être liée¹⁸⁹⁵ ? On peut évoquer ce qui suit à ce propos :

1300

1. *Limitation à certains cas précis*. Comme on l'a vu, les cas de « quasi-exécution » du contrat ici discutés sont limités aux situations dans lesquelles, cumulativement, **a)** le contrat est bilatéral, **b)** la prestation caractéristique a été fournie et **c)** l'objet de cette prestation ne peut pas faire l'objet d'une revendication. En effet, dans les autres situations, les règles sur l'enrichissement illégitime mèneront à une situation correspondant, d'un point de vue économique, à l'inexistence du contrat : en

¹⁸⁹³ La proximité des résultats économiques qui peuvent être obtenus est notamment fonction des critères d'évaluation appliqués : dans l'enrichissement illégitime, le critère *objectif* d'évaluation de l'enrichissement (valeur vénale, « prix du marché ») s'oppose en principe à la prise en compte de la valeur contractuelle (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1517a ; KOLLER, AT, § 30 n° 62 ; SCHWENZER, n°s 58.09 s.), mais celle-ci peut parfois entrer en ligne de compte (HARTMANN, n°s 247-257 ; cf. aussi ATF 134 III 438 [de], consid. 2.4, trad. JdT 2008 I p. 541). Dans le complètement des contrats, le critère central (volonté hypothétique des parties) est subjectif (*supra* n°s 324 ss), mais des éléments objectifs tels que la valeur vénale des prestations peut également être pris en compte (*supra* n°s 1082 ss).

¹⁸⁹⁴ TC GR ZB 10/86 (11.03.1986), consid. 3 = PKG 1986 p. 77 ; pour un exemple impliquant un état de fait similaire : BGH KZR 10/62 (02.04.1964) = NJW 1964 p. 1617.

¹⁸⁹⁵ Sur ce risque, cf. *supra* n°s 1274 s.

cas de contrat unilatéral, la valeur de la prestation caractéristique sera restituée à celui qui l'a fournie ; dans les cas où seule la rémunération a été payée, celle-ci sera restituée sans que le but d'échange du contrat ne se réalise ; dans les cas où l'objet de la prestation caractéristique peut être revendiquée, chaque partie récupère la prestation qu'elle a fournie sans que le but d'échange ne se réalise dans les faits.

2. *Régime juridique moins favorable au créancier.* Dans l'exemple susmentionné, si l'on applique l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, la position du créancier est péjorée par rapport à l'application de l'approche 2. En particulier, la prescription des actions en enrichissement illégitime (art. 67 al. 1 CO : délai relatif d'un an) est nettement plus courte que la prescription applicable aux prétentions contractuelles (art. 127 CO : dix ans)¹⁸⁹⁶. En outre, le créancier risque de se voir opposer l'art. 64 CO, toutefois il n'est pas certain que la bonne foi de l'enrichi soit considérée comme légitime (art. 3 al. 2 CC) dans la mesure où celui-ci aurait pu et dû connaître la règle spécifique à l'approche 1 qui a empêché le contrat de venir à chef¹⁸⁹⁷. 1301

3. *Décalage avec la réalité socio-économique.* Dans le contexte où les parties voulaient toutes deux s'engager fermement et avaient la conviction d'être liées par un contrat, appliquer les règles sur l'enrichissement illégitime tend à s'écarter de la réalité socio-économique telle que vécue par les parties, et donc potentiellement de leurs attentes légitimes¹⁸⁹⁸. Dans l'exemple susmentionné, la fonction économique et sociale de la prestation de A à B est celui du paiement du prix du fourrage livré par A à B, c'est-à-dire de l'exécution du contrat par lequel elles s'estiment liées ; la condamnation au paiement de la restitution de l'enrichissement en vertu de l'art. 62 CO fait ici figure « d'habillage » juridique quelque peu artificiel car l'enrichissement n'est, dans l'esprit des parties convaincues d'être liées par un contrat, *pas illégitime*. C'est sur ce genre de considérations que le Tribunal fédéral allemand s'est fondé pour retenir qu'un contrat avait été passé entre un producteur de 1302

1896 À ce sujet, cf. notamment ATF 141 IV 71 [fr], consid. 8 ; ATF 135 III 289 [fr], consid. 7.1 ; ATF 132 V 404 [fr], consid. 3 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 1555-1559a. Une réforme actuellement en cours de discussion au parlement prévoit de porter le délai relatif de l'art. 67 al. 1 CO à trois ans (objet parlementaire 13.100 ; cf. aussi FF 2014 pp. 221 ss).

1897 La doctrine va dans ce sens en matière de *culpa in contrahendo* (*supra* n^{os} 1276 ss). Sur l'art. 64 CO et la bonne foi de l'enrichi : ATF 130 V 414 [fr], consid. 4.3 ; ATF 115 V 115 [fr], consid. 3d ; ATF 102 V 91 [fr], consid. III.2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 1518-1524 ; KOLLER, AT, § 30 n^{os} 43, 80 ss. On note que l'art. 63 CO ne devrait pas s'appliquer puisque le contrat concerné est synallagmatique (ATF 115 II 28 [de], consid. 1a, trad. JdT 1989 I p. 172 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 1577-1578 ; KOLLER, AT, § 31 n^o 33).

1898 Sur les attentes légitimes des parties, cf. *supra* n^{os} 1210 ss.

lait et une laiterie et ainsi écarter les règles sur l'enrichissement illégitime, quand bien même les parties n'avaient pas trouvé d'accord sur un point objectivement essentiel (le prix du lait) :

1303

« Aber auch wenn Milcherzeuger und Molkerei sich weder über den Milchkaufpreis noch über seine Bestimmung durch die Molkerei einig sind, [...] kann gleichwohl ein wirksamer Kaufvertrag zwischen ihnen zustande kommen. Es entspricht der Lebenswirklichkeit und nach dem hier vorliegenden Sachverhalt ersichtlich auch der Vorstellung der Parteien dieses Rechtsstreits, daß Personen, die [...] ihre Beziehungen als vertragliche Beziehungen, und zwar als kaufvertragliche Beziehungen betrachten und daß sie nicht in einem vertragslosen Zustand handeln wollen, in dem sich die von ihnen erbrachten und zu erbringenden Leistungen nur nach den für solche Dauerbeziehungen gar nicht passenden Vorschriften der §§ 812 ff. BGB über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung beurteilen würden. In einem Fall wie der vorliegenden [...] kann und muß daher angenommen werden, daß entgegen der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB auch ohne Einigung über [den Milchkaufpreis] nach dem Willen der beiden Geschäftspartner wenigstens im übrigen ein Vertrag zustande kommen soll. »¹⁸⁹⁹

1304

On voit ainsi que la possibilité d'obtenir, dans l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, une « quasi-exécution » du contrat malgré son inexistence par le biais de l'enrichissement illégitime ne compense que partiellement et dans certaines hypothèses seulement le risque impliqué par cette approche, à savoir celui d'une invocation de l'inexistence du contrat par le cocontractant pour défaut d'accord sur tous les points objectivement essentiels malgré la manifestation de sa volonté d'être lié¹⁹⁰⁰.

1305

Maîtrise volontaire ? Dans le contexte de l'approche 1, les parties ne peuvent en principe pas maîtriser le risque que le juge déclare l'exercice de leur volontés d'être liées dépourvu d'effet juridique à cause d'un défaut d'accord sur un point objectivement essentiel, puisque la règle spécifique à l'approche 1 est impérative et qu'elle ne laisse pas de marge d'appréciation au juge s'il constate qu'au moins un point objectivement essentiel n'est pas dé-

¹⁸⁹⁹ BGH KZR 10/62 (02.04.1964), consid. 2b = NJW 1964 p. 1617 ; cf. aussi BGH VIII ZR 81/82 (19.01.1983), consid. 3a = NJW 1983 p. 1777 ; BGH I ZR 14/81 (24.02.1983), consid. II/2 = NJW 1983 p. 1727. On note que le *Bundesgerichtshof* aurait peut-être pu parvenir à un résultat similaire en construisant des obligations légales ou un contrat de droit public, vu l'existence de normes de droit public pertinentes en l'espèce (§ 1 de la *Milch- und Fettgesetz* du 28 février 1951). Il a toutefois centré son raisonnement sur la conclusion du contrat de droit privé et sur la volonté des parties d'être liées par le contrat.

¹⁹⁰⁰ Sur ce risque, cf. *supra* n^{os} 1274 s.

terminable¹⁹⁰¹. Deux points méritent un commentaire : **a)** Les parties peuvent certes toujours se mettre d'accord sur tous les points objectivement essentiels pour éviter ce risque, mais l'exiger d'elles revient à leur demander d'adopter un comportement potentiellement contraire à leur sécurité juridique¹⁹⁰², puisqu'elles peuvent avoir un intérêt raisonnable et légitime à vouloir être liées tout en réservant certains points objectivement essentiels (par exemple, leur intérêt à fixer l'existence de leur accord tout laissant le prix ouvert en attente d'informations supplémentaires). **b)** En outre et sous la réserve des art. 27 al. 2 CC¹⁹⁰³ et 163 al. 3 CO, il est théoriquement envisageable que les parties passent un accord précontractuel qui stipule une peine conventionnelle (art. 160 CO) visant à protéger leur intérêt positif dans l'hypothèse où l'une d'elles invoquerait en justice l'absence d'accord sur tous les points objectivement essentiels pour nier l'existence du contrat alors qu'elle avait exprimé sa volonté d'être liée. Toutefois, un tel accord semble plutôt exceptionnel, car il présuppose non seulement que les parties aient été au clair sur l'application de l'exigence spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, mais également sur le risque que l'autre partie change d'avis en invoquant cette règle après avoir manifesté sa volonté d'être liée. En outre, proposer ce genre d'accord avant la négociation peut parfois instaurer un climat de défiance peu propice à l'établissement des relations contractuelles.

(ii) Dans l'approche 2

Risque Si l'on applique l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord à la situation ici considérée, à savoir celle dans laquelle les parties ont la volonté d'être liées mais n'ont pas trouvé d'accord sur tous les points objectivement essentiels, le contrat est conclu. Le risque à envisager pour les parties n'est donc pas celui, existant dans le contexte de l'approche 1¹⁹⁰⁴, d'un écart entre la décision du juge déclarant le contrat inexistant et les attentes objectivisées des parties à ce que leurs volontés d'être liées soient pourvues d'effet juridique. Bien plutôt, le risque à envisager ici est celui lié au complètement que le juge fera si nécessaire à propos des points objectivement essentiels restés ouverts¹⁹⁰⁵. Dans ce contexte, le risque n'est autre que le risque général

1306

1901 Sur les possibilités de maîtrise volontaire des risques liés à la décision du juge, cf. *supra* n^{os} 1223 ss.

1902 Sur le caractère concret de la sécurité juridique, cf. *supra* n^o 402.

1903 Sur les conditions d'application de l'art. 27 al. 2 CC, cf. *supra* n^{os} 387 ss.

1904 *Supra* n^{os} 1274 s.

1905 *Supra* n^o 727.

lié à tout complètement judiciaire, à savoir celui d'une erreur d'appréciation des circonstances lors de l'application d'une règle ouverte¹⁹⁰⁶.

1307 **Importance objective des points ?** Il faut toutefois se demander si le fait que le complètement porte alors sur des points objectivement essentiels constituerait un risque particulier pour la sécurité juridique concrète des parties, au point qu'il serait justifié de proscrire de manière générale un tel complètement. Par contraste, le complètement sur des points objectivement secondaires, admis dans les deux approches, serait possible car il ne porterait que sur des points dont l'importance objective serait moindre. On peut à cet égard évoquer les arguments suivants :

1308 – La sécurité juridique doit s'apprécier d'un point de vue concret, puisqu'elle la confiance qu'ont, dans les faits, les citoyens dans la capacité d'un ordre juridique à répondre aux incertitudes qui entourent la vie et les relations entre êtres humains¹⁹⁰⁷. Ainsi, en matière contractuelle, le fait qu'un point soit *objectivement* essentiel ou secondaire n'est pas décisif quant à la sécurité juridique des parties. Ce qui leur importe plutôt, c'est que le juge ne complète le contrat que sur des points *subjectivement* secondaires¹⁹⁰⁸. À cet égard, l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord optimise le degré de sécurité juridique concrète des parties quant à la conclusion du contrat, puisqu'elle leur laisse déterminer indépendamment d'exigences dogmatiques le stade des négociations à partir duquel elles se considèrent comme liées. Dans l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, chaque partie peut librement déterminer où elle place le plus sa propre sécurité juridique en l'absence d'accord sur un point objectivement essentiel : **a)** dans l'inexistence du contrat à cause de l'absence d'accord sur ce point (qui est alors subjectivement essentiel), ou **b)** dans l'existence du contrat malgré l'absence d'accord sur ce point (qui est alors subjectivement secondaire) et, dans l'hypothèse où les parties ne parviendraient pas à compléter leur accord, dans la décision supplétive du juge.

1309 Il est cependant parfois des cas où les circonstances ne permettent pas de dire quels sont les points subjectivement essentiels. Le système de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord prévoit alors un recours aux points objectivement essentiels, à titre d'indice de ce qui généralement considéré comme subjectivement essentiel par les

1906 *Supra* n^{os} 1216 ss et *supra* n^{os} 1232 ss ; à propos des critères du complètement sur les points objectivement essentiels mais subjectivement secondaires, cf. *supra* n^{os} 1071 ss.

1907 *Supra* n^{os} 401 ss.

1908 *Supra* n^{os} 1039 ss.

parties à des contrats¹⁹⁰⁹. On peut en outre recourir aux points objectivement essentiels lorsqu'il est établi que les parties s'attendaient concrètement à l'application de la règle voulant qu'à défaut de désignation spécifique des points subjectivement essentiels, les points objectivement essentiels seraient utilisés comme référentiel.

Ainsi, l'approche 2 optimise autant qu'il peut l'être le degré de sécurité juridique concrète pour les parties lors de la conclusion de contrats, puisqu'elle met l'accent au premier chef sur les attentes effectives des parties dans les décisions judiciaires et leur faculté de déterminer ce qui représente pour elles la sécurité juridique, tout en prévoyant un référentiel objectif pour le cas où l'état de fait ne permet pas de dire avec assez de certitude ce qui était subjectivement essentiel.

1310

- Même si l'on abordait la sécurité juridique d'un point de vue abstrait, c'est-à-dire en partie détaché des attentes concrètes des parties quant à la conclusion du contrat, le fait qu'un point soit qualifié d'objectivement essentiel ou d'objectivement secondaire par la dogmatique juridique ne dirait pas nécessairement quoi que ce soit de son importance objective réelle. Comme PIOTET l'a fait justement remarquer, il est de nombreux cas où il n'y a pas de différence économique entre l'absence d'accord (et cas échéant le complètement judiciaire) sur un point objectivement essentiel et l'absence d'accord sur un point objectivement secondaire¹⁹¹⁰. Dans l'exemple donné en introduction¹⁹¹¹, il n'y a pas de différence de valeur entre l'écart de prix laissé ouvert par les parties (différence entre 28 000 et 30 000 francs, soit 2 000 francs) et la question objectivement secondaire de savoir qui supporte les coûts d'emballage, de transport ou d'assurance, qui par hypothèse coûteraient 2 000 francs (voire plus). On ne voit pas pourquoi la sécurité juridique des parties serait compromise par un complètement judiciaire du contrat dans le premier cas, mais pas dans le second.

1311

Dans la même logique : on voit difficilement pourquoi la sécurité juridique des parties serait compromise au point de considérer le contrat comme inexistant si le juge devait le compléter quant au prix d'une vente (dans l'hypothèse où l'art. 212 al. 1 CO ne trouve pas application¹⁹¹²), mais que leur sécurité juridique ne serait pas affectée si le juge complète le principe ou le montant de la rémunération dans un

1312

1909 *Supra* n^{os} 774 ss.

1910 PIOTET, *Formation*, p. 35.

1911 *Supra* n^o 1.

1912 Sur la compréhension majoritaire de l'art. 212 al. 1 CO, cf. *supra* n^o 525.

contrat de travail (art. 320 al. 2 et 322 al. 1 CO), de mandat (art. 394 al. 3 CO) ou de dépôt (art. 472 al. 2 CO)¹⁹¹³.

- 1313 Pour ces raisons, il faut rejeter l'idée qu'un complètement judiciaire sur des points objectivement essentiels menacerait en soi plus fortement la sécurité juridique des parties qu'un complètement judiciaire sur des points objectivement secondaires.
- 1314 **Maîtrise volontaire** Le risque spécifique à l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, à savoir le risque lié à l'activité supplétive du juge à propos d'un point objectivement essentiel mais subjectivement secondaire, peut être maîtrisé par les parties, puisque l'on se situe dans le contexte d'une règle ouverte¹⁹¹⁴. **a)** Jusqu'au moment où le juge prend une décision « à leur place » quant au contenu des points, les parties peuvent s'entendre sur le point objectivement essentiel sur lequel un accord n'est pas intervenu ; les parties peuvent en outre fixer d'un commun accord des critères de complètement (typiquement : une plage de prix). **b)** Jusqu'au moment de la conclusion du contrat, chaque partie peut également maîtriser le risque d'un complètement judiciaire sur un point objectivement essentiel en déclarant ce point subjectivement essentiel à ses yeux. Une telle déclaration exclut alors la conclusion du contrat et par conséquent, son complètement judiciaire. Par ailleurs, si elle ne considère pas le point comme suffisamment important pour qu'un défaut d'accord à son égard fasse échouer la conclusion du contrat, chaque partie peut exprimer des indications propres à orienter le juge dans la détermination de la volonté hypothétique, pour le cas où le point ferait l'objet d'un complètement judiciaire ultérieur.

e) Synthèse

- 1315 Le risque pour la liberté et la sécurité des parties face à la décision judiciaire est celui d'une erreur du juge, c'est-à-dire d'un écart entre la décision judiciaire et les attentes objectivisées des parties. Ces attentes portent sur l'application d'une règle précise lorsqu'elle est connue de ses destinataires ; à

¹⁹¹³ Sur ces normes, leurs rapports avec le système dans les approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord et la discussion à ce propos, cf. *supra* n^{os} 1116 ss.

¹⁹¹⁴ *Supra* n^{os} 1223 ss.

défaut, les attentes portent sur la concrétisation, à l'échelle du cas particulier, des valeurs considérées comme justes par la société des justiciables¹⁹¹⁵.

L'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels (approche 1) est une règle fermée qui n'est généralement pas connue de ses destinataires, et qui consiste à faire abstraction de l'une des attentes générales des parties en matière contractuelle, à savoir le respect de leur volonté d'être liées¹⁹¹⁶. L'approche 2 est au contraire fondée sur l'application de règles ouvertes (interprétation des volontés des parties d'être liées) dont le résultat tend à correspondre aux principales valeurs portées par l'ordre juridique en matière contractuelle : la réalisation de l'autonomie privée (interprétation subjective des volontés de conclure) et la bonne foi (interprétation objective des volontés de conclure)¹⁹¹⁷. De façon générale, l'approche 1 comporte donc un plus grand risque d'erreurs du juge (dans le sens précédemment défini) que l'approche 2. 1316

Dans les situations où les deux approches mènent aux mêmes résultats, il existe d'une part un risque que le contrat soit considéré comme conclu par le juge alors qu'il n'aurait pas dû l'être, cas dans lequel l'approche 1 semble réduire le risque d'erreur, et d'autre part un risque que le contrat soit considéré comme inexistant alors que sa conclusion aurait dû être reconnue, cas dans lequel l'approche 2 semble réduire le risque d'erreur. Ces risques semblent donc se compenser. Ils sont d'ailleurs limités au cas où tous les points subjectivement essentiels ne sont pas objectivement essentiels, et peuvent être maîtrisés par les parties¹⁹¹⁸. 1317

Dans les situations où les deux approches ne mènent pas aux mêmes résultats, l'approche 1 implique le risque d'un écart entre la décision du juge et les attentes objectivisées des parties, puisque l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels fait échec à la conclusion du contrat malgré les volontés des parties de s'engager. Dans certaines situations, ce risque peut être partiellement compensé par la responsabilité précontractuelle ou par l'enrichissement illégitime (mais difficilement par l'abus de droit) ; il ne peut en principe pas être maîtrisé par les parties¹⁹¹⁹. L'approche 2 implique quant à elle le risque d'une erreur du juge dans le complètement du contrat sur des points objectivement essentiels. Ce risque n'est pas différent du risque général lié au complètement des contrats ; il n'est pas spécifiquement renfor- 1318

1915 *Supra* n^{os} 1206 ss.

1916 *Supra* n^{os} 1235 ss.

1917 *Supra* n^{os} 1251 ss.

1918 *Supra* n^{os} 1267 ss.

1919 *Supra* n^{os} 1274 ss.

cé par le fait que le complètement porte sur des points objectivement essentiels. Les parties peuvent par ailleurs maîtriser ce risque¹⁹²⁰.

- 1319 Vu ces éléments, il semble difficile de justifier la règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord par l'idée qu'elle permettrait de réduire les risques d'une erreur du juge menaçant la liberté et la sécurité des parties.

C. Comparaison avec quelques cas voisins d'un complètement judiciaire sur des points objectivement essentiels

a) Comparaison des garanties offertes par le juge étatique et le tiers-déterminant privé

- 1320 **Garanties** Il est admis que les parties peuvent prévoir qu'un point de leur contrat, même objectivement essentiel, sera déterminé par une décision de l'une des parties ou d'un tiers privé¹⁹²¹ ; cas échéant, le point est déterminable et fait donc l'objet d'un accord¹⁹²². Il est intéressant de comparer les garanties qu'offrent d'une part la décision du tiers-déterminant privé dans ce contexte et, d'autre part, les garanties qu'offrirait la décision du juge étatique qui compléterait le contrat sur un point objectivement essentiel mais subjectivement secondaire dans l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord¹⁹²³ :

- 1321 1. Le pouvoir d'appréciation de la partie ou du tiers privé chargé(e) de déterminer un point du contrat est en principe libre, bien qu'il soit limité à divers égards¹⁹²⁴ – en particulier, faute de précision contractuelle à cet égard, il est limité à la mesure du raisonnable (§§ 315-319 BGB, également appliqués en droit suisse)¹⁹²⁵. Hormis ces limites, la partie ou le tiers chargé de déterminer un point du contrat n'est en principe pas tenu de rechercher la solution la plus juste eu égard à toutes les circonstances, ni celle qui correspondrait le plus aux intérêts ou à la volonté des parties. Il n'est au surplus lié par aucune garantie de nature

1920 *Supra* n^{os} 1306 ss.

1921 *Supra* n^{os} 192 ss.

1922 *Supra* n^{os} 185 ss.

1923 *Supra* n^o 727.

1924 *Supra* n^{os} 196 ss.

1925 *Supra* n^{os} 199 s.

procédurale ou formelle (hormis en cas d'arbitrage, cf. art. 353 ss CPC et 176 ss LDIP).

2. Le juge étatique procédant au complètement du contrat est tenu par deux types de règles : 1322
- (a) Quant au fond, le juge chargé de compléter un contrat doit s'efforcer de suivre au plus près la méthode prescrite par la loi¹⁹²⁶. À cet égard, il doit principalement élaborer une solution au plus près de la volonté (hypothétique) des parties, ce qui implique de se demander si elles auraient voulu l'éventuelle solution consacrée par le droit dispositif spécial¹⁹²⁷ ; à défaut, le juge complète le contrat « en tenant compte de la nature de l'affaire » (art. 2 al. 2 CO), ce qui renvoie notamment à la justice et à l'équité (art. 4 CC)¹⁹²⁸. 1323
 - (b) D'un point de vue formel, le juge étatique est soumis au respect des garanties générales de procédure. En font notamment partie le droit à un traitement équitable (art. 29 al. 1 Cst.), le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) et la garantie d'un tribunal indépendant et impartial (art. 30 al. 1 Cst.). 1324

Comme on le voit, la détermination d'un point objectivement essentiel par le juge étatique (dans le contexte de l'approche 2) offre nettement plus de garanties que la décision qu'est susceptible de rendre à cet égard un tiers-déterminant privé. 1325

Comparaison Les deux situations comparées sont différentes, puisque dans le premier cas, le point fait l'objet d'un accord, mais pas dans le second. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, le contenu final du point n'est pas déterminé par les parties, mais par un tiers : un particulier dans le premier cas, le juge étatique dans le second. Le résultat de cette opération est donc le même – le contenu du contrat est précisé par un tiers quant à un point objectivement essentiel. 1326

La jurisprudence et la doctrine admettent que la liberté contractuelle et la sécurité juridique des parties ne sont pas compromises lorsqu'elles se soumettent à la décision d'un tiers privé à propos de laquelle elles n'ont que des garanties assez restreintes¹⁹²⁹. Dès lors : comment pourrait-on penser que 1327

¹⁹²⁶ À propos de la méthode du complètement, cf. *supra* n^{os} 279 ss.

¹⁹²⁷ *Supra* n^{os} 289 ss.

¹⁹²⁸ *Supra* n^{os} 317 ss.

¹⁹²⁹ *Supra* n^{os} 196 ss.

la liberté contractuelle et la sécurité des parties serait compromise par une décision supplétive du juge à ce sujet, alors que celui-ci doit respecter des garanties matérielles et formelles bien plus étendues ?

1328 *A maiore ad minus*, ce point de comparaison infirme donc l'idée que l'on pourrait justifier l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels par le risque que la décision supplétive du juge quant à un point objectivement essentiel ferait peser sur la liberté et la sécurité des parties.

b) Comparaison avec la détermination judiciaire faisant suite à une décision du tiers privé ou de l'une des parties

1329 **§§ 315 al. 3 et 319 al. 1 BGB** Nous avons vu que les §§ 315-319 BGB sont généralement considérés comme applicables en droit suisse¹⁹³⁰. Dans deux hypothèses, ces normes impliquent que le juge est amené à déterminer les points du contrat¹⁹³¹ :

1330 – Le juge détermine le contenu du point à la place de la partie qui était chargée de sa détermination, lorsque celle-ci ne s'exécute pas ou lorsque sa détermination du point n'est pas équitable alors qu'elle aurait dû l'être (§ 315 al. 3 BGB)¹⁹³².

1331 – Le juge détermine le contenu du point à la place du tiers-déterminant, lorsqu'un point du contrat est laissé à l'équitable appréciation d'un tiers (« *nach billigem Ermessen* »), mais que ce tiers rend une décision manifestement inéquitable (« *offenbar unbillig* »), qu'il ne peut ou ne veut pas rendre sa décision, ou qu'il tarde trop à la rendre (§ 319 al. 1 BGB)¹⁹³³.

1332 La possibilité d'une détermination judiciaire offerte par ces normes vaut pour tout point, *même objectivement essentiel*¹⁹³⁴, puisqu'ils font alors l'objet d'un accord qui les rend déterminables.

1930 *Supra* n^{os} 199 s.

1931 *Supra* n^{os} 206 ss.

1932 *Supra* n^{os} 217 s. et 228.

1933 *Supra* n^o 237.

1934 ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n^{os} 50, 90, 92 ; VON TUHR/PETER, § 24 V ; GERNHUBER, § 12 I/2-3 ; LARENZ/WOLF/NEUNER, § 37 n^o 5 ; MEDICUS/PETERSEN, n^o 432 ; Staudinger-RIEBLE, § 315 BGB, n^o 6.

Comparaison Dans les cas où le juge détermine un point objectivement essentiel du contrat en vertu des §§ 315 al. 3 et 319 al. 1 BGB, le point en cause avait fait l'objet d'un accord puisqu'il était déterminable. Techniquement, le juge ne complète donc pas le contrat ; la situation se distingue à cet égard de la possibilité d'un complètement sur un point objectivement essentiel dans l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord¹⁹³⁵. Toutefois, dans les deux cas, le juge détermine le contenu final du point objectivement essentiel en question, et ce dans un contexte pathologique : dans les §§ 315 al. 3 et 319 al. 1 BGB, le mécanisme de détermination prévu par les parties n'a pas fonctionné correctement, tandis qu'en cas de complètement dans le contexte de l'approche 2, les parties n'ont pas réussi à combler par elles-mêmes une lacune. 1333

Contrairement à ce que certains auteurs avancent en droit suisse¹⁹³⁶, il nous semble peu cohérent d'admettre que les §§ 315-319 BGB s'appliquent en droit suisse, mais qu'un complètement judiciaire sur des points objectivement essentiels serait inadmissible, puisque les §§ 315 al. 3 et 319 al. 1 BGB prévoient l'intervention du juge pour déterminer des points objectivement essentiels sans qu'il n'y ait de différence matérielle par rapport au complètement. Si l'on admet que l'intervention du juge en cas d'application des §§ 315 al. 3 et 319 al. 1 BGB ne met pas en péril la liberté et la sécurité des parties, pourquoi en irait-il autrement lorsque, dans le contexte de l'approche 2, le juge complète le contrat sur un point objectivement essentiel mais subjectivement secondaire ? 1334

D. Conclusion

Les développements qui précèdent montrent que la sécurité juridique des parties n'est pas particulièrement affectée par le fait que le juge complète le contrat sur un point objectivement essentiel mais subjectivement secondaire. On ne peut donc pas justifier par ce biais la limitation de la liberté contractuelle liée à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord. Au 1335

¹⁹³⁵ *Supra* n° 727.

¹⁹³⁶ Certains auteurs reconnaissent l'application des §§ 315 al. 3 et 319 al. 1 BGB en Suisse et le fait que le juge doit alors déterminer un point objectivement essentiel (VON TUHR/PETER, § 24 V : « *eine unbillige Bestimmung ist unverbindlich und kann durch Ausspruch des Richters ersetzt werden* » ; cf. aussi, quant au prix de vente : ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n°s 50, 90, 92), mais considèrent que les points objectivement essentiels ne peuvent pas faire l'objet d'un complètement judiciaire (VON TUHR/PETER, § 20 VIII ; ZK-SCHÖNLE, art. 184 CO, n°s 20-21).

contraire, on voit que l'approche 1 peut placer les parties dans une situation d'insécurité particulière lorsqu'elles avaient la volonté d'être liées avant qu'un accord ne soit trouvé sur tous les points objectivement essentiels, dans la mesure où, ignorant la règle spécifique à l'approche 1, elles s'attendaient à ce que le juge reconnaisse le libre exercice de leur volonté. Par ailleurs, les garanties matérielles et formelles offertes aux parties sont bien plus étendues lorsque le juge complète un contrat sur un point objectivement essentiel que lorsqu'un tiers privé détermine ce même point.

II. Un déséquilibre entre les parties ?

- 1336 **Question** La limitation de la liberté contractuelle liée à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, c'est-à-dire l'interdiction de conclure des contrats portant sur moins que tous les points objectivement essentiels, peut-elle être justifiée par l'objectif de préserver l'équilibre entre les parties, c'est-à-dire d'éviter que la liberté d'une partie soit menacée par celle de l'autre ?
- 1337 **Discussion : a) En général** À l'exception de l'art. 6a CO¹⁹³⁷, les normes régissant la conclusion du contrat (art. 1-10, 16 et 18 CO) ne font pas partie du « droit privé social »¹⁹³⁸. Elles ne visent que la réalisation de la liberté contractuelle formelle, au contraire d'autres dispositions qui consacrent la liberté matérielle et la justice contractuelle (par exemple art. 21 et 40a ss CO, art. 8 LCD, etc.). Le contexte général qui nous intéresse ici est celui de parties *a priori* sur pied d'égalité¹⁹³⁹.
- 1338 Lorsque les parties souhaitent toutes se lier sur les points qui leur semblent essentiels et réservent un accord ultérieur sur d'autres points, cette absence d'accord sur les points restants ne met pas en danger l'équilibre de leurs rapports. En effet, si les points restants sont réglés par un accord ultérieur, les parties participent toutes deux à sa détermination. Les deux parties intervenant à armes égales à cette nouvelle négociation, rien ne permet de penser que leur liberté serait menacée. S'il s'avérait que ce nouvel accord mettait en danger la liberté contractuelle d'une partie, il tomberait de toute manière sous le coup des sanctions visant spécifiquement ce genre d'actes (art. 27 CC, 21

¹⁹³⁷ *Supra* n^{os} 161 ss.

¹⁹³⁸ Sur le droit privé social, la liberté formelle et matérielle, cf. *supra* n^{os} 362 ss.

¹⁹³⁹ Cf. aussi *supra* n^{os} 910 ss

CO, 8 LCD, etc.), de sorte qu'il serait injustifié de vouloir empêcher une telle situation de survenir de façon générale.

Discussion : b) Art. 27 CC ? En particulier, un engagement très fortement indéterminé pourrait potentiellement soulever l'application de l'art. 27 CC. Si la volonté de conclure est établie mais que l'engagement est en partie indéterminé, l'application de l'art. 27 CC est limitée à des hypothèses dans lesquelles la personnalité d'une partie est atteinte ; en matière économique, ne sont sanctionnés que les contrats qui « livrent une personne à l'arbitraire de son cocontractant, suppriment sa liberté économique ou la limitent dans une mesure telle que les bases de son existence économique sont mises en danger »¹⁹⁴⁰.

1339

Discussion : c) Exemples Dans les exemples que nous avons donné¹⁹⁴¹, la liberté d'aucune partie n'est menacée face à celle de l'autre. Ainsi, dans la situation où les parties réservent un accord ultérieur sur le prix au sein d'une fourchette¹⁹⁴², on constate qu'aucune partie n'est soumise à l'arbitraire de l'autre puisque les parties prévoient de fixer le prix d'un commun accord ultérieur, mais encore, sous l'angle de l'art. 27 CC, que l'existence économique d'aucune partie ne semble compromise (par exemple prix d'une voiture fixé « entre 28 000 et 30 000 francs »).

1340

On observe, par contraste avec le cas exceptionnel de l'obligation de contracter¹⁹⁴³, qu'il n'y a pas matière ici à restreindre la liberté formelle d'une partie pour garantir la liberté matérielle de l'autre.

1341

Conclusion Ainsi, les parties qui laissent indécis un point – même objectivement essentiel – et s'en remettent ainsi au complètement effectué par le juge, ne génèrent par là pas une situation de déséquilibre qui nécessiterait une protection de la liberté contractuelle d'une partie face à celle de l'autre ; en particulier, elles ne s'engagent en principe pas de manière excessive au sens de l'art. 27 CC. La règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord ne peut donc pas être justifiée par l'idée qu'il faudrait protéger la liberté contractuelle de l'une de parties face à celle de l'autre.

1342

1940 *Supra* n^{os} 387 ss.

1941 *Supra* n^{os} 870 ss.

1942 *Supra* n^o 871.

1943 *Supra* n^{os} 377 ss.

§ 4. Contexte constitutionnel

1343 Puisque la liberté contractuelle est un droit constitutionnel¹⁹⁴⁴, il est nécessaire d'envisager également sous l'angle de la Constitution fédérale la limitation de la liberté contractuelle que représente l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord¹⁹⁴⁵. Cela implique notamment de replacer les développements qui viennent d'être faits dans le contexte de l'art. 36 al. 1-3 Cst.¹⁹⁴⁶. On précise ici que le principe de la séparation des pouvoirs, qui fait partie des éléments d'interprétation constitutionnels de la loi¹⁹⁴⁷, ne joue pas de rôle spécifique ici, puisque les deux approches de l'étendue minimale de l'accord discutées se situent dans le contexte de l'interprétation de la loi (art. 1 al. 1 CC)¹⁹⁴⁸.

I. Base légale

1344 **Bases légales en cause** L'exigence spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, c'est-à-dire l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat puisse être conclu, ne peut pas être inférée du texte légal, sans qu'elle ne soit pour autant incompatible avec le texte de la loi¹⁹⁴⁹. Cette exigence pourrait toutefois être rattachée, par interprétation (art. 1 al. 1 CC), aux art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO ou à une réduction téléologique des art. 1 et 2 CO¹⁹⁵⁰.

1944 *Supra* n° 342.

1945 *Supra* nos 1050 ss.

1946 *Supra* nos 392 ss.

1947 *Supra* nos 51 ss.

1948 *Supra* nos 925 ss. Le principe de la séparation des pouvoirs n'entrerait en ligne de compte que si le législateur avait ancré l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord dans le texte d'une disposition légale de façon « claire », de sorte que tout jugement qui s'en écarterait ne serait ni de l'interprétation (art. 1 al. 1 CC), ni du complètement (art. 1 al. 2 CC), mais un cas de « correction de la loi », opération en principe prohibée en droit suisse (ATF 138 II 440 [de], consid. 13, trad. JdT 2013 I p. 135; ATF 131 II 697 [de], consid. 4.1, trad. RDAF 2006 II p. 140; ATF 130 II 65 [fr], consid. 4.2; ZK-DÜRR, Rem. prélim. art. 1, 4 CC, n° 223; BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, art. 1 CC, nos 264-275; MARTENET, *Réalisation*, p. 249; STEINAUER, *TDP*, n° 340).

1949 *Supra* nos 925 ss.

1950 *Supra* n° 1059.

Gravité de la restriction ? La restriction à la liberté contractuelle impliquée par l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord peut être qualifiée d'assez grave, puisqu'elle revient dans un certain nombre d'hypothèses à postuler l'inexistence totale du contrat malgré la volonté de conclure des parties¹⁹⁵¹. On pourrait donc se demander si ces bases légales sont suffisamment claires et précises pour rendre cette restriction acceptable sous l'angle de l'art. 36 al. 1 Cst. 1345

Cette question peut toutefois rester ouverte dans la mesure où l'on raisonne par analogie avec la jurisprudence sur l'obligation de contracter¹⁹⁵². En effet, dans ce contexte, le Tribunal fédéral a considéré qu'une restriction à la liberté de conclure était admissible sans base légale spéciale et précise. À la lumière de cette jurisprudence, l'exigence spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord devrait être considérée comme conforme à l'art. 36 al. 1 Cst. 1346

II. Buts légitimes

Toute restriction à la liberté contractuelle doit servir un but légitime (art. 36 al. 2 Cst.) qui peut consister en la protection d'un intérêt public ou d'un intérêt privé¹⁹⁵³. Deux buts légitimes peuvent *a priori* entrer en ligne de compte pour justifier la restriction de la liberté contractuelle de parties voulant s'engager sur moins que tous les points objectivement essentiels : 1347

1. L'intérêt public au bon fonctionnement de la justice, et plus précisément : 1348

(a) L'intérêt à ce que le juge ne doive pas compléter des contrats sur des points objectivement essentiels sans avoir les critères pour le faire¹⁹⁵⁴. 1349

(b) L'intérêt à ce que le système judiciaire ne soit pas surchargé par des affaires dans lesquelles le juge devrait compléter le contrat sur des points objectivement essentiels¹⁹⁵⁵. 1350

1951 La liberté de conclure est « l'aspect central » de la liberté contractuelle (BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 93-94), ce qui indique que sa restriction revêt par nature une certaine gravité.

1952 *Supra* n^{os} 377 ss.

1953 *Supra* n^o 394.

1954 *Supra* n^{os} 1066 ss.

1955 *Supra* n^{os} 1142 ss.

- 1351 2. L'intérêt privé des parties à des contrats, et plus précisément :
- 1352 (a) L'intérêt à ce que la sécurité juridique des parties soit optimisée
quant à l'intervention du juge dans leur rapport contractuel¹⁹⁵⁶.
- 1353 (b) L'intérêt à ce que l'équilibre contractuel soit maintenu¹⁹⁵⁷.

III. Proportionnalité

- 1354 **Rappel** L'exigence de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.) regroupe trois sous-principes, qui doivent être cumulativement respectés pour que le droit fondamental puisse faire l'objet d'une restriction : la règle de l'aptitude, la règle de la nécessité et la proportionnalité au sens étroit¹⁹⁵⁸.
- 1355 **Aptitude** Restreindre la liberté des parties de passer des contrats portant sur moins que tous les points objectivement essentiels est-il apte à éviter que le système judiciaire ne dysfonctionne ? **a)** Il semble que le juge dispose des critères nécessaires pour compléter le contrat sur des points objectivement essentiels¹⁹⁵⁹, de sorte que la restriction de la liberté contractuelle posée par l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord n'est pas propre à améliorer le fonctionnement de la justice à cet égard. On peut douter qu'une interdiction de conclure des contrats portant sur moins que tous les points objectivement essentiels soit véritablement apte à décharger les tribunaux¹⁹⁶⁰.
- 1356 Interdire la conclusion de contrats portant sur moins que tous les points objectivement essentiels est-il apte à améliorer la sécurité juridique concrète¹⁹⁶¹ des parties à des contrats ? **a)** Comme on l'a vu en comparant les risques liés à l'intervention judiciaire dans les contrats dans les approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord, on peut douter que l'approche 1 améliore réellement la sécurité juridique des parties par rapport à l'approche 2¹⁹⁶², de sorte que la mesure semble inapte à atteindre le but visé. **b)** Enfin, l'interdiction de la conclusion de contrats portant sur moins que tous les points

1956 *Supra* n^{os} 1199 ss.

1957 *Supra* n^{os} 1336 ss.

1958 *Supra* n^{os} 395 ss.

1959 *Supra* n^{os} 1139 ss.

1960 *Supra* n^o 1195.

1961 Sur la sécurité juridique concrète, cf. *supra* n^{os} 401 ss. Nous adoptons une définition large de la sécurité juridique, cf. *supra* n^o 406.

1962 *Supra* n^o 1335.

objectivement essentiels n'est pas non plus propre à éviter des situations de déséquilibre entre les libertés respectives des parties¹⁹⁶³.

Nécessité L'interdiction de conclure des contrats sur moins que tous les points objectivement essentiels n'étant pas apte à atteindre les buts visés, on pourrait se passer d'un examen de la règle de la nécessité. Celle-ci appelle toutefois quelques remarques : **a)** Même dans l'hypothèse où l'approche 2 générerait une surcharge du système judiciaire, serait-il vraiment nécessaire de limiter la liberté contractuelle des parties à cette fin ? Pour parvenir au même résultat sans toucher à la liberté contractuelle, on pourrait par exemple engager des magistrats ou des greffiers supplémentaires pour répondre au surcroît (hypothétique) de travail généré par le complètement des contrats sur des points objectivement essentiels. **b)** Si le complètement judiciaire sur des points objectivement essentiels d'un contrat présentait véritablement des risques supplémentaires pour les parties¹⁹⁶⁴, le juge pourrait toujours rendre les parties attentives à ces risques, en leur proposant de trouver un accord par elles-mêmes si elles souhaitent les éviter, cas échéant au moyen d'une conciliation (art. 124 al. 3 CPC) ou d'une médiation (art. 214 CPC). De ce point de vue, on peut douter qu'une interdiction de la conclusion de contrats portant sur moins que tous les points objectivement essentiels serait nécessaire pour atteindre le but d'optimisation du degré de sécurité juridique pour les parties à des contrats. 1357

Proportionnalité au sens étroit À propos de la proportionnalité au sens étroit, on peut par ailleurs douter que l'objectif de décharger les tribunaux au moyen d'une interdiction des contrats portant sur moins que tous les points objectivement essentiels soit plus important que l'intérêt des parties à pouvoir exercer leur liberté contractuelle conformément à leurs attentes. 1358

Conclusion Vu ces considérations, l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord ne semble pas compatible avec le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.). Elle implique donc une violation de la liberté contractuelle. 1359

¹⁹⁶³ *Supra* n° 1342.

¹⁹⁶⁴ Pour la discussion à ce propos, cf. *supra* nos 1306 ss.

§ 5. Conclusion

- 1360 Ce chapitre examine l'exigence spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, à savoir l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat soit conclu, à l'aune des principes que sont la liberté contractuelle et la sécurité juridique, qui constituent les pierres angulaires de l'interprétation systématique et téléologique dans la discussion qui nous occupe.
- 1361 Le point de départ de cette analyse est que l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord comporte une limitation de la liberté contractuelle, puisqu'elle implique de ne pas reconnaître le libre exercice de la volonté des parties, lorsqu'elles ont voulu être liées sans qu'un accord ne soit trouvé sur tous les points objectivement essentiels. Cette limitation implique que l'on recherche et que l'on analyse les motifs qui pourraient la justifier. Alternativement, si l'on considérait que la règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord n'était pas une limitation de la liberté contractuelle, mais la définition des contours de celle-ci, cela ne changerait rien au fait qu'une recherche et une analyse des motifs justifiant cette règle est nécessaire.
- 1362 Or les motifs imaginables, parfois succinctement évoqués par la doctrine, ne semblent pas suffisants pour justifier l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels. Le juge dispose de critères suffisants pour compléter, cas échéant, les contrats sur des points objectivement essentiels ; on peut douter que l'existence d'une telle possibilité mène à une réelle surcharge de la justice. La sécurité juridique concrète des parties n'est pas spécifiquement menacée par l'éventuelle intervention supplétive du juge quant à des points objectivement essentiels. Celle-ci, qui n'intervient qu'à titre subsidiaire, semble d'ailleurs préférable au cas où le juge refuse de reconnaître l'existence du contrat à cause de l'absence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels alors que les parties voulaient être liées.
- 1363 Ce chapitre montre donc que d'un point de vue systématique et téléologique, l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord ne semble pas compatible avec la liberté contractuelle et la sécurité juridique¹⁹⁶⁵, tant sous l'angle du droit privé que du droit constitutionnel. Par contraste, l'approche 2 lui est à ces égards préférable.

¹⁹⁶⁵ Comprise au sens large, cf. *supra* n° 406.

Chapitre 8

Interprétation systématique : rapport avec d'autres normes et institutions juridiques

En matière d'étendue minimale de l'accord, le point central de l'interprétation systématique et téléologique est la liberté contractuelle – raison pour laquelle nous lui avons consacré un chapitre spécifique¹⁹⁶⁶. Cependant, ce n'est pas le seul élément d'interprétation systématique potentiellement pertinent : d'autres normes et institutions juridiques sont également en rapport avec l'étendue minimale de l'accord (ou sont décrites comme telles). Ce chapitre a pour but d'analyser ces normes et institutions, pour déterminer **a**) si elles permettent d'apporter quelque chose à l'interprétation de l'étendue minimale de l'accord, et/ou **b**) si l'adoption de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord aurait un impact sur ces autres normes et institutions.

1364

¹⁹⁶⁶ *Supra* n^{os} 1035 ss.

§ 1. Rapport avec les présomptions de l'art. 7 al. 2 et 3 CO

- 1365 **Question** Comme nous l'avons vu, la loi contient différentes présomptions spéciales en matière d'interprétation de la volonté générale d'être lié¹⁹⁶⁷. On peut laisser ici de côté l'art. 6a CO, qui appartient au droit privé social, paradigme qui a déjà été distingué de celui qui préside aux art. 1 ss CO en général¹⁹⁶⁸. Reste l'art. 7 CO et en particulier les deux présomptions qu'il pose en ses al. 2 et 3 : cet article constitue-t-il un point d'appui systématique dans l'interprétation de l'étendue minimale de l'accord¹⁹⁶⁹ ?
- 1366 **Art. 7 al. 1 CO** L'art. 7 al. 1 CO rappelle que la volonté d'être lié est indispensable à l'existence d'une offre ou d'une acceptation, et que cette volonté doit être interprétée¹⁹⁷⁰. Cette norme concerne ainsi la volonté d'être lié en général, sans se prononcer sur l'étendue minimale de l'accord en particulier. L'art. 7 al. 1 CO peut donc être lu tant dans le sens de l'approche 1 que de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord¹⁹⁷¹.
- 1367 **Art 7 al. 2 et 3 CO** Les deux présomptions de l'art. 7 al. 2 et 3 CO complètent le principe posé à l'al. 1). Ces deux présomptions servent en effet à faciliter l'interprétation de la volonté de conclure dans certaines circonstances de fait particulières.
- 1368 La doctrine semble parfois lire dans l'art. 7 al. 2 CO une concrétisation de l'exigence selon laquelle l'accord devrait toujours porter au minimum sur les points objectivement essentiels. Dans l'hypothèse visée par cette norme, il n'y aurait pas d'offre car si le prix des prestations y est défini, l'étendue de

1967 *Supra* n° 161 ss.

1968 *Supra* n° 1337.

1969 L'art. 7 al. 2 et 3 CO contribuent par ailleurs à démontrer qu'une partie peut, dans les faits, vouloir être liée avant qu'un accord ne soit trouvé sur tous les points objectivement essentiels, cf. *supra* n° 880.

1970 *Supra* n° 157.

1971 Pour un exemple de lecture de l'art. 7 al. 1 CO dans le sens de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, cf. CR-MORIN, art. 7 CO, n° 2.

la prestation caractéristique (typiquement, le nombre de marchandises commandées) ne l'est point¹⁹⁷².

Il nous semble toutefois douteux de penser que l'art. 7 al. 2 CO exprimerait 1369
quoi que ce soit quant à l'étendue minimale de l'accord, comme le montre la comparaison avec l'art. 7 al. 3 CO :

1. Dans l'état de fait probant de l'art. 7 al. 3 CO, l'étendue de la prestation 1370
caractéristique n'est pas plus déterminée ou déterminable que dans l'art. 7 al. 2 CO ; dans tous les cas, l'acquéreur doit encore spécifier combien de marchandises il entend acquérir. Si l'art. 7 al. 2 CO exprimait l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, il faudrait logiquement que la présomption de l'art. 7 al. 3 CO ait le même fait présumé que l'al. 2, soit l'inexistence de la volonté de conclure de l'offrant.

2. La différence entre les états de faits visés aux art. 7 al. 2 et 7 al. 3 1371
CO ne tient pas au contenu des manifestations de volonté, mais plutôt au mode de communication – entre absents (al. 2) ou entre présents (al. 3)¹⁹⁷³. Ainsi :

(a) Dans l'état de fait probant de l'art. 7 al. 2 CO, l'offrant ne voudra 1372
le plus souvent pas s'engager avant de recevoir des commandes de la part des acquéreurs. En effet, puisque l'on est ici entre absents et que la quantité totale de marchandises disponibles n'est pas visible par les destinataires des listes de prix¹⁹⁷⁴, l'offrant ne prendra en principe pas le risque de s'engager à honorer des commandes dépassant son stock¹⁹⁷⁵.

(b) Dans l'état de fait probant de l'art. 7 al. 3 CO, la quantité totale 1373
de marchandises disponibles est au contraire immédiatement visible puisque celles-ci sont exposées entre présents. Le risque d'achats dépassant le stock de l'offrant étant ainsi inexistant, l'offrant aura en principe la volonté de s'engager. En outre, l'art. 7 al. 3 CO protège la bonne foi légitime du chaland quant à la volonté de l'offrant d'aliéner les marchandises effectivement exposées¹⁹⁷⁶.

1972 CR-MORIN, art. 7 CO, n^{os} 1, 5 ; VON TUHR/PETER, § 24 II ; dans la même direction : ZK-JÄGGI, art. 3 CO, n^o 21 ; ZK-JÄGGI, art. 7 CO, n^o 22 ; BK-SCHMIDLIN, art. 7 CO, n^o 21 ; BsK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 7 CO, n^{os} 3-4. Sur l'approche 1, cf. *supra* n^{os} 716 ss.

1973 ZK-JÄGGI, art. 7 CO, n^o 27 ; BK-SCHMIDLIN, art. 7 CO, n^{os} 24, 33.

1974 ZK-JÄGGI, art. 7 CO, n^o 18.

1975 ZK-JÄGGI, art. 7 CO, n^o 22 ; VON TUHR/PETER, § 24 II ; dans le même sens : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 377.

1976 ATF 105 II 23 *Nussberger* [de], consid. 1, trad. JdT 1979 I p. 474 ; ATF 80 II 26 *Seelig* [de], consid. 4a, trad. JdT 1956 I p. 136 ; BK-BECKER, art. 7 CO, n^o 8 ; ENGEL, *Obligations*, p. 195 ;

- 1374 **Conclusion** Il semble donc difficile de trouver à l'art. 7 CO un point d'appui pour l'interprétation systématique de l'étendue minimale de l'accord, que ce soit en faveur de l'approche 1 ou de l'approche 2.

§ 2. Impact sur l'étendue minimale de la forme constitutive (art. 16 CO)

- 1375 **Question** Quel serait l'impact d'une éventuelle adoption de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord¹⁹⁷⁷ sur l'étendue minimale de la forme constitutive du contrat¹⁹⁷⁸ ?
- 1376 **Forme constitutive vs forme probatoire** La volonté de s'engager peut dépendre de la forme de l'acte, outre le fait qu'elle dépende nécessairement de son contenu¹⁹⁷⁹. La forme peut donc être une *modalité* de la volonté de conclure, ainsi que le souligne l'art. 16 CO¹⁹⁸⁰. Dans cette hypothèse, la forme est dite « constitutive » (*Abschlussform*), « réservée »¹⁹⁸¹ ou encore « solennelle ». Cela s'oppose à la forme probatoire (*Beweisform*), dont le respect n'est pas une condition de la conclusion du contrat, mais une simple manière de faciliter la preuve de son contenu¹⁹⁸².
- 1377 **Forme constitutive vs forme légale** La forme constitutive se distingue à trois égards de la forme légale (régie aux art. 11 à 15 CO ainsi que par des dispositions typiques)¹⁹⁸³ :

ZK-JÄGGI, art. 7 CO, n° 34; CR-MORIN, art. 7 CO, n° 8; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 7 CO, n° 15; BK-SCHMIDLIN, art. 7 CO, n° 25; BsK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 7 CO, n° 11.

1977 *Supra* n°s 723 ss.

1978 L'étendue minimale de la forme constitutive doit être distinguée de l'étendue minimale de la forme légale (*supra* n°s 33 ss).

1979 *Supra* n°s 152 ss.

1980 ENGEL, *Obligations*, pp. 257-258; MERZ, *Vertrag*, n° 395; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 1.

1981 Il faut noter que la doctrine utilise parfois l'expression « forme réservée » dans un sens qui peut renvoyer tant à la forme constitutive qu'à la forme probatoire (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 586; CR-XOUDIS, art. 11 CO, n° 17). Par convention, nous employons les expressions « forme constitutive » et « forme réservée » comme des synonymes.

1982 Sur la différence entre forme constitutive et forme probatoire, cf. ATF 128 III 212 [fr], consid. 2b/aa; ATF 112 II 326 [de], consid. 3a, trad. JdT 1987 I p. 67; ATF 105 II 75 [de], consid. 1, trad. JdT 1980 I p. 66; ENGEL, *Obligations*, pp. 257-258; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 586-588; ZK-JÄGGI, art. 16 CO, n°s 19-21; KOLLER, *AT*, § 12 n° 130; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n°s 25, 29; VON TUHR/PETER, § 30 VIII; CR-XOUDIS, art. 16 CO, n°s 2, 17, 35, 39.

1983 Dans ce sens, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 597-598; FLUME, § 15 III/2. Pour la distinction générale entre les règles sur la conclusion et sur la validité du contrat, cf. *supra* n°s 38 ss.

1. Leurs *champs d'application* diffèrent : 1378
 - (a) Alors que la forme légale est, comme son nom l'indique, nécessairement prescrite par la loi (art. 1 al. 1 CC), la forme constitutive est volontaire¹⁹⁸⁴. 1379
 - (b) La forme légale ne s'applique directement qu'à certains contrats typiques (cf. le renvoi de l'art. 11 al. 1 CO). Par contraste, la forme constitutive peut entrer en ligne de compte pour n'importe quel contrat, indépendamment de son degré de typicité¹⁹⁸⁵. 1380
 - (c) Là où une forme légale s'applique, la forme constitutive ne s'applique pas (cf. l'art. 16 al. 1 CO)¹⁹⁸⁶. Cependant, lorsqu'une partie au moins exige le respect d'une forme constitutive plus stricte que la forme exigée par la loi, cette forme constitutive prend le pas sur la forme légale¹⁹⁸⁷. 1381
2. Les *buts* visés par la forme légale sont variés, et tiennent à la fois de la protection des parties contre des actes irréfléchis et de la protection de divers intérêts généraux¹⁹⁸⁸. La forme constitutive ne vise en revanche qu'un seul but : la réalisation de l'autonomie privée, dans le sens où chaque partie peut fixer des conditions de forme en-deçà desquelles elle ne souhaite pas être liée¹⁹⁸⁹. 1382
3. Les *effets juridiques* de la forme légale sont la nullité du contrat, mais avec toutes les nuances imposées par le but des règles de forme ainsi que la possibilité d'une nullité partielle, l'art. 20 al. 2 CO s'appliquant par analogie aux vices de forme¹⁹⁹⁰. En revanche, le non-respect de la forme constitutive touche directement l'existence de l'acte juridique, qui ne pourra donc en principe produire aucun effet¹⁹⁹¹. Les effets de 1383

1984 ENGEL, *Obligations*, p. 257 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 5 ; CR-XOUDIS, art. 16 CO, n°s 1 ss.

1985 BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 5 ; pour un exemple (dépôt), cf. ATF 139 III 160 [fr], consid. 2.6.

1986 Arrêt précité, consid. 2.6 ; ATF 100 II 18 [de], consid. 2, trad. JdT 1974 I p. 354 ; ATF 95 II 43 [de], consid. 2b, trad. JdT 1970 I p. 66 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 257-258 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 585 ; ZK-JÄGGI, art. 16 CO, n° 9 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 2 ; VON TUHR/PETER, § 30 VIII.

1987 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 603 ; ZK-JÄGGI, art. 16 CO, n° 9 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 2 ; BSK-SCHWENZER, art. 16 CO, n° 1 ; CR-XOUDIS, art. 16 CO, n° 2.

1988 Sur les buts de la forme légale, cf. *supra* n° 41.

1989 BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n°s 5, 19 ; CR-XOUDIS, art. 16 CO, n° 1. La jurisprudence précise ainsi que l'art. 16 al. 1 CO protège la volonté des parties eu égard à la forme constitutive (ATF 138 III 123 [de], consid. 2.4.1 ; ATF 95 II 43 [de], consid. 2b, trad. JdT 1970 I p. 66). Relativisant les différences entre les buts de la forme constitutive et de la forme légale : BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 4 ; BSK-SCHWENZER, art. 16 CO, n° 1.

1990 *Infra* n° note 2035.

1991 CR-XOUDIS, art. 16 CO, n°s 35 ss.

la forme constitutive dépendent de la volonté des parties, au contraire des effets de la forme légale¹⁹⁹².

- 1384 Ces considérations montrent que la forme constitutive est matériellement rattachée à la conclusion du contrat¹⁹⁹³, tandis que la forme légale fait partie des règles sur la validité du contrat. L'art. 16 CO aurait donc pu judicieusement trouver sa place entre les art. 2 et 3 CO, ce qui aurait d'ailleurs rendu superflu le renvoi de l'art. 2 al. 3 CO¹⁹⁹⁴.
- 1385 **Présomption de l'art. 16 al. 1 CO** La forme constitutive est régie par l'art. 16 CO, qui prévoit deux présomptions distinctes. À propos de celle posée par l'al. 1, on peut évoquer ce qui suit :
- 1386 1. Le *fait probant* est la manifestation de volonté d'au moins l'une des parties que le contrat soit passé en une certaine forme, alors qu'il n'est pas soumis à une forme légale (art. 11 al. 1 CO). Bien que l'art. 16 al. 1 CO parle de forme « convenue », la manifestation de volonté visant à soumettre le contrat à une forme peut être tant unilatérale que bilatérale¹⁹⁹⁵. Pour que le fait probant soit réalisé, cette manifestation de volonté – elle-même non formelle¹⁹⁹⁶ – doit avoir été correctement comprise par son destinataire ; à défaut, la volonté de passer le contrat en une forme particulière devait au moins être objectivement reconnaissable¹⁹⁹⁷. Cette manifestation de volonté peut intervenir jusqu'au moment de la conclusion du contrat¹⁹⁹⁸.

1992 BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n^{os} 5, 19, 35-36 ; BsK-SCHWENZER, art. 16 CO, n^o 9.

1993 CR-XOUDIS, art. 16 CO, n^o 4.

1994 Sur l'art. 2 al. 3 CO, cf. *supra* n^{os} 167 ss.

1995 Si le principe de la possibilité d'une réserve unilatérale n'est pas contesté (cf. par exemple ENGEL, *Obligations*, p. 258 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 585a ; VON TUHR/PETER, § 30 VIII), l'application de l'art. 16 al. 1 CO pour savoir s'il y a réserve unilatérale est controversée (pour une application analogique KOLLER, *AT*, § 12 n^{os} 137-138 ; HK-KUT, art. 16 CO, n^o 4 ; CR-XOUDIS, art. 16 CO, n^o 12 ; *contra* ZK-JÄGGI, art. 16 CO, n^{os} 13-17 ; MERZ, *Vertrag*, n^o 403 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n^o 10).

1996 ATF 139 III 160 [fr], consid. 2.6 ; ENGEL, *Obligations*, p. 258 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 585, 600 ; ZK-JÄGGI, art. 16 CO, n^o 7 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n^o 15 ; BsK-SCHWENZER, art. 16 CO, n^o 5 ; CR-XOUDIS, art. 16 CO, n^o 8.

1997 ATF 128 III 212 [fr], consid. 2b/aa ; MERZ, *Vertrag*, n^o 421 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n^o 30. L'existence d'une forme usuelle ne suffit pas à cet égard (ATF 54 II 300 *Bär c. Burstein* [de], consid. 2, trad. JdT 1929 I p. 66 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 605 ; ZK-JÄGGI, art. 16 CO, n^o 24 ; KOLLER, *AT*, § 12 n^o 133 ; MERZ, *Vertrag*, n^o 414 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n^o 17 ; BsK-SCHWENZER, art. 16 CO, n^o 5 ; CR-XOUDIS, art. 16 CO, n^o 9).

1998 ATF 105 II 75 [de], consid. 1, trad. JdT 1980 I p. 66 ; ATF 54 II 300 *Bär c. Burstein* [de], consid. 2, trad. JdT 1929 I p. 66 ; ENGEL, *Obligations*, p. 258 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 585, 600-601 ; ZK-JÄGGI, art. 16 CO, n^{os} 6, 11-12 ; MERZ, *Vertrag*, n^o 401 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n^{os} 13-14 ; BsK-SCHWENZER, art. 16 CO, n^o 3.

2. *Le fait présumé* est le sens de cette manifestation de volonté, à savoir : 1387
celle-ci vaut comme *réserve*¹⁹⁹⁹ *de la volonté de conclure le contrat*.
Tant que la forme n'est pas accomplie, la partie qui a demandé son
respect est présumée ne pas vouloir se lier²⁰⁰⁰ – absence de volonté
qui empêche la conclusion du contrat (art. 1 al. 1 CO).
3. La présomption de l'art. 16 al. 1 CO est réfragable²⁰⁰¹. La partie qui se 1388
prévaut de la conclusion du contrat peut apporter :
- (a) La contre-preuve, par exemple l'absence de manifestation de vo- 1389
lonté que le contrat soit passé en une forme particulière, ou le
fait qu'elle ait eu lieu après la conclusion du contrat.
- (b) La preuve du contraire, soit la preuve que la forme était en fait 1390
probatoire plutôt que constitutive²⁰⁰². On peut aussi démontrer
que les parties ont ultérieurement renoncé à l'exigence d'une
forme constitutive²⁰⁰³.
- Étendue de la forme constitutive** Quels points du contrat doivent être au 1391
minimum passés en la forme constitutive pour que celle-ci soit respectée ?
1. La forme constitutive mettant en œuvre la liberté contractuelle, il est 1392
logique que son étendue soit en premier lieu déterminée par la volonté
des parties qui l'ont réservée²⁰⁰⁴.
2. Si les parties n'ont pas déterminé l'étendue de la forme constitutive, on 1393
peut (sous réserve d'une volonté hypothétique contraire) la calquer sur
l'étendue minimale de l'accord au sens des art. 1 et 2 CO. Cette solution
se justifie par le fait que la forme constitutive est matériellement ratta-
chée aux règles sur la conclusion du contrat²⁰⁰⁵ ; faire référence ici à

1999 Le mot « réserve » n'a ici pas le même sens qu'à l'art. 2 al. 1 CO, cf. *supra* n° 264.

2000 ATF 138 III 123 [de], consid. 2.4.1 ; ATF 100 IV 167 [de], consid. 2a, trad. JdT 1975 IV p. 108 ; ATF 100 II 18 [de], consid. 2, trad. JdT 1974 I p. 354 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 590 ; ZK-JÄGGI, art. 16 CO, nos 27, 30 ; MERZ, *Vertrag*, n° 423 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 25 ; BSK-SCHWENZER, art. 16 CO, n° 6.

2001 Sur le renversement des présomptions, cf. *supra* n° 936.

2002 ATF 138 III 123 [de], consid. 2.4.1 ; ATF 128 III 212 [fr], consid. 2b/aa ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 592 ; ZK-JÄGGI, art. 16 CO, n° 25 ; KOLLER, *AT*, § 12 n° 140 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 29 ; BSK-SCHWENZER, art. 16 CO, n° 6 ; VON TUHR/PETER, § 30 VIII ; CR-XOUDIS, art. 16 CO, n° 19.

2003 ATF 125 III 263 [de], consid. 4c, trad. SJ 1999 p. 469 ; ATF 105 II 75 [de], consid. 1, trad. JdT 1980 I p. 66 ; ENGEL, *Obligations*, p. 258 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 590, 593 ; ZK-JÄGGI, art. 16 CO, n° 26 ; KOLLER, *AT*, § 12 nos 142-143 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n° 29 ; BSK-SCHWENZER, art. 16 CO, n° 6 ; VON TUHR/PETER, § 30 VIII ; CR-XOUDIS, art. 16 CO, n° 22.

2004 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 602, 606-608 ; MERZ, *Vertrag*, n° 415 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, nos 6, 19, 24.

2005 *Supra* nos 1377 ss.

l'étendue minimale de la forme légale (art. 11 al. 2 CO) serait contraire au système voulu par le législateur²⁰⁰⁶. Suivant cette logique et en appliquant l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord²⁰⁰⁷, la doctrine considère que la forme constitutive devrait s'étendre à tous les points objectivement essentiels et tous les points subjectivement essentiels du contrat en cause²⁰⁰⁸. L'éventuelle adoption de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord²⁰⁰⁹, qui exclut l'exigence d'un accord sur des points objectivement essentiels, aurait pour conséquence qu'il ne faudrait soumettre à la forme constitutive que les points subjectivement essentiels.

1394

3. Si la forme constitutive est la forme écrite, mais que les parties n'ont pas déterminé son étendue, la présomption de l'art. 16 al. 2 CO impose-t-elle alors de définir l'étendue de la forme constitutive en suivant les règles sur la forme légale²⁰¹⁰ ? Il faut répondre par la négative, car les règles auxquelles l'art. 16 al. 2 CO renvoie sont celles qui décrivent spécifiquement les exigences de la forme écrite, soit les art. 13 à 15 CO (à l'exclusion de l'art. 12 CO)²⁰¹¹. La note marginale de l'art. 11 CO (« [...] des formes prescrites ») indique par ailleurs qu'il est exclu d'appliquer cette disposition à la forme constitutive. Ainsi, sauf volonté contraire des parties, la forme écrite réservée doit, dans le contexte de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, s'étendre à tous les points subjectivement essentiels.

2006 Dans ce sens : BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n^{os} 6, 24.

2007 *Supra* n^{os} 716 ss.

2008 ZK-JÄGGI, art. 16 CO, n^o 34 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n^o 24.

2009 *Supra* n^{os} 723 ss.

2010 *Supra* n^o 37.

2011 Arrêt TF n. publ. 5C_251/2010 (19.11.2010) [fr], consid. 6.1.2 ; ATF 109 II 24 [de], consid. 1, trad. et rés. SJ 1983 p. 540 ; ATF 40 II 614 [fr] ; ENGEL, *Obligations*, p. 258 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 595, 611 ; ZK-JÄGGI, art. 16 CO, n^o 55 ; KOLLER, *AT*, § 12 n^o 132 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 16 CO, n^o 9 ; BK-SCHMIDLIN, art. 16 CO, n^{os} 32, 43 ; BSK-SCHWENZER, art. 16 CO, n^o 7 ; VON TUHR/PETER, § 30 VIII ; CR-XOUDIS, art. 16 CO, n^o 24.

§ 3. Rapport avec le complètement sur des points objectivement essentiels en cas de nullité partielle (art. 20 al. 2 CO)

Problématique La notion de nullité partielle (art. 20 al. 2 CO) est à certains égards liée à la question qui nous intéresse. En effet, la nullité partielle donne lieu à un cas particulier de complètement du contrat²⁰¹², et la possibilité de compléter le contrat dans cette hypothèse est décrite en fonction du caractère subjectivement essentiel et/ou objectivement essentiel des points affectés par le vice²⁰¹³. Il est donc intéressant d'examiner ce que la discussion relative à la nullité partielle pourrait apporter à l'interprétation de la loi quant à l'étendue minimale de l'accord, en particulier s'agissant de la possibilité de compléter un contrat sur des points objectivement essentiels, telle que postulée par l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord²⁰¹⁴. 1395

I. La nullité partielle

Question En cas de vice de l'objet (c'est-à-dire lorsqu'une règle impérative au sens des art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO est violée)²⁰¹⁵, se pose le problème de l'*étendue de la nullité* : porte-t-elle sur tous les effets juridiques du contrat (nullité totale), implique-t-elle seulement le retranchement de sa partie viciée (nullité partielle simple) ou doit-on admettre, à la place de la partie viciée, une règle différente (nullité partielle modifiée) ? 1396

Solution Synthétiquement, on peut alors raisonner ainsi : 1397

1. Si la norme impérative violée fournit déjà une réponse à cette question, la solution légale s'applique et le complètement est exclu²⁰¹⁶ quant à l'étendue de la nullité. La norme impérative doit toujours être interprétée (art. 1 al. 1 CC) ; notamment, si elle a pour but la protection de la 1398

2012 Sur les rapports entre nullité partielle et complètement du contrat, cf. *supra* n° 250 et *infra* n° 1402.

2013 *Infra* n°s 1411 ss.

2014 *Supra* n° 727.

2015 Sur les vices de l'objet, cf. *supra* n°s 384 ss.

2016 *Supra* n° 254.

partie faible, cet objectif détermine parfois directement l'étendue de la nullité²⁰¹⁷. Ainsi, pour réaliser le but protecteur de l'art. 8 LCD, il faut admettre que les clauses abusives figurant dans les conditions générales sont retranchées du contrat, et non simplement réduites à la limite de l'admissible²⁰¹⁸.

- 1399 2. Subsidiairement, si les parties ont prévu par accord quelle serait l'étendue de la nullité (*Nichtigkeitsabrede*), on applique la solution contractuelle dans les limites fixées par la loi (art. 19-20 CO)²⁰¹⁹. Le complètement est là aussi exclu²⁰²⁰.
- 1400 3. Si une norme impérative ou l'accord des parties ne fournissent pas de solution, il y a défaut d'accord sur une question qui doit être nécessairement résolue, à savoir l'étendue de la nullité²⁰²¹. On procède alors comme suit :
- 1401 (a) Dans l'hypothèse (rare) où l'étendue de la nullité était un point subjectivement essentiel (art. 1 al. 1 CO) ou devait être de bonne foi reconnu comme tel, ce défaut d'accord entraîne l'inexistence du contrat, faute de volonté de conclure. Il ne peut donc y avoir de complètement.

2017 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 710-714 ; BsK-HUGUENIN/MEISE, art. 19-20 CO, n^o 62 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 333, 347 ; SCHWENZER, n^o 32.40. Un exemple de ce principe est la réduction téléologique de l'art. 270 al. 2 CO des effets du vice de forme à la seule nullité de la fixation du loyer, et non du contrat dans son ensemble (ATF 140 III 583 [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 137 III 547 [fr], consid. 2.3 ; ATF 124 III 62 [fr], consid. 2a ; ATF 120 II 341 [fr], consid. 5d) ; on note que le Tribunal fédéral déclare « appliquer » l'art. 20 al. 2 CO, alors qu'il ne fait en réalité que *s'inspirer* de la *ratio legis* de cette disposition dans l'interprétation de l'art. 270 al. 2 CO : la volonté hypothétique des parties au sens de l'art. 20 al. 2 CO n'est pas pertinente dans le cadre de l'art. 270 al. 2 CO. Par ailleurs, si le but de la règle impérative prescrit ici le principe d'une nullité partielle modifiée, le complètement est encore nécessaire pour déterminer le montant du loyer (ATF 124 III 62 [fr], consid. 2b). Un autre exemple, traité sous l'angle de la lacune de la loi (art. 1 al. 2 CC) : ATF 92 II 180 [fr], consid. 2a.

2018 C'est la solution de la doctrine majoritaire (cf. par exemple GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 1155-1155b ; KUT/STAUBER, n^o 131 ; PICHONNAZ/FORNAGE, p. 290 ; BsK-THOUVENIN, art. 8 LCD, n^o 144 ; WIDMER, *Art. 8 UWG*, n^{os} 323-325 ; dans ce sens, cf. aussi Arrêt TF n. publ. 4A_404/2008 [18.12.2008] [de], consid. 5.6.3.2.1) ; certains auteurs rejettent par contre l'application de l'art. 20 CO (BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^o 288 ; CR-MORIN, art. 1 CO, n^o 179).

2019 Un tel accord est admissible car l'art. 20 al. 2 CO est dispositif (ATF 107 II 144 *La Punt* [fr], consid. 3 ; GAUCH, *Teilnichtigkeit*, p. 100 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^{os} 695-696 ; BsK-HUGUENIN/MEISE, art. 19-20 CO, n^o 68 ; HÜRLIMANN, n^{os} 170-183 ; KOLLER, *AT*, § 13 n^o 80 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 330-332 ; PIOTET, *Invaliddité partielle*, p. 108 ; SCHWENZER, n^o 32.41).

2020 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 695 ; BsK-HUGUENIN/MEISE, art. 19-20 CO, n^o 68 ; HÜRLIMANN, n^o 183 ; SCHWENZER, n^o 32.41.

2021 HÜRLIMANN, n^o 200.

- (b) Si l'étendue de la nullité était un point subjectivement secondaire, le juge complète le contrat (art. 2 al. 2 CO). L'art. 20 al. 2 CO fait office de norme de renvoi (*Verweisnorm*)²⁰²² à cet égard, puisqu'il prescrit une méthode de complètement : la recherche de la volonté hypothétique des parties, à savoir ce dont les parties seraient convenues quant à l'étendue de la nullité si elles avaient connu le vice au moment de la conclusion du contrat²⁰²³. La volonté hypothétique des parties quant à l'étendue de la nullité se détermine au plus près des circonstances concrètes de l'espèce (complètement selon des critères dits subjectifs)²⁰²⁴, en dépit d'une opinion contraire qui voudrait faire primer un complètement au moyen de critères généraux (complètement selon des critères dits objectifs)²⁰²⁵. Malgré une différence de formulation, la méthode du complètement selon l'art. 20 al. 2 CO est similaire à celle qui est prescrite à l'art. 2 al. 2 CO (complètement selon la nature de l'affaire)²⁰²⁶. Dans la situation visée à l'art. 20 al. 2 CO, le complètement peut aboutir à trois résultats différents²⁰²⁷ :
- i. Les parties n'auraient pas conclu le contrat (*Ganznichtigkeit*) ; 1403
 - ii. Les parties auraient conclu le contrat sans sa partie viciée (*schlichte Teilnichtigkeit*) ; 1404

2022 Sur les normes matérielles et les normes de renvoi, cf. *supra* n° 287. Sur l'art. 20 al. 2 CO comme cas d'application de l'art. 2 al. 2 CO, cf. *supra* n° 250.

2023 Arrêt TF n. publ. 4C.25/2005 (c. 2 et 2.2 publiés en ATF 131 III 636) (15.08.2005) [de], consid. 2.3 ; ATF 124 III 57 [de], consid. 3c, trad. JdT 1999 I p. 19 ; BSK-HUGUENIN/MEISE, art. 19-20 CO, n° 63 ; HÜRLIMANN, nos 224-225 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, nos 367-368.

2024 ATF 138 III 29 [de], consid. 2.3.2 ; ATF 131 III 467 [de], consid. 1.3, trad. JdT 2006 I p. 43 ; ATF 124 III 57 [de], consid. 3c, trad. JdT 1999 I p. 19 ; ATF 120 II 35 [fr], consid. 4b ; ATF 114 II 159 [de], consid. 2c, trad. JdT 1989 I p. 2 ; ATF 84 II 424 [fr], consid. 2 ; BSK-HUGUENIN/MEISE, art. 19-20 CO, n° 63 ; KOLLER, AT, § 13 n° 92 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, nos 363-366 ; PIOTET, *Invalidité partielle*, pp. 107-113.

2025 GAUCH, *Teilnichtigkeit*, p. 96 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 700 ; HÜRLIMANN, n° 213. Cette opinion devrait être rejetée, vu a) la *ratio legis* de l'art. 20 al. 2 CO, à savoir le soutien à la liberté contractuelle (*infra* n° 1409), et b) le fait que le droit privé reconnaisse les actes déraisonnables (*supra* nos 1242 ss). Quoi qu'il en soit, on peut subsidiairement se référer à des critères généraux (« objectifs ») ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 366 ; à ce sujet, cf. *supra* n° 1086).

2026 Sur le complètement au sens de l'art. 2 al. 2 CO, cf. *supra* nos 328 ss. Sur la proximité entre les méthodes prescrites aux art. 2 al. 2 et 20 al. 2 CO, cf. PIOTET, *Formation*, pp. 150-151 ; PIOTET, *Invalidité partielle*, p. 109.

2027 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 702-705 ; cf. aussi (parfois avec des classifications différentes) : ATF 127 III 529 [de], consid. 3c, trad. JdT 2002 I p. 432 ; ENGEL, *Obligations*, pp. 294, 296 ; KOLLER, AT, § 13 nos 69-79 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, nos 353-362 ; PIOTET, *Invalidité partielle*, pp. 102-107.

rale du complètement des contrats, à savoir le soutien à la liberté contractuelle²⁰³⁴.

Cette norme s'applique non seulement aux vices de l'objet, mais également (par analogie) aux vices de forme²⁰³⁵, à la lésion²⁰³⁶ et à certains vices du consentement²⁰³⁷ — seule la partie victime d'une lésion, d'une crainte fondée ou d'un dol ayant toutefois le droit de demander une invalidation partielle²⁰³⁸. Enfin, on applique des principes similaires à ceux de l'art. 20 al. 2 CO dans un cas proche²⁰³⁹ : lorsque l'impossibilité au sens de l'art. 119 CO est partielle, les solutions proposées par la doctrine varient ; le Tribunal fédéral rejette l'application de l'art. 20 al. 2 CO mais complète tout de même le contrat selon la volonté hypothétique des parties²⁰⁴⁰.

1410

2034 *Supra* n° 247.

2035 ATF 131 III 636 [de], trad. JdT 2006 I p. 539 ; ATF 127 III 529 [de], consid. 3c, trad. JdT 2002 I p. 432 ; ATF 124 III 62 [fr], consid. 2a ; ATF 78 II 216 [de], consid. 5, trad. JdT 1953 I p. 199 ; ATF 60 II 98 [de], trad. JdT 1934 I p. 637 ; ATF 58 II 562 [de] ; du même avis que le Tribunal fédéral : BK-BECKER, art. 11 CO, n° 12 ; BUCHER, *AT*, p. 170 ; ZK-JÄGGI, art. 11 CO, n° 77 ; *contra* GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 581 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 472.

2036 ATF 123 III 292 *Fussballclub Lohn* [de], consid. 2e, trad. JdT 1998 I p. 586. Le Tribunal fédéral évoque les différentes constructions dogmatiques établies par la doctrine à ce propos (dont l'application analogique de l'art. 20 al. 2 CO à la lésion) mais ne tranche pas explicitement en faveur de l'une d'elles.

2037 ATF 135 III 537 [fr], consid. 2.1 ; ATF 130 III 49 [de], consid. 3.2, trad. JdT 2005 I p. 517 (erreur de base) ; ATF 125 III 353 [de], consid. 3 (crainte fondée) ; ATF 99 II 308 [fr], consid. 4c (dol). L'invalidation partielle pour erreur essentielle pose des questions particulières, par exemple quant à l'application de l'art. 25 CO (sur ces questions, cf. notamment BK-SCHMIDLIN, art. 23-24 CO, n°s 409 ss ; ainsi que HÜRLIMANN, n°s 320-326 ; PIOTET, *Invalidité partielle*, pp. 118-122 ; TANDOĞAN, *Nullité partielle*, pp. 260-264). On applique également l'art. 20 al. 2 CO aux statuts des personnes morales (ATF 133 III 593 *Association Rhino* [fr], consid. 4.6), aux conventions du droit de la famille (ATF 93 II 156 [de], trad. et rés. JdT 1969 I p. 87) ou aux dispositions testamentaires (ATF 131 III 601 [fr], consid. 3.1).

2038 ATF 125 III 353 [de], consid. 3, En matière de crainte fondée : HÜRLIMANN, n° 329 ; en matière de lésion : ATF 84 II 107 [de], consid. 4, trad. JdT 1958 I p. 531 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 755 ; HÜRLIMANN, n° 332.

2039 La nullité (art. 20 CO) et l'impossibilité (art. 119 CO) ont en commun de constituer des cas d'inefficacité d'une obligation ; la question de l'étendue de cette inefficacité se pose donc dans les deux cas.

2040 ATF 107 II 144 *La Punt* [fr], consid. 3 ; sur les solutions discutées par la doctrine, cf. notamment ZK-AEPLI, art. 119 CO, n°s 111 ss ; PICHONNAZ, *Impossibilité*, n°s 1023 ss ; CR-THÉVENOZ, art. 119 CO, n°s 29-31 ; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, n°s 2604-2609 ; HUGUENIN, *OR*, n° 845 ; SCHWENZER, n° 64.31.

II. Le rôle des points subjectivement essentiels

- 1411 **Parallèle entre les art. 2 al. 1 et 20 al. 2 CO** L'art. 20 al. 2 CO implique de se demander ce que les parties auraient préféré – nullité totale, nullité partielle simple ou nullité partielle modifiée – si elles avaient passé un accord sur l'étendue de la nullité du point vicié au moment de la conclusion du contrat.
- 1412 Dans l'analyse de cette volonté hypothétique, l'importance du point vicié pour les parties joue alors un certain rôle, ce qui évoque la notion de points subjectivement essentiels²⁰⁴¹, dont l'importance les oppose aux points subjectivement secondaires. Dans cette logique, certains auteurs tracent un parallèle entre les art. 2 al. 1 et 20 al. 2 CO :
- 1413 « *Die Bestimmung von Art. 20 II ist logisch das Gegenstück zu derjenigen von OR Art. 2[.] [...] Die Teile eines Vertrags, die nach OR Art. 2 das Entstehen eines Vertrags nicht zu hindern vermögen, können nur Nebenpunkte sein; [...] das gleiche [muss] für diejenigen Teile des Vertrags zutreffen, deren Wegfallen gemäss OR Art. 20 II den Bestand des Vertrags nicht beeinträchtigt.* »²⁰⁴²
- 1414 **Controverse** S'appuyant notamment sur ce parallélisme, une partie de la doctrine considère par principe que si le vice porte sur un point subjectivement essentiel, il y a nullité totale, car le point était trop important pour pouvoir admettre que les parties auraient prévu un maintien partiel du contrat malgré le retranchement dudit point²⁰⁴³.
- 1415 D'autres auteurs relativisent ce principe, en admettant que le vice portant sur un point subjectivement essentiel peut soit donner lieu à une nullité to-

2041 *Supra* n^{os} 440 ss.

2042 OFTINGER, *Eingriffe*, p. 570a ; dans le même sens : MORIN, *Mél. Sandoz*, pp. 469-470 ; critique à ce sujet : TANDOĞAN, *Nullité partielle*, pp. 77-78, 116.

2043 KELLER/SCHÖBI, p. 150 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n^{os} 337-338 ; HK-KUT, art. 19-20 CO, n^o 48 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 470.

tale, soit à une nullité partielle modifiée (mais pas à une nullité partielle simple)²⁰⁴⁴.

La position du Tribunal fédéral rejoint implicitement la seconde position. À plusieurs reprises, notre haute Cour a affirmé qu'une nullité partielle (modifiée) touchant des « points essentiels » était possible²⁰⁴⁵, sans préciser si elle faisait référence aux points objectivement ou subjectivement essentiels. Il semble que le Tribunal fédéral ait en tous cas admis qu'une nullité partielle modifiée sur des points subjectivement essentiels soit possible. En effet, dans deux des arrêts auxquels il renvoie en parlant de nullité sur des « points essentiels »²⁰⁴⁶, il a réduit des taux d'intérêts trop élevés dans des prêts de consommation. Or la rémunération du prêt de consommation n'est pas un point objectivement essentiel : **a)** d'un point de vue typologique²⁰⁴⁷, il ne s'agit pas d'un élément nécessaire de ce type contractuel (cf. art. 313 CO)²⁰⁴⁸ ; **b)** d'un point de vue structurel, le Tribunal fédéral considère dans ces arrêts que le prêt de consommation n'est pas synallagmatique²⁰⁴⁹.

1416

Discussion La seconde opinion nous paraît préférable. Le fait que le point soit subjectivement essentiel peut certes indiquer que les parties seraient convenues d'une nullité totale, mais il se peut également qu'elles seraient convenues d'une nullité partielle modifiée. En effet, la volonté des parties est notamment influencée par le droit positif²⁰⁵⁰. On peut donc envisager, à titre hypothétique, que les parties auraient défini leurs points subjectivement essentiels de manière conforme au droit, et qu'elles auraient ainsi préféré une adaptation des points subjectivement essentiels effectifs à ces points subjectivement essentiels hypothétiques, plutôt qu'une nullité totale.

1417

2044 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 701 ; HÜRLIMANN, n° 244 ; PIOTET, *Invalidité partielle*, pp. 108-109, 113 ; TANDOĞAN, *Nullité partielle*, pp. 72-73 ; critiques quant à cette opinion : BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 337 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 470. Sans être totalement explicites, VON TUHR/PETER, § 29 II, semblent également considérer que la nullité est totale si elle touche les points subjectivement essentiels, sous réserve d'une réduction (nullité partielle modifiée) ; dans le même sens : ENGEL, *Obligations*, pp. 295-296.

2045 ATF 120 II 35 [fr], consid. 4a ; ATF 107 II 216 [de], consid. 3a, trad. JdT 1982 I p. 66 ; ATF 93 II 189 [de], trad. JdT 1969 I p. 530 ; ATF 80 II 327 [de], consid. 4a, trad. JdT 1955 I p. 497.

2046 ATF 93 II 189 [de], trad. JdT 1969 I p. 530 ; ATF 80 II 327 [de], consid. 4a, trad. JdT 1955 I p. 497 ; cf. en outre, dans le même sens : ATF 96 I 4 [fr], consid. 3a.

2047 Sur la définition typologique des points objectivement essentiels, cf. *supra* n°s 453 ss.

2048 *Supra* n°s 530 s.

2049 Dans cette (étrange) conception, la rémunération est donc un point objectivement secondaire selon les définitions des points objectivement essentiels qui font référence à la structure des obligations contractuelles (*supra* n°s 644 ss).

2050 *Supra* n° 92.

- 1418 *Exemple* : Il est subjectivement essentiel pour l'une des parties d'exclure sa responsabilité pour faute grave. Le contrat est conclu dans ce sens ; il y a nullité au sens des art. 100 al. 1 et 20 al. 1 CO. Ni la loi ni la convention ne fixent l'étendue de cette nullité. Dès lors que le *Nichtigkeitsabrede* était subjectivement secondaire, il faut compléter le contrat à cet égard. Sous réserve des circonstances du cas d'espèce, il est probable que si la partie avait connu l'art. 100 al. 1 CO, elle aurait composé avec l'existence de la loi et restreint sa responsabilité à la faute légère uniquement²⁰⁵¹. D'autres hypothèses sont évidemment envisageables, mais on ne peut pas affirmer d'emblée qu'une nullité partielle modifiée serait exclue.
- 1419 En sus de cette controverse, HÜRLIMANN distingue l'hypothèse où le point était subjectivement essentiel pour l'une des parties seulement, cas dans lequel la nullité partielle simple serait envisageable, au contraire de l'hypothèse où le point était subjectivement essentiel pour les deux parties²⁰⁵². Cette opinion doit être rejetée, car le caractère subjectivement essentiel pour l'une des parties implique déjà qu'elles ne seraient pas *convenues* d'une nullité partielle simple²⁰⁵³.
- 1420 **Conclusion** Ainsi, le fait que le point vicié ait été subjectivement essentiel mène en principe à exclure une nullité partielle simple, en laissant ouverte la possibilité d'une nullité totale ou d'une nullité partielle modifiée. Cela illustre que le parallélisme entre les art. 2 al. 1 et 20 al. 2 CO n'est pas complet²⁰⁵⁴, car les questions qui se posent sont différentes : **a)** d'une part, il s'agit d'établir la volonté *réelle* de conclure le contrat (notamment déterminée par les points subjectivement essentiels ; art. 1 al. 1 et 2 al. 1 CO) ; **b)** d'autre part, il s'agit d'établir la volonté *hypothétique* de conclure de contrat (notamment déterminée par le « caractère subjectivement essentiel hypothétique du point vicié »²⁰⁵⁵).

2051 Dans ce sens, cf. par exemple CR-THÉVENOZ, art. 100 CO, n° 21.

2052 HÜRLIMANN, n°s 243-245.

2053 Dans ce sens : BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 338 ; cf. aussi KELLER/SCHÖBI, p. 150 ; VON TUHR/PETER, § 29 II : « *Dabei kommt grundsätzlich der Wille beider Parteien in Betracht* » (cf. toutefois leur note n° 31).

2054 Dans le même sens : BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 341 ; *contra* OFTINGER, *Eingriffe*, p. 570a, note n° 194.

2055 BK-KRAMER, art. 19-20 CO, n° 349 (tr. pers.).

III. Le rôle des points objectivement essentiels

Jurisprudence et doctrine S'agissant du cas où le vice affecte un point objectivement essentiel, les opinions sont partagées comme suit : 1421

1. Si le vice est quantitatif, la jurisprudence et la doctrine largement majoritaire admettent qu'il peut y avoir nullité partielle modifiée, sous la forme particulière d'une réduction du point objectivement essentiel à la mesure de l'admissible²⁰⁵⁶. 1422
2. Si le vice affectant le point objectivement essentiel est d'une autre nature, certains auteurs considèrent qu'il entraîne en principe la nullité totale sans qu'il ne soit question de parler de nullité partielle modifiée²⁰⁵⁷. Selon d'autres auteurs, la nullité partielle modifiée est admissible malgré le caractère objectivement essentiel du point vicié²⁰⁵⁸, le caractère objectivement essentiel du point vicié n'étant pas déterminant dans l'établissement de la volonté hypothétique de conclure au sens de l'art. 20 al. 2 CO. La position du Tribunal fédéral n'est pas explicite à ce sujet : si son affirmation répétée que la nullité partielle (modifiée) est admissible porte au moins sur les points subjectivement essentiels²⁰⁵⁹, la situation est moins claire s'agissant du rôle des points objectivement essentiels quant à l'analyse de la volonté hypothétique de conclure (art. 20 al. 2 CO). 1423

²⁰⁵⁶ ATF 123 III 292 *Fussballclub Lohn* [de], consid. 8, trad. JdT 1998 I p. 586 ; ATF 107 II 419 [de], consid. 3a, trad. et rés. JdT 1982 I p. 380 ; ENGEL, *Obligations*, p. 296 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, nos 704, 706 ; HÜRLIMANN, nos 238-239 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, nos 343-344 ; HK-KUT, art. 19-20 CO, nos 48, 52 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 470 ; TANDOĀN, *Nullité partielle*, p. 71 ; dans le même sens : KOLLER, *AT*, § 13 n° 79 ; *contra* OFTINGER, *Eingriffe*, pp. 570a-571a ; admettant la réduction dans son résultat, mais ne la déduisant pas de l'art. 20 al. 2 CO : BUCHER, *AT*, p. 244, note n° 28 ; dans le même sens : VON BÜREN, pp. 117-118 ; déclarant superflue la distinction entre application directe ou par analogie de l'art. 20 al. 2 CO : SPIRO, *Übermässige Verpflichtungen*, p. 469.

²⁰⁵⁷ ENGEL, *Obligations*, pp. 295-296 ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, nos 343-344 ; HK-KUT, art. 19-20 CO, n° 48 ; MORIN, *Mél. Sandoz*, p. 470.

²⁰⁵⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 704 ; HÜRLIMANN, n° 257 ; KELLER/SCHÖBI, p. 150 ; dans ce sens également : CR-GUILLOD/STEFFEN, art. 19-20 CO, n° 101 ; déclarant toutefois que le complètement requiert alors une « motivation particulière » : HUGUENIN, *Nichtigkeit*, pp. 37, 88 ; conférant plutôt aux points objectivement essentiels le caractère d'un indice : MERZ, *Revision*, pp. 273-274 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 20 CO, n° 66.

²⁰⁵⁹ *Supra* n° 1416.

- 1424 **Rapport avec le complètement en cas de lacune** Dans l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, le fait que le juge complète un contrat lacunaire sur un point objectivement essentiel présuppose une absence d'accord sur ledit point objectivement essentiel. Lorsque le juge complète un contrat sur un point objectivement essentiel en cas de nullité partielle, le point objectivement essentiel en cause avait au contraire fait l'objet d'un accord, avant qu'un vice ne soit constaté. À cet égard, le complètement touchant des points objectivement essentiels en cas de nullité partielle se distingue des cas de complètement sur des points objectivement essentiels dans le contexte de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord.
- 1425 Toutefois, dans les deux cas, la *ratio legis* du complètement est le même, à savoir le principe de la *favor negotii*. En outre, il semble que l'activité supplétive du juge et ses effets pour les parties ne soient pas très différents dans les deux cas :
- 1426 – Dans le cas particulier de la réduction, admis largement par la jurisprudence et la doctrine, le complètement judiciaire semble à première vue moins complexe pour le juge et moins risqué pour les parties qu'un complètement en cas de lacune, car en cas de réduction, le juge raisonne à partir d'un point que les parties ont elles-mêmes fixé (le point vicié), tandis qu'en cas de lacune, la solution du complètement est *a priori* ouverte²⁰⁶⁰. Il faut toutefois nuancer cette première impression, puisque dans le contexte de l'approche 2, les circonstances peuvent fournir des points d'appui au complètement similaires à celui que constitue le point vicié en cas de réduction – on pense typiquement au cas de la plage de prix²⁰⁶¹.
- 1427 – Les autres cas de complètement en suite de nullité partielle sont équivalents aux cas de complètement en suite de lacune. Si, par exemple, les parties prévoient la vente d'une chose dont le commerce est prohibé en Suisse, et qu'un juge constatant le vice considère que les parties seraient convenues, si elles avaient connu le vice, de la vente d'une autre marchandise du catalogue du vendeur, l'activité du juge et ses effets pour les parties sont identiques au complètement qui serait intervenu dans le contexte de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, si les parties n'avaient pas fixé les critères de détermination de la chose vendue dans leur accord.

2060 *Supra* n^{os} 324 ss.

2061 *Supra* n^{os} 1071 ss, 1079.

Vu la proximité du complètement en cas de nullité partielle modifiée d'un point objectivement essentiel et le cas qui nous intéresse, c'est-à-dire le complètement en cas de lacune sur un point objectivement essentiel (approche 2 de l'étendue minimale de l'accord), on peut douter qu'il soit opportun de traiter ces cas de manière différente. À tout le moins, si le juge dispose de points d'appui comparables à ceux dont il dispose en cas de réduction d'un point objectivement essentiel vicié, il faudrait admettre que le juge puisse compléter le contrat en cas de lacune sur un point objectivement essentiel. Cela vaut *a fortiori* dans la mesure où l'on se rattache à l'opinion admettant la nullité partielle modifiée sur des points objectivement essentiels au-delà des cas de réduction²⁰⁶².

Le fait que le point objectivement essentiel ait fait l'objet d'un accord en cas de nullité partielle, mais pas en cas de lacune, ne semble pas suffisant pour infirmer l'analogie qui se dessine ici. S'agissant en particulier des critères de complètement et des risques d'un complètement par le juge²⁰⁶³, les enjeux de la décision du juge semblent similaires dans les deux cas.

§ 4. Rapport avec la promesse de contracter (art. 22 CO)

But de ce développement On considère généralement que le contrat contenant des promesses de contracter (« précontrat ») doit au moins porter sur tous les points essentiels du contrat principal²⁰⁶⁴. Puisque l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord redéfinit le rôle des points essentiels quant à la conclusion du contrat (art. 1 al. 1 et 2 al. 1 CO)²⁰⁶⁵, il est nécessaire d'en examiner les implications quant à la promesse de contracter. En particulier : **a)** Quelle est l'étendue minimale d'un précontrat dans l'approche 2 ? **b)** Quid de l'action en exécution d'un précontrat qui ne définirait pas tous les points objectivement essentiels du contrat principal ?

2062 *Supra* n° note 2058.

2063 C'est-à-dire des principaux motifs envisagés pour justifier la limitation de la liberté contractuelle qu'implique l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat soit conclu (approche 1 de l'étendue minimale de l'accord) ; sur ces motifs, cf. *supra* nos 1066 ss et 1199 ss.

2064 *Infra* n° 1439.

2065 *Supra* nos 723 ss.

I. La promesse de contracter

- 1431 **Généralités ; terminologie** En vertu de leur liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO), les parties peuvent s'engager à conclure d'autres contrats générateurs d'obligations (art. 22 CO). Un contrat contenant de telles obligations de contracter est appelé « précontrat »²⁰⁶⁶, ce qu'il faut distinguer d'autres conventions servant à préparer la conclusion d'un contrat (par exemple règlement conventionnel de pourparlers)²⁰⁶⁷. Par opposition, le contrat que l'on s'engage à conclure est appelé « contrat principal »²⁰⁶⁸.
- 1432 **Promesse d'accepter et/ou de formuler une offre** Une « obligation de contracter » n'est en réalité qu'une obligation de *formuler une manifestation de volonté tendant à la conclusion d'un contrat*²⁰⁶⁹. L'interprétation du précontrat peut ainsi révéler l'existence d'une obligation de *formuler une offre et/ou d'accepter une offre*. Si l'on excepte le cas du contrat « avec soi-même »²⁰⁷⁰, il faut en principe deux personnes distinctes pour conclure un contrat²⁰⁷¹, ce qui implique que le débiteur ne peut jamais promettre l'existence du contrat futur en tant que telle, mais seulement qu'il fera tout ce qui est en son pouvoir pour que le contrat principal naisse.
- 1433 **Promesse unilatérale ou bilatérale** Un précontrat peut obliger l'une de ses parties seulement à passer un contrat futur. S'il engage au contraire les deux parties à contracter, l'interprétation déterminera si ces promesses réciproques de contracter sont dans un rapport d'échange, auquel cas on leur appliquera en principe les normes synallagmatiques²⁰⁷².

²⁰⁶⁶ Pour la définition du précontrat, cf. : Arrêt TF n. publ. 4A_297/2013 (04.09.2013) [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 129 III 35 *La Poste* [de], consid. 6.1, trad. JdT 2003 I p. 127 ; GABELLON, n° 295 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n° 1076 ; HERZOG, n°s 81 ss ; BK-KRAMER, art. 22 CO, n° 73 ; MERZ, *Vertrag*, n° 290 ; CR-MORIN, art. 22 CO, n° 2 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 22 CO, n° 3 ; VON TUHR/PETER, § 33 I.

²⁰⁶⁷ ATF 131 II 137 [fr], consid. 2.3 ; GABELLON, n°s 84-104 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 1094-1100a ; HERZOG, n°s 117 ss ; BK-KRAMER, art. 22 CO, n°s 76-78 ; CR-MORIN, art. 22 CO, n°s 4-5.

²⁰⁶⁸ GABELLON, n° 264 ; BsK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, art. 22 CO, n° 1.

²⁰⁶⁹ GABELLON, n°s 278-279 ; dans ce sens également : Arrêt TF n. publ. 4A_520/2013 (17.02.2014) [fr], consid. 4.

²⁰⁷⁰ À ce sujet, cf. notamment ENGEL, *Obligations*, pp. 412-416.

²⁰⁷¹ *Supra* n° 64 et 77.

²⁰⁷² GABELLON, n°s 281, 287-291 ; HERZOG, n°s 118, 360 (cf. toutefois n° 113) ; BK-KRAMER, art. 22 CO, n° 74 ; CR-MORIN, art. 22 CO, n° 6. Sur les obligations synallagmatiques, cf. *supra* n°s 656 s. ; sur les normes synallagmatiques, cf. *supra* n°s 666 ss.

Rapports avec les tiers Chaque partie peut s'engager à passer un contrat avec l'autre partie au précontrat et/ou avec un tiers. Les parties au précontrat peuvent donc différer des parties au contrat principal. Si le contrat principal doit être passé avec un tiers, celui-ci est bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, et peut être titulaire d'une créance en exécution du précontrat si la convention ou l'usage le prévoient (stipulation pour autrui parfaite, art. 112 al. 2 CO)²⁰⁷³.

Le précontrat : un type contractuel Le précontrat est un type contractuel régi dans la partie générale du CO (art. 22 CO). Sa réglementation est limitée car elle ne contient qu'une règle de forme (art. 22 al. 2 CO)²⁰⁷⁴ ; on peut ainsi parler de type contractuel « balbutié » plutôt que de véritable type nommé²⁰⁷⁵. Le seul élément constitutif²⁰⁷⁶ de la promesse de contracter est relatif à son objet : elle doit contenir au moins une obligation de contracter. À défaut, l'art. 22 al. 2 CO n'est pas applicable. Les précontrats sont souvent passés au sein de conventions ayant un objet plus large et correspondant à un ou plusieurs types nommés ou innommés²⁰⁷⁷.

Autonomie par rapport au contrat principal L'autonomie juridique de la promesse de contracter par rapport au contrat principal fait l'objet de controverses. Après plusieurs revirements de jurisprudence²⁰⁷⁸, la position actuelle du Tribunal fédéral consiste à dire que le précontrat se confond avec le contrat principal lorsque **a**) les deux parties s'engagent à conclure le contrat

2073 Sur le précontrat en faveur de tiers, cf. ATF 98 II 305 [de], consid. 1, trad. JdT 1973 I p. 536 ; GABELLON, n^{os} 278, 309-321 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1078 ; HERZOG, n^{os} 123 ss ; BK-KRAMER, art. 22 CO, n^{os} 74, 98-99 ; CR-MORIN, art. 22 CO, n^{os} 6, 15 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 22 CO, n^o 6 ; reconnaissant l'institution mais la distinguant du précontrat : STOFFEL, *Promesse*, pp. 135-137.

2074 Sur l'art. 22 al. 2 CO, cf. par exemple GABELLON, n^{os} 464 ss ; HERZOG, n^{os} 284 ss ; BK-KRAMER, art. 22 CO, n^{os} 113-118 ; CR-MORIN, art. 22 CO, n^o 9 ; STOFFEL, *Promesse*, pp. 133-134. Sur les buts des règles de forme auxquels renvoie l'art. 22 al. 2 CO, cf. *supra* n^o 41. Pour la définition des types contractuels, cf. *supra* n^o 466.

2075 GABELLON, n^o 285 ; *contra* HERZOG, n^o 117 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 22 CO, n^o 2. Sur les types « balbutiés », cf. *supra* n^o 478.

2076 Sur les éléments constitutifs des types contractuels, cf. *supra* n^{os} 492 ss.

2077 GABELLON, n^{os} 178-184. On peut alors parler de superposition de types contractuels (*supra* n^o 510).

2078 Les principaux arrêts de cette évolution sont les suivants : ATF 42 II 494 [de], trad. JdT 1917 I p. 578 (assimilation du précontrat au contrat principal) ; ATF 56 I 195 [fr] (indépendance du précontrat) ; ATF 97 II 48 [fr] (précision quant à l'exécution du précontrat) ; ATF 103 III 97 [fr] (assimilation) ; ATF 118 II 32 [de], trad. JdT 1993 I p. 387 (théorie actuelle). Sur l'évolution de la jurisprudence, cf. GABELLON, n^{os} 107-143.

principal entre elles et que **b)** le précontrat contient déjà tous les éléments essentiels du contrat principal²⁰⁷⁹.

- 1437 Alors que certains auteurs ont des opinions similaires à celle de notre haute Cour²⁰⁸⁰, d'autres retiennent au contraire que le précontrat peut toujours être autonome du contrat principal²⁰⁸¹. Selon ces derniers, l'interprétation de l'acte (art. 18 al. 1 CO) révèle dans chaque cas d'espèce si les parties ont voulu pouvoir directement obtenir l'exécution des obligations du contrat principal, ou seulement obtenir la conclusion de celui-ci (voire les deux, au choix du créancier de l'obligation de contracter)²⁰⁸².
- 1438 Nous adhérons aux arguments de GABELLON, partisan de la seconde opinion²⁰⁸³ : **a)** méthodologiquement, il n'y a pas lieu de combler une lacune de la loi, les art. 18 al. 1 et 97 ss CO réglant déjà l'exécution du précontrat ; **b)** la liberté contractuelle permet *a priori* aux parties de s'obliger à conclure un contrat, plutôt que de conclure ce dernier tout de suite ; **c)** il est inopportun de créer deux régimes distincts en fonction de la réalisation des conditions posées par le Tribunal fédéral.

II. L'étendue minimale du précontrat

- 1439 **Approche majoritaire** La jurisprudence et la doctrine majoritaire enseignent que pour que le précontrat soit conclu, il faut qu'il y ait accord sur tous les points objectivement essentiels et tous les points subjectivement essentiels du contrat principal, c'est-à-dire que ces points doivent être dé-

2079 ATF 129 III 264 [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 118 II 32 [de], consid. 3b, trad. JdT 1993 I p. 387.

2080 ENGEL, *Obligations*, pp. 181-182 ; GUHL/KOLLER, § 13 n° 14 ; KELLER/SCHÖBI, p. 102 ; KOLLER, AT, § 22 n° 24 ; KUMMER, p. 172 ; MERZ, *Vertrag*, n° 301 ; VON TUHR/PETER, § 33 I.

2081 GABELLON, n°s 144-157 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n°s 1080, 1087 ; HERZOG, n°s 21-65, 331 ss ; BK-KRAMER, art. 22 CO, n°s 95, 121 ; KUONEN, *Précontrats*, p. 303 ; CR-MORIN, art. 22 CO, n° 16 ; BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, art. 22 CO, n° 16 ; dans la même direction : STOFFEL, *Promesse*, pp. 147-148.

2082 L'interprétation de la volonté des parties pour distinguer le précontrat du contrat principal semble également figurer au premier plan dans la jurisprudence récente (Arrêt TF n. publ. 4A_297/2013 [04.09.2013] [fr], consid. 3.2.1 ; ATF 122 III 10 [de], consid. 4a, trad. et rés. JdT 1998 I p. 111).

2083 GABELLON, n°s 144-157 ; sur l'argument tiré de la liberté contractuelle, cf. en particulier HERZOG, n°s 17-65.

terminés ou déterminables²⁰⁸⁴. Cette opinion correspond à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord²⁰⁸⁵.

Dans l'approche 2 Puisque dans l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord²⁰⁸⁶, il n'y a pas d'exigence objective minimale quant à l'étendue du contrat principal, le précontrat n'a pas besoin de porter sur les points objectivement essentiels du contrat principal. Tout au plus, ces derniers jouent un rôle dans l'interprétation de la volonté de conclure de la partie qui s'engage, au travers du précontrat, à conclure le contrat principal. Dans l'approche 2, l'étendue minimale de l'accord est définie en fonction des points subjectivement essentiels ; dans le contexte du précontrat, l'accord doit alors au moins porter :

1. Sur tous les points subjectivement essentiels *pour l'une ou l'autre des parties au précontrat*, c'est-à-dire sur tous les points au sujet desquels un accord est nécessaire pour l'une ou l'autre des parties au précontrat se considèrent comme liées par le précontrat. Si la promesse de contracter est parfois subjectivement essentielle, elle peut aussi n'être que subjectivement secondaire (pour les deux parties) par rapport au reste de l'accord contenant le précontrat²⁰⁸⁷. *Exemple* : une clause d'obligation de conclure un contrat d'assurance pour une chose louée, cette stipulation étant secondaire pour le bailleur car la chose est en fait déjà assurée, et indifférente au locataire qui ne s'occupe pas de l'assurance. 1441
2. Sur tous les points du contrat principal qui sont essentiels *pour la partie (ou les parties) qui s'oblige(nt) à le passer*. Lorsqu'une partie promet de passer une convention future au sens de l'art. 22 al. 1 CO, elle *exerce par avance sa volonté de conclure le contrat principal*. Puisque sa volonté de conclure dépend nécessairement des points qui sont pour elle subjectivement essentiels à la conclusion du contrat principal²⁰⁸⁸, ceux-ci doivent être déterminables dans le précontrat. 1442

2084 ATF 118 II 32 [de], consid. 3b, trad. JdT 1993 I p. 387 ; ATF 98 II 305 [de], consid. 1, trad. JdT 1973 I p. 536 ; ATF 31 II 640 [de], consid. 2 ; GABELLON, n^{os} 335-336, 343-346 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1084 ; KOLLER, AT, § 22 n^o 19 ; BK-KRAMER, art. 22 CO, n^o 97 ; MERZ, *Vertrag*, n^{os} 295, 301 ; CR-MORIN, art. 22 CO, n^o 17 ; dans ce sens également : CAVIN, *Promesse*, pp. 325-327 ; MESSERLI, p. 116 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 22 CO, n^o 8 ; VON TUHR/PETER, § 33 I ; réduisant la notion de point objectivement essentiel à la prestation caractéristique : HERZOG, n^o 280. Sur la notion de point déterminable, cf. *supra* n^{os} 185 ss.

2085 Sur l'approche 1, cf. *supra* n^{os} 716 ss.

2086 *Supra* n^{os} 723 ss.

2087 Sur l'intégration du précontrat dans des accords plus larges, cf. *supra* n^o 1435.

2088 *Supra* n^o 446.

1443 Pratiquement, ces deux exigences distinctes peuvent se recouper, dans la mesure où les conditions *sine qua non* auxquelles les parties souhaitent passer le précontrat concernent le contenu du contrat principal. Pour autant, elles ne se confondent pas nécessairement.

III. L'action en exécution d'une promesse de contracter qui ne définit pas les points objectivement essentiels du contrat principal

1444 **Question** Deux auteurs donnent une définition de l'étendue minimale du précontrat qui s'écarte de l'approche majoritaire : selon eux, il serait possible de conclure une promesse de contracter qui ne rendrait pas déterminables les points objectivement essentiels du contrat principal, avec toutefois pour conséquence que le précontrat ne pourrait alors pas faire l'objet d'une action en exécution (art. 98 CO), mais uniquement d'une action en dommages-intérêts (art. 97 al. 1 CO)²⁰⁸⁹. Cela mène à se demander si, dans le contexte de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord, les précontrats qui ne porteraient pas sur tous les points objectivement essentiels du contrat principal²⁰⁹⁰ pourraient également faire l'objet d'une action en exécution.

1445 **Moyens d'action** L'obligation d'émettre une manifestation de volonté tendant à la conclusion d'un contrat²⁰⁹¹ est une obligation de faire, de sorte que l'art. 98 CO est applicable²⁰⁹². Son créancier dispose de divers moyens pour en obtenir l'exécution forcée, dès lors que l'action en exécution n'a pas disparu pour cause d'impossibilité.

1446 L'État ne peut contraindre physiquement le débiteur à manifester sa volonté (par exemple en lui forçant la main) car cela serait contraire à ses droits de

2089 BsK-BUCHER, art. 22 CO (5^e éd.), n^{os} 39-40, 44 ; STOFFEL, *Promesse*, pp. 145, 148-149. Pour une critique de l'opinion de ces auteurs du point de vue de l'approche majoritaire du contenu minimal de la promesse de contracter : GABELLON, n^{os} 553-554 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1083 ; HERZOG, n^{os} 268-271 ; BK-KRAMER, art. 22 CO, n^o 97 ; MERZ, *Vertrag*, n^{os} 297-299 ; CR-MORIN, art. 22 CO, n^o 18. Sur les actions découlant de la promesse de contracter en général : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n^o 1082 ; BK-KRAMER, art. 22 CO, n^{os} 121-122 ; CR-MORIN, art. 22 CO, n^{os} 16, 20 ; cf. aussi GABELLON, n^{os} 555-606 ; HERZOG, n^{os} 321 ss, 360 ss.

2090 Cette hypothèse doit être distinguée du cas où les parties prévoient dans le précontrat qu'un point objectivement essentiel du contrat principal sera déterminé unilatéralement par la partie qui s'oblige à le conclure. Dans ce cas, les parties rendent le point déterminable, de sorte qu'il y a accord à son sujet (*supra* n^{os} 185 ss).

2091 *Supra* n^o 1432.

2092 Sur la portée de l'art. 98 CO dans le contexte du CPC, cf. ATF 142 III 321 [de].

la personnalité (art. 28 ss CC)²⁰⁹³ ; l'application de l'art. 343 al. 1 let. d CPC est donc d'emblée exclue²⁰⁹⁴. La loi prévoit donc un catalogue de mesures moins incisives pour tenter de forcer le débiteur à s'exécuter :

- L'art. 344 CPC est une norme spéciale conçue pour le cas particulier de la condamnation à une obligation de manifester sa volonté²⁰⁹⁵. Elle prévoit que la décision au fond condamnant le débiteur à émettre une manifestation de volonté vaut directement comme celle-ci, par fiction légale (art. 344 al. 1 CPC)²⁰⁹⁶. D'après la doctrine, cette disposition n'est cependant applicable que si le contenu de la manifestation de volonté à émettre est déterminé à l'avance²⁰⁹⁷ et que son application respecte les intérêts du créancier de la promesse de contracter²⁰⁹⁸. 1447
- À défaut d'application de l'art. 344 CPC, on retombe dans la règle générale de l'art. 343 CPC²⁰⁹⁹. À moins que le juge du fond n'ait déjà ordonné des mesures d'exécution directe au sens des art. 236 al. 3 et 337 al. 1 CPC, le tribunal de l'exécution peut alors (art. 343 al. 1 CPC) : **a)** menacer le débiteur d'une condamnation selon l'art. 292 CP (let. a)²¹⁰⁰ ; **b)** prévoir une amende d'ordre unique de 5000 francs maximum, ou une 1448

2093 BK-KELLERHALS, art. 343 CPC, n° 3 ; KuKo-KOFMEL EHRENZELLER, art. 343 CPC, n° 5 ; CRMORIN, art. 22 CO, n° 17 ; excluant toute forme de contrainte directe : MERZ, *Vertrag*, n° 330.

2094 Au sein de la liste exhaustive de l'art. 343 al. 1 CPC, cet alinéa est exemplatif (Brunner *et alii*-JENNY, art. 343 CPC, n°s 2, 17).

2095 BK-KELLERHALS, art. 343 CPC, n° 14 ; BK-KELLERHALS, art. 344 CPC, n° 2 ; KuKo-KOFMEL EHRENZELLER, art. 344 CPC, n° 1 ; cf. aussi Bohnet *et alii*-JEANDIN, art. 344 CPC, n° 1.

2096 Bohnet *et alii*-JEANDIN, art. 344 CPC, n°s 2-3 ; BK-KELLERHALS, art. 344 CPC, n° 7 ; KuKo-KOFMEL EHRENZELLER, art. 344 CPC, n° 4 ; Brunner *et alii*-ROHNER/LERCH, art. 344 CPC, n° 8 ; Sutter-Somm *et alii*-STAEHELIN, art. 344 CPC, n° 4 ; BsK-ZINSLI, art. 344 CPC, n° 6. Ce mécanisme faisait déjà partie du droit fédéral avant l'adoption du CPC (art. 78 PCF ; ATF 102 II 1 [de], consid. 2d, trad. JdT 1977 I p. 149 ; ATF 97 II 48 [fr], consid. 4a ; GULDENER, p. 628 ; HABSCHIED, n° 963 ; HERZOG, n°s 336-337 ; KUMMER, pp. 163 ss ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, art. 22 CO, n° 9 ; BK-WEBER, art. 98 CO, n° 24).

2097 BK-KELLERHALS, art. 344 CPC, n° 3 ; Brunner *et alii*-ROHNER/LERCH, art. 344 CPC, n°s 11-12 ; Sutter-Somm *et alii*-STAEHELIN, art. 344 CPC, n°s 5, 7 ; BsK-ZINSLI, art. 344 CPC, n° 10 ; cf. aussi KuKo-KOFMEL EHRENZELLER, art. 344 CPC, n° 2 ; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 308 ZPO-ZH, n° 2 ; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, art. 407-408 ZPO-BE, n° 2a ; dans le même sens Bohnet *et alii*-JEANDIN, art. 344 CPC, n° 5.

2098 Dans les limites de la proportionnalité, c'est le créancier lui-même qui définit où se situe son intérêt (MESSERLI, pp. 39-40, 42) ; cela confère à l'art. 343 CPC un caractère plus alternatif que véritablement subsidiaire par rapport à l'art. 344 CPC (BK-KELLERHALS, art. 344 CPC, n° 23 ; MESSERLI, p. 40).

2099 Brunner *et alii*-ROHNER/LERCH, art. 344 CPC, n°s 10, 12 ; BK-KELLERHALS, art. 344 CPC, n° 23 ; BsK-ZINSLI, art. 344 CPC, n° 14 ; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 308 ZPO-ZH, n° 3 ; KUMMER, p. 177 ; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, art. 407-408 ZPO-BE, n°s 2a, 3d ; PEYER, p. 186 ; dans cette direction : Bohnet *et alii*-JEANDIN, art. 343 CPC, n° 10 ; rejetant au contraire les mesures d'exécution indirecte dans ce contexte HABSCHIED, n° 963.

2100 Bohnet *et alii*-JEANDIN, art. 343 CPC, n° 11 ; BK-KELLERHALS, art. 343 CPC, n°s 16-39 ; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 308 ZPO-ZH, n° 3.

amende d'ordre journalière de 1000 francs maximum par jour d'inexécution (let. b et c)²¹⁰¹ ; c) ordonner l'exécution de la décision par un tiers (let. e, qui rejoint l'art. 98 al. 1 CO)²¹⁰².

1449 – Si ces mesures ne sont pas exécutées, le créancier de la promesse de contracter peut demander des dommages-intérêts ou la conversion de l'obligation de manifester sa volonté en une prestation en argent (art. 345 CPC)²¹⁰³.

1450 **Promesses synallagmatiques** En présence de promesses de contracter synallagmatiques²¹⁰⁴, le débiteur pourra notamment soulever l'exception d'inexécution, tant lors du procès au fond (art. 82 CO) que de son exécution (art. 342 CPC)²¹⁰⁵.

1451 **Obligation d'accepter** Si l'obligation du débiteur ne consiste qu'en une obligation d'accepter une offre²¹⁰⁶, mais que l'offre formulée par l'autre partie ou par un tiers ne définit pas tous les points objectivement essentiels (les points lacunaires étant ici subjectivement secondaires), le jugement au fond pourra directement valoir acceptation (art. 344 CPC), dès lors que les caractéristiques de l'offre sont conformes à celles prévues par la promesse de contracter²¹⁰⁷. En effet, dans cette hypothèse, le juge n'aura rien à « décider » à la place de la partie récalcitrante : l'offre est – ou n'est pas – compatible avec la promesse de contracter. Le contrat principal étant, dans cette hypothèse,

2101 Bohnet et *alii*-JEANDIN, art. 343 CPC, n^{os} 12-14; BK-KELLERHALS, art. 343 CPC, n^{os} 40-54; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 308 ZPO-ZH, n^o 3.

2102 BK-KELLERHALS, art. 343 CPC, n^o 69; BK-KELLERHALS, art. 344 CPC, n^o 23; VON TUHR/ESCHER, § 67 III, note n^o 41; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 308 ZPO-ZH, n^o 3; l'admettant selon l'intérêt du créancier : Brunner et *alii*-JENNY, art. 343 CPC, n^{os} 24-25; BsK-ZINSLI, art. 343 CPC, n^o 30; GULDENER, p. 628, note n^o 71; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, art. 404 ZPO-BE, n^o 3c; MESSERLI, pp. 43-45; distinguant les manifestations de volonté dont le contenu est prédéterminé de celles pour lesquelles le débiteur dispose d'une marge de manœuvre : KUMMER, pp. 199-200; *contra* FELLMANN, p. 116. Sur les rapports entre les art. 343 al. 1 let. e CPC et 98 al. 1 CO, cf. ATF 142 III 321 [de].

2103 À ce sujet, cf. notamment BK-KELLERHALS, art. 345 CPC, n^{os} 9 ss; Sutter-Somm et *alii*-STAEHELIN, art. 345 CPC, n^{os} 4 ss.

2104 *Supra* n^o 1433.

2105 GABELLON, n^o 567 (précisons que l'art. 82 CO conserve son sens lorsque des promesses de conclure avec des tiers sont échangées); HERZOG, n^o 118 (cf. toutefois n^o 113); BK-KELLERHALS, art. 342 CPC, n^o 5.

2106 *Supra* n^o 1432.

2107 Des problèmes pratiques peuvent toutefois survenir lorsque le délai pour accepter (art. 3 CO) est bref; si les conditions en sont remplies, des mesures provisionnelles sont envisageables (art. 261 ss CPC); à défaut l'action en exécution perd son intérêt (voire devient impossible), auquel cas le créancier en est réduit à des dommages-intérêts (art. 97 al. 1 CO).

lacunaire sur un point subjectivement secondaire, il pourra être complété (art. 2 al. 2 CO) lors d'une procédure ultérieure.

Obligation de polliciter : a) Formulation par le juge ? Si le débiteur a l'obligation de formuler une offre, l'application de l'art. 344 CPC devrait être impossible si l'on s'en tenait au critère de la détermination certaine du contenu de la manifestation de volonté énoncé par la doctrine²¹⁰⁸. En effet, le débiteur récalcitrant dispose d'une certaine marge d'appréciation lorsque les points objectivement essentiels du contrat principal sont en partie indéterminés dans le précontrat.

1452

En fonction des circonstances, il semblerait pourtant opportun de laisser le tribunal (du fond) formuler directement une offre à la place du débiteur au sens de l'art. 344 CPC. **a)** Cela ne pose pas de problème quant à la liberté contractuelle des parties, dès lors que les parties s'étant obligées à contracter ont exercé par avance (au moyen d'un précontrat valable) leur liberté de conclure le contrat principal, et qu'elles ont à cet égard rendu déterminables les points du contrat principal qui leur étaient subjectivement essentiels. La détermination par le juge au sens de l'art. 344 CPC n'interviendrait ainsi que sur des points subjectivement secondaires pour la partie condamnée. **b)** Cela peut favoriser l'économie de la procédure et éviter les frais et retards liés à la détermination par un tiers, tout en offrant des garanties accrues pour les parties²¹⁰⁹. **c)** Le cas est similaire à celui d'un point devant être déterminé par le débiteur ; le § 315 al. 3 BGB permet alors la détermination judiciaire²¹¹⁰. **d)** Cela ne semble toutefois approprié que si le juge dispose lui-même des connaissances suffisantes pour déterminer le point litigieux *in casu*. **e)** En outre, le principe de la proportionnalité doit être respecté²¹¹¹. À cet égard, le juge pourra par exemple ordonner une suspension de la procédure (art. 126 CPC) avant de formuler une offre à la place du débiteur, afin de laisser à celui-ci la possibilité d'en formuler une par lui-même (ou d'y renoncer en connaissance de cause). **f)** Dans diverses procédures cantonales, le juge d'exécution pouvait être amené à déterminer lui-même des manifestations de

1453

2108 *Supra* n° note 2097.

2109 *Supra* nos 1320 ss.

2110 *Supra* nos 217 s.

2111 Sur la proportionnalité en général, cf. *supra* nos 395 ss. Dans les mesures d'exécution : BK-KELLERHALS, art. 343 CPC, nos 3, 11 ; Brunner *et alii*-JENNY, art. 343 CPC, n° 9 ; Sutter-Somm *et alii*-STAEHELIN, art. 343 CPC, n° 11.

volontés dont le contenu était *a priori* indéterminé, après fixation d'un délai d'exécution au débiteur récalcitrant²¹¹².

- 1454 **Obligation de polliciter : b) À défaut** Si l'art. 344 CPC n'est pas appliqué pour formuler une offre à la place du débiteur de la promesse de contracter, le juge du fond (art. 337 CPC) ou le tribunal de l'exécution (art. 338 CPC) peuvent ordonner les mesures de contrainte prévues à l'art. 343 CPC²¹¹³. Si malgré cela, le débiteur récalcitrant persiste à ne pas faire la (ou les) offres qui lui incombent en vertu du précontrat (art. 22 al. 1 CO), la possibilité d'une conversion de la prestation en argent est possible (art. 345 CPC)²¹¹⁴.
- 1455 Dans le contexte de l'art. 343 CPC, le juge peut ordonner l'exécution par substitution en vertu de l'art. 343 al. 1 let. e CPC²¹¹⁵, ce qui revient à faire formuler l'offre par un tiers à la place du débiteur récalcitrant. On peut imaginer que le juge désigne un tiers neutre (par exemple un expert) pour formuler une offre conforme au précontrat²¹¹⁶, correspondante aux prix et conditions du marché, et globalement honnête et raisonnable.
- 1456 Il semble douteux que le créancier de la promesse de contracter puisse lui-même formuler cette offre à la place du débiteur, dès lors que son propre intérêt le poussera la plupart du temps à formuler l'offre la plus défavorable au débiteur²¹¹⁷; cela sera encore moins envisageable si le débiteur avait l'obligation de contracter avec le créancier lui-même²¹¹⁸.

IV. Conclusion

- 1457 Adopter l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord devrait ainsi mener à redéfinir également l'étendue minimale du précontrat. Cela étant, il ne semble pas qu'il faudrait restreindre les actions découlant du précontrat ne définissant pas tous les points objectivement essentiels du contrat principal aux

2112 Cf. par exemple § 308 ZPO-ZH; § 430 ZPO-AG; art. 299 al. 2 let. c ZPO-SG; ainsi que FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 308 ZPO-ZH, n° 3; HERZOG, n°s 338, 340; KILLER, § 430 ZPO-AG, n°s 1-2; PEYER, pp. 186-187.

2113 *Supra* n° note 2099.

2114 *Supra* n° 1449.

2115 Une partie de la doctrine l'admet (certains auteurs : avec nuances) en tant qu'alternative à l'art. 344 CPC, cf. *supra* n° note 2102.

2116 Sur cette possibilité, cf. *supra* n°s 1090 ss.

2117 *Contra* LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, art. 404 ZPO-BE, n° 3c.

2118 Sur la promesse de contracter avec l'autre partie au précontrat, cf. *supra* n° 1434.

seules actions en dommages-intérêts ; une action en exécution devrait également être possible.

§ 5. Comparaison avec l'étendue minimale de l'accord dans la CVIM

I. Généralités ; rapport avec notre étude

Généralités La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} mars 1991²¹¹⁹, et fait donc, depuis cette date, partie du droit positif applicable en Suisse. 1458

La CVIM règle notamment la conclusion du contrat de vente internationale de marchandises (art. 14-24 CVIM). Quelle est l'étendue minimale de l'accord selon la CVIM ? En particulier, comporte-t-elle des éléments objectifs absolus, c'est-à-dire l'exigence d'un accord sur des points objectivement essentiels ? Avant de pouvoir répondre à ces questions, quelques remarques doivent être formulées. 1459

Contexte : a) Interprétation autonome En premier lieu, bien que la CVIM fasse partie de l'ordre juridique suisse, son interprétation a pour particularité d'être *autonome*. L'art. 7 al. 1 CVIM dispose à cet égard : « Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. » 1460

Le principe de l'interprétation autonome signifie que la CVIM doit être interprétée à partir d'elle-même et des sources qui lui sont spécifiques, plutôt que d'après les conceptions en vigueur dans un État contractant particulier²¹²⁰. Ce principe s'applique à moins que l'interprétation historique n'indique qu'une 1461

2119 RO 1991 p. 307.

2120 Schlechtriem/Schwenzer-FERRARI, art. 7 CVIM, n° 9 ; HONNOLD/FLECHTNER, n° 88 ; LOOKOF-SKY, pp. 27-28 ; Staudinger-MAGNUS, § 7 CVIM, n° 12 ; NEUMAYER/MING, art. 7 CVIM, n° 1 ; Kröll *et alii*-PERALES VISCASILLAS, art. 7 CVIM, n°s 16-20 ; Schwenzer-SCHWENZER/HACHEM, art. 7 CVIM, n° 8 ; SHK-WAGNER, art. 7 CVIM, n° 2 ; dans le même sens : FF 1989 I pp. 709 ss, pp. 729-730.

institution juridique ait été incluse dans la CVIM par référence à un droit national particulier²¹²¹.

- 1462 En particulier, « promouvoir l'uniformité de l'application de la CVIM » implique de tenir compte autant que faire se peut de la jurisprudence étrangère rendue en application de la CVIM et de la doctrine consacrée à cet égard²¹²² ; pour autant, le juge n'est pas lié par la jurisprudence étrangère²¹²³.
- 1463 Vu le principe de l'interprétation autonome, des considérations sur l'étendue minimale de l'accord au sens de la CVIM ne peuvent pas donner d'informations directes sur la même question considérée du point de vue du CO. La présente section ne vise donc pas à fournir des indications complémentaires sur les art. 1 et 2 CO en tant que tels, mais uniquement à étudier le système de l'étendue minimale de l'accord dans la CVIM (prise pour elle-même). Cette section a donc pour but principal la comparaison de ces régimes, mais pas leur assimilation ou leur intégration au sein d'un seul système.
- 1464 **Contexte : b) Champ d'application typique** Nous nous intéressons à l'étendue minimale de l'accord selon la partie générale du CO, c'est-à-dire d'un point de vue atypique²¹²⁴. Par contraste, la CVIM est un ensemble de règles typiques car destinées à régir un sous-type particulier de ventes — en substance, la CVIM ne s'applique qu'aux ventes de marchandises dans un contexte international (art. 1 al. 1 CVIM) et commercial (art. 2 let. a CVIM)²¹²⁵.
- 1465 Ainsi, les dispositions sur la formation du contrat dans la CVIM ne visent que la conclusion des contrats d'un type particulier²¹²⁶, ce qui les distingue d'emblée de notre sujet d'étude. Certaines des questions pouvant se poser

2121 Schlechtriem/Schwenzer-FERRARI, art. 7 CVIM, n° 10 ; Schwenzer-SCHWENZER/HACHEM, art. 7 CVIM, n° 9 ; SHK-WAGNER, art. 7 CVIM, n° 2 ; nuancé : HONNOLD/FLECHTNER, n° 91.

2122 Schlechtriem/Schwenzer-FERRARI, art. 7 CVIM, n° 15-17 ; HONNOLD/FLECHTNER, n° 92 ; Honsell-MELIS, art. 7 CVIM, n° 6 ; NEUMAYER/MING, art. 7 CVIM, n° 1 ; Kröll et alii-PERALES VISCASILLAS, art. 7 CVIM, n° 40-42.

2123 Schlechtriem/Schwenzer-FERRARI, art. 7 CVIM, n° 23-24 ; HONNOLD/FLECHTNER, n° 92 ; Honsell-MELIS, art. 7 CVIM, n° 7 ; Kröll et alii-PERALES VISCASILLAS, art. 7 CVIM, n° 41 ; Schwenzer-SCHWENZER/HACHEM, art. 7 CVIM, n° 13.

2124 Sur le sens que nous donnons à ce terme, cf. *supra* n° 468.

2125 Sur ces normes, cf. notamment Kröll et alii-MISTELIS, art. 1 CVIM, n° 25 ss ; Schwenzer-SCHWENZER/HACHEM, art. 1 CVIM, n° 8 ss ; Honsell-SIEHR, art. 1 CVIM, n° 7 ss ; Honsell-SIEHR, art. 2 CVIM, n° 2 ss ; Kröll et alii-SPOHNHEIMER, art. 2 CVIM, n° 6 ss.

2126 Toutefois : **a**) les art. 14-24 CVIM sont formulées d'une manière qui n'est pas spécifique à la vente (KRAMER, *Konsensprobleme*, p. 539) ; **b**) les parties peuvent en principe convenir d'appliquer la CVIM à des contrats ne tombant pas dans le champ d'application de la CVIM (Staudinger-MAGNUS, § 6 CVIM, n° 62-72).

du point de vue des art. 1 et 2 CO – par exemple celles engendrées par l'exigence d'un accord sur tous les *essentialia negotii* et l'existence de contrats innommés et atypiques²¹²⁷ – ne se poseront donc pas dans le contexte de la CVIM.

Précision : point déterminable À l'instar de ce qui vaut dans le régime du CO, un point est suffisamment déterminé au sens de la CVIM s'il est *déterminable* (art. 14 al. 1 CVIM) ; est admissible la référence à un critère de détermination objectif (par exemple indice statistique) ou subjectif (par exemple décision d'une partie ou d'un tiers)²¹²⁸. 1466

Cependant, et contrairement à ce qui vaut pour le CO²¹²⁹, certains arrêts et auteurs expriment l'idée que le renvoi à un accord ultérieur (c'est-à-dire à une décision commune des parties) quant à un point serait déjà une détermination suffisante de ce point au sens de la CVIM²¹³⁰. Cette opinion tend à assimiler la réserve et l'accord, qui pourtant doivent s'opposer puisque le fait de renvoyer à un accord ultérieur indique justement l'absence d'accord actuel. Les sources considérant que le renvoi à un accord ultérieur n'est pas encore un accord²¹³¹ doivent donc être préférées. 1467

II. Les composantes subjective et objective de l'étendue minimale de l'accord dans la CVIM (art. 14 al. 1, 18 al. 1 et 19 al. 3 CVIM)

Deux types de composantes La CVIM aborde l'étendue de l'accord au moyen de deux types de composantes : la première, *subjective*, constitue le 1468

2127 *Supra* nos 570 ss.

2128 Off. Rec., p. 21, n° 11 ; BYDLINSKI, *UN-Kaufrecht*, p. 62 ; Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, nos 17-19 ; MünK-GRUBER, § 14 CVIM, nos 19-20 ; NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n° 8 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n° 9 ; Bamberger/Roth-SAENGER, § 14 CVIM, n° 2 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, nos 12-15. Witz *et alii*-WITZ, art. 14 CVIM, nos 45-47, 49, considère que lorsque le prix est laissé à l'appréciation ultérieure d'une partie ou d'un tiers, il y a dérogation à l'art. 14 al. 1 CVIM par le biais de l'art. 6 CVIM, ce qui ne semble pas convaincant vu la lettre de l'art. 14 al. 1 *in fine* CVIM (« [...] ou donne des indications permettant de les déterminer »).

2129 *Supra* n° 189.

2130 China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) (25.12.1998) *Pig Iron Case* [zh], consid. II/3/1, trad. CISG-online n° 1135 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n° 9 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 13.

2131 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Case 309/1993 (03.03.1995) [ru], trad. et rés. CISG-online n° 204 ; NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n° 11 ; PILTZ, § 3 n° 22.

lien immédiat entre la volonté de s'engager et l'étendue de l'accord²¹³² ; la seconde, *objective*, consiste en une énumération légale de divers points²¹³³. Avant de décrire leur portée et ainsi examiner dans quelle mesure ces composantes participent de l'étendue minimale de l'accord²¹³⁴, il faut d'abord décrire leur bases légales et leurs contenus respectifs.

A. Composante subjective (art. 14 al. 1, 1^{ère} phrase ; art. 18 al. 1 CVIM)

1469 **Volonté d'être lié** Pour que le contrat puisse naître en vertu de la CVIM, il faut que l'offrant et l'acceptant aient la volonté d'être liés juridiquement. S'agissant de l'offre, cela découle de l'art. 14 al. 1 CVIM, qui mentionne « la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation » (« *the intention of the offeror to be bound in case of acceptance* »²¹³⁵)²¹³⁶ ; s'agissant de l'acceptation, la même idée ressort du terme « acquiesce » (« *assent* ») figurant à l'art. 18 al. 1 CVIM²¹³⁷. La volonté d'être lié doit être interprétée à la lumière de l'art. 8 CVIM²¹³⁸ ; outre les déclarations des parties, leurs comportements

2132 *Infra* n^{os} 1469 s.

2133 *Infra* n^{os} 1471 ss.

2134 *Infra* n^{os} 1481 ss.

2135 La CVIM a été passée dans six versions équivalentes (en anglais, français, espagnol, mandarin, russe et arabe ; Copie certifiée conforme de la CVIM en les six langues de la Convention, URL : https://treaties.un.org/doc/Treaties/1988/01/19880101%2003-03%20AM/Ch_X_10p.pdf, dern. consult. le 18 mars 2017). La version anglaise est parfois considérée comme étant déterminante en cas de doute, puisque les projets et discussions relatifs à la CVIM ont eu lieu en anglais (HERBER/CZERWENKA, art. 7 CVIM, n^o 7 ; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, n^o 104 ; *contra* NEUMAYER/MING, art. 7 CVIM, n^o 4).

2136 CNUDCI, art. 14 CVIM, n^o 5 ; TCom AG OR.96.00013 (26.09.1997), consid. II/B/2 = CISG-online n^o 329 ; Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, n^{os} 24-25 ; Bianca/Bonell-EÖRSI, art. 14 CVIM, n^o 2.2.3 ; Kröll *et alii*-FERRARI, art. 14 CVIM, n^{os} 11-16 ; NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n^o 3 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n^o 4 ; Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n^o 25 ; Witz *et alii*-WITZ, art. 14 CVIM, n^o 22.

2137 Honsell-DORNIS, art. 18 CVIM, n^o 11 ; Staudinger-MAGNUS, § 18 CVIM, n^{os} 4, 11 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 18 CVIM, n^o 3 ; Schwenzer-SCHROETER, art. 18 CVIM, n^o 4 ; Witz *et alii*-WITZ, art. 18 CVIM, n^o 5.

2138 Arrêt TF n. publ. 4C.474/2004 (05.04.2005) [de], consid. 3.2 ; Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, n^{os} 26-29 ; Staudinger-MAGNUS, § 14 CVIM, n^o 12 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n^o 2 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 18 CVIM, n^o 3 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n^o 24 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 18 CVIM, n^o 4.

antérieurs, concomitants ou ultérieurs à la conclusion du contrat doivent notamment être pris en compte dans ce contexte (art. 8 al. 3 CVIM)²¹³⁹.

Points subjectivement essentiels Rapportée au contenu du contrat et aux notions de points essentiels, cette exigence subjective implique que les parties aient trouvé un accord sur tous les *points subjectivement essentiels* aux yeux d'au moins l'une des parties²¹⁴⁰. 1470

B. Composante objective (art. 14 al. 1 et 19 al. 3 CVIM)

Offre D'après l'art. 14 al. 1 CVIM, une proposition de contracter doit être « suffisamment précise » (« *sufficiently definite* ») pour constituer une offre; la deuxième phrase de cet alinéa précise que tel est le cas lorsque la proposition de contracter « désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer » (« [...] *indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price* »). 1471

Cela renvoie aux *essentialia negotii* et aux obligations principales du contrat de vente²¹⁴¹, et donc au fait que l'offre porte sur les *points objectivement essentiels*²¹⁴². 1472

Acceptation : a) Art. 19 CVIM : champ d'application Dans la CVIM, l'étendue de l'acceptation est envisagée d'une manière différente que celle de l'offre lorsque l'on se trouve dans le cas particulier d'une acceptation comportant « des additions, des limitations ou autres modifications » (art. 19 al. 1 1473

2139 OGH 20b547/93 (10.11.1994) *Chinchilla Pelze* = CISG-online n° 117; Arrêt TF n. publ. 4C.474/2004 (05.04.2005) [de], consid. 3.5; MünK-WESTERMANN, § 8 CVIM, n° 5; SHK-HURNI, art. 8 CVIM, n°s 13 ss, 17-18; Staudinger-MAGNUS, § 8 CVIM, n°s 24-25; NEUMAYER/MING, art. 8 CVIM, n° 3; NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n° 3; Bamberger/Roth-SAENGER, § 8 CVIM, n° 5; Schlechtriem/Schwenzer-SCHMIDT-KESSEL, art. 8 CVIM, n°s 31, 50-51.

2140 Bianca/Bonell-EÖRSI, art. 14 CVIM, n° 2.2.2; NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n°s 4-5; dans le même sens : Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, n° 14; Kröll et *alii*-FERRARI, art. 14 CVIM, n° 19; semblant nuancé : Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n°s 5, 27. Sur les points subjectivement essentiels, cf. *supra* n°s 440 ss.

2141 LG Neubrandenburg 10 O 74/04 (03.08.2005) [de], consid. III/2a = CISG-online n° 1190; OGH 20b547/93 (10.11.1994) *Chinchilla Pelze* = CISG-online n° 117; Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, n°s 1, 12; Bianca/Bonell-EÖRSI, art. 14 CVIM, n° 2.2.2; NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n° 4; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n° 7; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, n° 244; y ajoutant l'identité des parties : Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n°s 3-4.

2142 Sur les points objectivement essentiels, cf. *supra* n°s 430 ss.

CVIM)²¹⁴³. S'il y a acquiescement sans modification par rapport à l'offre, l'art. 19 CVIM ne s'applique pas ; les points ne faisant pas l'objet des manifestations de volontés peuvent cas échéant constituer une lacune devant être comblée par complètement²¹⁴⁴.

1474 **Acceptation : b) Art. 19 CVIM : al. 1 et 2** Lorsque la déclaration tendant à être une acceptation diverge de l'offre, il faut distinguer deux hypothèses :

1475 – Si la divergence implique une « altération substantielle » de l'offre (« *materially alter[s] the terms of the offer* »), la réponse à l'offre ne constitue pas une acceptation mais une contre-offre (art. 19 al. 1 CVIM)²¹⁴⁵ ; conséquemment, le contrat n'est pas conclu.

1476 – Si la divergence n'implique pas « d'altération substantielle » de l'offre, la réponse à l'offre constitue une acceptation et le contrat est conclu, sous la condition résolutoire que l'offrant déclare son refus des modifications « sans retard injustifié » (art. 19 al. 2 CVIM)²¹⁴⁶. En cas de refus de l'offrant, le contrat n'est pas conclu (art. 19 al. 1 CVIM) ; si par contre l'offrant ne proteste pas ou tarde à le faire, le contrat est conclu dans le sens des modifications contenues dans l'acceptation (art. 19 al. 2 *in fine* CVIM) – cette dernière hypothèse constitue une entorse au principe « qui ne dit mot ne consent pas », ancré à l'art. 18 al. 1, 1^{ère} phrase CVIM, en défaveur de l'offrant, et fait à ce titre l'objet de critiques²¹⁴⁷.

1477 **Acceptation : c) Art. 19 CVIM : al. 3** Ainsi, tout dépend de savoir s'il y a « altération substantielle » de l'offre. L'art. 19 al. 3 CVIM fixe à cet égard une énumération *objective* de points du contrat sur lesquels une divergence est

2143 Sur la notion de modifications et l'interprétation à cet égard, cf. MünK-GRUBER, § 19 CVIM, n^{os} 3-5 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 19 CVIM, n^o 2 ; Bamberger/Roth-SAENGER, § 19 CVIM, n^o 2 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 19 CVIM, n^{os} 5-7.

2144 Sur le complètement dans la CVIM, cf. *infra* n^{os} 1501 ss.

2145 OGH 20b58/97m (20.03.1997) = CISG-online n^o 269 ; MünK-GRUBER, § 19 CVIM, n^{os} 11-12 ; Staudinger-MAGNUS, § 19 CVIM, n^o 7 ; NEUMAYER/MING, art. 19 CVIM, n^o 1 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 19 CVIM, n^o 1 ; Bamberger/Roth-SAENGER, § 19 CVIM, n^o 1 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 19 CVIM, n^{os} 10-11 ; Schwenzer-SCHROETER, art. 19 CVIM, n^{os} 6 ss.

2146 MünK-GRUBER, § 19 CVIM, n^{os} 14-17 ; Staudinger-MAGNUS, § 19 CVIM, n^{os} 13-14 ; NEUMAYER/MING, art. 19 CVIM, n^o 2 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 19 CVIM, n^o 3 ; Bamberger/Roth-SAENGER, § 19 CVIM, n^o 4 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 19 CVIM, n^{os} 14-18 ; Schwenzer-SCHROETER, art. 19 CVIM, n^{os} 24 ss.

2147 Cf. notamment Off. Rec., pp. 284-289, 328-329 ; ainsi que BYDLINSKI, *UN-Kaufrecht*, p. 73 ; HONNOLD/FLECHTNER, n^o 169 ; Staudinger-MAGNUS, § 19 CVIM, n^{os} 12-14 ; NEUMAYER/MING, art. 19 CVIM, n^o 2 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 19 CVIM, n^o 3.

présumée constituer une « altération substantielle ». Outre les *essentialia negotii* déjà énoncés à l'art. 14 al. 1, 2^e phrase CVIM (désignation des marchandises et de leur quantité ; prix), la liste de l'art. 19 al. 3 CVIM comporte de nombreux autres points généralement considérés comme objectivement secondaires²¹⁴⁸ : les modalités du paiement, la qualité de la marchandise, le lieu et le moment de la livraison, l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre et le règlement des différends. La doctrine tend parfois à étendre cette liste à d'autres points objectivement secondaires²¹⁴⁹, mais considère aussi parfois qu'une modification portant sur un point énuméré à l'art. 19 al. 3 CVIM n'est pas une altération substantielle lorsqu'elle est à l'avantage de l'offrant²¹⁵⁰. Le caractère réfragable de la présomption posée par l'art. 19 al. 3 CVIM²¹⁵¹ et la nécessité de procéder à une interprétation de la volonté de l'offrant dans chaque d'espèce sont également soulignées²¹⁵².

En d'autres termes, si les points listés à l'art. 19 al. 3 CVIM étaient contenus dans l'offre, l'acceptant doit y acquiescer sans modification ; s'ils n'y étaient pas contenus, l'acceptant ne peut se prononcer à leur sujet (faute de quoi il y aurait adjonction). Ces points *objectivement* énumérés (par la loi) sont ainsi les points objectivement essentiels de l'acceptation. La CVIM présume qu'ils étaient subjectivement essentiels pour l'offrant²¹⁵³, c'est-à-dire qu'il n'entendait pas être lié faute du consentement de l'acceptant à leur égard.

1478

Cette extension du nombre de points objectivement essentiels par rapport à ceux de l'offre (art. 14 al. 1, 2^e phrase CVIM) peut à première vue surprendre. Elle s'explique en fait par la nécessité de contrebalancer la sévérité de l'art. 19 al. 2 *in fine* CVIM pour l'offrant – sur tout point objectivement secondaire au sens de l'art. 19 al. 3 CVIM, une acceptation divergente implique la conclusion du contrat *malgré les termes de l'offre*, faute d'une réaction *immédiate* de

1479

2148 NEUMAYER/MING, art. 19 CVIM, n° 4.

2149 MÜNCHGRUBER, § 19 CVIM, n° 9 ; STAUDINGER-MAGNUS, § 19 CVIM, n° 19 ; NEUMAYER/MING, art. 19 CVIM, n° 4-5 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 19 CVIM, n° 4 ; BAMBERGER/ROTH-SAENGER, § 19 CVIM, n° 5 ; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHROETER, art. 19 CVIM, n° 8a.

2150 OGH 20b58/97m (20.03.1997) = CISG-online n° 269 ; BYDLINSKI, *UN-Kaufrecht*, p. 72 ; STAUDINGER-MAGNUS, § 19 CVIM, n° 19 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 19 CVIM, n° 4 ; BAMBERGER/ROTH-SAENGER, § 19 CVIM, n° 5 ; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHROETER, art. 19 CVIM, n° 8b.

2151 Admis par la doctrine majoritaire, cf. *infra* n° note 2160.

2152 OGH 20b58/97m (20.03.1997) = CISG-online n° 269 ; HONNOLD/FLECHTNER, n° 169 ; STAUDINGER-MAGNUS, § 19 CVIM, n° 19 ; NEUMAYER/MING, art. 19 CVIM, n° 4 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 19 CVIM, n° 4 ; BAMBERGER/ROTH-SAENGER, § 19 CVIM, n° 5 ; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHROETER, art. 19 CVIM, n° 8b, 9.

2153 Dans le même sens : FF 1989 I pp. 709 ss, p. 742.

l'offrant. À titre de comparaison, en droit interne²¹⁵⁴, une acceptation divergeant de l'offre sur un point objectivement secondaire n'impliquera pas l'inclusion de cette modification dans le contrat faute d'une réaction de l'offrant, mais la simple absence d'accord à son sujet, vu le principe « qui ne dit mot ne consent pas »²¹⁵⁵. Du coup, il n'y a pas de risque à présumer que seuls les points objectivement essentiels sont en principe subjectivement essentiels (art. 2 al. 1 CO)²¹⁵⁶ – à l'exclusion de points objectivement secondaires.

III. Portée respective de ces composantes au regard de l'art. 6 CVIM

A. Rapport entre l'art. 6 et les art. 14-24 CVIM

1480 **Liberté contractuelle** L'art. 6 CVIM consacre la liberté contractuelle au sein de la CVIM²¹⁵⁷. Cette norme prévoit que les parties peuvent exclure totalement l'application de la CVIM, mais également choisir de n'appliquer que certaines de ses dispositions, d'y déroger ou d'en modifier les effets – hormis l'art. 12 CVIM²¹⁵⁸. En particulier, il est très largement admis que grâce à l'art. 6 CVIM, les parties peuvent déroger aux normes sur la conclusion du contrat

2154 Sur la différence entre le régime de l'art. 19 CVIM et le droit interne, cf. notamment *Ibid.*, p. 742.

2155 *Supra* n°s 139 ss.

2156 *Supra* n°s 773 ss.

2157 Schlechtriem/Schwenzer-FERRARI, art. 6 CVIM, n° 33 ; Staudinger-MAGNUS, § 6 CVIM, n° 1 ; SHK-MANNER/SCHMITT, art. 6 CVIM, n°s 1, 7 ; Kröll *et alii*-MISTELIS, art. 6 CVIM, n°s 1, 7 ; NEUMAYER/MING, art. 6 CVIM, n° 2 ; Schwenzer-SCHWENZER/HACHEM, art. 6 CVIM, n° 8 ; MÜNCK-WESTERMANN, § 6 CVIM, n° 1.

2158 Schlechtriem/Schwenzer-FERRARI, art. 6 CVIM, n°s 15 ss, 33 ss ; HONNOLD/FLECHTNER, n° 74 ; SHK-MANNER/SCHMITT, art. 6 CVIM, n° 7 ; Kröll *et alii*-MISTELIS, art. 6 CVIM, n°s 9, 11, 23, 25 ; NEUMAYER/MING, art. 6 CVIM, n° 2 ; Bamberger/Roth-SAENGER, § 6 CVIM, n°s 1-2 ; Schwenzer-SCHWENZER/HACHEM, art. 6 CVIM, n°s 23-28. Quelques autres dispositions de la CVIM sont évoquées comme n'étant pas susceptibles de dérogation, dont notamment les art. 89-101 CVIM puisqu'ils « traitent de questions qui intéressent les États contractants plutôt que les parties privées » (CNUDCI, art. 6 CVIM, n° 5 ; cf. aussi Tribunale di Padova - Sez. Este [01.11.2005] *Ostroznik Savo c. La Faraona* [it], trad. et rés. CISG-online n° 967 ; Schlechtriem/Schwenzer-FERRARI, art. 6 CVIM, n° 9 ; SHK-MANNER/SCHMITT, art. 6 CVIM, n° 7 ; Bamberger/Roth-SAENGER, § 6 CVIM, n° 1 ; MÜNCK-WESTERMANN, § 6 CVIM, n° 9) ainsi que l'art. 28 CVIM (Tribunale di Padova - Sez. Este [01.11.2005] *Ostroznik Savo c. La Faraona* [it], trad. et rés. CISG-online n° 967 ; Schlechtriem/Schwenzer-FERRARI, art. 6 CVIM, n° 9 ; SHK-MANNER/SCHMITT, art. 6 CVIM, n° 7 ; MÜNCK-WESTERMANN, § 6 CVIM, n° 9).

(art. 14-24 CVIM), dont en particulier l'art. 14 al. 1 CVIM²¹⁵⁹ ainsi que l'art. 19 al. 3 CVIM²¹⁶⁰.

B. Portée de la composante subjective des art. 14 al. 1 et 18 al. 1 CVIM

Impossibilité d'y déroger Pour pouvoir s'écarter du droit dispositif au sens de l'art. 6 CVIM, les parties doivent en avoir la *volonté*²¹⁶¹. Or la composante subjective découlant des art. 14 al. 1 et 18 al. 1 CVIM est la *volonté* d'être lié²¹⁶². Pour « déroger » à cette exigence au moyen de l'art. 6 CVIM, il faudrait ainsi vouloir conclure un contrat sans vouloir être lié par ce contrat, ce qui est antinomique. De fait, il est impossible de déroger à la composante subjective découlant des art. 14 al. 1 et 18 al. 1 CVIM ; on peut qualifier celle-ci d'exigence absolue, c'est-à-dire valant en toute hypothèse²¹⁶³. L'accord des parties doit donc toujours s'étendre à tous les points qui étaient subjectivement essentiels pour l'une ou l'autre d'entre elles²¹⁶⁴.

1481

2159 FF 1989 I pp. 709 ss, p. 735 ; LG Neubrandenburg 10 O 74/04 (03.08.2005) [de], consid. III/3a/aa = CISG-online n° 1190 ; ACHILLES, art. 55 CVIM, n° 2 ; Kröll *et alii*-BUTLER/HARINDRANATH, art. 55 CVIM, n° 5 ; Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, nos 14, 37 ; Kröll *et alii*-FERRARI, art. 14 CVIM, n° 28 ; HONNOLD/FLECHTNER, nos 74, 137.6 ; KRAMER, *Konsensprobleme*, p. 544 ; SHK-LERCH/RUSCH, art. 55 CVIM, n° 2 ; LOOKOFISKY, p. 47 ; Staudinger-MAGNUS, § 14 CVIM, nos 3, 33 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, nos 7, 16 ; PILTZ, § 3 n° 26 ; ROTH/KUNZ, pp. 18, 20 ; Bamberger/Roth-SAENGER, § 14 CVIM, n° 5 ; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, n° 248 ; Schwenzler-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 6 ; STOFFEL, *Formation*, pp. 63-64 ; Witz *et alii*-WITZ, art. 14 CVIM, nos 13, 35. BYDLINSKI, *UN-Kaufrecht*, p. 63, considère par contre que l'art. 55 CVIM n'entre en jeu qu'en cas d'application de l'art. 92 CVIM (à ce sujet, cf. *infra* n° 1492), sans mentionner la possibilité d'une dérogation par le biais de l'art. 6 CVIM.

2160 Admis par la jurisprudence et la doctrine majoritaire : OGH 20b58/97m (20.03.1997) = CISG-online n° 269 ; Honsell-DORNIS, art. 19 CVIM, n° 11 ; KAROLLUS, p. 70 ; LOOKOFISKY, p. 54 ; Staudinger-MAGNUS, § 19 CVIM, n° 16 ; Kröll *et alii*-FERRARI, art. 19 CVIM, n° 10 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 19 CVIM, nos 3-4 ; PILTZ, § 3 n° 87-90 ; Bamberger/Roth-SAENGER, § 19 CVIM, n° 5 ; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, n° 279 ; Schlechtriem/Schwenzler-SCHROETER, art. 19 CVIM, n° 8b ; Schwenzler-SCHROETER, art. 19 CVIM, n° 15 ; Witz *et alii*-WITZ, art. 19 CVIM, n° 4 ; *contra* MünK-GRUBER, § 19 CVIM, n° 7 ; HERBER/CZERWENKA, art. 19 CVIM, n° 11.

2161 Schlechtriem/Schwenzler-FERRARI, art. 6 CVIM, nos 15, 18, 33 ; SHK-MANNER/SCHMITT, art. 6 CVIM, nos 2, 7 ; Kröll *et alii*-MISTELIS, art. 6 CVIM, n° 15 ; Honsell-SIEHR, art. 6 CVIM, n° 2.

2162 *Supra* n° 1469.

2163 Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, n° 24 ; Kröll *et alii*-FERRARI, art. 14 CVIM, n° 1, note n° 1 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n° 4 ; Schwenzler-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 25.

2164 Sur le lien entre volonté d'être lié et points subjectivement essentiels dans la CVIM, cf. *supra* n° 1470 ; en général, cf. *supra* n° 446.

C. Portée de la composante objective de l'art. 14 al. 1 CVIM

- 1482 **Possibilité d'y déroger** Par contraste avec la composante subjective, il est possible de vouloir être lié par un contrat ne rendant pas tous les points objectivement essentiels déterminables. Ainsi, il est en principe possible de déroger par le biais de l'art. 6 CVIM à l'exigence objective contenue dans l'art. 14 al. 1 CVIM²¹⁶⁵.
- 1483 L'offre de dérogation peut intervenir de manière expresse (par exemple le pollicitant indique qu'il « se considère comme lié » par une proposition qui ne rend pas déterminable le prix ou la quantité) ou de manière implicite, lorsque les circonstances indiquent que l'offrant voulait être lié malgré l'absence de déterminabilité de l'un des *essentialia negotii*²¹⁶⁶. À cet égard, tout est question d'interprétation de la volonté d'être lié (art. 8 CVIM)²¹⁶⁷. L'exécution sans réserve du contrat peut par exemple constituer un indice de la volonté d'être lié²¹⁶⁸. En outre, plus l'objet du contrat est indéterminable sur des points importants, et plus les points indéterminables sont nombreux, plus l'on peut douter de la volonté des parties d'être engagées²¹⁶⁹.
- 1484 Lorsque suite à une telle offre, il y a acceptation, le contrat est conclu malgré l'absence d'accord sur un point objectivement essentiel. Les parties ont alors

²¹⁶⁵ *Supra* n° note 2159.

²¹⁶⁶ Pour savoir s'il y a offre et acceptation de déroger à la CVIM (ou de l'exclure totalement), certains auteurs appliquent les art. 14-24 CVIM (Schlechtriem/Schwenzer-FERRARI, art. 6 CVIM, n° 13; Staudinger-MAGNUS, § 6 CVIM, n° 10; Bamberger/Roth-SAENGER, § 6 CVIM, n° 2), tandis que d'autres appliquent le droit national désigné par les règles du droit international privé (Kröll et alii-MISTELIS, art. 6 CVIM, n° 10; Honsell-SIEHR, art. 6 CVIM, n° 4). Pour un exposé détaillé des différentes opinions à ce sujet : Schwenger-SCHROETER, Rem. prélim. art. 14-24 CVIM, nos 29-30.

²¹⁶⁷ *Supra* n° 1469.

²¹⁶⁸ TCom AG OR.96.00013 (26.09.1997) = CISG-online n° 329; Schlechtriem/Schwenzer-SCHMIDT-KESSEL, art. 8 CVIM, n° 51; MünK-GRUBER, § 14 CVIM, n° 17; Staudinger-MAGNUS, § 14 CVIM, n° 33; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n° 16; Schlechtriem/Schwenzer-MOHS, art. 55 CVIM, n° 6; dans le même sens : Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, n° 14. Contrairement à ce que retient une partie de la doctrine (BUCHER, *Preisvereinbarung*, p. 399; cf. aussi SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n° 17; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 22), ce n'est pas une condition d'application de l'art. 55 CVIM.

²¹⁶⁹ En droit interne, cf. *supra* nos 767 ss. Dans la même direction à propos de la CVIM : FF 1989 I pp. 709 ss, p. 735; Bianca/Bonell-EÖRSI, art. 14 CVIM, n° 2.2.3 *in fine*; KAHN, p. 964; PILTZ, § 3 n° 31; SONO, p. 119.

modifié (art. 6 CVIM), au moins par actes concluants, l'exigence de « détermination suffisante » posée à l'art. 14 al. 1, 2^e phrase CVIM.

Pour examiner cette hypothèse plus en détail et la confronter à la doctrine et à la jurisprudence, il faut distinguer le prix²¹⁷⁰ et les autres *essentialia negotii* décrits par l'art. 14 al. 1, 2^e phrase CVIM, à savoir la désignation et la quantité des marchandises²¹⁷¹.

a) Quant au prix : rapport avec l'art. 55 CVIM

Rapport entre les art. 14 et 55 CVIM La détermination du prix dans la CVIM fait l'objet de deux normes distinctes : les art. 14 al. 1 et 55 CVIM. Leur relation a fait l'objet de nombreux développements en raison d'une apparente contradiction²¹⁷² : d'après l'art. 14 al. 1 CVIM, le prix doit être déterminé ou déterminable pour qu'il y ait une offre, tandis que l'art. 55 CVIM s'applique si le contrat a été « valablement [conclu] sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer » (« *Where a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price* »).

Pas de contradiction réelle vu l'art. 6 CVIM En réalité, on peut douter de leur véritable contradiction. En admettant que les marchandises et leur quantité soient déterminables en vertu de la proposition de contracter²¹⁷³ :

- Soit le prix est au moins déterminable, et la proposition de contracter est en principe une offre (art. 14 al. 1 CVIM)²¹⁷⁴. Parfois, on peut démontrer que les parties se sont référées par actes concluants aux critères de l'art. 55 CVIM ; dans cette hypothèse, il y a accord sur le

2170 *Infra* n^{os} 1486 ss.

2171 *Infra* n^{os} 1498 ss.

2172 Off. Rec., pp. 275-277, 363-366 ; FF 1989 I pp. 709 ss, p. 735 ; BYDLINSKI, *UN-Kaufrecht*, pp. 62-63 ; MünK-GRUBER, § 14 CVIM, n^o 22 ; KRAMER, *Konsensprobleme*, pp. 542-543 ; Schlechtriem/Schwenzer-MoHS, art. 55 CVIM, n^o 3 ; NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n^o 10 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n^o 14 ; Bamberger/Roth-SAENGER, § 14 CVIM, n^o 5 ; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, n^{os} 245, 518 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n^{os} 17-19 ; Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n^{os} 18-24 ; TERCIER/BIERI/CARRON, n^{os} 1325-1326 ; Witz *et alii*-WITZ, art. 14 CVIM, n^{os} 8-16.

2173 Sur l'hypothèse où ces autres points ne sont pas déterminables, cf. *infra* n^{os} 1498 ss.

2174 Kröll *et alii*-BUTLER/HARINDRANATH, art. 55 CVIM, n^o 4 ; KRAMER, *Konsensprobleme*, pp. 543-544 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n^o 20.

prix au sens de l'art. 14 al. 1 CVIM²¹⁷⁵. L'interprétation peut toutefois montrer que l'offrant ne souhaitait pas être lié, par exemple parce qu'il a formulé sa proposition « sans engagement »²¹⁷⁶ ou parce qu'il ressortait des circonstances qu'il voulait encore trouver un accord sur un autre point du contrat pour qu'il se considère comme lié²¹⁷⁷.

1489

- Soit le prix n'est pas déterminable, et la proposition de contracter n'est en principe pas une offre (art. 14 al. 1 CVIM). L'interprétation de la volonté d'être lié peut toutefois montrer que l'offrant souhaitait être lié malgré cette absence de déterminabilité du prix²¹⁷⁸. Cas échéant, il y a dérogation à l'art. 14 al. 1 CVIM (art. 6 CVIM) par actes concluants²¹⁷⁹. Le complètement du contrat intervient alors en vertu de l'art. 55 CVIM : si rien n'indique le contraire, le « prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables » (« *price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned* ») est applicable²¹⁸⁰ ; à défaut d'un tel prix, les règles générales du complètement sont applicables et une expertise peut notamment contribuer au complètement du contrat²¹⁸¹.

2175 LG Neubrandenburg 10 O 74/04 (03.08.2005) [de], consid. III/2c = CISG-online n° 1190 ; dans le même sens : Bamberger/Roth-SAENGER, § 14 CVIM, n° 5.

2176 Kröll *et alii*-FERRARI, art. 14 CVIM, n° 14 ; NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n° 3 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 18 CVIM, n° 5 ; Bamberger/Roth-SAENGER, § 14 CVIM, n° 6 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 25.

2177 *Supra* n° 1470.

2178 PTArr St-Gall 3PZ 97/18 (03.07.1997), consid. 5 = CISG-online n° 336 ; Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, n° 23 ; Kröll *et alii*-FERRARI, art. 14 CVIM, n°s 35-36 ; MünK-GRUBER, § 14 CVIM, n° 17 ; KAROLLUS, p. 62 ; Staudinger-MAGNUS, § 14 CVIM, n° 33 ; Schlechtriem/Schwenzer-MOHS, art. 55 CVIM, n° 5 ; NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n° 11 *in fine* ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n°s 16-17 ; PILTZ, § 3 n°s 26-27 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 21 ; STOFFEL, *Formation*, p. 63.

2179 HUBER, *UNCITRAL-Entwurf*, p. 439 ; KRAMER, *Konsensprobleme*, p. 544 (cf. toutefois aussi p. 545) ; Schlechtriem/Schwenzer-MOHS, art. 55 CVIM, n°s 5, 7 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 21 ; Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 23 ; STOFFEL, *Formation*, pp. 63-64 ; *contra* Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, n° 14.

2180 Sur le prix au sens de l'art. 55 CVIM, cf. notamment Schlechtriem/Schwenzer-MOHS, art. 55 CVIM, n°s 14-16 ; NEUMAYER/MING, art. 55 CVIM, n° 2 ; SHK-LERCH/RUSCH, art. 55 CVIM, n° 4.

2181 Kröll *et alii*-BUTLER/HARINDRANATH, art. 55 CVIM, n° 8 ; Schlechtriem/Schwenzer-MOHS, art. 55 CVIM, n° 17 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n° 17 ; dans la même direction : Staudinger-MAGNUS, § 55 CVIM, n° 9 ; *contra* Legfelsobb Bíróság [Cour suprême hongroise] Gf.I. 31 349/1992/9 (25.09.1992) [hu], trad. CISG-online n° 63 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 22. Sur le régime du complètement des contrats dans la CVIM, cf. *infra* n°s 1501 ss.

- Le prix ne peut qu'être déterminable ou indéterminable – *tertium non datur*. 1490

Ainsi, la possibilité de déroger à l'art. 14 CVIM par le biais de l'art. 6 CVIM permet d'expliquer l'absence de contradiction véritable entre les art. 14 al. 1 et 55 CVIM²¹⁸². 1491

On peut également mentionner *pro memoria* l'art. 92 CVIM, qui permet notamment aux États contractants de déclarer qu'ils ne sont pas liés par la partie II de la Convention (art. 14-24 CVIM) ; dans cette hypothèse, l'art. 55 CVIM s'applique en tous les cas puisque l'art. 14 CVIM ne vaut alors pas²¹⁸³. Toutefois, l'art. 92 CVIM n'est aujourd'hui plus appliqué car les pays scandinaves qui en avaient fait usage ont retiré leurs déclarations respectives entre 2011 et 2014²¹⁸⁴. 1492

Pas d'espace résiduel pour la contradiction Certains auteurs considèrent que malgré la possibilité de déroger à l'art. 14 CVIM au moyen de l'art. 6 CVIM, il resterait un espace de contradiction « fort restreint » entre les art. 14 al. 1 et 55 CVIM ; cela procède de l'idée que vouloir s'engager sans accord sur le prix n'équivaudrait pas à une dérogation « tacite » (par actes concluants) à l'art. 14 al. 1, 2^e phrase CVIM²¹⁸⁵. Pourtant, les parties n'ont pas besoin d'avoir conscience de s'écarter de l'art. 14 CVIM pour le faire : il leur suffit de vouloir être engagées selon d'autres modalités, ce qui indique suffisamment leur intention de déroger par actes concluants à l'art. 14 CVIM²¹⁸⁶. 1493

2182 Retenant également qu'il n'y a pas de contradiction véritable entre les art. 14 et 55 CVIM : FF 1989 I pp. 709 ss, p. 735 ; Kröll *et alii*-FERRARI, art. 14 CVIM, n° 33 ; SHK-LERCH/RUSCH, art. 55 CVIM, n° 2 ; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n° 14 ; dans le même sens : Bamberger/Roth-SAENGER, § 14 CVIM, n° 5.

2183 ACHILLES, art. 55 CVIM, n° 2 ; BYDLINSKI, *UN-Kaufrecht*, p. 63 ; Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, n° 23 ; Kröll *et alii*-FERRARI, art. 14 CVIM, n° 34 ; SHK-LERCH/RUSCH, art. 55 CVIM, n° 2 ; Schlechtriem/Schwenzer-MOHS, art. 55 CVIM, n° 9 ; Bamberger/Roth-SAENGER, § 14 CVIM, n° 5 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, Rem. prélim. art. 14 CVIM, nos 44-45 ; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 20.

2184 État des traités – CVIM, URL : <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20X/X-10.en.pdf>, dern. consult. le 18 mars 2017.

2185 KRAMER, *Konsensprobleme*, p. 545 ; cf. aussi Witz *et alii*-WITZ, art. 14 CVIM, n° 13 ; dans le même sens : MünK-GRUBER, § 14 CVIM, n° 24 ; Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 24.

2186 Sur l'intention de déroger par actes concluants (« tacitement », selon la terminologie employée dans la Convention) à la CVIM : Honsell-SIEHR, art. 6 CVIM, nos 6-7 ; SHK-MANNER/SCHMITT, art. 6 CVIM, n° 2 ; NEUMAYER/MING, art. 6 CVIM, n° 3.

- 1494 En ce domaine, tout est donc question d'interprétation des volontés de s'engager, qui peuvent cas échéant impliquer une dérogation à l'art. 14 CVIM et l'application de l'art. 55 CVIM.
- 1495 **Validité et droit national ?** En outre, certaines sources considèrent que la contradiction apparente entre les art. 14 al. 1 CVIM et l'art. 55 CVIM pourrait être résolue par un recours au droit national applicable en vertu du droit international privé (cf. art. 7 al. 2 CVIM)²¹⁸⁷. Dans cette optique, la possibilité de conclure un contrat de vente sans que le prix ne soit déterminable est considérée comme une question de validité, à laquelle la CVIM ne s'appliquerait donc pas (art. 4 let. a CVIM).
- 1496 Cette conception doit être rejetée²¹⁸⁸. **a)** Comme toute notion figurant dans la CVIM, la « validité du contrat » au sens de l'art. 4 let. a CVIM doit être interprétée de manière autonome (art. 7 al. 1 CVIM)²¹⁸⁹. **b)** Dans la CVIM, l'étendue minimale de l'accord n'est pas traitée comme une question de validité du contrat, mais comme une question relative à sa conclusion (art. 14 al. 1 CVIM)²¹⁹⁰. **c)** D'ailleurs, la CVIM règle la détermination du prix de manière exhaustive²¹⁹¹. **d)** Même si l'on devait compléter la CVIM quant à l'étendue minimale de l'accord, il faudrait partir des principes de liberté contractuelle et de *favor negotii* contenus dans la CVIM (art. 7 al. 2 CVIM) plutôt que se référer directement au droit national²¹⁹².
- 1497 **Conclusion d'un contrat sans offre ni acceptation ?** La doctrine relative à la CVIM indique souvent que les parties peuvent conclure des contrats par un autre moyen que l'échange d'une offre et d'une acceptation, notamment dans les cas de signatures simultanément apposées, de négociation longue dans laquelle on ne parviendrait pas à identifier une offre et une acceptation, ou encore dans l'hypothèse d'offres croisées identiques²¹⁹³. Certaines sources

²¹⁸⁷ FF 1989 I pp. 709 ss, p. 735 ; AUDIT, p. 60 ; Kröll et alii-BUTLER/HARINDRANATH, art. 55 CVIM, n° 5 ; EBENROTH, pp. 685-686 ; KAHN, p. 980 ; NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n° 11 *in fine*.

²¹⁸⁸ Du même avis : Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, n° 23 ; Kröll et alii-FERRARI, art. 14 CVIM, n° 35 ; HERBER/CZERWENKA, art. 14 CVIM, n° 6 ; Staudinger-MAGNUS, § 14 CVIM, n° 34 ; Schlechtriem/Schwenzer-MOHS, art. 55 CVIM, n° 11 ; PILTZ, § 3 n° 28 ; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, n° 156 ; Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 24 ; STOFFEL, *Formation*, p. 63 ; nuancé : KRAMER, *Konsensprobleme*, pp. 540-541.

²¹⁸⁹ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, n°s 116-117. Sur l'interprétation autonome de la CVIM, cf. *supra* n°s 1460 ss.

²¹⁹⁰ Dans ce sens : KRAMER, *Konsensprobleme*, pp. 540-541 ; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, n° 116.

²¹⁹¹ Staudinger-MAGNUS, § 14 CVIM, n° 34 ; PILTZ, § 3 n° 28 ; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, n°s 156, 242.

²¹⁹² KRAMER, *Konsensprobleme*, pp. 545-546.

²¹⁹³ OLG Munich 7 U 5460/94 (08.03.1995), consid. II/2 = CISG-online n° 145 ; BYDLINSKI, *UN-Kaufrecht*, pp. 60-61 ; HONNOLD/FLECHTNER, n° 137.5 ; SHK-LERCH/RUSCH, art. 55 CVIM,

indiquent que dans ces cas, l'art. 14 CVIM ne s'appliquerait pas et que ces situations seraient ainsi directement soumises à l'art. 55 CVIM²¹⁹⁴. Nous nous rattachons à l'opinion inverse²¹⁹⁵ : bien que les art. 14-24 CVIM soient conçus sur le modèle des manifestations de volonté distinctes et successives (offre suivie d'une acceptation), il est justifié d'y soumettre *mutatis mutandis* toute autre forme de manifestation de volonté visant à la conclusion d'un contrat au sens de la CVIM. Par exemple, il faut rechercher par interprétation si les parties ont la volonté d'être liées (art. 14 al. 1 CVIM), tout comme lorsque l'offre et l'acceptation sont bien distinguables²¹⁹⁶. Ainsi, ces hypothèses ne constituent pas un champ d'application spécifique de l'art. 55 CVIM ; bien plutôt, elles suivent le régime général précédemment esquissé²¹⁹⁷.

b) Quant aux autres points mentionnés à l'art. 14 al. 1, 2^e phrase CVIM

Controverse ; arguments La possibilité de conclure un contrat malgré l'absence d'accord sur un autre point objectivement essentiel que le prix (désignation des marchandises et de leur quantité, art. 14 al. 1, 2^e phrase CVIM) est controversée²¹⁹⁸. Deux arguments s'opposent à cet égard :

1498

n° 2 ; Staudinger-MAGNUS, Rem. pré. § 14 CVIM, n° 5 ; Staudinger-MAGNUS, § 14 CVIM, n° 34 ; Staudinger-MAGNUS, § 55 CVIM, n° 5 ; Schlechtriem/Schwenger-MoHS, art. 55 CVIM, n° 7 ; Schlechtriem/Schwenger-SCHROETER, Rem. pré. art. 14 CVIM, n° 15.

2194 Kröll et *alii*-FERRARI, art. 14 CVIM, n° 33 ; SHK-LERCH/RUSCH, art. 55 CVIM, n° 2 ; Schlechtriem/Schwenger-MoHS, art. 55 CVIM, n° 7 ; Schlechtriem/Schwenger-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 21.

2195 OLG Munich 7 U 5460/94 (08.03.1995), consid. II/2 = CISG-online n° 145 ; BYDLINSKI, *UN-Kaufrecht*, p. 61 ; Staudinger-MAGNUS, § 14 CVIM, n° 34 ; Schlechtriem/Schwenger-SCHROETER, Rem. pré. art. 14 CVIM, n° 24.

2196 Dans ce sens : Off. Rec., p. 21, n° 6 ; Schlechtriem/Schwenger-SCHROETER, Rem. pré. art. 14 CVIM, n° 24.

2197 *Supra* n°s 1487 ss.

2198 Admis par Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, n° 14 ; MünK-GRUBER, § 14 CVIM, n°s 16-17 ; HONNOLD/FLECHTNER, n°s 133-134, 137.6 ; Schwenger-SCHROETER, art. 14 CVIM, n° 6 ; dans la même direction : CORBISIER, pp. 827-831 ; KAHN, p. 964 ; KAROLLUS, p. 62 ; *contra* NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n°s 4, 11 *in fine* ; ROTH/KUNZ, p. 20 ; STOFFEL, *Formation*, p. 62 ; Witz et *alii*-WITZ, art. 14 CVIM, n°s 27-28, 32-33, 55 (mais réservant tout de même le cas du contrat complètement exécuté, n° 57). La problématique n'est pas toujours évoquée, d'une part en raison de la plus grande importance théorique et pratique des questions touchant à la détermination du prix (*supra* n°s 1486 ss), mais également parce que l'on considère parfois le cas d'une quantité de marchandises laissée ouverte lors de la conclusion du contrat comme l'aménagement implicite d'un droit de déterminer les quantités au fur et à mesure (ROTH/KUNZ, p. 20).

- 1499 – D'une part, la liberté contractuelle (art. 6 CVIM) implique que les parties peuvent déroger à l'art. 14 CVIM²¹⁹⁹. Les parties devraient donc par exemple être libres de s'engager malgré que la quantité des marchandises ne soit pas déterminable.
- 1500 – D'un autre côté, se pose la question du complètement judiciaire d'un tel contrat. Alors l'art. 55 CVIM donne un critère de détermination du prix (prix « habituel »), le juge serait dépourvu de moyens de compléter le contrat s'agissant de la marchandise vendue et de sa quantité²²⁰⁰. Cet argument appelle quelques développements sur le complètement des contrats dans la CVIM.
- 1501 **Complètement des contrats dans la CVIM** En premier lieu : le champ d'application du complètement des contrats dans la CVIM est restreint par l'art. 19 CVIM²²⁰¹. En effet, si l'offrant ou l'acceptant s'est prononcé quant à un point n'étant pas énuméré par l'art. 19 al. 3 CVIM et à défaut d'accord quant à ce point, il y aura soit **a**) absence de contrat (et donc absence de complètement), si l'offrant a refusé les modifications sans retard injustifié (art. 19 al. 2 CVIM), soit **b**) conclusion du contrat avec modifications du point en cause dans le sens de l'acceptation, si l'offrant n'a pas refusé les modifications ou s'il l'a fait tardivement (art. 19 al. 2 *in fine* CVIM). Dans les deux cas : il n'y a pas de lacune, donc pas de complètement.
- 1502 La CVIM ne contient pas de disposition traitant du complètement judiciaire des contrats²²⁰² – l'art. 8 CVIM concerne l'interprétation des contrats et non leur complètement, tandis que l'art. 7 al. 2 CVIM traite du complètement de la CVIM (« complètement de la loi ») et non du complètement des contrats qui lui sont soumis. Dans ce contexte, certaines sources considèrent qu'il faudrait s'en remettre sur ce point au droit national applicable d'après les règles du droit international privé (art. 7 al. 2 *in fine* CVIM)²²⁰³. Nous nous

2199 *Supra* n° 1480.

2200 LOOKOFISKY, p. 45, note n° 16; évoquant dans la même direction, la nécessité d'un contrat « exécutable » : SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n° 7 *in fine*; Schlechtriem/Schwenzer-SCHROETER, art. 14 CVIM, n°s 2-3, 21.

2201 Sur cette norme, cf. *supra* n°s 1473 ss.

2202 SHK-HURNI, art. 8 CVIM, n° 22; Schlechtriem/Schwenzer-SCHMIDT-KESSEL, art. 8 CVIM, n° 25.

2203 Schiedsgericht der Börse für Landwirtschaftliche Produkte, Vienne S2/97 (10.12.1997) [de], consid. IX/8 = CISG-online n° 351; FF 1989 I pp. 709 ss, p. 742; Kröll et *alii*-BUTLER/HARINDRANATH, art. 55 CVIM, n° 8.

rattachons à l'opinion contraire, selon laquelle le complètement judiciaire des contrats est possible en vertu de la CVIM²²⁰⁴.

Faute de disposition supplétive spéciale (par exemple art. 55 CVIM quant au prix de vente), on se réfère alors aux usages du commerce international que les parties connaissaient ou qu'elles auraient dû connaître (art. 9 al. 2 CVIM)²²⁰⁵. À défaut d'usages commerciaux au sens de l'art. 9 al. 2 CVIM, la pouvoir juridictionnel de compléter le contrat découle des principes généraux de la CVIM (art. 7 al. 2 CVIM)²²⁰⁶. Parmi ces principes figurent la liberté contractuelle et le principe *favor negotii*²²⁰⁷, qui commandent justement le complètement des contrats²²⁰⁸. Vu le principe de la liberté contractuelle, le juge complétant un contrat en vertu de la CVIM devrait s'attacher à rechercher la volonté hypothétique des parties²²⁰⁹. Pour ce faire, il faut tenir compte du principe de la bonne foi (art. 7 al. 1 CVIM) et chercher des solutions raisonnables (art. 33 let. c p. an. et 60 let. a p. an. CVIM), tout en considérant l'ensemble des circonstances du cas d'espèce²²¹⁰. S'agissant de compléter le contrat quant aux marchandises vendues, on peut par exemple se référer aux besoins reconnaissables de l'acheteur et à l'assortiment ainsi qu'aux capacités de livraison reconnaissables du vendeur²²¹¹.

1503

Dans tous les cas, la possibilité de compléter le contrat n'existe que si les parties avaient la volonté de le conclure, ce qui se détermine par interprétation,

1504

2204 SHK-HURNI, art. 8 CVIM, n° 22; Schlechtriem/Schwenzer-SCHMIDT-KESSEL, art. 8 CVIM, n° 26; dans le même sens à propos du prix : KRAMER, *Konsensprobleme*, pp. 545-546.

2205 Sur cette norme, cf. notamment BYDLINSKI, *UN-Kaufrecht*, pp. 76-77; SHK-HURNI, art. 9 CVIM, n° 4; Staudinger-MAGNUS, § 9 CVIM, n°s 16-30; NEUMAYER/MING, art. 9 CVIM, n°s 3-7; Schlechtriem/Schwenzer-SCHMIDT-KESSEL, art. 9 CVIM, n°s 11 ss.

2206 Sur le comblement des lacunes de la CVIM (à ne pas confondre avec le comblement des lacunes des contrats soumis à la CVIM) : Schlechtriem/Schwenzer-FERRARI, art. 7 CVIM, n°s 41-56; NEUMAYER/MING, art. 7 CVIM, n° 7; SHK-WAGNER, art. 7 CVIM, n°s 6-10.

2207 Schlechtriem/Schwenzer-FERRARI, art. 7 CVIM, n°s 48, 54; KRAMER, *Konsensprobleme*, pp. 545-546; SHK-WAGNER, art. 7 CVIM, n° 8.

2208 Sur le rapport entre le principe *favor negotii* et le complètement des contrats, cf. *supra* n°s 247 ss.

2209 BYDLINSKI, *UN-Kaufrecht*, p. 77; SHK-HURNI, art. 8 CVIM, n° 22; Schlechtriem/Schwenzer-SCHMIDT-KESSEL, art. 8 CVIM, n° 27.

2210 NAJORK, pp. 61, 75; dans le même sens : BYDLINSKI, *UN-Kaufrecht*, p. 77; SHK-HURNI, art. 8 CVIM, n° 22; dans la même direction : Kröll et *alii*-ZUPPI, art. 8 CVIM, n° 29; se référant au critère d'un « prix approprié » si le critère de l'art. 55 CVIM n'est pas applicable : Schlechtriem/Schwenzer-MOHS, art. 55 CVIM, n° 17; sur les raisonnements analogiques à propos de la CVIM : Schlechtriem/Schwenzer-FERRARI, art. 7 CVIM, n° 47; Kröll et *alii*-PERALES VISCASILLAS, art. 7 CVIM, n° 53; soulignant l'importance de la *reasonableness* et de la bonne foi dans les principes généraux de la CVIM : LOOKOFSKY, pp. 34-36.

2211 Se référant aux mêmes critères lorsque les parties ont trouvé un accord en ce sens : Off. Rec., p. 21, n° 12; Honsell-DORNIS, art. 14 CVIM, n° 21; NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n° 7; SHK-PFISTERER/KÖSTER, art. 14 CVIM, n° 12.

en tenant compte de l'étendue de l'accord en tant qu'élément d'interprétation²²¹².

- 1505 **Conclusion** Vu ce qui précède, il faut reconnaître la liberté des parties (art. 6 CVIM) de déroger à l'art. 14 al. 1, 2^e phrase CVIM également en ce qui concerne la désignation de la marchandise et des quantités vendues. Le fait que l'art. 55 CVIM ne concerne que le prix de vente n'a pas de réelle influence, car la norme générale qu'est l'art. 9 al. 2 CVIM renvoie à des critères similaires (habitudes dans la branche commerciale considérée) ; à défaut d'usages commerciaux, les règles générales de complètement évoquées ci-dessus permettront de trancher.

D. Portée de la composante objective de l'art. 19 al. 3 CVIM

- 1506 Pas plus que les *essentialia negotii* mentionnés à l'art. 14 al. 1, 2^e phrase CVIM, les points objectivement énumérés par l'art. 19 al. 3 CVIM²²¹³ ne font partie de l'étendue minimale de l'accord au sens de la CVIM. En effet, la présomption de l'art. 19 al. 3 CVIM est réfragable, c'est-à-dire que l'interprétation de la volonté de l'offrant peut montrer que celui-ci voulait s'engager malgré une acceptation divergeant sur l'un des points énumérés par l'art. 19 al. 3 CVIM²²¹⁴. En d'autres termes, tout comme pour l'art. 14 CVIM, la volonté des parties prime sur les présomptions instaurées par la CVIM ; cas échéant, il y a dérogation à art. 19 al. 3 CVIM par le jeu de l'art. 6 CVIM²²¹⁵.
- 1507 Si l'acceptation comporte une modification sur un point listé à l'art. 19 al. 3 CVIM, mais que l'on peut renverser la présomption qu'il s'agit d'une altération substantielle en démontrant la volonté de l'offrant d'être lié malgré cette modification, alors la modification comprise dans l'acceptation vaut comme s'il y avait eu accord à son sujet (art. 19 al. 2 *in fine* CVIM). Dans cette hypothèse, la question d'un complètement ne se pose donc pas²²¹⁶.

2212 *Supra* n° 1483.

2213 Sur l'art. 19 CVIM, cf. *supra* n°s 1473 ss.

2214 *Supra* n° note 2160.

2215 Sur l'art. 6 CVIM et les dérogations à l'art. 19 CIVM, cf. *supra* n° 1480.

2216 À ce sujet, cf. *supra* n°s 1473 ss et 1501 ss.

IV. Conclusion

Synthèse générale Vu la relation entre les art. 6 et 14-24 CVIM²²¹⁷, l'étendue minimale de l'accord dans la CVIM peut être ainsi décrite²²¹⁸ : les parties devant avoir la volonté d'être liées, elles doivent dans tous les cas trouver un accord sur tous les points subjectivement essentiels. En revanche, il n'est pas absolument nécessaire que les parties trouvent un accord sur tous les points objectivement essentiels de la vente (et *a foritori* sur les points énumérés à l'art. 19 al. 3 CVIM). L'accord sur ces points fait office d'élément d'interprétation de la volonté d'être lié. L'art. 14 al. 1, 2^e phrase CVIM exprime ainsi l'idée que les parties voudront en principe trouver un accord sur les points objectivement essentiels pour se considérer comme liées ; l'art. 6 CVIM permet toutefois aux parties de déroger à cette règle d'interprétation²²¹⁹. 1508

Comparaison avec le droit interne Rapportées à l'étendue minimale de l'accord selon la partie générale du CO (art. 1 et 2 CO), ces considérations montrent ce qui suit : 1509

1. L'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord²²²⁰ correspond à une interprétation assez répandue de la CVIM²²²¹. La possibilité de déroger aux art. 14-24 CVIM en vertu de la liberté contractuelle (art. 6 CVIM) est très largement reconnue, ce qui implique pour une partie de la doctrine qu'il faudrait reconnaître juridiquement la volonté des parties de s'engager malgré l'absence d'accord sur tous les points objectivement essentiels, parce que celles-ci sont les « maîtres de leurs manifestations de volonté »²²²². 1510

2217 *Supra* n° 1480.

2218 Comme nous l'avons vu, les exigences d'un accord sur le prix de vente ((*supra* n° note 2178)) ainsi que sur les marchandises et leur quantité ((*supra* n° note 2198)) sont toutefois controversées.

2219 HONNOLD/FLECHTNER, n°s 134-134, 137.6 ; KAROLLUS, p. 62 ; dans la même direction : SONO, pp. 119-120 ; dans le même sens quant au prix : NEUMAYER/MING, art. 14 CVIM, n° 11 ; reconnaissant le caractère dispositif de l'art. 14 CVIM tout en considérant les exigences objective et subjective prévues par cette norme comme indépendantes : MÜNCHGRUBER, § 14 CVIM, n° 7 ; LOOKOFKY, p. 45.

2220 *Supra* n°s 723 ss.

2221 Cf. notamment les références citées *supra* n° note 2178 et note 2198.

2222 Cf. l'expression « *Herr des Angebots* », employée à propos du pollicitant par KRAMER, *Konsumprobleme*, p. 544 ; et notamment reprise par Staudinger-MAGNUS, § 14 CVIM, n° 33.

- 1511 2. Les systèmes de la CVIM et du droit interne quant à l'étendue minimale
de l'accord sont relativement proches²²²³, puisqu'il existe des équiva-
lences fonctionnelles :
- 1512 (a) Entre l'art. 6 CVIM et l'art. 19 al. 1 CO, dans la mesure où
ces normes sont décrites comme consacrant la liberté contrac-
tuelle²²²⁴ ;
- 1513 (b) Entre l'art. 14 al. 1, 2^e phrase CVIM et les art. 2 al. 1 (interpréta-
tion de la volonté d'être lié eu égard à l'objet de l'accord)²²²⁵ et
184 al. 3 CO (degré de détermination à atteindre pour qu'il y ait
accord sur un point)²²²⁶ ;
- 1514 (c) Entre l'art. 55 CVIM et l'art. 212 al. 1 CO, qui prévoient tous deux
un mécanisme de complètement du prix de vente en fonction d'un
prix usuel²²²⁷ ;
- 1515 (d) Entre les critères de complètement des contrats dans la CVIM et
dans le régime du CO²²²⁸.
- 1516 Cela pose la question d'une interprétation des art. 1 et 2 CO dans le
sens de l'interprétation susmentionnée de la CVIM²²²⁹. Pour optimiser
la sécurité juridique, il faut tenter de trouver un régime dont le degré
de complexité est le plus possible adapté au contexte de la règle²²³⁰,
ce qui implique notamment d'harmoniser au maximum les régimes ju-
ridiques coexistants, dans la mesure où une raison suffisante ne s'op-
pose pas à cette harmonisation. Il semble que vu la proximité des ré-
gimes du CO et de la CVIM, on ne discerne pas de motif particulier qui
s'oppose à une interprétation harmonisante.

2223 Rappelons toutefois que la réglementation sise à l'art. 19 CVIM diverge du droit suisse, cf. *supra* n° 1479.

2224 En droit interne, cf. *supra* nos 336 ss ; dans la CVIM, cf. *supra* n° 1480.

2225 *Supra* nos 773 ss.

2226 *Supra* n° 185.

2227 Cf. la définition donnée par la jurisprudence et la doctrine relative à l'art. 212 al. 1 CO (*supra* n° 525). Dans ce sens également : FF 1989 I pp. 709 ss, pp. 735, 766.

2228 En droit interne, cf. *supra* nos 1071 ss ; dans la CVIM, cf. *supra* nos 1501 ss.

2229 On pourrait aussi considérer une harmonisation des régimes dans l'autre sens : interpréter la CVIM dans le sens de l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, qui domine le droit suisse. Toutefois, vu le principe de l'interprétation autonome de la CVIM (*supra* nos 1460 ss), il paraît plus sensé d'harmoniser l'interprétation du CO avec l'interprétation susmentionnée de la CVIM.

2230 *Supra* nos 409 s.

**Synthèse des
développements principaux et
conclusion générale**

§ 1. Synthèse de l'interprétation; appréciation d'ensemble

I. Synthèse de l'interprétation

Synthèse Nous pouvons désormais résumer les différents éléments d'interprétation examinés au sein de la seconde partie, dans le cadre des méthodes d'interprétation de la loi. Le résumé complet de l'ouvrage (et non seulement des éléments d'interprétation) figure après la conclusion générale²²³¹. 1517

Interprétation littérale La méthode d'interprétation littérale²²³² indique que les deux approches discutées de l'étendue minimale de l'accord sont en elles-mêmes compatibles avec le texte légal des art. 1 et 2 CO. L'exigence d'un accord sur tous les points subjectivement essentiels est directement rattachée au terme « volonté » (art. 1 al. 1 CO)²²³³. En revanche, la règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, c'est-à-dire l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels, ne trouve pas d'expression 1518

2231 Cf. *infra* pp. LX ss.

2232 *Supra* n^{os} 925 ss.

2233 *Supra* n^{os} 927 ss.

dans le texte légal²²³⁴. Dans cette mesure, l'approche 1 est plus éloignée du texte légal que l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord²²³⁵.

- 1519 **Interprétation historique** La méthode d'interprétation historique²²³⁶ a permis de mettre en lumière ce qui suit. Le législateur suisse s'est en particulier inspiré de l'art. 82 D. Entw. dans l'élaboration des normes préfigurant l'art. 2 CO²²³⁷. Pour autant, il ne semble pas avoir voulu reprendre la règle posée à l'art. 52 D. Entw., qui correspondait à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord²²³⁸ :
- 1520 1. Les projets ultérieurs au *Dresdner Entwurf* montrent que l'accord sur tous les points objectivement essentiels n'était considéré que comme un signe de la volonté d'être lié, et non comme une condition rigide de l'existence du contrat, puisqu'elle est mentionnée à titre alternatif d'un autre signe de la volonté d'être lié, le début d'exécution du contrat²²³⁹.
- 1521 2. Par ailleurs, on ne peut pas considérer que l'approche 1 n'aurait pas été mentionnée dans les travaux préparatoires de l'aCO parce qu'elle aurait constitué une évidence pour les juristes de l'époque²²⁴⁰. Si l'approche 1 correspondait certes à l'opinion de certains pandectistes, de nombreuses autres sources historiques indiquent que l'accord sur les *essentialia negotii* n'était pas conçu comme une condition de l'existence de l'accord, mais uniquement comme indice de l'existence de volontés d'être liés et comme outil de qualification, servant notamment le complètement des contrats grâce aux *naturalia negotii*.
- 1522 Ainsi, le législateur suisse semble avoir considéré l'accord sur les points objectivement essentiels comme un signe de la volonté de conclure, plutôt que comme une condition absolue de l'existence de tout contrat, ce qui correspond à l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord plutôt qu'à l'approche 1²²⁴¹.

2234 *Supra* n° 935, 940 ss.

2235 *Supra* nos 959 s.

2236 *Supra* nos 961 ss.

2237 *Supra* nos 964 ss.

2238 *Supra* nos 978 ss.

2239 *Supra* nos 981 ss.

2240 *Supra* nos 990 ss.

2241 *Supra* nos 1005 s.

Interprétation systématique et téléologique Les méthodes d'interprétation systématique et téléologique impliquent principalement un examen de la liberté contractuelle et de la sécurité du droit²²⁴². À cet égard : 1523

1. Les parties peuvent, dans les faits, vouloir être liées sur moins que tous les points objectivement essentiels²²⁴³. L'approche 1 de l'éten- due minimale de l'accord implique donc, par rapport à l'approche 2, une limitation de la liberté contractuelle, puisque la règle exigeant un ac- cord sur tous les points objectivement essentiels revient à priver d'ef- fet juridique le libre exercice, par les parties, de leur volonté²²⁴⁴. Pour analyser la règle exigeant un accord sur tous les points objectivement essentiels, il faut donc rechercher ses justifications : 1524

(a) Parmi les motifs liés au fonctionnement de l'ordre juridique (in- térêt public) : 1525

i. *Manque de critères de complètemnt ?* Le juge dispose de nombreux points d'appui pour compléter les contrats sur des points objectivement essentiels : objet du contrat, caractéristiques des parties, buts et intérêts, circons- tances antérieures à la conclusion du contrat, pratiques ou usages socio-économiques, bonne foi et équité²²⁴⁵. Di- vers exemples montrent que le complètemnt est tout à fait possible sur des points objectivement essentiels²²⁴⁶. Par ailleurs, l'analyse des normes spéciales permettant le complètemnt sur des points qui entreraient dans les défi- nitions habituelles des points objectivement essentiels (art. 112 al. 2, 212 al. 1, 313, 314 al. 1, 320 al. 2, 322 al. 1, 374, 388 al. 1 et 2, 394 al. 3, 396 al. 1, 414, 418g al. 1 et 2, 472 al. 2 CO) montre que ces normes ne sont pas des exceptions qui seraient justifiées par un motif particulier, mais qu'au contraire elles expriment le principe général qu'un complètemnt sur les points objectivement essentiels est en soi possible²²⁴⁷. L'idée que le juge ne disposerait pas, dans les faits et dans le droit, de points d'appuis suffisants pour complé- ter un contrat sur des points objectivement essentiels n'est donc pas convaincante²²⁴⁸. 1526

2242 *Supra* n^{os} 1035 ss.

2243 *Supra* n^{os} 854 ss.

2244 *Supra* n^{os} 1047 ss.

2245 *Supra* n^{os} 1071 ss.

2246 *Supra* n^{os} 1108 ss.

2247 *Supra* n^{os} 1116 ss.

2248 *Supra* n^{os} 1139 ss.

1527

ii. *Temps judiciaire* ? D'un point de vue pratique, on peut considérer que dans l'approche 1, une partie sera parfois découragée d'ouvrir action dans la mesure où elle risque de se voir opposer l'inexistence du contrat pour cause de défaut d'accord sur des points objectivement essentiels ; toutefois de nombreux autres éléments permettent de douter que l'on puisse généraliser suffisamment cette hypothèse pour que le gain de temps judiciaire justifie l'adoption de l'approche 1²²⁴⁹. Lorsqu'une action est ouverte, on ne constate pas de différence majeure entre les deux approches quant au temps judiciaire passé à traiter l'affaire²²⁵⁰. D'un point de vue systématique et téléologique, il semble difficile de justifier l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels si on la compare avec des normes de l'ordre juridique suisse ayant pour but principal ou pour effet accessoire de décharger les tribunaux²²⁵¹. Globalement, le temps judiciaire passé au complètement des contrats sur des points objectivement essentiels ne semble pas suffisamment important pour justifier l'interdiction des contrats portant sur moins que tous les points objectivement essentiels (approche 1)²²⁵².

1528

(b) Parmi les motifs liés à la protection de la personnalité des parties, à la protection de leur liberté et à leur sécurité juridique²²⁵³ (intérêts privés) :

1529

i. *Risques d'erreurs du juge* ? Par « erreur du juge », on entend un écart entre la décision judiciaire et les attentes objectivisées des parties, attentes qui portent sur l'application d'une règle précise lorsqu'elle est connue de ses destinataires, et/ou sur la concrétisation, à l'échelle du cas particulier, des valeurs considérées comme justes par la société des justiciables²²⁵⁴. À titre général, l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels (approche 1) est une règle fermée qui n'est généralement pas connue de ses destinataires, et qui fait ouvertement abstraction des attentes objectivisées des parties en ma-

2249 *Supra* n^{os} 1144 ss.

2250 *Supra* n^{os} 1157 ss.

2251 *Supra* n^{os} 1183 ss.

2252 *Supra* n^o 1195.

2253 Rappel terminologique : nous adoptons une définition large de la notion de sécurité juridique ; à ce sujet, cf. *supra* n^o 406.

2254 *Supra* n^{os} 1206 ss.

tière contractuelle (respect de l'autonomie privée et bonne foi)²²⁵⁵ ; par contraste avec l'approche 2, elle présente donc un risque particulier d'erreur du juge²²⁵⁶. Plus précisément :

A. Dans les cas où les approches mènent aux mêmes résultats, les risques spécifiques qu'elles présentent tendent à se compenser (lorsque tous les points objectivement essentiels ne sont pas subjectivement essentiels : si le contrat est inexistant, l'approche 1 semble diminuer le risque d'erreur, mais si le contrat est existant, l'approche 2 semble diminuer le risque d'erreur)²²⁵⁷. 1530

B. Dans les cas où les approches mènent à des résultats différents, l'approche 1 réalise le risque d'un écart avec les attentes objectivisées des parties, puisque le juge doit alors faire abstraction de leurs volontés d'être liées en dépit de leurs attentes. Ce risque se manifeste en particulier lorsqu'une partie change d'avis après avoir manifesté sa volonté d'être liée sur moins que tous les points objectivement essentiels ; dans certaines hypothèses, on peut envisager que risque soit partiellement compensé par la responsabilité précontractuelle ou l'enrichissement illégitime. Ce risque ne peut pas être maîtrisé à l'avance par les parties²²⁵⁸. L'approche 2, quant à elle, implique le risque d'une erreur du juge dans le complètement du contrat sur des points objectivement essentiels, mais ce risque n'est autre que le risque général inhérent à tout complètement judiciaire ; le fait que le complètement porte sur des points objectivement essentiels ne renforce pas ce risque, qui peut par ailleurs être maîtrisé par les parties²²⁵⁹. 1531

En outre, deux autres arguments viennent appuyer l'idée que le complètement judiciaire sur des points objectivement essentiels ne pose pas de véritable problème pour la liberté et la sécurité des parties : 1532

A. En droit positif, il est admis que les parties puissent demander à un tiers privé de déterminer n'importe quel point de leur contrat, même objectivement essentiel, 1533

2255 *Supra* n^{os} 1235 ss et 1251 ss.

2256 *Supra* n^o 1257.

2257 *Supra* n^{os} 1267 ss.

2258 *Supra* n^{os} 1274 ss.

2259 *Supra* n^{os} 1306 ss.

malgré que la décision de ce tiers n'offre que des garanties formelles et matérielles restreintes aux parties quant à la détermination du point en cause. *A maiore ad minus*, la décision d'un juge étatique présentant des garanties bien plus étendues, celle-ci devrait être admissible au regard de la liberté et de la sécurité des parties²²⁶⁰.

1534

B. La doctrine applique en droit suisse les §§ 315-319 BGB à la détermination unilatérale des points du contrat (y compris les points objectivement essentiels) par une partie ou par un tiers. Or dans ce contexte, le juge peut déjà être appelé à intervenir pour déterminer les points du contrat (§ 315 al. 3 BGB, § 319 al. 1 BGB) ; il n'y a pas de différence matérielle véritable entre la détermination judiciaire des points objectivement essentiels dans ce contexte et un complètement judiciaire sur ces mêmes points dans le contexte de l'approche 2²²⁶¹.

1535

Vu ces éléments, il semble difficile de justifier l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels par l'idée qu'à défaut, la liberté et la sécurité des parties seraient menacées par l'activité judiciaire²²⁶².

1536

ii. *Risque d'un déséquilibre entre les parties ?* L'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels ne peut pas être justifiée par l'idée qu'elle permettrait d'éviter des déséquilibres entre les parties ou qu'il faudrait protéger la liberté d'une partie contre celle de l'autre²²⁶³. En particulier, les conditions d'application de l'art. 27 CC ne sont pas remplies dans les exemples que nous avons donné.

1537

2. La limitation de la liberté contractuelle consubstantielle à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord n'est donc pas justifiée par un motif suffisant. En particulier, sous l'angle de l'art. 36 al. 3 Cst., les motifs étudiés ne sont ni aptes, ni nécessaires, ni proportionnels au sens étroit pour atteindre les buts visés²²⁶⁴.

2260 *Supra* n^{os} 1320 ss.

2261 *Supra* n^{os} 1329 ss.

2262 *Supra* n^o 1335.

2263 *Supra* n^{os} 1336 ss.

2264 *Supra* n^{os} 1354 ss.

- D'autres éléments que la liberté contractuelle et la sécurité du droit doivent être pris en compte dans la méthode d'interprétation systématique : 1538
1. L'art. 7 CO semble neutre dans l'interprétation de l'étendue minimale de l'accord²²⁶⁵. 1539
 2. La possibilité de compléter des contrats en cas de *nullité partielle* sur un point objectivement essentiel, admise à des degrés divers par la jurisprudence et la doctrine, indique également que la possibilité d'un tel complètement ne comporte pas des désavantages tels qu'il faudrait restreindre la liberté contractuelle des parties de conclure des contrats portant sur moins que tous les points objectivement essentiels²²⁶⁶. 1540
 3. L'adoption de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord aurait pour conséquence de modifier l'étendue minimale de la forme constitutive (art. 16 CO)²²⁶⁷ et du précontrat (art. 22 CO)²²⁶⁸. 1541
 4. L'étendue minimale de l'accord dans la CVIM est interprétée d'une façon similaire à l'approche 2 en droit interne. S'agissant du prix de vente, la possibilité de déroger à l'art. 14 al. 1 CVIM par le biais de l'art. 6 CVIM est presque unanimement admise²²⁶⁹ ; s'agissant de la désignation des marchandises et de leur quantité, cette possibilité est plus controversée, mais reste admise par une partie conséquente de la doctrine, avec des arguments convaincants²²⁷⁰. 1542
- Conclusion intermédiaire** La conjonction de ces différents éléments d'interprétation indique que l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord devrait être préférée à l'approche 1. À ce stade, on doit donc considérer que l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat puisse être conclu devrait être abandonnée. 1543

2265 *Supra* n^{os} 1365 ss.

2266 *Supra* n^{os} 1395 ss.

2267 *Supra* n^{os} 1375 ss.

2268 *Supra* n^{os} 1430 ss.

2269 *Supra* n^o 1483.

2270 *Supra* n^{os} 1498 ss.

II. Dernière question : le changement de jurisprudence

- 1544 Maintenant que le résultat de l'interprétation est connu, une dernière composante de la sécurité du droit doit être analysée avant de pouvoir formuler une conclusion définitive : la question du changement de jurisprudence²²⁷¹.
- 1545 En premier lieu, le nombre de cas concernés par ce changement semble relativement modeste²²⁷². Cette circonstance semble neutre quant à la question du changement de jurisprudence, puisque si elle pourrait indiquer que le changement ne serait pas justifié, elle pourrait également indiquer que puisqu'il ne concerne que peu de cas, elle ne causerait pas de gros problèmes de sécurité juridique.
- 1546 L'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord est largement adoptée par la jurisprudence et la doctrine, et ce depuis longtemps²²⁷³. Cet élément parle pour le maintien de l'approche 1. Cela étant, la nécessité de maintenir une pratique antérieure est directement liée au degré de confiance concret que les justiciables ont dans cette pratique²²⁷⁴. Or la confiance concrète des destinataires des règles sur la conclusion des contrats (c'est-à-dire les non-juristes) ne semble pas porter sur l'application de la règle spécifique à l'approche 1²²⁷⁵, mais plutôt sur les principes généraux que sont la liberté contractuelle et la bonne foi²²⁷⁶, auxquels l'approche 2 correspond mieux.
- 1547 Par ailleurs, pour reprendre l'expression employée par le Tribunal fédéral, les éléments d'interprétation résumés ci-dessus établissent « une connaissance plus complète de l'intention du législateur »²²⁷⁷. La *ratio legis* de la règle spécifique à l'approche 1 n'a jusque là été que peu explorée²²⁷⁸, peut-être parce que cette règle est parfois considérée comme relevant de l'évidence²²⁷⁹. Sont en particulier des éléments nouveaux dans la connaissance de l'étendue minimale de l'accord en droit suisse : **a)** le fait que l'exigence d'un accord sur

2271 Sur les aspects théoriques de cette question, cf. *supra* n^{os} 426 ss.

2272 Il s'agit de tous les cas dans lesquels les parties avaient la volonté d'être liées avant qu'un accord ne soit trouvé sur tous les points objectivement essentiels ; à ce sujet, cf. *supra* n^{os} 846 ss.

2273 *Supra* n^{os} 721 s.

2274 *Supra* n^{os} 426 ss.

2275 *Supra* n^{os} 1235 ss.

2276 *Supra* n^{os} 1251 ss.

2277 ATF 138 II 162 [fr], consid. 2.3.

2278 VON DER CRONE, p. 115.

2279 *Supra* n^o 732.

tous les points objectivement essentiel doit être analysée comme une limitation de la liberté contractuelle²²⁸⁰ ; **b)** le fait que cette limitation n'est pas justifiée par des motifs suffisants au regard du droit privé et du droit constitutionnel²²⁸¹.

Enfin, la possibilité d'avertir les justiciables à l'avance amoindrit les effets d'un changement de jurisprudence sur la sécurité du droit²²⁸², possibilité dont il pourrait être fait usage en l'occurrence. 1548

Ces considérations mènent à retenir qu'il serait justifié d'abandonner la jurisprudence consacrant l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat puisse être conclu (approche 1 de l'étendue minimale de l'accord). 1549

§ 2. Conclusion générale

Résultat final La conclusion principale de cette thèse consiste à dire que l'étendue minimale de l'accord, en droit suisse des contrats, devrait être définie suivant ce que nous avons appelé « l'approche 2 »²²⁸³. En d'autres termes, l'étendue minimale de l'accord devrait être uniquement fonction des points subjectivement essentiels ; les points objectivement essentiels ne devraient conserver qu'un rôle subsidiaire dans le cadre de l'art. 2 al. 1 CO, celui d'indices de ce que les parties à des contrats considèrent habituellement comme subjectivement essentiels. Par contraste, il faudrait abandonner « l'approche 1 » de l'étendue minimale de l'accord actuellement soutenue par la jurisprudence et la doctrine largement majoritaire²²⁸⁴, et qui consiste à retenir que l'accord doit au minimum porter sur tous les points objectivement essentiels (en plus des points subjectivement essentiels) pour que le contrat puisse exister. 1550

Une conclusion audacieuse... Une telle conclusion pourra de prime abord sembler audacieuse, voire hardie, et ce à au moins deux égards : 1551

2280 *Supra* n^{os} 1047 ss.

2281 *Supra* n^{os} 1065 ss.

2282 *Supra* n^{os} 426 ss.

2283 *Supra* n^{os} 723 ss.

2284 *Supra* n^{os} 716 ss.

- 1552 1. En premier lieu, elle s'écarte d'une conception de l'étendue minimale de l'accord quasiment hégémonique dans la jurisprudence et la doctrine suisses, au point que certains auteurs la présentent comme une « évidence », une « certitude » – littéralement, comme une chose qui « se comprend d'elle-même » (*Selbstverständlichkeit*)²²⁸⁵.
- 1553 2. Par ailleurs, le cadre d'analyse dans lequel nous appréhendons les rapports entre l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels et la liberté contractuelle diffère sensiblement de celui qui est généralement adopté par les auteurs suisses. Alors que ceux-ci *justifient par la liberté contractuelle* l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels²²⁸⁶, nous considérons qu'il faut analyser cette exigence comme une *restriction de la liberté contractuelle*²²⁸⁷, dans le prolongement logique de la doctrine actuelle qui reconnaît que l'approche 1 fait abstraction du libre exercice de la volonté des parties lorsque ces dernières ont manifesté leurs volontés d'être liées sur moins que tous les points objectivement essentiels²²⁸⁸.
- 1554 ... **mais modeste** Malgré cette apparente audace, la conclusion principale à laquelle nous sommes parvenu est en réalité modeste :
- 1555 1. D'une part, cette modestie se manifeste quant aux cas concernés par une différence concrète entre les approches 1 et 2 de l'étendue minimale de l'accord, cas qui sont ceux où un point n'ayant pas fait l'objet d'un accord est objectivement essentiel tout en étant subjectivement secondaire²²⁸⁹. Bien qu'il soit impossible d'estimer le nombre de ces cas, et même si l'on peut dire que cette situation est plus susceptible de se produire à propos du montant de la rémunération que quant à d'autres points du contrat²²⁹⁰, on peut affirmer sans trop de risque que la différence entre les approches 1 et 2 ne concerne qu'une minorité des contrats conclus²²⁹¹. La modification de l'interprétation des art. 1 et 2 CO proposée par cette thèse relève donc de l'ajustement de détail, du développement et de l'exploration du système dans ses derniers retranchements, et non d'une ambition déraisonnable qui consisterait à

2285 *Supra* n° 732 et 1062.

2286 *Supra* n° 1035.

2287 *Supra* nos 1047 ss.

2288 *Supra* nos 854 ss.

2289 *Supra* nos 846 ss.

2290 *Supra* nos 1134 ss.

2291 Si ces cas constituent une minorité, il n'en sont pas moins des cas réalistes, susceptibles de se produire dans la vie socio-économique. Pour quelques exemples, cf. *supra* nos 871 ss.

« révolutionner » la théorie générale de la conclusion du contrat, alors que celle-ci semble avoir globalement fait ses preuves²²⁹².

2. D'autre part, la modestie de cette thèse apparaît également dans ses fondements. La méthode choisie – l'interprétation de la loi – est très classique, et le raisonnement s'appuie avant tout sur des notions fondamentales du droit privé (manifestation de volonté et acte juridique, complètement judiciaire des contrats, autonomie privée et liberté contractuelle, sécurité du droit, etc.), cas échéant en lien avec la Constitution fédérale. En outre, cette thèse constitue un prolongement et un assemblage de réflexions doctrinales préexistantes, et plus précisément des trois éléments suivants :
- (a) Les opinions « oubliées » adoptant l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord²²⁹³ ; 1557
 - (b) La prémisse qui consiste à admettre que des parties puissent vouloir être liées sur moins que tous les points objectivement essentiels²²⁹⁴ ; 1558
 - (c) Le paradigme posé par la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels²²⁹⁵, qui situe la question de l'étendue minimale de l'accord dans le rapport entre liberté contractuelle et intervention supplétive du juge dans le contrat, plutôt que dans la typologie contractuelle ou les structures d'obligations²²⁹⁶. 1559

Les juristes sont des êtres *conservateurs*, ce qui constitue à la fois leur principale qualité et leur principal défaut. Ce paradoxe apparent exprime l'essentiel de la réflexion juridique, qui consiste à effectuer un voyage perpétuel entre audaces et modesties. 1560

Sous cette lumière, les pérégrinations que nous venons d'entreprendre n'ont rien de surprenant. Les éléments de réflexion nouveaux, en apparence audacieux, sont raisonnables et s'intègrent dans le développement général de la 1561

2292 Cf. par exemple PROBST, art. 1 CO-2020, n° 2 : « Art. 1 OR weist keinen grundlegenden Revisionsbedarf auf, da die Bestimmung sich insgesamt bewährt hat. » ; dans la même direction : MERZ, TDP, p. 17.

2293 *Supra* n^{os} 732 ss.

2294 *Supra* n^{os} 854 ss.

2295 *Supra* n^{os} 695 ss.

2296 *Supra* n^{os} 883 ss.

doctrine relative à l'étendue minimale de l'accord, dont ils ne constituent que les fruits.

1562 **Lignes directrices** Ces recherches se sont développées autour de lignes directrices quant à la méthode et à la matière, lignes que l'achèvement de ce travail nous permet de résumer.

1563 1. Même ce qui peut à première vue paraître évident doit parfois être remis en question. Même un texte légal lu et relu peut receler un sens inattendu, si l'on réexamine sa logique, sa systématique et son histoire. À cet égard, il est nécessaire de trouver son inspiration dans un large panel de sources d'époques diverses ; se focaliser uniquement sur les toutes dernières publications nous semble risqué, dans la mesure où le train doctrinal, allant au rythme de « l'esprit du temps »²²⁹⁷, possède une certaine tendance à laisser à quai certaines idées pourtant intéressantes²²⁹⁸. Tout à la fois, la prise en compte de sources anciennes mérite toujours recul, dans la mesure où elles sont elles aussi le produit des idées de leur époque.

1564 2. Tel qu'il est vécu et pensé, le droit regorge de contradictions subtiles, de malaises inconscients, et c'est la tâche des juristes que de les mettre à jour pour les explorer systématiquement. Dans notre sujet d'étude, nous en avons rencontré plusieurs :

1565 (a) Le « malaise » apparent de la doctrine quant à la définition des points objectivement essentiels, qui se manifeste par la floraison de leurs définitions successives²²⁹⁹ ;

1566 (b) La contradiction qu'il y a à justifier l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels par la liberté contractuelle²³⁰⁰, tout en admettant que lorsque les parties veulent être liées sur moins que tous les points objectivement essentiels, l'exigence susmentionnée implique de faire abstraction du libre exercice de leurs volontés²³⁰¹ ;

2297 Nous empruntons le terme « *Zeitgeist* » au Tribunal fédéral (ATF 123 III 292 *Fussballclub Lohn* [de], consid. 2e/aa, trad. JdT 1998 I p. 586).

2298 Ce constat n'est peut-être pas étranger à certains mécanismes paradoxaux qui caractérisent les citations dans la littérature juridique suisse ; à ce sujet, cf. notamment PICHONAZ, *Bibliométrie*, pp. 388-390.

2299 *Supra* nos 429 ss et 453 ss.

2300 *Supra* n° 1035.

2301 *Supra* nos 864 ss.

- (c) L'ambivalence dans la conception du rôle du juge étatique par rapport à la sphère des contractants – le juge étant tantôt perçu comme un soutien à l'exercice de la liberté contractuelle, tantôt comme une menace envers celle-ci²³⁰² –, ambivalence qui méritait que l'on distingue plus clairement les cas où l'intervention du juge porte sur les points subjectivement essentiels²³⁰³ et ceux où cette intervention affecte des points objectivement essentiels²³⁰⁴. 1567
3. Le dernier élément à ajouter, et peut-être le plus important, consiste à ne pas oublier de placer la réalité et l'humain au centre du raisonnement juridique. Vu la relative abstraction du sujet de notre étude, on pourrait avoir tendance à oublier que le droit doit être pragmatique et orienté vers sa finalité, c'est-à-dire vers les attentes concrètes des justiciables non formés au droit, qui sont les destinataires de l'ordre juridique suisse²³⁰⁵. 1568

2302 Cette ambivalence se manifeste notamment dans le discours des tribunaux sur leur propre pouvoir de compléter les contrats ; à cet égard, cf. par exemple la tendance jurisprudentielle à refuser, par le biais de l'art. 8 CC, ce complètement du contrat sur des points habituellement considérés comme essentiels (*supra* n^{os} 1093 ss).

2303 *Supra* n^{os} 1039 ss.

2304 *Supra* n^{os} 1047 ss.

2305 L'accessibilité du droit aux non-juristes – au travers notamment du principe du Code populaire – est l'une des caractéristiques de la codification suisse depuis ses origines (*supra* n^o 417).

Résumé

Les numéros entre crochets renvoient aux numéros de paragraphes dans le texte.

Introduction générale

Le sujet de cette thèse est l'étendue minimale de l'accord en droit positif suisse, c'est-à-dire la question de savoir sur quels points au moins un accord doit être trouvé pour que le contrat puisse être conclu au sens des art. 1 et 2 CO [26 ss]. Le sujet est traité sous l'angle de l'interprétation de la loi (art. 1 al. 1 CC) et non sous l'angle des lacunes de la loi (art. 1 al. 2 CC) ou du droit désirable [49 s.]. L'étendue minimale de la forme légale (art. 11 ss CO) et l'erreur sur les « éléments nécessaires du contrat » (art. 24 al. 1 ch. 4 CO) ne font pas partie du sujet d'étude [31 ss].

La première partie de l'ouvrage contient des développements généraux nécessaires pour la discussion de la question de l'étendue minimale de l'accord, qui est quant à elle traitée dans la deuxième partie.

I. Développements préliminaires

1. Conclusion du contrat

Après un rappel des notions de manifestation de volonté et d'acte juridique [64 ss] ainsi que de l'interprétation des manifestations de volonté [78 ss], les conditions de la conclusion des contrats (art. 1 ss CO) sont étudiées [132 ss]. Outre un échange de manifestations (aspect externe) [139 ss], la conclusion du contrat requiert également un accord des volontés (aspect interne) [148 ss].

Cet aspect interne recouvre en premier lieu l'exigence que chaque partie ait la volonté d'être liée. Cette volonté dépend d'un certain nombre de modalités, parmi lesquelles nécessairement l'objet de l'engagement, mais potentiellement aussi sa forme (constitutive), le temps et le lieu de la passation du contrat, etc. [151 ss].

De plus, cet aspect interne nécessite que les parties aient trouvé un accord sur le conte-

nu, c'est-à-dire qu'elles aient eu une volonté identique sur un certain objet. Trois questions distinctes se posent quant à cet accord sur le contenu [171] : a) quelle est la méthode à appliquer pour déterminer si un accord est intervenu sur chaque point ? [175 ss] b) Quel est le degré de détermination qui doit être atteint sur un point pour que l'on considère qu'il y a accord à son égard ? c) Sur quels points au moins l'accord doit-il être intervenu pour qu'il puisse y avoir contrat (étendue minimale de l'accord) ?

La deuxième question fait ici l'objet d'un développement particulier. Un point doit être *déterminable* pour qu'il fasse l'objet d'un accord, c'est-à-dire qu'un nouvel accord ne doit pas être nécessaire pour déterminer le point en cause, et que les parties doivent avoir prévu des critères de détermination objectifs ou subjectifs (décision d'une partie, d'un tiers ou du juge) [185 ss]. Lorsqu'une partie ou un tiers est chargé de déterminer un point du contrat, cette prérogative est limitée par diverses normes [196 ss]. En particulier, les §§ 315-319 BGB, également appliqués en droit suisse, permettent de restreindre son exercice à la mesure du raisonnable lorsque les parties n'en ont pas disposé autrement [199 s.]. S'il s'avère impossible de déterminer un point du contrat à partir de critères objectifs au moment de l'exécution de la prestation, il faut appliquer les règles sur l'impossibilité et non considérer l'accord comme inexistant sur ce point [208 s.]. Si la partie ou le tiers chargé de la détermination du point ne peut ou ne veut pas procéder à la détermination, les conséquences juridiques varient en fonction de la personne qui en était chargée (débitteur, créancier, tiers) [213 ss]. Le transfert du droit formateur de déterminer le point du contrat ne devrait être possible qu'en faveur du débiteur, et non du créancier [219, 229, 231], dans tous les cas, une action judiciaire en détermination du point devrait être admise, notamment vu les §§ 315 al. 3 et 319 al. 1 BGB [217, 228, 237].

2. Complètement du contrat

Le complètement est l'opération par laquelle le juge détermine un point du contrat sur lequel un accord n'est pas intervenu, alors qu'un problème concret rend sa détermination nécessaire [242 ss]. Par définition, le complètement peut intervenir que sur des points qui ne font pas partie de l'étendue minimale de l'accord. Le complètement judiciaire des contrats a pour objectif général le soutien à la liberté contractuelle [247].

Quant au *champ d'application du complètement*, l'absence d'accord sur le point à régler peut en particulier résulter d'une réserve [263 s.] ou d'une lacune, le second cas ayant été admis par un revirement de jurisprudence du Tribunal fédéral [266 ss]. Certains auteurs retiennent que le pouvoir du juge de compléter le contrat s'accroîtrait au fil de son exécution ; en réalité, l'exécution du contrat n'affecte qu'indirectement la possibilité de le compléter, dans la mesure où l'exécution fait partie des éléments d'interprétation des manifestations de volonté [275 s.].

La *méthode du complètement* part de l'art. 1 al. 1 CC ; le complètement est exclu si le droit impératif résout la question [281 ss]. Lorsqu'une norme dispositive spéciale existe à cet égard, il faut retenir que la volonté hypothétique des parties de s'écarter de cette norme doit être recherchée, en dépit d'une controverse à ce sujet [286 ss]. En l'absence d'une norme dispositive spéciale, on peut se demander s'il existe une norme générale de complètement des contrats (qui intervient alors toujours dans le cadre de l'art. 1 al. 1 CC) ; à défaut, l'art. 1 al. 2 CC ferait office de norme de complètement des contrats [306 ss]. En tout cas, il faut écarter les opinions qui présentent le recours à l'art. 1 al. 2 CC comme un moyen de complètement « à la disposition du juge » [310]. La question susmentionnée peut être laissée ouverte, car les différences pratiques entre la méthode prescrite à l'art. 2 al. 2 CO et la méthode applicable dans le cadre du droit prétorien (art. 1 al. 2 CC) sont minimes [320]. Par convention, on peut donc voir en l'art. 2 al. 2 CO une norme générale de complètement. Cette norme renvoie au pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC), cadre dans lequel le juge doit

prendre en compte les circonstances tant individuelles et concrètes que générales et abstraites, ce qui est souligné par l'expression « nature de l'affaire » sise à l'art. 2 al. 2 CO [324 s.].

3. Liberté contractuelle et sécurité juridique

La *liberté contractuelle* est un principe fondamental du droit privé suisse ; elle comporte diverses composantes (liberté de conclure, de l'objet et de la forme) [336 s.]. La liberté contractuelle est à la fois consacrée par le droit privé (notamment art. 11 al. 1, 19 al. 1 CO) et par le droit constitutionnel (notamment art. 27 Cst. et autres droits fondamentaux) [342 ss]. Pour réaliser la liberté contractuelle dans l'ordre juridique, l'État a non seulement un devoir d'abstention vis-à-vis des personnes privées, mais également un devoir d'aménager activement le cadre juridique, social et économique nécessaire à l'exercice de la liberté contractuelle (art. 35 al. 2 Cst.) [346 ss]. Cela ne confère pas pour autant une portée positive au droit fondamental à la liberté contractuelle [360] ; ce devoir d'activité ne doit pas non plus être confondu avec la reconnaissance de la nécessité de protéger, dans certaines situations spéciales, la liberté contractuelle matérielle face à la liberté contractuelle formelle [362 ss]. Vu la double nature de la liberté contractuelle, ses limitations doivent respecter à la fois la législation de droit privé (notamment art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO) [376 ss] et les conditions de restriction des droits fondamentaux (art. 36 Cst.) [392 ss].

Principe général du droit, la *sécurité juridique* peut être définie comme le point d'équilibre idéal auquel le degré de confiance concret des justiciables dans un ordre juridique donné serait optimal [401 ss]. Nous adoptons une définition large de la sécurité juridique, qui comprend non seulement la stabilité formelle du droit, mais également son adéquation aux valeurs considérées comme justes par la société des justiciables [406]. La sécurité juridique résulte de l'équilibre entre différentes composantes : l'orientation vers un droit matériellement juste (au sens des valeurs portées par la société des justiciables, ce aux fins de contribuer à sa pacification) [412 ss], l'orientation vers un droit clair

et accessible à ses destinataires (c'est-à-dire principalement les non-juristes) [416 ss], l'orientation vers un droit effectif [422 s.] et l'orientation vers le maintien des solutions préexistantes [424 ss].

4. Les définitions des points essentiels du contrat

On distingue les points subjectivement essentiels et les points objectivement essentiels. La définition des premiers est stable : il s'agit de tous les points qui constituent aux yeux d'une partie ou des deux une condition *sine qua non* de la conclusion du contrat [440]. Les points subjectivement essentiels sont donc par définition liés à la volonté de s'engager de chaque partie (eu égard à l'objet de l'accord) [446]. Corollairement, lorsqu'une partie voulait s'engager avant qu'un accord ne soit trouvé sur un point donné, ce point est subjectivement secondaire [448]. Les points objectivement essentiels font l'objet de trois groupes de définitions, qui mettent en jeu des institutions juridiques différentes et qui ne mènent pas toujours aux mêmes résultats [429 ss].

a) D'après la *définition typologique*, adoptée par une bonne partie de la jurisprudence et de la doctrine, les points objectivement essentiels sont les éléments constitutifs du type du contrat en cause (aussi appelés *essentialia negotii*) [453 ss]. Les types contractuels sont des groupes de caractéristiques abstraites, définis par le droit objectif ou par des conceptions sociales et économiques, que peuvent revêtir ensemble un ou plusieurs contrats ou l'une ou plusieurs de leurs conséquences juridiques [466 ss]. Chaque contrat concret peut être situé sur deux axes de classification (contrat typique – contrat atypique ; contrat nommé – innommé) [472 ss et schéma p. 146]. Les types contractuels sont constitués à partir de différents critères typologiques, parmi lesquels l'objet du contrat (cf. notamment la partie spéciale du CO), les caractéristiques personnelles des parties (cf. notamment les contrats de consommation), mais aussi les buts poursuivis par les parties au contrat, le type de son effet formateur ou les circonstances de sa conclusion [492 ss]. En présence de contrats nommés, les points objectivement essentiels typolo-

giques sont établis à partir des « définitions légales » des types contractuels (art. 184, 319, 363 CO, etc.), cas échéant complétées par d'autres dispositions légales (art. 212 al. 1, 320 al. 2 et 322 al. 1, 374 CO, etc.) et par la jurisprudence (par exemple quant au montant du loyer) [522 ss]. En cas de contrats innommés typiques, les points objectivement essentiels tendent à se dégager de la jurisprudence et de la doctrine [555 ss], en cas de contrats atypiques, la doctrine tente de les définir soit à partir d'expressions générales (« coeur de l'affaire », « tout cohérent », « sens du contrat »), soit à partir de généralisations avec référence à certains points (identité et rôle des parties, prestation caractéristique, principe et montant de la rémunération) ou sans référence à certains points (« détermination générale des prestations ») [559 ss].

La définition typologique des points objectivement essentiels présente un certain nombre de problèmes liés à la clarté, à l'accessibilité et à la stabilité du droit [570 ss]. En premier lieu, les éléments constitutifs des types contractuels se situent parfois en dehors de ce qui peut faire l'objet d'un accord [571] ; par ailleurs il n'est pas souvent nécessaire de déterminer concrètement ces points pour pouvoir qualifier un contrat concret [574]. En outre, l'accessibilité des définitions des points objectivement essentiels tend à décroître si l'on s'éloigne des types nommés, cela *a fortiori* pour les non-juristes [585 ss]. En particulier, les expressions générales (« coeur de l'affaire », etc.) sont porteuses de peu de clarté [593] et la sécurité offerte par les tentatives de généralisations avec référence à certains points est affaiblie par l'existence de nombreuses « exceptions » légales prévoyant le complètement judiciaire sur des points qui auraient dû normalement être considérés comme objectivement essentiels [597]. Enfin, la stabilité de la définition typologique des points objectivement essentiels dépend également de l'évolution générale du droit des contrats, dont notamment la complexification de la typologie contractuelle [607 s.], la décodification du droit des contrats [616 s.] et son internationalisation [619 ss].

b) Il existe plusieurs *définitions structurelles* des points objectivement essentiels [626 ss].

aa) La première, développée par JÄGGI et ayant connu un succès limité dans la jurisprudence et la doctrine, définit les points objectivement essentiels comme l'équivalent d'un « tout cohérent » (« *sinnvolles Ganzes* »), c'est-à-dire que les points de l'acte juridique doivent former une structure « fermée en soi », « raisonnable » et « auto-cohérente » [628 ss]. Cette définition soulève la même discussion que la définition typologique des points objectivement essentiels dans la mesure où JÄGGI y renvoie ; pour le surplus, elle souffre d'un manque de clarté [642 s.].

bb) Les deux autres définitions structurelles des points objectivement essentiels, développées par quelques auteurs et décisions judiciaires, assimilent ces points avec les obligations principales, respectivement avec les obligations synallagmatiques issues du contrat [644 ss]. Ces deux définitions se réfèrent à l'existence d'une structure d'obligations, c'est-à-dire à un ensemble d'obligations reliées entre elles par des liens de dépendance juridique dont le contenu est variable [655 ss]. On distingue dans ces structures des liens bidirectionnels ou horizontaux (par exemple : obligations synallagmatiques) et/ou unidirectionnels ou verticaux (par exemple : obligations accessoires). Les obligations principales, dans ce contexte, sont celles qui ne dépendent unidirectionnellement d'aucune autre, et sont ainsi au sommet de la structure [661]. Dans la doctrine, l'expression « obligation principale » est toutefois ambiguë, puisqu'elle est tantôt définie par rapport aux structures d'obligations, tantôt par assimilation avec les éléments constitutifs des types contractuels [678]. Ces deux définitions des obligations principales ne conduisent pas toujours aux mêmes résultats, puisque certains types contractuels ont pour caractéristique d'être accessoires (par exemple : cautionnement, convention d'arbitrage) [682 s.]. Si l'on adopte une définition purement structurelle des points objectivement essentiels, tous les contrats n'ont alors pas de points objectivement essentiels, en particulier s'ils portent exclusivement sur des obligations accessoires ou s'ils

n'affectent que la structure des obligations [684 ss].

c) La *définition fonctionnelle* des points objectivement essentiels, développée par PIOTET puis GAUCH, semble connaître les faveurs d'un nombre croissant d'auteurs. Cette définition assimile les points objectivement essentiels et les points sur lesquels un complètement judiciaire serait impossible, ce qui serait le cas quant au rôle des parties au rapport d'obligation, à l'objet de la prestation principale et au principe de la rémunération [695 ss]. Cette définition a le mérite d'identifier le paradigme pertinent pour la définition de l'étendue minimale de l'accord, à savoir le rapport entre la liberté contractuelle et le pouvoir judiciaire de compléter le contrat ; toutefois, elle se réfère dans une large mesure aux résultats de la définition typologique des points objectivement essentiels, et en particulier aux normes typiques qui définiraient le pouvoir du juge de compléter le contrat, sans examiner plus en détail le rapport entre liberté contractuelle et pouvoir supplétif du juge [711 s.].

II. Développements principaux

5. Présentation des approches envisageables

Dans cette thèse, l'étendue minimale de l'accord est étudiée en comparant deux approches envisageables de la question à la lumière des méthodes d'interprétation de la loi [714].

a) La première approche (approche 1), largement majoritaire dans la jurisprudence et la doctrine suisses, ainsi qu'en France, Autriche et Allemagne [721], considère qu'un accord doit avoir été trouvé sur tous les points objectivement essentiels et sur tous les points subjectivement essentiels pour que le contrat puisse être conclu [716 ss]. Dans cette approche, le contrat ne peut ni être complété sur des points objectivement essentiels, ni sur des points subjectivement essentiels.

b) La seconde approche (approche 2) considère que seuls les points subjectivement

essentiels doivent faire l'objet d'un accord pour que le contrat puisse être conclu [723 ss]. Les points objectivement essentiels ne jouent que le rôle subsidiaire d'indices de ce qui est généralement considéré comme subjectivement essentiel par les parties à des contrats. Si un accord n'est pas trouvé sur un point objectivement essentiel mais subjectivement secondaire, le contrat peut être complété quant à ce point objectivement essentiel. L'approche 2 est développée à partir de quelques arrêts anciens et d'opinions doctrinales oubliées [732 ss]; on trouve également des conceptions similaires à l'approche 2 en droit anglais et en droit américain, ainsi que dans divers instruments ou projets internationaux de droit des contrats [750].

L'approche 2 est centrée sur l'interprétation des manifestations de volontés d'être lié [755]. Ces volontés doivent être interprétées (art. 7 al. 1 CO) eu égard à toutes leurs modalités [151 ss]. Parfois, il est possible de déterminer que les parties voulaient s'engager à un moment donné (« marché conclu », signature d'un acte, etc.), ce dont on peut inférer qu'un accord a été trouvé sur tous les points subjectivement essentiels [757]. Dans d'autres cas, on interprète subjectivement les volontés de s'engager eu égard à l'objet de l'accord, en identifiant les points subjectivement essentiels, qui sont explicitement annoncés par les parties ou qui peuvent être déduits des circonstances [760 ss]. En particulier, trois facteurs incitent à douter de la volonté de s'engager : le nombre de points indéterminés, leur degré d'indétermination et leur importance objective [767]. Le troisième de ces facteurs est évoqué à l'art. 2 al. 1 CO, qui rappelle que les parties n'ont en principe pas la volonté de s'engager tant qu'un accord n'a pas été trouvé sur tous les points habituellement (c'est-à-dire objectivement) considérés comme essentiels ; on peut à ce propos se référer aux différentes des points objectivement essentiels [773]. Une fois identifiés les points subjectivement essentiels (cas échéant en recourant à l'art. 2 al. 1 CO), on analyse l'existence d'un accord à leur égard [786 ss]. Si nécessaire, on procède encore à l'interprétation objective des volontés de s'engager eu égard à l'objet de l'accord, en identifiant les points subjectivement essentiels légitimement reconnais-

sables puis en analysant l'existence d'un accord à leur égard [818 ss].

Par rapport à l'approche 2, l'approche 1 implique une exigence spécifique, celle voulant que le contrat ne peut pas être conclu sans qu'un accord n'ait été trouvé sur tous les points objectivement essentiels [845]. Les approches 1 et 2 mènent à des résultats différents lorsque certains points n'ayant pas fait l'objet d'un accord sont objectivement essentiels mais subjectivement secondaires ; le contrat est alors inexistant dans l'approche 1 tandis que cela n'empêche pas sa conclusion dans l'approche 2 [846].

La possibilité d'envisager l'approche 2 dépend d'une prémisse [854 ss] : les parties veulent-elles parfois, dans les faits, être liées sur moins que tous les points objectivement essentiels ? Ou, autrement dit : les points objectivement essentiels sont-ils toujours subjectivement essentiels ? Avec la doctrine moderne et majoritaire, on peut répondre que les parties peuvent parfois vouloir être liées avant d'avoir trouvé un accord sur tous les points objectivement essentiels [864]. C'est par exemple le cas lorsque les parties manifestent qu'elles considèrent le contrat comme conclu tout en réservant un accord ultérieur sur le prix (cas échéant, en donnant déjà une fourchette indicative) ; on peut donner aussi d'autres exemples [870 ss].

Le redéveloppement de l'approche 2 à partir de sources jurisprudentielles et doctrinales anciennes est basée, d'une part, sur la reconnaissance de cette prémisse et, d'autre part, sur la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels, qui identifie le paradigme pertinent pour la détermination de l'étendue minimale de l'accord [883]. Toutefois, cette définition fonctionnelle est limitée par ses points de départ : elle considère que l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels est « évidente », et qu'il faut de manière « certaine » s'en tenir aux résultats de l'approche typologique quant à ce qui pourrait faire l'objet d'un complètement [887]. L'approche 2 constitue une hypothèse permettant de dépasser ces deux limites ; dans cette mesure, elle s'inscrit dans le prolongement de la définition

fonctionnelle des points objectivement essentiels [890].

Enfin, nous présentons d'autres approches de l'étendue minimale de l'accord que les approches 1 et 2, autres approches qui ne sont pas retenues pour l'analyse [892 ss]. Il s'agit non seulement d'approches intermédiaires entre les approches 1 et 2 (notamment les approches d'OSER/SCHÖNENBERGER et de PIOTET) [893 ss], mais aussi d'une approche qui consisterait à renoncer à la distinction entre points objectivement essentiels et points subjectivement essentiels (CARBONARA) [903 s.] et d'une approche qui consisterait à n'utiliser l'approche 1 que dans le contexte des contrats de consommation, et d'appliquer l'approche 2 dans les autres cas (Parlement européen) [910 s.].

6. Interprétation littérale et historique

L'interprétation littérale [925 ss] montre que les deux approches discutées de l'étendue minimale de l'accord sont en elles-mêmes compatibles avec le texte légal des art. 1 et 2 CO. L'exigence d'un accord sur tous les points subjectivement essentiels est directement rattachée au terme « volonté » (art. 1 CO) [927 s.]. En revanche, la règle spécifique à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord, c'est-à-dire l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels, ne trouve pas d'expression dans le texte légal [935, 940 ss]. Dans cette mesure, l'approche 1 est plus éloignée du texte légal que l'approche 2 [959].

L'interprétation historique [961 ss] indique que si le législateur suisse s'est en particulier inspiré de l'art. 82 D. Entw. dans l'élaboration des normes préfigurant l'art. 2 CO [964 ss], il ne semble pour autant pas avoir voulu reprendre la règle posée à l'art. 52 D. Entw., qui correspondait à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord [978]. En effet, les projets ultérieurs au *Dresdner Entwurf* montrent que l'accord sur tous les points objectivement essentiels n'était considéré que comme un signe de la volonté d'être lié, et non comme une condition rigide de l'existence du contrat, puisqu'elle est mentionnée à titre alternatif d'un autre signe de la volonté d'être lié, le début d'exécution du contrat

[981 ss]. D'ailleurs, on ne peut pas considérer que l'approche 1 n'aurait pas été mentionnée dans les travaux préparatoires de l'aCO parce qu'elle aurait constitué une évidence pour les juristes de l'époque [990 ss]. Si l'approche 1 correspondait certes à l'opinion de certains pandectistes, de nombreuses autres sources historiques indiquent que l'accord sur les *essentialia negotii* n'était pas conçu comme une condition de l'existence de l'accord, mais uniquement comme indice de l'existence de volontés d'être liés et comme outil de qualification, servant notamment le complètement des contrats grâce aux *naturalia negotii*. Ainsi, le législateur suisse semble avoir considéré l'accord sur les points objectivement essentiels comme un signe de la volonté de conclure, plutôt que comme une condition absolue de l'existence de tout contrat, ce qui correspond à l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord plutôt qu'à l'approche 1 [1005 s.].

7. Interprétation systématique et téléologique : la liberté contractuelle

Les méthodes d'interprétation systématique et téléologique impliquent principalement un examen de la liberté contractuelle et de la sécurité du droit [1035 ss].

Le *cadre d'analyse* doit d'abord être présenté [1039 ss]. Puisque l'exercice de la volonté, c'est l'exercice de la liberté [336], et que les parties peuvent vouloir être liées sur moins que tous les points objectivement essentiels [854 ss], postuler que les accords doivent au minimum porter sur tous les points objectivement essentiels revient à limiter la liberté contractuelle des parties. Ainsi, l'exigence spécifique de l'approche 1 doit être analysée comme une limitation de la liberté contractuelle, ce qui implique de rechercher ses justifications et sa compatibilité avec les conditions posées à cet égard par le droit privé et le droit constitutionnel [1050 ss]. L'idée générale que la liberté implique une responsabilité ne peut pas permettre de justifier l'exigence spécifique de l'approche 1 [1062 s.].

a) Un premier type de justification envisageable concerne le *fonctionnement de l'ordre juridique*.

aa) Certains auteurs considèrent que l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels serait justifiée par l'idée que le juge ne disposerait pas de points d'appui suffisants pour compléter un contrat à cet égard [1066 ss]. Cette idée n'est pas convaincante. D'une part, le juge dispose de nombreux points d'appui pour compléter les contrats sur des points objectivement essentiels : objet du contrat, caractéristiques des parties, buts et intérêts, circonstances antérieures à la conclusion du contrat, pratiques ou usages socio-économiques, bonne foi et équité [1071 ss]. D'autre part, l'analyse des normes spéciales permettant le complètement sur des points qui entreraient dans les définitions habituelles des points objectivement essentiels (art. 112 al. 2, 212 al. 1, 313, 314 al. 1, 320 al. 2, 322 al. 1, 374, 388 al. 1 et 2, 394 al. 3, 396 al. 1, 414, 418g al. 1 et 2, 472 al. 2 CO) montre que ces normes ne sont pas des exceptions qui seraient justifiées par un motif particulier, mais qu'au contraire elles expriment le principe général qu'un complètement sur les points objectivement essentiels est en soi possible [1116 ss].

bb) D'autre part, on pourrait imaginer que le temps judiciaire passé au complètement des contrats sur des points objectivement essentiels (approche 2) serait suffisamment important pour justifier l'interdiction des contrats portant sur moins que tous les points objectivement essentiels. D'un point de vue pratique, dans l'approche 1, une partie sera parfois découragée d'ouvrir action dans la mesure où elle risque de se voir opposer l'inexistence du contrat pour cause de défaut d'accord sur des points objectivement essentiels ; toutefois de nombreux autres éléments permettent de douter que l'on puisse généraliser suffisamment cette hypothèse pour que le gain de temps judiciaire justifie l'adoption de l'approche 1 [1144 ss]. Lorsqu'une action est ouverte, on ne constate pas de différence majeure entre les deux approches quant au temps judiciaire passé à traiter l'affaire [1157 ss]. D'un point de vue systématique et téléologique, il semble difficile de justifier l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels si on la compare avec des normes de l'ordre juridique suisse ayant pour but principal ou pour effet accessoire de décharger les tribunaux [1183 ss]. Ainsi,

cette justification de la règle spécifique de l'approche 1 ne semble pas convaincante.

b) Le second type de justification envisageable concerne la *personnalité des parties*, la protection de leur *liberté* et de leur *sécurité juridique*.

aa) Certains auteurs semblent considérer qu'un complètement judiciaire sur des points objectivement essentiels mettrait en péril la liberté et la sécurité des parties, ce qui implique d'analyser les risques encourus par les parties vis-à-vis d'une erreur du juge dans les deux approches de l'étendue minimale de l'accord. Par « erreur du juge », on entend un écart entre la décision judiciaire et les attentes objectivées des parties, attentes qui portent sur l'application d'une règle précise lorsqu'elle est connue de ses destinataires, et/ou sur la concrétisation, à l'échelle du cas particulier, des valeurs considérées comme justes par la société des justiciables [1206 ss]. À titre général, l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels (approche 1) est une règle fermée qui n'est généralement pas connue de ses destinataires, et qui fait ouvertement abstraction des attentes objectivées des parties en matière contractuelle (respect de l'autonomie privée et bonne foi) [1235 ss, 1251] ; par contraste avec l'approche 2, elle présente donc un risque particulier d'erreur du juge [1257]. Plus précisément : i) Dans les cas où les approches mènent aux mêmes résultats, les risques spécifiques qu'elles présentent tendent à se compenser (lorsque tous les points objectivement essentiels ne sont pas subjectivement essentiels : si le contrat est inexistant, l'approche 1 semble diminuer le risque d'erreur, mais si le contrat est existant, l'approche 2 semble diminuer le risque d'erreur) [1267 ss]. ii) Dans les cas où les approches mènent à des résultats différents, l'approche 1 réalise le risque d'un écart avec les attentes objectivées des parties, puisque le juge doit alors faire abstraction de leurs volontés d'être liées en dépit de leurs attentes objectivées. Ce risque se manifeste en particulier lorsqu'une partie change d'avis après avoir manifesté sa volonté d'être liée sur moins que tous les points objectivement essentiels ; dans certaines hypothèses, on peut envisager que risque soit

partiellement compensé par la responsabilité précontractuelle ou l'enrichissement illégitime. Ce risque ne peut pas être maîtrisé à l'avance par les parties [1274 ss]. L'approche 2, quant à elle, implique le risque d'une erreur du juge dans le complètement du contrat sur des points objectivement essentiels, mais ce risque n'est autre que le risque général inhérent à tout complètement judiciaire ; le fait que le complètement porte sur des points objectivement essentiels ne renforce pas ce risque, qui peut par ailleurs être maîtrisé par les parties [1306 ss].

En outre, deux autres arguments viennent appuyer l'idée que le complètement judiciaire sur des points objectivement essentiels ne pose pas de véritable problème pour la liberté et la sécurité des parties : i) En droit positif, il est admis que les parties puissent demander à un tiers privé de déterminer n'importe quel point de leur contrat, même objectivement essentiel, malgré que la décision de ce tiers n'offre que des garanties formelles et matérielles restreintes aux parties quant à la détermination du point en cause. *A maiore ad minus*, la décision d'un juge étatique présentant des garanties bien plus étendues, celle-ci devrait être admissible au regard de la liberté et de la sécurité des parties [1320 s.]. ii) La doctrine applique en droit suisse les §§ 315-319 BGB à la détermination unilatérale des points du contrat (y compris les points objectivement essentiels) par une partie ou par un tiers. Or dans ce contexte, le juge peut déjà être appelé à intervenir pour déterminer les points du contrat (§§ 315 al. 3 et 319 al. 1 BGB) ; il n'y a pas de différence matérielle véritable entre la détermination judiciaire des points objectivement essentiels dans ce contexte et un complètement judiciaire sur ces mêmes points dans le contexte de l'approche 2 [1329 s.].

Vu ces éléments, il semble difficile de justifier l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels par l'idée qu'à défaut, la liberté et la sécurité des parties seraient menacées par l'activité judiciaire [1335].

bb) Par ailleurs, l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels ne peut pas être justifiée par l'idée qu'elle per-

mettrait d'éviter des déséquilibres entre les parties ou qu'il faudrait protéger la liberté d'une partie contre celle de l'autre [1336 ss]. En particulier, les conditions d'application de l'art. 27 CC ne sont pas remplies dans les exemples que nous avons donné.

La limitation de la liberté contractuelle consubstantielle à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord n'est donc pas justifiée par un motif suffisant. En particulier, sous l'angle de l'art. 36 al. 3 Cst., les motifs étudiés ne sont ni aptes, ni nécessaires, ni proportionnels au sens étroit pour atteindre les buts visés [1354 ss].

8. Interprétation systématique et téléologique : autres normes et institutions

D'autres éléments que la liberté contractuelle et la sécurité du droit doivent être pris en compte dans la méthode d'interprétation systématique. a) L'art. 7 CO semble neutre dans l'interprétation de l'étendue minimale de l'accord [1365 ss]. b) La possibilité de compléter des contrats en cas de *nullité partielle* sur un point objectivement essentiel, admise à des degrés divers par la jurisprudence et la doctrine, indique également que la possibilité d'un tel complètement ne comporte pas des désavantages tels qu'il faudrait restreindre la liberté contractuelle des parties de conclure des contrats portant sur moins que tous les points objectivement essentiels [1395 ss]. c) L'adoption de l'approche 2 de l'étendue minimale de l'accord aurait pour conséquence de modifier l'étendue minimale de la forme constitutive (art. 16 CO) [1375 ss] et du précontrat (art. 22 CO) [1430 ss]. d) L'étendue minimale de l'accord dans la CVIM est interprétée d'une façon similaire à l'approche 2 en droit interne. S'agissant du prix de vente, la possibilité de déroger à l'art. 14 al. 1 CVIM par le biais de l'art. 6 CVIM est presque unanimement admise [1483] ; s'agissant de la désignation des marchandises et de leur quantité, cette possibilité est plus controversée, mais reste admise par une partie conséquente de la doctrine, avec des arguments convaincants [1498 ss].

Synthèse de l'interprétation et conclusion générale

L'ensemble des éléments d'interprétation indique que l'approche 2 devrait être préférée à l'approche 1 de l'étendue minimale de l'accord [1517 ss]. En d'autres termes, il faut **renoncer à l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels pour que le contrat puisse être conclu** [1550]. Un changement de jurisprudence à cet égard serait justifié [1544]. Cette conclusion générale peut sembler à première

vue audacieuse, puisqu'elle s'écarte de la jurisprudence et la doctrine majoritaire et qu'elle renverse le cadre d'analyse habituel de l'exigence absolue d'un accord sur tous les points objectivement essentiels [1551]. Cela dit, cette conclusion reste modeste et raisonnable, eu égard au fait qu'elle relève d'un « ajustement de détail » ne concernant pas la majorité des contrats conclus, ainsi qu'au fait qu'elle est basée sur une méthode classique, sur des notions fondamentales du droit privé suisse et sur le prolongement de réflexions doctrinales préexistantes [1554].

Index

Index des matières

L'index renvoie aux numéros de paragraphes.

Abus de droit	200, 204, 265, 275, 378, 1105, 1285–1295, 1318
Acceptation	132, 134–138, 144–146, 151, 160, 165, 182, 442, 738, 1252, 1366, 1432, 1451, 1469, 1473–1479, 1484, 1497, 1501, 1506–1507
<i>Accidentalita negotii</i>	460, 734, 738, 740, 742, 999, 1011
Accord	
de droit	182–184, 261, 786, 790, 798, 806, 809, 830–831, 1101
de fait	175–180, 786, 790, 798, 806, 809, 830–831, 1101
Méthode de recherche de l'accord	175–184
Notion	150, 171–174, 932–933
Rapport avec le complètement du contrat	243–245, 258–262
Rapport avec les points objectivement essentiels	935
Rapport avec les points subjectivement essentiels	448–452, 934
sur l'étendue de la nullité (<i>Nichtigkeitsabrede</i>)	209, 256, 327, 1399, 1411, 1418
Acte juridique	42–44, 60, 77, 133, 186, 220, 334, 566, 627, 637, 926, 930, 997, 1014, 1111, 1246, 1383
Affacturage	480
Agence	490, 545–546, 608, 1134
Apprentissage (contrat d')	39, 490
Approche 1	
Art. 1 et 2 CO vs 19 et 20 CO	1058–1061
Degré d'accessibilité	1248
Degré de complexité	1236–1247
Description	716–720
Diffusion	721–722
Justifications	
Absence de critères de complément	1066–1141, 1349, 1355, 1362, 1526
Déséquilibre entre les parties	1336–1342, 1353, 1536
Perte de temps judiciaire	1142–1195, 1350, 1355, 1357–1358, 1362, 1527
Risque pour la sécurité des parties	1199–1335, 1352, 1356–1357, 1362, 1529–1535
Rapport	
avec le texte légal	959–960, 1518
avec les attentes des parties	1235–1250, 1274, 1302, 1316, 1546
avec l'historique de la loi	1005
avec l'ouverture des règles	1233, 1250, 1274, 1316
Tension avec la liberté contractuelle	4, 1050–1057, 1274, 1361, 1553
vs Approche 2	24–25, 779–781, 845–853, 870–882, 960, 1005–1006, 1257, 1260–1261, 1273, 1555
Approche 2	
Description	9–17, 723–731, 752–853
Diffusion	732–751
Prémisse	854–882, 885, 1202, 1558
Rapport	
avec la définition fonctionnelle des points objectivement essentiels	883–891, 1261
avec le texte légal	959–960, 1518
avec les attentes des parties	1257, 1306, 1310, 1316, 1546

avec l'historique de la loi 1006
avec l'ouverture des règles 1234, 1257, 1314, 1316

Rôle des points objectivement essentiels 723-724, 767-781, 1258-1266, 1307-1312

Sens de l'art. 2 al. 1 CO 773-778
vs Approche 1 24-25, 779-781, 845-853, 870-882, 960, 1005-1006, 1257, 1260-1261, 1273, 1555

Arbitrage 210, 231, 235, 238, 624, 683, 1022, 1149, 1321

Arbitraire 388, 1207, 1224, 1339-1340

Attentes des parties à des contrats 293, 298-299, 414, 420-421, 1208, 1210-1215, 1217-1221, 1225, 1229-1257, 1268, 1271, 1274, 1283, 1302, 1306, 1310-1311, 1315-1316, 1318, 1358, 1529, 1531, 1568

Autonomie privée 6, 40, 75, 110, 273, 292, 336, 867, 869, 1034, 1037, 1059, 1201-1202, 1204, 1242, 1290, 1316, 1382, 1529, 1556

Autopoïèse 1131

Bagatelle cf. Valeur litigieuse minimale

Bail à loyer 194, 253, 270-271, 276, 464, 474, 519, 522, 527-529, 577, 582, 584, 587-588, 602, 608, 681, 881-882, 900, 1083, 1088, 1094, 1112-1115, 1441

Base légale 305, 393, 1344-1346

Begriffsjurisprudenz 1013-1015

Bonne foi
objective 101, 103, 127, 275, 316, 335, 394, 408, 648, 665, 822, 898, 1085-1089, 1091-1093, 1096, 1107, 1111, 1141, 1174, 1254, 1257, 1274, 1277, 1316, 1401, 1460, 1503, 1526, 1529, 1546
subjective . 916, 1114, 1278-1282, 1291, 1301, 1373

Cas clair 1165-1171, 1173, 1182

Cautionnement . . 39, 498, 549, 611, 662-663, 682, 687-688

Cession de créance . . . 39, 191, 241, 550, 584, 673, 688, 1111

Chances de succès . 1146-1150, 1153-1154, 1156

Changement de jurisprudence . 316, 322, 426-428, 1544-1549

Clausula rebus sic stantibus . . . 250, 257, 262, 671

Codification suisse
Codification populaire (principe de la) 417, 981, 1015, 1568
Confiance accordée au juge 1141
Décodification 606, 616-618, 1248

Cœur de l'affaire (« *Geschäftskern* ») . 18, 561-563, 593-596, 629, 643, 679, 703

Commission (contrat de) 1116, 1134

Complètement de la loi 199, 254, 308-317, 320-322, 480, 1343, 1398, 1438

Complètement du contrat
But 247-249, 1122, 1255, 1409
Champ d'application
aussi cf. Réserve; Lacune
Contrats exécutés 275-278, 1149
En général 250-278
Points objectivement essentiels 1047-1049

Points secondaires 251, 696

Points subjectivement essentiels . . . 1039-1045

Critères de complètement
aussi cf. Volonté hypothétique

Bonne foi . . . 335, 1085, 1087-1089, 1091, 1093, 1096, 1107, 1141, 1174

Caractéristiques, buts et intérêts des parties 1076-1077

Circonstances 328-335, 1072, 1078-1081, 1088, 1107

Critères objectifs? 1123-1138

En général . . . 328-335, 1066-1089, 1526

Équité . . 328-335, 1086-1089, 1091, 1093, 1096, 1107, 1109, 1114, 1141, 1174, 1323

Objet du contrat 1074-1075, 1131

Preuve 1093-1107, 1111

Usages socio-économiques . . . 335, 1072, 1082-1084

Dans la *CVIM* 1501-1504, 1515

Définition 242

Évolution dans le temps 588, 705

Exemples 1108-1115

Méthode 279-335, 1323, 1397-1407

Normes
de complètement sur des points objectivement essentiels . . . 597-604, 1116-1138, 1140, 1526
de renvoi vs matérielles . . . 287-288, 1088, 1402
dispositives 286-305, 516, 603, 778, 1088, 1099, 1125, 1323, 1503
générales 307-323
impératives . . 254, 283-285, 516, 703-704, 1398
spéciales 286-305, 778

Rapport
avec la liberté contractuelle . 247-249, 292, 1122
avec la sécurité juridique 293, 298, 1322-1327, 1333-1334
avec l'accord 243-245, 258

Conciliation 1186-1187, 1192, 1357

Concordance (des volontés) 64, 132, 138, 148-150, 171, 175, 177, 182, 926, 932

Condition 201, 236, 264, 659, 667, 669, 1022, 1476

Conditions générales . 111, 131, 202, 303, 442, 764, 914-915, 921, 1398

Consignation 226, 241

Consommateur . 111, 162, 202, 365, 493, 500, 503, 553, 572, 579, 751, 911-924

Contrat
bilatéral 215, 223, 1092, 1297, 1300
Conditions de sa conclusion 132-184
manuel 547, 692
Notion 60, 64, 77
Objet (du contrat) 46-47, 61, 153, 158, 169, 171, 339, 493-498, 506, 511, 520, 566, 571-573, 610, 750, 755-760, 765, 790, 808, 817, 880, 928, 933, 938, 952, 999, 1031, 1074-1075, 1483, 1526
vs actes préparatoires . . . 170, 983-984, 1002

Conversion 42, 250

- Courtage . 464, 543-544, 1074-1076, 1083-1084, 1102-1105, 1134, 1149
- Coutume 308-310, 313-314, 703
- Crédit à la consommation . . 39, 500, 553, 579, 583, 608
- Culpa in contrahendo* cf. Responsabilité précontractuelle
- De minimis non curat prætor* cf. Valeur litigieuse minimale
- Décision judiciaire
- de complètement du contrat 246, 279, 307-316, 322, 1043-1044, 1123, 1141, 1306, 1314
- de détermination primaire d'un point du contrat (*arbitrium iudicis*) 192, 207
- de détermination subsidiaire des points du contrat (§§ 315 ss BGB) 199-200, 217-218, 228, 237-238, 1329-1334, 1453, 1534
- d'interprétation des manifestations de volonté 81
- Garanties matérielles et formelles 1092, 1322-1327, 1335, 1453, 1533
- Pouvoir d'appréciation 192, 328-335, 409, 544, 546, 1071, 1073, 1085-1089, 1104, 1110, 1123, 1125-1126, 1141, 1150, 1170-1171, 1174, 1207, 1216-1220, 1232-1233, 1305
- Décodification cf. Codification suisse
- Demeure
- du créancier 225-229, 241
- du débiteur 213-215, 221-224, 231, 1114
- Dépôt 89, 547-548, 584, 1134, 1312, 1380
- Désaccord 25, 169, 177, 180, 259-261, 263, 269-271, 273, 275, 301, 318, 325, 786, 830, 877, 1152
- Déterminabilité des points du contrat
- Caractère déterminé vs déterminable . 185-186
- Critères objectifs
- Impossibilité de la détermination . 208-212
- Notion 192-193
- Critères subjectifs
- Admissibilité 194-195
- Impossibilité ou refus de la détermination 213-238
- Limites 196-205
- Notion 192-193
- Dans la CVIM 1466-1467
- Fonction et exigences 187-191
- Rapport
- avec l'accord 173
- avec les points subjectivement essentiels 449-452
- avec l'exécution des promesses de contracter 1447, 1452-1453
- Dommages-intérêts 214, 231, 407, 916, 1148, 1276, 1278, 1283, 1295, 1444, 1449, 1451, 1457
- Donation . . 474, 495, 511, 526, 584, 877, 900, 1110, 1127
- Droit allemand 29, 199-200, 216, 218-219, 228-229, 237, 442, 722, 749, 996, 1008-1012, 1079, 1089, 1105, 1278, 1302-1303, 1321, 1329-1334, 1453, 1534
- Droit américain 750, 1275
- Droit anglais 750, 1254
- Droit autrichien 564, 722, 864, 1002, 1092
- Droit formateur de déterminer un point du contrat
- Attribution par le juge . 1090-1092, 1111, 1140
- En général 194, 880, 1202, 1320
- Limites 197-204, 921, 1321
- Transfert 219, 228-229, 231, 1092
- Droit français 84, 394, 722
- Droit prétorien cf. Complètement de la loi
- Droit privé social 164, 370-371, 1337, 1365
- Édition (contrat d') 538-539, 1074, 1094, 1134
- Efficacité 34, 63, 170, 236, 250, 252, 659, 667-669, 1410
- Éléments constitutifs des types contractuels cf. Typologie contractuelle
- Éléments nécessaires du contrat cf. Erreur de base
- Engagement excessif 203, 387-389, 1305, 1338-1340, 1342
- Engagement ferme cf. Volonté d'être lié
- Enrichissement illégitime 253, 275, 916, 1296-1304, 1318, 1531
- Entreprise (contrat d') 464, 536-537, 586-587, 600, 683, 1079, 1134
- Équité
- Comme source d'obligations légales 535
- Détermination équitable des points du contrat 199-200, 217, 231, 237, 1321, 1323, 1330-1331
- Rapport
- avec la sécurité juridique . . 299, 412-415, 615, 1215, 1253-1254
- avec le complètement de la loi . . 320-322
- avec le complètement du contrat 328-335, 1072, 1086-1089, 1091, 1093, 1096, 1107, 1109, 1114, 1141, 1174, 1323, 1526
- Erreur de base 45-48
- Erreur de déclaration 184, 837
- Essentialia negotii* 18, 37, 332, 457-461, 463, 632, 634, 642, 679, 681, 700, 734, 742, 747, 872, 877, 894, 896-897, 899, 903, 935, 962, 980, 982, 984, 989, 991-1004, 1010-1013, 1017-1018, 1034, 1245, 1465, 1472, 1477, 1483, 1485, 1506, 1521
- Étendue minimale de l'accord
- aussi* cf. Approche 1 ; Approche 2
- Autres approches 892-924
- Dans la CVIM 1468-1508, 1542
- Paradigme pertinent 711, 886, 1559
- Rapport
- avec la responsabilité des parties . . 1062-1064
- avec l'accord 174
- avec le complètement du contrat . 243-245
- avec le droit de la consommation 910-924
- Exécution . . 89, 191, 213, 216-217, 225, 253, 275-278, 358, 525, 535, 587, 623, 648, 657, 757, 881, 974, 982-983, 1044, 1080, 1083, 1149, 1189, 1283, 1292, 1430, 1434, 1437-1438, 1444-1456, 1520
- Exonération de responsabilité 551, 1418
- Expertise 3, 214, 539, 1094, 1109, 1111, 1127, 1174, 1455, 1489

- Expertise-arbitrage 207, 231, 238
 Fait notoire 94, 1093, 1096, 1099-1101
 Faute 916, 1277-1278, 1282, 1418
Favor debitoris 130, 198, 219, 229, 1092
Favor negotii .. 129, 212, 248, 273-274, 285, 1409, 1425, 1496, 1503
 Forme constitutive
 Étendue minimale 1391-1394, 1541
 Présomptions 1385-1390, 1394
 Rapport avec la volonté d'être lié 154, 167-169
 vs forme légale 1377-1384
 Forme légale
 Buts et champ d'application 38-41
 Étendue 37, 1393
 Exclusion du champ de l'étude 31-44
 Nullité partielle 1410
 vs forme constitutive 1377-1384
 Franchise 557
 Garantie (indépendante) cf. Porte-fort
 Hiérarchie des normes 54, 57
 Illicéité de l'objet 384-385, 1026
 Impossibilité
 de déterminer un point du contrat ... 191, 206, 208-214, 220, 230-235, 1098
 En général 284, 384, 391, 676, 1026, 1410, 1445
 Inexécution . 191, 207, 213-214, 219, 231, 551, 917
 Inexistence (vs nullité) ... 42-44, 1058, 1060, 1383
 Intérêt conventionnel . 210, 531, 553, 584, 672, 687, 914, 920, 1095, 1097-1101, 1416
 Intérêts publics et intérêts privés 41, 376, 394, 398, 1054, 1347-1353, 1382, 1525, 1528
 Internationalisation 606, 619-625, 1239, 1264
 Interprétation de la loi
 A contrario vs *a simili* 1121
 En général 49, 963
 Interprétation autonome de la CVIM 1460-1463
 Réduction téléologique 1059, 1061, 1183, 1344, 1398
 Rôle de la Constitution 6, 51-57, 314, 342, 344-361, 367-368, 375, 392-400, 408, 413, 1038, 1044, 1049, 1054, 1343-1359, 1363, 1547, 1556
 Interprétation des manifestations de volonté
 Définition 78-81
 Éléments d'interprétation 82-95, 761-772, 828-829
 Interprétation objective .. 79, 82, 101-127, 326, 548, 759, 818-837, 1252, 1255
 Interprétation subjective .. 79, 82, 96-100, 106, 110, 175, 759-817, 838, 1252, 1255
 Maximes subsidiaires 128-131, 198, 303
 Reiner Auslegungstreit 1042
 Irrecevabilité . 1159, 1164, 1166, 1169, 1185, 1188
 Justice matérielle cf. Équité
 Lacune de la loi cf. Complètement de la loi
 Lacune du contrat 246, 250, 252-253, 262, 266-274, 292, 301, 304, 319, 323, 1069, 1333, 1424, 1426-1429, 1451, 1473
 Leasing 480, 519, 556, 591, 914, 920
 Lésion 369, 1410
 Libéralisme 364-371, 1016-1017, 1129-1132
 Liberté contractuelle
 Composantes
 Liberté de (ne pas) conclure 338, 369, 377-383, 1040, 1045, 1052, 1054, 1277, 1345-1346
 Liberté de la forme . 39, 304-305, 340, 376, 1023, 1028, 1030, 1032
 Liberté de l'objet .. 195, 292, 339, 384-391, 519, 664, 694, 933, 1018-1034, 1053-1054, 1242-1244
 Liberté du type contractuel . 339, 517-521, 1025
 Liberté formelle vs matérielle . 362-374, 1337, 1341
 Limites 375-400, 1045, 1050-1057
 Nature juridique
 Dans la CVIM 1480, 1496, 1499, 1503
 En droit constitutionnel 344-374, 392-400, 1041, 1044, 1049, 1054, 1189, 1193, 1343-1359
 En droit privé 336-340, 343, 376-391, 1054
 Notion 336-345
 Rapport
 avec la responsabilité des parties .. 1062-1064
 avec le complètement du contrat 247-249, 292, 1122
 avec les promesses de contracter ... 1438, 1442, 1453
 Mandat 66, 231, 233, 496, 540-542, 550, 567, 577, 582, 584, 586-587, 599, 1074-1075, 1134, 1149, 1151-1152, 1312
 Manifestation de volonté
 Définition 65-76
 Entre présents ou entre absents 988, 1371, 1373
 Forme (expresse, par actes concluants, par le silence) .. 139-144, 157, 303-304, 450, 542, 1254, 1483-1484, 1488-1489, 1493
 Interprétation cf. Interprétation des manifestations de volonté
 Médiation 1357
 Mœurs (contrariété aux) .. 378, 384, 386-390, 425, 1026, 1059
 Motivation du jugement .. 1163, 1175-1182, 1423
Naturalia negotii 332, 459-460, 740, 742, 999, 1011, 1521
 Nature de l'affaire 157, 280, 288, 328-335, 541, 965, 977, 1001, 1088, 1101, 1107, 1110, 1323, 1402
 Négociation 61, 88, 263, 270-271, 301, 369, 421, 516, 543, 545, 766, 915, 1079, 1102-1103, 1151, 1227, 1277-1278, 1298, 1305, 1308, 1338, 1431, 1497
Nichtigkeitsabrede .. cf. Accord sur l'étendue de la nullité
 Non-juristes ... 417-421, 585, 587, 592, 618, 1210, 1212-1214, 1231, 1248-1249, 1252, 1254, 1256, 1278, 1546, 1568
 Noyau du contrat cf. Cœur de l'affaire
 Nullité partielle .. 234, 209-211, 234-235, 250, 256, 285, 668, 1098, 1383, 1395-1429, 1540
 Obligation alternative 193-194, 213-214, 216, 226
 Obligation de contracter

- Ex lege 377-383, 1045-1046, 1341, 1346
- Volontaire cf. Promesse de contracter
- Obligation de déterminer un point du contrat . 213-224, 1452-1456
- Obligation naturelle 1189, 1193
- Offre 63, 132-138, 145-146, 151, 157, 160, 162-163, 165, 182, 379, 421, 722, 910-911, 987-988, 1130, 1151, 1252, 1275, 1278, 1366, 1368, 1432, 1451-1456, 1469, 1471-1479, 1484, 1486, 1488-1489, 1497
- Pandectistes 991, 993-998, 1008-1012, 1015-1017, 1521
- Parties au contrat
- Buts qu'elles poursuivent 46-47, 90, 333, 502-506, 571, 610, 1076-1077, 1127, 1526
- Identité et rôle des parties 239, 566, 575-580, 597-598, 604, 772, 881-882, 889, 899, 1112-1116, 1119-1120, 1135-1138, 1152, 1238, 1261
- Peine conventionnelle 663, 687, 1305
- Point du contrat
- Définition 61
- Rapport avec l'accord 171-174, 933
- Points objectivement essentiels
- Absence de points objectivement essentiels 686-693
- aussi* . cf. Cœur de l'affaire; *Essentialia negotii* ; « Tout cohérent »
- Controverses 18-22, 430-438, 564, 1149, 1237, 1260
- Dans la CVIM 1472
- Définition fonctionnelle 18, 433, 561, 593, 640-641, 648, 654, 695-713, 778, 883-891, 903, 962, 1117, 1237-1238, 1559
- Définition typologique 37, 431, 434-435, 437, 453-626, 628, 632, 634, 639, 642, 648, 679, 684, 698, 703, 711-713, 775-776, 887, 889, 894, 896, 902-903, 935, 962, 984, 1117, 1237, 1239, 1263, 1416
- En cas de contrats atypiques 559-569, 593-605, 679, 1248, 1263
- En cas de contrats innommés 555-558, 591-592, 603, 608, 617-618, 1248
- En cas de contrats nommés 522-554, 586-590, 603, 608, 611, 1116, 1248
- Définitions structurelles 432, 434-435, 437, 596, 601, 626-694, 777, 962, 1237-1238, 1240-1247, 1265-1266
- Rapport avec la nullité partielle 1421-1429
- Toujours subjectivement essentiels ? . 854-882
- Points subjectivement essentiels
- Caractère reconnaissable 445, 719, 726, 822-824, 838-844
- Dans la CVIM 1470, 1481
- Définition 440-445, 718-719, 725-726
- Rapport
- avec la nullité partielle 1411-1420
- avec la réserve 264
- avec la volonté d'être lié 153, 446-447, 758
- avec l'accord 448-452
- Porte-fort 478, 498, 690
- Pourparlers cf. Négociation
- Pouvoir d'appréciation du juge cf. Décision judiciaire
- Précontrat cf. Promesse de contracter
- Prescription 407, 615, 917, 1283, 1301
- Présomption 144, 161-168, 632-633, 719, 755, 880, 936-957, 1095, 1365, 1367-1373, 1385-1390, 1394, 1477-1479, 1506-1507
- Prestation caractéristique 489, 541, 567, 581-583, 599-601, 604, 679, 878-880, 889, 1080, 1111, 1116, 1119-1120, 1127, 1135-1138, 1238, 1261, 1297, 1300, 1368, 1370, 1498
- Prêt de consommation 210, 496, 530-531, 550, 584, 663, 1074, 1076, 1183, 1095, 1097, 1099-1100, 1123, 1125, 1134, 1150, 1416
- Preuve
- des critères de complètement 1093-1107, 1111
- des éléments d'interprétation 94-95
- Principe de la confiance 75-76, 101-127, 141, 159, 179-183, 197, 246, 261, 445, 525, 535, 542, 735, 741, 755, 759, 787, 817, 822, 828, 831, 837, 1227, 1252
- Prix cf. Rémunération
- Professionnel cf. Consommateur
- Promesse de contracter
- Action en exécution 1444-1456
- Étendue minimale 1439-1443, 1541
- Notion 1431-1438
- Proportionnalité 395-398, 1144, 1182, 1354-1359, 1453, 1537
- Qualification cf. Typologie contractuelle
- Quasi-exécution du contrat 1297-1300, 1304
- Raisonnable (caractère) 90, 129, 197, 199-200, 332, 398, 505, 542, 629, 635, 643, 822, 824, 829, 903, 1085, 1240, 1242-1245, 1278, 1305, 1321, 1402, 1455, 1503, 1561
- Réciprocité 64, 145, 926
- Règle ouverte . 409-410, 1216-1222, 1232-1234, 1250, 1255, 1257
- Relativité des conventions 1114
- Remise de dette 478, 507, 552, 558, 688, 877
- Rémunération
- Dans la CVIM 1486-1497
- Fourchette de prix . 452, 917, 1079-1080, 1104, 1109, 1149, 1314, 1340
- Montant 270, 276, 525, 528-529, 531, 534, 537, 539, 542, 544, 546, 548, 568, 584, 597, 602, 604, 706, 712, 871-875, 899, 1067-1068, 1075, 1084, 1088, 1093-1094, 1097-1105, 1109-1110, 1116, 1119-1120, 1125, 1127-1128, 1135-1138, 1238, 1261, 1312, 1555
- Principe 531, 535, 539, 542, 548, 568, 584, 597, 602, 604, 705, 712, 876-877, 900, 1067-1068, 1074, 1084, 1094, 1103, 1105, 1110, 1116, 1119-1120, 1125, 1127-1128, 1135-1138, 1238, 1261, 1312
- Prix du marché 2, 192, 207, 525, 587, 1085, 1088, 1094, 1109-1110, 1119, 1123, 1125, 1127, 1131, 1297, 1455
- Représentation 220, 230, 545, 1114, 1202
- Reprise de dette 673

Réserve	118, 169, 177, 180, 189, 192, 250, 252, 260, 263-265, 268, 273, 301, 318-319, 323, 452, 542, 739, 903, 942, 947, 951, 1092, 1151-1152, 1338, 1340, 1386-1387, 1467
Responsabilité précontractuelle	916, 1148, 1276-1284, 1288, 1295, 1318, 1531
Revendication	1296-1297, 1300
Risque d'erreur du juge	
Dans les approches 1 et 2 ..	1267-1272, 1317, 1530
Définition ..	423, 1141, 1197, 1206-1209, 1315, 1529
En matière de complètement	1064, 1067, 1306
Possibilités de maîtrise	1223-1228, 1269, 1272, 1305, 1314, 1317-1318
Rapport avec la sécurité juridique	1229
Rapport avec le degré d'ouverture des règles 1216-1221	
Spécifiquement dans l'approche 1 ..	1274-1305, 1318, 1531
Spécifiquement dans l'approche 2 ..	1306-1314, 1318, 1531
Sécurité juridique	
Clarté et accessibilité du droit ..	416-421, 570, 585-605, 612-614, 618, 620-624, 643, 681, 1229, 1239, 1247
Définition	401-410
Effectivité du droit	422, 1143
Maîtrise des risques	423, 1223-1228
Rapport	
avec l'approche 1 ..	1036, 1274-1305, 1335
avec l'approche 2	1306-1314, 1327, 1334-1335
avec le risque d'erreur du juge ..	293, 1229, 1307-1313
avec l'équité	412-415, 615
Stabilité du droit	424-428, 585-605
Séparation des pouvoirs	55, 1343
Société simple	294, 506, 554
Solidarité	657, 676
Sponsoring	480, 519
Stipulation pour autrui ..	598, 673, 1115, 1134, 1434
Structure d'obligations	
Notion	655-677
Obligations accessoires	250, 255, 432, 498, 549, 644-645, 658-661, 664-665, 669, 672-673, 677, 680, 682-684, 687, 689-690
Obligations principales	432, 644-645, 661, 669, 672, 678-685, 688-689, 724, 935, 1247, 1472
Rapport avec la typologie ..	494-498, 662-663
Rapport avec les points objectivement essen- tiels	644-654
Synallagma ..	365, 600, 649-654, 657, 660, 668, 671, 673, 685-686, 935, 1016, 1022, 1075, 1080, 1247, 1301, 1416, 1433, 1450
Systémique	1129-1133
Temps judiciaire	
Accélération de la procédure	1158-1182, 1453
Dissuasion d'ouvrir action ..	1144-1156, 1527
Normes restrictives d'accès aux tribunaux	1184-1194, 1527
Surcharge des tribunaux	1142-1143, 1357, 1362, 1527
« Tout cohérent » (« <i>sinnvolles Ganzes</i> ») ..	18, 563, 627-643, 703, 903, 935, 1240-1246, 1265
Transaction extrajudiciaire ..	484, 496, 508, 558, 687
Transport (contrat de)	1134
Travail (contrat de) ..	327, 474, 519, 532-535, 575, 582, 587, 611, 712, 1076, 1083, 1127-1128, 1134, 1149, 1151-1152, 1155, 1213, 1312
Typologie contractuelle	
Catégories de contrats	488-489, 491, 600
Complexification	607-615, 1239, 1264
Contrainte des types	521, 1019-1034
Contrats atypiques	468, 484, 486-487, 559-569, 585, 593-605, 633, 642, 663, 679, 1248, 1263, 1465
Critères typologiques ..	492-511, 571, 610, 662
Éléments constitutifs des types contractuels	453, 456, 466, 468, 470, 492, 570-584, 1239, 1263
Liberté du type contractuel	cf. Liberté contractuelle
Notion	466-471, 516
Qualification	339, 470, 512- 515, 517-518, 571-572, 574-584, 586, 600, 613, 622, 992-999, 1001, 1149, 1152, 1238, 1249, 1521
Rapport avec les structures d'obligations ..	663
Sous-types contractuels ..	488, 490-491, 608, 1464
Superposition de types	509-511, 589-590, 613, 1435
Types juridiques vs socio-économiques ..	339, 472-475, 484, 492, 518-519, 555, 587
Types mixtes et <i>sui generis</i>	481-486
Types nommés vs innommés ..	476-481, 483- 484, 517, 522, 555, 591-592, 608, 617-618, 1030, 1248, 1435, 1465
Usages (socio-économiques) ..	92, 95, 299, 332, 335, 454, 480, 534, 542, 544, 546, 555, 591, 598, 1072, 1082-1084, 1093-1094, 1104, 1126, 1434, 1503, 1505, 1526
Valeur litigieuse minimale	1186, 1191
Vente	1-3, 37, 39, 42, 117, 185, 191, 212, 222, 442, 455, 464, 470, 474, 490, 495, 504, 510-511, 519, 524-525, 566, 576, 582, 584, 586-587, 619, 662-663, 681, 683, 736, 766, 772, 776, 794-795, 797, 802, 813, 863, 871, 877, 899-900, 915, 1080-1081, 1102, 1104-1105, 1109, 1111, 1119, 1123, 1127, 1134, 1312, 1427, 1464-1465, 1472, 1495, 1505, 1508, 1514, 1542
Volonté d'être lié	
Interprétation ..	3, 157-160, 205, 264, 723-724, 755-837, 983, 988, 1002, 1069, 1103, 1180, 1365-1366, 1469, 1483, 1488-1489, 1494, 1504
Modalités	
En général ...	152-156, 337, 447, 756, 928, 952
Forme	154, 167-169, 1376
Notion	6, 149, 151, 446, 927

Présomptions .. 161-165, 880, 952-953, 1365, 1367-1373, 1385-1390	Volonté réelle 75, 79, 90, 96-100, 109-110, 117-118, 125, 149, 159, 175, 177-178, 181- 183, 197, 326, 760-762, 786-787, 790-791, 798-799, 817, 819-821, 826-827, 834- 835, 837, 856, 1151, 1420
Volonté hypothétique 43, 97, 217, 289-305, 314, 324-335, 598, 706, 761, 864, 1066, 1071, 1080, 1084, 1087, 1092, 1095, 1099, 1104, 1110, 1125, 1252, 1255, 1297, 1314, 1323, 1393, 1402, 1410, 1412, 1417, 1420, 1423, 1503	Voyage à forfait 497, 608

Index des dispositions citées

Dispositions suisses

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101

Cst. 5		
- al. 1	393	
- al. 1 et 3	408	
- al. 2	394-395	
Cst. 8		
- al. 1	408	
- al. 3	52	
Cst. 9	408, 1207, 1224	
Cst. 10		
- al. 2	6, 344, 1242	
Cst. 12	361	
Cst. 16	344	
Cst. 27	6, 344, 1242	
Cst. 29		
- al. 1	1324	
- al. 2	1324	
Cst. 30		
	- al. 1	1324
Cst. 35	351, 1041, 1044, 1049	
- al. 2	354, 372	
- al. 3	370	
Cst. 36	352, 392, 400, 1054	
- al. 1	1345-1346	
- al. 1, 1 ^{ère} phrase	393	
- al. 1, 2 ^e phrase	393	
- al. 1, 3 ^e phrase	393	
- al. 1-3	1343	
- al. 2	394, 1347	
- al. 3	395, 1144, 1182, 1354, 1359, 1537	
- al. 4	399	
Cst. 94	400	
- al. 1	6, 345, 371, 1130, 1242	
	- al. 3	359
	- al. 4	400
Cst. 96	367	
Cst. 97	367	
Cst. 109	367	
Cst. 110	367	
Cst. 119		
- al. 2		
- let. d	52	
Cst. 122		
- al. 1	52, 357	
- al. 2	358	
Cst. 190	52, 55-56	
Cst. 191		
- al. 2	1186	

Loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale, RS 170.512

LPubl 1a	419
----------	-----

- al. 1 <i>in fine</i>	260				
- al. 2	187,				
192, 248, 252, 257, 263,					
268, 270, 280, 287, 301,					
317-321, 323, 328-330,					
541, 696, 958, 977, 1043,					
1049, 1071, 1088, 1098,					
1101, 1106-1107, 1110,					
1252, 1323, 1402, 1451					
- al. 3 .. 154, 167, 170, 757,					
831, 844, 952, 977, 1384					
CO 3 .. 136, 156, 844, 1384, 1451					
CO 5	844				
CO 6	144, 334				
CO 6a .. 136, 164-166, 368, 755,					
844, 1337, 1365					
- al. 1	162				
CO 7 164-166, 1365, 1374,					
1539					
- al. 1 .. 6, 136, 151, 157, 334,					
753, 755, 844, 1366					
- al. 2 .. 163, 755, 844, 880,					
1364, 1368-1372					
- al. 2 et 3 .. 136, 164, 880,					
1367					
- al. 3	156,				
163, 755, 844, 880, 1364,					
1369-1371, 1373					
CO 11	376, 1377, 1394				
- al. 1 .. 39, 41, 304, 340, 343,					
1023, 1232, 1380, 1386					
- al. 2 .. 31, 33, 110, 1393					
CO 11 ss	31, 39, 170				
CO 12	37, 507, 1394				
CO 13	1394				
CO 15	1377, 1394				
CO 16	32, 154,				
167, 757, 844, 928, 1337,					
1376, 1384-1385, 1541					
- al. 1 .. 168, 1381-1382,					
1386, 1388					
- al. 2	1394				
CO 17	558				
CO 18	111, 1337				
- al. 1	6,				
75, 93, 96, 103, 110, 146,					
513, 755, 759, 844, 1252,					
1437-1438					
- al. 2	110				
CO 19	195, 1399				
- al. 1	292, 339,				
343, 519, 664, 933, 1020,					
1026, 1030, 1122, 1232,					
1242, 1431, 1512					
- al. 2 .. 200, 282, 376, 384- 387, 1026, 1059, 1183, 1344, 1396					
CO 19-20	170, 1054				
CO 20 .. 195, 212, 234, 389, 868, 1398-1399, 1410					
- al. 1 .. 43, 200, 208, 210, 284, 376, 384, 386, 391, 1026,					
1059, 1098, 1183, 1344, 1396, 1418					
- al. 2	209-210,				
212, 235, 250, 256, 864, 1060, 1098, 1202, 1383, 1395, 1398-1399, 1402, 1407-1412, 1420, 1423					
CO 21 369, 671, 1337-1338					
CO 22	1431, 1435, 1541				
- al. 1	1442, 1454				
- al. 2	1111, 1435				
CO 23	837				
- al. 1					
- ch. 3	671				
CO 23 ss	75, 170				
CO 24					
- al. 1					
- ch. 1	837				
- ch. 1-3	184, 837				
- ch. 4	45-46, 48				
CO 25	275, 1410				
- al. 2	1080				
CO 26					
- al. 2	1283				
CO 27	115				
CO 31	184				
CO 32					
- al. 1	1114				
- al. 2 <i>in fine</i>	155, 882				
CO 33					
- al. 2	1202				
- al. 3	1114				
CO 34					
- al. 3	1114				
CO 35					
- al. 1	334				
CO 37	1114				
CO 38	1114				
CO 39					
- al. 2	1283				
CO 40a	510				
CO 40a ss .. 368, 508, 918, 1337					
CO 40b	508, 918				
- let. b	572				
CO 41	868				
CO 42					
- al. 2	214				
CO 44	1282				
CO 60	1189, 1283				
CO 62	916, 1302				
- al. 2	275				
CO 62 ss	253, 1189, 1296				
CO 63	1301				
- al. 2	1189				
CO 64	1301				
CO 66	1189				
CO 67	1189				
- al. 1	916, 1301				
CO 68	220, 286				
CO 69					
- al. 1	186				
CO 71	286, 1111				
- al. 1 .. 192, 195-196, 333					
CO 72 .. 193, 195, 213, 217, 219, 226, 229, 286, 333, 1092					
CO 73	210, 531				
- al. 1	672, 1097, 1099				
CO 74					
- al. 2	287				
CO 75	288, 334				
CO 82 530, 657, 917, 1080, 1450					
CO 83					
- al. 1	657				
CO 86					
- al. 2	219				
CO 91	225				
CO 92	225, 241				
CO 92-94	227				
CO 93					
- al. 2	525				
CO 94	241				
CO 95	225, 227, 241				
CO 96	241, 1115				
CO 97					
- al. 1 .. 208, 213-214, 1444, 1451					
- al. 2	217				
CO 97 ss .. 213, 219, 231, 917, 1148, 1438					
CO 98	1444-1445				
- al. 1	217, 1448				
CO 100	507, 510, 551				
- al. 1	1418				
CO 101					
- al. 2-3	551				
CO 102	213, 215				
CO 103	214				
CO 107	227				
- al. 1	215, 229				
- al. 2	214-215, 231				
CO 107-109	1114				
CO 108	215				
CO 109	215, 227, 231				
CO 111	478, 690				
CO 112	598				
- al. 2 .. 240, 598, 673, 1115-1116, 1135, 1434, 1526					
CO 114					
- al. 1	659, 677				
CO 114 ss	170				
CO 115 .. 37, 478, 507, 552, 558					
CO 116					
- al. 2	286				
CO 119 209, 212, 220, 234, 1410					
- al. 1	208, 230, 233				
- al. 2 .. 211, 230, 657, 676					
CO 120					
- al. 1	530				
CO 127	1189, 1301				
CO 127 ss	917, 1283				
CO 133	674				
CO 146	286				
CO 147					
- al. 1	657, 676				
- al. 2	657				

CO 151	264	CO 239	526, 1189	- al. 2 539, 602, 1094, 1116,	1135
- al. 1	659	- al. 1	42, 1127	CO 394	540
- al. 2	669	- al. 3	495	- al. 1	587, 602
CO 151 ss	201	CO 243	39	- al. 3	496, 542, 548, 598,
CO 152	201	CO 253	522, 527	1074, 1084, 1088, 1116,	1126-1128, 1135, 1312,
CO 154		CO 253 ss	368	1526	
- al. 1	659	CO 257c	286	CO 395	144
CO 156	201, 1092	CO 257d	1114	CO 396	
CO 158		CO 262	1114	- al. 1	334, 541, 599, 1116,
- al. 1	766	CO 264	1114	1135, 1526	
CO 160	1305	CO 266a	1114	CO 398	231
- al. 1	286	CO 270		CO 405	233
CO 160 ss	663	- al. 2	1398	- al. 1	334
CO 163		CO 295		CO 412	543
- al. 3	1305	- al. 2	286	CO 414	544, 602, 1067, 1075,
CO 164		CO 312	530	1083-1084, 1088, 1104,	1116, 1126, 1135, 1526
- al. 1	334	CO 313	496, 531, 602, 1076,	CO 417	1081, 1104
CO 164 ss	673	1088, 1116, 1135, 1416,		CO 418a	
CO 165		1526		- al. 1	545
- al. 1	39	- al. 1	531, 1095	- al. 2	304
- al. 2	550	- al. 2	531, 1077, 1123,	CO 418a ss	490
CO 168	241	1125		CO 418c	
CO 170	659	CO 314	1099	- al. 2	286
- al. 1	673, 683	- al. 1	531, 602, 1074,	CO 418g	545
CO 171	550	1083-1084, 1099, 1116,		- al. 1	1084, 1088, 1126
CO 175 ss	673	1126, 1135, 1526		- al. 1 et 2	546, 602, 1116,
CO 178	659	- al. 2	286	1135, 1526	
- al. 1	673	CO 319	532, 1568	CO 419-424	333
CO 184	495, 510, 1568	CO 319 ss	368	CO 425	
- al. 1	522, 524, 587, 1127	CO 320		- al. 2	1116
- al. 1 et 2	470	- al. 2	535,	CO 440	
- al. 3	2, 185, 192, 195,	542, 548, 602, 712, 1072,		- al. 2	1116
1119, 1513		1074, 1088, 1116, 1126-		CO 442	
CO 184 ss	60, 453, 455, 474	1128, 1135, 1155, 1312,		- al. 1	665
CO 185	299	1526		CO 472	547
CO 186	1189	CO 322	1076, 1088	- al. 2 548, 602, 1072, 1074,	1077, 1088, 1116, 1126,
CO 190	504	- al. 1 534, 602, 1067, 1081,		1135, 1312, 1526	
CO 191		1083-1084, 1088, 1116,		CO 490	473
- al. 2-3	504	1126-1127, 1135, 1312,		CO 492	549
- al. 3	525	1526		- al. 1	682
CO 197 ss	455	CO 329		- al. 2	682
CO 211		- al. 4	200	CO 492 ss	663
- al. 1	222, 917	CO 330a	1213	CO 493	39, 690
CO 212		CO 344 ss	490	CO 502	690
- al. 1	2, 151, 525,	CO 344a		- al. 1	674
587, 602, 875, 916, 1067,		- al. 1	39	CO 513	505
1083, 1088, 1095, 1109,		CO 349b	333	- al. 1	1189
1116, 1119, 1123, 1125,		CO 363	536, 587, 1568	CO 526	
1127, 1135, 1312, 1514,		CO 373		- al. 1	671
1526		- al. 2	671	CO 530	554
CO 213		CO 373 s.	766	- al. 1	506
- al. 1	286	CO 374	537, 587, 602, 1075,	CO 531	
CO 216	39	1079, 1085, 1088, 1104,		- al. 2	294
- al. 1	1111	1116, 1135, 1526		CO 533	
CO 216 ss	490	CO 380	538	- al. 1	294
CO 219	286	CO 388		CO 1102	501
CO 227a-228	473	- al. 1 539, 602, 1076, 1116,			
CO 227e		1135			
- al. 2	1081	- al. 1 et 2	1526		
CO 237-238	483				

Ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, RS 221.213.11

OBLF 11	1083		- al. 3	1084		- al. 4	1093
---------------	------	--	---------------	------	--	---------------	------

Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation, RS 221.214.1

LCC 1-8	553		- al. 1	39			
LCC 2	500, 579		- let. e	583		- al. 2	60
LCC 3	500, 503, 579		LCC 7-8	553		LCC 9-12	920
LCC 7			LCC 9			LCC 15	920

Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1

LCA 1-2	42		LCA 3a	920	
LCA 3	920		LCA 33	131	

Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, RS 221.301

LFus 4	501		LFus 12	501	
--------------	-----	--	---------------	-----	--

Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS 241

LCD 8 ...202, 1337-1338, 1398			- al. 2		
LCD 10			- let. b	111	

Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS 251

LCart 5			- let. a	1084		- let. b	378
- al. 3			LCart 13				

Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272

CPC 55	CPC 189	CPC 261 ss
- al. 1	- al. 3	CPC 308
CPC 57	- let. c	- al. 2
CPC 58	CPC 197	CPC 317
CPC 59	CPC 210	CPC 319
- al. 2	- al. 1	- let. a
- let. a	- let. c	CPC 320
CPC 59 ss	CPC 212	CPC 326
CPC 84	- al. 1	CPC 337
CPC 87	CPC 214	- al. 1
CPC 88	CPC 219 ss	CPC 338
CPC 124	CPC 222	CPC 342
- al. 3	- al. 4	CPC 343
CPC 124-127	CPC 236	1454-1455
CPC 126	- al. 1	- al. 1
CPC 150	- al. 3	- let. d
- al. 1	CPC 239	- let. e
- al. 2	CPC 243	CPC 344
CPC 151	CPC 243 ss	217, 228, 1447-1448,
CPC 152	CPC 248 ss	1451-1454
CPC 157	CPC 254	- al. 1
CPC 164	CPC 257	CPC 345
CPC 168 ss	1169-1171, 1173, 1182	CPC 353 ss
CPC 177 ss	- al. 1	CPC 393
CPC 182 ss	- let. a-b	- let. e
		238

Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947, RS 273

PCF 78 1447

Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1

LP 82 186

LP 286 1110

Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291

LDIP 27 52

LDIP 117 600-601

- al. 3 489, 567, 600

LDIP 149a ss 622

LDIP 176 ss 231, 1321

LDIP 190

- al. 2

- let. e 238

Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311

CP 12 | - al. 2 868 | CP 292 1448

Loi sur la poste du 17 décembre 2010, RS 783.0

LPO 13 ss 378 | |

Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications, RS 784.10

LTC 11 369 | LTC 11a 369 |

Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait, RS 944.3

LVF 1 | LVF 4 920 | LVF 10 921
- al. 1 497 | LVF 6 60 | - al. 1 202

Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, RO 5 p. 577 ss

aCO 2 . 170, 710, 734, 743, 747, | - al. 1 269 | aCO 84 710
964, 966, 980, 983, 989 | - al. 2 269

Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Fünfter Teil, Das Obligationenrecht. Entwurf von 1904 ausgearbeitet von Eugen Huber

pCO-1904 1020 (1) | - al. 1 966 |

**Loi fédérale sur les Obligations et le Droit commercial (art. 64 de la Constitution fédérale) –
Projet présenté par le Département fédéral de Justice et Police sur la base des délibérations
d'une Commission préconsultative, Berne 1879**

pCO-1879 1	966		- al. 3	170	
pCO-1879 2	170, 965–967, 984		pCO-1879 9	966	

**Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes. Entwurf
bearbeitet nach den Bechlüssen einer Kommission vom 16. bis 21. Mai 1876 und vom 18.
September bis 7. Oktober 1876, Berne 1877**

pCO-1877 50	968		pCO-1877 51	969		pCO-1877 52	170, 970
pCO-1877 50-52	967, 977, 984		- al. 1	170, 277, 982			

**Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes. Entwurf
bearbeitet nach den Bechlüssen einer Kommission vom 22.-28. Oktober 1869 und vom 6.-13.
Oktober 1872, Berne 1875**

pCO-1875 50-52	967		pCO-1875 51			- al. 1	170, 277, 982
----------------------	-----	--	-------------------	--	--	---------------	---------------

Schweizerisches Obligationenrecht. Entwurf 1871, von Walther Munzinger

pCO-1871 53	972		pCO-1871 53-54	971, 977	
- al. 2	170, 277, 982		pCO-1871 54	973	

**Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil und Kaufvertrag. Entwurf 1869, von Wal-
ther Munzinger**

pCO-1869 32	974		- al. 2	170		pCO-1869 32-33	974, 977
-------------------	-----	--	---------------	-----	--	----------------------	----------

Projet de Code de Commerce suisse, Genève 1864 / Entwurf Schweizerisches Handelsrecht, Berne 1864

pCO-1864 207 | - al. 1 986-987 |

Entwurf. Konkordat über Handels- und Verkehrsrecht, Berne 1863

pCO-1863 158 | - al. 2 986 |

Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990 (Loi de procédure civile du canton de St-Gall)

ZPO-SG 299 | - al. 2 | - let. c 1453

Zivilrechtsplegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984 (Loi de procédure civile du canton d'Argovie)

ZPO-AG 430 1453 | |

Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976 (Loi de procédure civile du canton de Zurich)

ZPO-ZH 308 1453 | |

Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zurich (1856)

CC-ZH 906 | CC-ZH 910 170 |
- al. 2 988 | CC-ZH 915 170 |

Civil-Gesetzbuch für den Canton Bern (1831)

CC-BE 678 1004

Dispositions internationales et étrangères ; *Soft Law*

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises conclue à Vienne le 11 avril 1980, RS 0.221.211.1

CVIM 1	CVIM 12 1480	- al. 1 ... 1473, 1475-1476
- al. 1 1464	CVIM 14 871, 1459, 1465, 1480,	- al. 2 1476, 1501
CVIM 2	1491-1494, 1497, 1499,	- al. 2 <i>in fine</i> ... 1476, 1479,
- let. a 1464	1506	1501, 1507
CVIM 4	- al. 1 1466, 1469,	- al. 3 ... 1477-1480, 1501,
- let. a 1495-1496	1471, 1480-1482, 1486,	1506-1508
CVIM 6 1466, 1480-1482, 1484,	1488-1489, 1491, 1493,	CVIM 24 1459, 1465, 1480
1489, 1491, 1493, 1499,	1495-1497, 1542	CVIM 28 1480
1505-1506, 1508, 1510,	- al. 1 <i>in fine</i> 1466	CVIM 33
1512, 1542	- al. 1, 2 ^e phrase 1477,	- let. c p. an. 1503
CVIM 7	1479, 1484-1485, 1493,	CVIM 55 1480,
- al. 1 ... 1460, 1496, 1503	1498, 1505-1506, 1508,	1483, 1486, 1488-1489,
- al. 2 1495-1496,	1513	1491-1495, 1497, 1500,
1502-1503	CVIM 14-24 . 1483, 1492, 1497,	1503, 1505, 1514
- al. 2 <i>in fine</i> 1502	1508, 1510	CVIM 60
CVIM 8 1469, 1483, 1502	CVIM 18	- let. a p. an. 1503
- al. 3 1469	- al. 1 1469, 1481	CVIM 89-101 1480
CVIM 9	- al. 1, 1 ^{ère} phrase 1476	CVIM 92 1480, 1492
- al. 2 1503, 1505	CVIM 19 1473, 1501, 1511	

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), 2012/C 326/47

TFUE 294 - al. 3-5 911

Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

Dir. 93/13/CEE 3 - al. 1-2 442

Principes UNIDROIT 2010

UNIDROIT 2.1.2 751, 910

Principles of European Contract Law

PECL 2 :103 751, 910

Draft Common Frame of Reference

DCFR II.-4 :103 751, 910

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD)

pDCEV 30 - al. 1 - let. c 751	pDCEV 31 1264 - al. 1	- let. b .. 751, 910-912, 923
---	--------------------------------	----------------------------------

Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)

BGB 262 219, 229	BGB 315 1089	BGB 316 199
BGB 264 - al. 1 216	- al. 1 199-200	BGB 317
- al. 2 219, 229	- al. 3 .. 199, 218, 228, 1089, 1330, 1333-1334, 1453, 1534	- al. 1 199-200
BGB 305 - al. 1, 3 ^e phrase 442	BGB 315 ss 29, 200	- al. 2 <i>in fine</i> 1079
BGB 309 - ch. 10 202	BGB 315-319 .. 199, 218, 1321, 1329, 1334, 1534	BGB 319 238
		- al. 1 199, 237, 1331, 1333-1334, 1534
		- al. 2 200, 237

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil autrichien)

ABGB 861 ss 1002	ABGB 885 170, 1002	ABGB 915 1092
------------------------	--------------------------	---------------------

Code civil français

CCF 1114 722 | CCF 1189 | - al. 1 84

Uniform Commercial Code (États-Unis d'Amérique)

UCC 2-204 | - al. 3 750 |

Dresdner Entwurf (1866)

D. Entw. 52 . 978-981, 991, 993,
1009, 1012, 1015-1016,
1519 | D. Entw. 82 . 170, 976, 978, 980,
1519 |

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)

ALR I/5/120 ss 170 | ALR I/5/120-126 991 |

Index de la jurisprudence citée

Arrêts publiés aux ATF

10 p. 577 [fr] - consid. 2	464	31 II 640 [de]	1008	47 II 19 [fr]	185
11 p. 518 [fr] - consid. 2 .. 457, 464, 691		- consid. 2 .. 441, 736, 882, 1439		47 II 67 [fr] - consid. 2	1296
12 p. 367 [de] - consid. 2	199-200	- consid. 3	146, 736	47 II 86 [de] - consid. 3	46
16 p. 583 [de] - consid. 3	194	32 II 337 [fr] - consid. 1	757-758	47 II 308 [it] - consid. 2	67
17 p. 679 [de] - consid. 8	93	33 II 247 [de] - consid. 3	100	48 II 98 [de] - consid. 6	223, 225
18 p. 824 [de] - consid. 3	100, 464	34 II 463 [fr]	735	48 II 366 [de] - consid. 3	335
19 p. 921 [de]	1008	- consid. 3 .. 168, 263, 269, 271, 441, 735		49 II 28 [de] - consid. 2	223, 225
- consid. 3	464	34 II 715 [de] - consid. 2 .. 441, 457, 464, 734		49 II 77 [de] = JdT 1923 I 546 - consid. 3	525, 1094
- consid. 5	269	- consid. 3	269	52 II 215 [de] - consid. 5	552
20 p. 510 [de] - consid. 4	738	38 II 459 [de] = JdT 1913 I 399 - consid. 2	103	54 II 300 [de] = JdT 1929 I 66 156 - consid. 1 .. 441, 464, 529, 721, 757-758, 925, 937	
- consid. 5 .. 269, 441, 457, 464, 738		38 II 516 [de] - consid. 4	119	- consid. 2	169, 1386
20 p. 1070 [fr]	192	39 II 552 [de] - consid. 3	266	54 II 429 [de] - consid. 5	200, 204
- consid. 3 .. 185, 189-190, 194, 710		40 II 614 [fr]	1394	54 II 473 [de]	100
22 p. 630 [de] - consid. 2	189, 194	41 II 252 [de] - consid. 3	441, 733	55 II 125 [de] - consid. 4	200, 204
23 p. 769 [de] - consid. 5 .. 441, 457, 464, 721, 757		41 III 140 [de] - consid. 2	118	56 I 195 [fr]	1436
23 p. 1102 [it] - consid. 3 .. 190, 464, 529		42 I 22 [de]	399	56 II 424 [de] - consid. 2	46
28 I 408 [de]	657	42 II 219 [de] - consid. 3	219, 229	58 II 562 [de]	1410
29 II 114 [de]	1008	42 II 494 [de] = JdT 1917 I 578 1436		59 II 305 [de]	222, 225
- consid. 5	185, 194, 199-200, 1042	45 II 43 [de] = JdT 1919 I 263 - consid. 2	119	59 II 372 [de] - consid. 2	257
30 II 171 [de] - consid. 8	653	45 II 291 [de] = JdT 1919 I 423 - consid. 2	69	60 II 98 [de] = JdT 1934 I 637 1410	

- 60 II 205 [de]
- consid. 1 371
- 60 II 492 [de]
- consid. 2 566
- 63 II 2 [de]
- consid. 2b 140
- 65 II 171 [fr]
- consid. 2 504
- 66 II 61 [de] = JdT 1940 I 462
1149
- 66 II 265 [de] = JdT 1941 I 173
100
- 67 II 123 [de] = JdT 1941 I 525
- consid. 2 657, 668
- 68 II 229 [de] = JdT 1943 I 70
- consid. 1 37, 441, 464
- 69 II 373 [de] = JdT 1942 I 202
- consid. 1a 552
- 71 II 267 [de] = JdT 1946 I 198
- consid. 3c 441, 464
- 72 II 79 [fr]
- consid. 3 100
- 74 II 106 [de] = JdT 1949 I 62
- consid. 1 49
- 77 II 47 [fr]
- consid. 3 505
- 78 II 74 [fr]
- consid. 2 600
- 78 II 216 [de] = JdT 1953 I 199
- consid. 5 1410
- 78 II 376 [de] = JdT 1952 I 514
652
- 78 II 432 [de] = JdT 1953 I 444
525
- 78 II 435 [de] = JdT 1953 I 362
- consid. 2b 37
- 79 II 155 [de] = JdT 1954 I 133
- consid. 4b/cc 46
- 80 II 26 [de] = JdT 1956 I 136
- consid. 4a 880, 1373
- consid. 4c 378
- consid. 5a 338-339, 343
- 80 II 327 [de] = JdT 1955 I 497
- consid. 4a 668, 1416
- consid. 4b 1409
- 81 II 50 [fr]
- consid. 4 525
- 81 II 213 [fr]
- consid. 2b .. 89, 157, 185,
278, 757, 766, 1119
- 81 II 221 [de] = JdT 1956 I 137
185
- 81 II 502 [de]
- consid. 4 33
- 81 II 577 [it] = JdT 1956 I 455
- consid. 3 97
- 82 II 332 [de] = JdT 1957 I 71
- consid. 2 513
- 82 II 378 [de] = JdT 1957 I 175
- consid. 4 84, 252
- 82 II 550 [fr]
- consid. 1 663
- 82 IV 145 [de] = JdT 1957 IV 71
- consid. 2a 542, 1075,
1077, 1085
- 83 II 522 [fr] . 269, 286, 290, 319
- 84 II 13 [de] = JdT 1958 I 263
- consid. 1 . 185, 653, 1119,
1149
- consid. 2 194
- 84 II 107 [de] = JdT 1958 I 531
- consid. 4 1410
- 84 II 266 [de] = JdT 1959 I 42
- consid. 2 .. 185, 464, 524,
1119
- consid. 2a 191, 194
- 84 II 418 [fr]
- consid. 3 .. 100, 157, 757,
765
- 84 II 424 [fr]
- consid. 2 1402
- 84 II 628 [de] = JdT 1959 I 362
- consid. 1 .. 329, 332, 335
- 85 II 402 [de] = JdT 1960 I 204
- consid. 2 .. 185, 650, 653,
1119
- consid. 2b 192, 194
- 86 II 33 [de] = JdT 1960 I 554
- consid. 1a 653
- 86 II 256 [de] = JdT 1961 I 134
598
- 88 II 158 [de] = JdT 1963 I 238
- consid. 1 441
- 89 II 214 [de] = JdT 1964 I 54
- consid. 5c .. 2, 525, 1109,
1127
- 90 II 21 [de] = JdT 1964 I 567
- consid. 2b 44
- 90 II 34 [fr]
- consid. 2 37
- 90 II 92 [de] = JdT 1965 I 37
- consid. 4 92
- consid. 6 464
- consid. 11 1083
- 90 II 154 [fr]
- consid. 1 37
- 90 II 164 [de] = JdT 1965 I 48
- consid. 7 550
- 90 II 170 [de]
- consid. 3 936
- 90 II 295 [it]
- consid. 6 .. 406, 412, 426
- 90 II 483 [fr]
- consid. 2a 89
- 92 II 180 [fr]
- consid. 2a 1398
- 92 II 328 [fr]
- consid. 2 1094
- consid. 3a 536-537, 1085
- 93 I 666 [de] = JdT 1969 I 213
- consid. 3b 674
- 93 II 156 [de] = JdT 1969 I 87
1410
- 93 II 185 [fr]
- consid. 2 189
- consid. 4 .. 185, 250, 270,
329, 335, 529, 569
- 93 II 189 [de] = JdT 1969 I 530
1416
- consid. b 668
- 94 I 15 [fr]
- consid. 1 428
- 94 II 157 [de] = JdT 1969 I 538
- consid. 4b 92
- 94 II 263 [de] = JdT 1970 I 41
- consid. 3a 652
- 94 II 270 [de] = JdT 1969 I 654
653, 671
- 94 II 313 [fr]
- consid. 4 657
- 95 II 43 [de] = JdT 1970 I 66
- consid. 2b ... 1381-1382
- 95 II 126 [fr] = SJ 1970 145
- consid. 4 535, 1074
- 95 II 309 [de] = JdT 1970 I 243
- consid. 2 190
- consid. 3 193
- 95 II 419 [de] = JdT 1970 I 637
- consid. 2a 668
- consid. 2b 558
- 95 II 547 [de]
- consid. 4b 391
- 96 I 4 [fr]
- consid. 3a 1416
- 96 II 18 [de] = JdT 1971 I 354
- consid. 1 375, 385
- consid. 2 214
- consid. 2a 391
- 96 II 58 [de] = JdT 1971 I 274
- consid. 1 1085
- 96 II 79 [de] = JdT 1971 I 329 622
- 96 II 101 [de] = JdT 1971 I 162
- consid. 3a 1408
- 96 II 383 [de] = JdT 1972 I 150
- consid. 3a 110
- 97 II 48 [fr] 1436
- consid. 4a 1447
- 97 II 53 [de] = JdT 1972 I 52
- consid. 3 .. 441, 453, 457,
463, 721, 925, 1015
- 97 II 103 [de]
- consid. 3 388
- 97 II 201 [fr]
- consid. 5 99, 110
- 97 II 230 [fr] 1077
- 97 V 115 [fr]
- consid. 2b 936
- 98 II 73 [de] = JdT 1973 I 229
- consid. 3b/cc 1407
- 98 II 211 [fr]
- consid. 7 547
- consid. 7b . 89, 548, 1077,
1085
- 98 II 305 [de] = JdT 1973 I 536
- consid. 1 1434, 1439
- 99 Ia 604 [fr]
- consid. 4d 399
- 99 II 282 [fr]

- consid. I.1 93
 99 II 290 [de] = JdT 1974 I 361
 - consid. 5 128, 131
 - consid. 6 529
 - consid. 6b 92, 1093
 99 II 308 [fr]
 - consid. 4c 1410
 99 II 313 [fr] 513
 100 II 18 [de] = JdT 1974 I 354
 - consid. 2 168, 1381, 1387
 100 II 105 [de] = JdT 1975 I 136
 - consid. 2 425
 100 II 330 [de] = JdT 1975 I 609
 270, 335, 529, 1120
 100 II 376 [de] = JdT 1975 I 623
 - consid. 3a 1077
 100 IV 167 [de] = JdT 1975 IV
 108
 - consid. 2a 1387
 - consid. 2b 757-758
 101 II 102 [de]
 - consid. 1b 538
 101 II 109 [de] = JdT 1976 I 333
 - consid. 2 542, 1074-1075,
 1077, 1085, 1088
 - consid. 3 1074, 1084
 - consid. 4 1074-1075,
 1081
 102 II 1 [de] = JdT 1977 I 149
 - consid. 2d 1447
 102 II 70 [fr]
 - consid. 3 936
 102 II 339 [de]
 - consid. 3 391
 102 II 401 [de] = JdT 1978 I 492
 - consid. 2b 385
 102 V 91 [fr]
 - consid. III.2 1301
 103 la 369 [de]
 - consid. 5 355
 103 la 505 [de]
 - consid. 4a 1254
 103 II 149 [de] = JdT 1978 I 208
 - consid. 4 457, 464, 529,
 1120
 103 II 190 [fr]
 - consid. 1 441, 457, 464,
 524
 - consid. 2 248, 270, 721,
 925, 937
 - consid. 3 269, 271, 290,
 319
 103 III 97 [fr] 1436
 104 II 99 [de] = JdT 1979 I 16
 - consid. 2b 1293-1294
 - consid. 3 1289, 1292
 105 II 23 [de] = JdT 1979 I 474
 - consid. 1 880, 1373
 - consid. 2a 184
 105 II 75 [de] = JdT 1980 I 66
 - consid. 1 169, 1376, 1386,
 1390
 - consid. 2a 1277

106 II 141 [de] = JdT 1980 I 568
 - consid. 3c 110
 106 II 222 [de] = JdT 1981 I 151
 558
 107 la 107 [de] = JdT 1983 I 34
 - consid. 2b 1074
 107 II 144 [fr] 484
 - consid. 3 252, 279, 286,
 327, 329, 333, 335, 1399,
 1410
 107 II 216 [de] = JdT 1982 I 66
 - consid. 3a 286, 1416
 - consid. 3b 325, 327
 107 II 343 [de] = JdT 1982 I 272
 - consid. 2 257
 107 II 411 [de] = JdT 1982 I 162
 - consid. 3 263
 - consid. 7 329, 333, 1178
 107 II 417 [de] = JdT 1982 I 167
 - consid. 6 89, 102
 107 II 419 [de] = JdT 1982 I 380
 - consid. 3a 1407-1408,
 1422
 108 II 112 [de] = JdT 1982 I 531
 - consid. 4 270, 329, 335,
 529, 1120
 - consid. 5 1085, 1088,
 1094, 1178
 108 II 118 [fr]
 - consid. 1 545
 109 la 116 [fr]
 - consid. 4d 361, 394
 109 la 273 [de] = JdT 1985 I 616
 - consid. 4d 393
 109 lb 285 [fr]
 - consid. 4a 394
 109 II 24 [de] = SJ 1983 540
 - consid. 1 1394
 110 la 59 [fr] 235, 1092
 - consid. 3a 329, 333, 1409
 110 II 148 [fr]
 - consid. 1 193
 - consid. 1a 222, 225
 - consid. 1b 213, 217, 219,
 223, 227, 229
 110 II 287 [de] = JdT 1985 I 146
 - consid. 2b 441, 444, 721,
 937
 110 II 293 [de] = JdT 1985 I 214
 - consid. 5a 837
 111 II 260 [fr]
 - consid. 1 532
 - consid. 2a 253, 327, 335
 111 II 276 [fr]
 - consid. 2b 549
 111 II 284 [fr]
 - consid. 2 93
 111 II 291 [fr]
 - consid. 2b 263, 270
 111 V 161 [de]
 - consid. 5b 426
 112 II 41 [fr]
 - consid. 1 513-514

- consid. 1a 532
 112 II 326 [de] = JdT 1987 I 67
 - consid. 3a 1376
 112 II 337 [de] = JdT 1987 I 170
 - consid. 4a 110
 113 la 126 [fr]
 - consid. 8c 342, 344, 392
 113 II 49 [de] = JdT 1987 I 373
 - consid. 1b 299, 303
 113 II 163 [fr]
 - consid. 2b 191
 113 II 402 [de] = JdT 1988 I 67
 - consid. 2a 37
 113 II 501 [de] = JdT 1988 I 550
 - consid. 3a 338
 113 II 513 [it] = JdT 1989 I 10
 - consid. 5b 1088, 1104
 113 II 522 [it] = JdT 1988 I 354
 - consid. 5c 141
 114 la 191 [de] = JdT 1989 I 88
 - consid. 3b/bb 963
 114 II 127 [de] = JdT 1988 I 630
 - consid. 2 190
 114 II 131 [de] = JdT 1988 I 508
 - consid. 1b 286
 - consid. 3b 184
 114 II 159 [de] = JdT 1989 I 2
 - consid. 2a 388
 - consid. 2c 250, 1402
 114 II 274 [de] = JdT 1989 I 7
 - consid. 4 230
 114 II 279 [fr]
 - consid. 2a 385
 114 II 342 [fr]
 - consid. 2b 657
 115 lb 238 [de] = RDAF 1992 85
 - consid. 5b 404, 406
 115 II 28 [de] = JdT 1989 I 172
 - consid. 1a 1301
 115 II 232 [de] = JdT 1990 I 66
 - consid. 4a 390
 - consid. 4c-d 671, 1243
 115 II 264 [de] = JdT 1990 I 57
 - consid. 5a 299, 303
 115 II 305 [de] = JdT 1990 I 90
 936
 115 II 331 [de] = JdT 1991 I 150
 - consid. 5a 1289,
 1291-1292
 115 II 484 [de] = JdT 1990 I 210
 253
 - consid. 4a 246
 - consid. 4b 286, 290, 333,
 335
 115 V 115 [fr]
 - consid. 3d 1301
 116 II 525 [de] = JdT 1991 I 367
 - consid. 2b 963
 116 II 587 [fr]
 - consid. 3b 192
 116 II 695 [de] = JdT 1991 I 625
 - consid. 2b/bb 69, 157,
 1149

- 116 II 700 [de] = JdT 1991 I 643
 – consid. 3a 41
 – consid. 3b 41
- 116 III 70 [fr]
 – consid. 3 651
 – consid. 3b 657
- 117 Ia 270 [de] = JdT 1993 I 106
 – consid. 2b 1076
- 117 II 47 [fr]
 – consid. 2a 385
- 117 II 142 [fr]
 – consid. 2a 105
- 117 II 259 [de] = JdT 1992 I 559
 – consid. 2c 270, 709
- 117 II 282 [de] = JdT 1992 I 299
 – consid. 4b 542, 1085
 – consid. 4c 1074–1075, 1077, 1084, 1088
- 117 II 286 [de] = JdT 1992 I 303
 – consid. 5b 1084, 1104
- 117 II 382 [de] = JdT 1993 I 130
 – consid. 2a 110
 – consid. 2b 41, 110
- 117 II 452 [de] = JdT 1992 I 582
 – consid. 3a 425
- 117 III 1 [fr]
 – consid. 2b 254
- 118 Ia 497 [de]
 – consid. 2b/bb 1075
- 118 Ib 187 [de]
 – consid. 4 53
- 118 II 32 [de] = JdT 1993 I 387
 1436
 – consid. 3b 1436, 1439
 – consid. 3d 41, 270, 441, 444, 446, 936–937, 953
- 118 II 150 [de] = JdT 1994 II 98
 – consid. 4 556
- 118 II 157 [de] = JdT 1993 I 648
 ss
 – consid. 2a 557
 – consid. 4b/bb 194, 199–200, 202
 – consid. 4b/cc 204
- 118 II 307 [fr]
 – consid. 3a 963
- 119 II 40 [fr]
 – consid. 3 537
- 119 II 135 [it] = JdT 1994 I 99
 – consid. 2a 37
- 119 II 347 [de] = JdT 1994 I 609
 457, 464, 527–529
 – consid. 5 329, 335
 – consid. 5a 270, 276, 1119, 1134
- 119 II 368 [de] = JdT 1996 I 274
 – consid. 4b 299, 303
- 119 II 443 [fr]
 – consid. 1a 202
- 120 II 35 [fr]
 – consid. 4a 1409, 1416
 – consid. 4b 335, 1402
- 120 II 341 [fr]
 – consid. 5c 44
 – consid. 5d 1398
 – consid. 6 49, 322
 – consid. 6b 333
 – consid. 6c 311
- 120 V 299 [fr]
 – consid. 4a 482
- 120 V 515 [fr]
 – consid. 4b/bb 1075, 1077, 1084–1085, 1088
- 121 III 31 [de]JdT 1997 II 105
 – consid. 2c 140
- 121 III 60 [de] = JdT 1996 I 47
 – consid. 3d 1293
- 121 III 118 [de] = JdT 1995 I 274
 – consid. 4b/aa 110
 – consid. 4b/bb 44
- 121 III 350 [fr]
 – consid. 6c 1277
- 121 III 414 [de] = JdT 1996 I 368
 – consid. 1a 545
- 122 I 44 [de] = JdT 1998 I 215
 – consid. 3b/cc 361
- 122 I 57 [fr]
 – consid. 3c/bb 426–428
- 122 III 10 [de] = JdT 1998 I 111
 – consid. 3 536
 – consid. 4a 1437
- 122 III 66 [de] = JdT 1997 I 19
 – consid. 3a 545
 – consid. 3b 230
- 122 III 118 [de] = JdT 1997 I 805
 – consid. 2d 128
- 122 III 219 [de] = JdT 1997 I 246
 – consid. 3a 214
 – consid. 3c 1174
- 122 III 361 [de] = JdT 1997 I 207
 – consid. 4c 416
- 122 IV 322 [de] = JdT 1998 I 109
 – consid. 3b 651–652
 – consid. 3c/bb 652
- 123 I 112 [fr]
 – consid. 7a 393
- 123 III 35 [de] = JdT 1997 I 322
 – consid. 2b 75, 79, 106, 175, 180
 – consid. 2c 88
- 123 III 53 [fr]
 – consid. 5a 141, 144
- 123 III 101 [de] = JdT 1997 I 586
 – consid. 2 390
- 123 III 292 [de] = JdT 1998 I 586
 – consid. 2e 1410
 – consid. 2e/aa 369, 407, 1563
 – consid. 2e/cc 369
 – consid. 8 1422
- 123 III 337 [fr]
 – consid. 5 388
- 123 III 461 [de] = JdT 1998 I 664
 106
- 124 I 107 [fr]
 – consid. 3a 344
- consid. 3c 361
- 124 II 193 [de] = JdT 1998 I 656
 – consid. 5c 963
- 124 III 57 [de] = JdT 1999 I 19
 – consid. 3c 1402, 1408
- 124 III 62 [fr]
 – consid. 2a 1398, 1410
 – consid. 2b 1398
- 124 III 249 [de] = JdT 1999 I 275
 – consid. 3b 1076, 1088
- 124 III 266 [de] = JdT 1999 I 414
 – consid. 4 29
- 124 III 481 [de] = JdT 1999 I 455
 – consid. 3a 543
- 125 III 263 [de] = SJ 1999 469
 – consid. 4c 1390
- 125 III 305 [fr]
 – consid. 2b 84, 100–102, 178, 659
 – consid. 2c 89, 91
- 125 III 353 [de]
 – consid. 3 1410
- 125 III 358 [de] = JdT 2000 I 204
 – consid. 1a 282
- 125 III 435 [fr] 663
 – consid. 2a/bb 677
- 126 II 249 [fr]
 – consid. 4b 540, 1077
- 126 III 25 [fr]
 – consid. 3c 91
- 126 III 182 [de] = JdT 2000 I 315
 – consid. 3b 42
- 126 III 189 [fr] 210
 – consid. 2a 1097, 1101
 – consid. 2b 1097
 – consid. 2c 531, 1096–1097
- 126 III 192 [fr]
 – consid. 2c 547
- 127 III 248 [fr]
 – consid. 3c 44
 – consid. 3d 185, 464
 – consid. 3e 189, 263
- 127 III 300 [de] = JdT 2001 I 239
 – consid. 6a 671
- 127 III 318 [de] = JdT 2001 I 381
 – consid. 2b 29, 49
- 127 III 357 [de] = JdT 2002 I 192
 – consid. 4c/aa 1291
- 127 III 444 [fr] = SJ 2002 I 149
 – consid. 1b 82, 84, 90, 93
- 127 III 496 [fr]
 – consid. 3b/bb 406, 415, 422, 1217
- 127 III 519 [fr]
 – consid. 2a 1077, 1094
 – consid. 2b 536, 1149
 – consid. 2c 537
- 127 III 529 [de] = JdT 2002 I 432
 – consid. 3c 1402, 1410
- 127 III 548 [fr]
 – consid. 3 1114
- 127 V 301 [fr]

- consid. 3c 48
 128 II 1 [de] = RDAF 2003 I 520
 - consid. 3d 53
 128 III 50 [fr]
 - consid. 2b/bb 683
 128 III 198 [de] = JdT 2002 II 61
 - consid. 3a 42
 128 III 212 [fr]
 - consid. 2b/aa 1376, 1386, 1390
 128 III 271 [de] = JdT 2003 I 606
 - consid. 2a/aa 957
 128 III 370 [fr]
 - consid. 4a 299
 - consid. 4c 194
 128 III 428 [de] = JdT 2005 I 284
 - consid. 3b 530, 1076
 128 V 224 [fr]
 - consid. 2b 651, 657
 129 II 18 [de]
 - consid. 8.3.1 936
 129 III 35 [de] = JdT 2003 I 127
 - consid. 6.1 336-339, 377, 1431
 - consid. 6.3 336, 366, 377-378
 - consid. 6.4 369, 399
 129 III 118 [fr]
 - consid. 2.5 176
 129 III 181 [de] = JdT 2003 I 236
 - consid. 3.2 157
 129 III 209 [de] = JdT 2003 I 623
 - consid. 2.2 387, 389
 129 III 264 [fr]
 - consid. 3.2.1 1436
 129 III 276 [de] = JdT 2003 I 346
 - consid. 2.3 89, 93
 129 III 476 [de] = JdT 2004 II 63
 - consid. 1.4 141, 143
 129 III 535 [de] = JdT 2003 I 590
 - consid. 2 207, 231, 238
 - consid. 2.1 238
 - consid. 2.2 199, 238
 129 III 604 [fr]
 - consid. 2.2 477
 - consid. 4.2.1 255
 - consid. 5.3 390
 129 III 664 [fr]
 - consid. 3.1 513
 - consid. 3.2 532, 545
 129 III 702 [de] = JdT 2004 I 535
 - consid. 2.4 178
 - consid. 2.4.1 90-91
 - consid. 2.4.2 84, 91
 - consid. 2.5 88, 92
 129 III 738 [fr]
 - consid. 3.4.1 600
 129 V 145 [fr]
 - consid. 3.1 246, 253, 266
 130 I 26 [de] = JdT 2005 I 143
 - consid. 4.3 336, 344
 130 II 65 [fr]
 - consid. 4.2 54, 56, 1343

130 III 49 [de] = JdT 2005 I 517
 - consid. 1.2 558
 - consid. 3.2 1410
 130 III 66 [de] = JdT 2004 I 83
 - consid. 3.1 683
 - consid. 3.3.3 210, 391, 1178
 130 III 90 [fr]
 - consid. 1 1207
 130 III 417 [fr]
 - consid. 2.2.1 84, 89
 - consid. 3.2 178
 130 III 462 [de] = SJ 2004 549
 - consid. 4.1 600
 130 III 495 [de] = JdT 2005 I 79
 - consid. 5 387
 130 III 734 [de] = JdT 2005 I 314
 - consid. 2.2.3 1174
 130 V 414 [fr]
 - consid. 4.3 1301
 131 I 74 [de] = JdT 2007 I 652
 - consid. 4.1 53
 131 I 166 [de] = JdT 2007 I 75
 - consid. 5.3 399
 131 I 223 [de] = RDAF 2006 I 526
 - consid. 4.1 344, 392
 - consid. 4.2 400
 131 I 333 [fr]
 - consid. 3.2 338
 - consid. 4 342-344, 392
 131 II 137 [fr]
 - consid. 2.3 1431
 131 II 169 [fr]
 - consid. 9.1 936
 131 II 697 [de] = RDAF 2006 II 140
 - consid. 4.1 54, 56, 1343
 131 III 106 [de] = JdT 2005 I 334
 - consid. 1.1 105
 131 III 268 [fr]
 - consid. 4.2 530
 - consid. 5.1.2 543
 131 III 280 [fr]
 - consid. 3.1 82, 87, 93, 101-102
 131 III 360 [fr]
 - consid. 5.1 214
 131 III 467 [de] = JdT 2006 I 43 326
 - consid. 1.2 246
 - consid. 1.3 1402, 1408-1409
 131 III 535 [fr]
 - consid. 4.2 204
 131 III 601 [fr]
 - consid. 3.1 1410
 131 III 606 [fr]
 - consid. 4.2 84, 90-91, 93
 131 III 636 [de] = JdT 2006 I 539 1410
 131 V 97 [de]
 - consid. 4.3.3 1291
 131 V 444 [de]

- consid. 3.3 1076, 1081, 1083
 132 II 153 [de] = RDAF 2007 I 411
 - consid. 5.1 426
 132 II 161 [de]
 - consid. 4.1 48
 132 II 284 [de]
 - consid. 6.3 369
 132 III 24 [de] = JdT 2006 II 187
 - consid. 4 90, 102
 - consid. 6.1.1 263, 270
 132 III 109 [fr]
 - consid. 5 1114
 132 III 449 [fr]
 - consid. 2 551
 132 III 455 [de] = JdT 2007 I 251
 - consid. 4.1 390
 132 III 555 [fr]
 - consid. 3.4.3.1 412
 132 III 609 [fr]
 - consid. 4 600
 - consid. 5.2 65
 132 III 626 [de] = JdT 2007 I 423
 - consid. 3.1 99, 102, 106
 132 III 737 [de] = DB 2007 34
 - consid. 1.3 48
 132 V 286 [fr]
 - consid. 3.2.1 93, 102
 132 V 404 [fr]
 - consid. 3 1301
 133 I 77 [de] = JdT 2008 I 418
 - consid. 5.4 416
 133 II 68 [fr]
 - consid. 8.1 505
 133 III 61 [fr]
 - consid. 2.2.1 102
 - consid. 2.2.2 89
 - consid. 4.1 1289, 1291, 1293
 133 III 81 [fr]
 - consid. 4.2.2 936
 133 III 105 [fr]
 - consid. 2.1.1 425
 - consid. 2.1.3 425
 133 III 116 [de] = JdT 2008 I 143
 - consid. 4.2 657
 133 III 153 [de]
 - consid. 3.3 214
 133 III 175 [de] = DB 2008 38 282
 - consid. 3.3.1 49
 133 III 311 [fr]
 - consid. 3.4.1 391
 - consid. 3.4.2 42
 133 III 335 [de] = JdT 2010 I 223
 - consid. 2.4.4 615
 133 III 356 [de] = JdT 2008 I 91
 - consid. 3.3.1 253
 133 III 593 [fr]
 - consid. 4.6 1410
 133 III 607 [de]
 - consid. 2.2 303
 133 III 675 [fr]

- consid. 3.3 100–101, 104, 131, 176
- 133 V 416 [de]
 - consid. 2.2 66
- 134 III 52 [de] = JdT 2008 I 307
 - consid. 1.1 385
 - consid. 2.1 ... 1288–1289, 1293
- 134 III 224 [fr] 210
 - consid. 5.2 1100
 - consid. 7.2 1100
- 134 III 348 [de] = JdT 2010 I 687 194
 - consid. 5.2.2 ... 194–195
 - consid. 5.2.3 ... 193–194, 200
 - consid. 5.2.4 ... 226, 241
- 134 III 390 [de] = SJ 2008 I 361
 - consid. 4.3.2 1283
- 134 III 438 [de] = JdT 2008 I 541
 - consid. 2.2 377, 385
 - consid. 2.4 1297
- 134 III 497 [fr]
 - consid. 4.3 49
 - consid. 4.4.2 513
- 134 III 565 [fr]
 - consid. 3.2 683
- 134 IV 297 [de] = JdT 2010 IV 13
 - consid. 4.3.1 ... 49, 963
- 135 I 233 [fr]
 - consid. 3.1 395
 - consid. 3.3 394
- 135 II 78 [fr]
 - consid. 2.2 412
 - consid. 3.2 426, 428
- 135 II 161 [de]
 - consid. 3 936
- 135 III 1 [de] = JdT 2011 II 516
 - consid. 2 111
 - consid. 2.1 202
 - consid. 2.4 257
 - consid. 2.5 ... 185, 194, 205
 - consid. 3.3 202
- 135 III 88 [fr]
 - consid. 4.1 ... 1093, 1101
- 135 III 162 [fr]
 - consid. 3.3.1 ... 1286, 1289, 1293
- 135 III 259 [fr]
 - consid. 2.1 ... 542, 1077, 1084
 - consid. 2.2 ... 542, 1075, 1085, 1088
 - consid. 2.4 1084
 - consid. 2.5 ... 1075–1076
- 135 III 289 [fr]
 - consid. 7.1 1301
- 135 III 295 [fr]
 - consid. 3.2 ... 37, 110, 441
 - consid. 3.3 ... 653, 937
 - consid. 5.4 652
- 135 III 410 [fr]
 - consid. 3.2 85, 93, 100–101, 104, 106, 131, 176
 - consid. 3.3 91
- 135 III 433 [de] = SJ 2009 I 417
 - consid. 3.1 201
- 135 III 537 [fr]
 - consid. 2.1 1410
- 135 V 2 [de]
 - consid. 6.1.2 191
- 135 V 39 [fr]
 - consid. 6.2 936
- 135 V 237 [de]
 - consid. 3.5 84
 - consid. 3.6 129
- 136 I 87 [de] = JdT 2010 I 367
 - consid. 4.2 399
- 136 III 6 [de]
 - consid. 3 427
- 136 III 142 [fr]
 - consid. 3.3 526, 692
 - consid. 3.5 1243
- 136 III 168 [de] = JdT 2010 I 335
 - consid. 3.3 52
- 136 III 186 [fr]
 - consid. 3.2.1 ... 84, 90, 93, 101, 104, 178
- 136 III 247 [de]
 - consid. 5 651
- 136 III 283 [fr]
 - consid. 2.3.1 49
- 136 III 305 [de] = JdT 2010 I 479
 - consid. 3.2.1 531
- 136 III 401 [de] = JdT 2011 II 508
 - consid. 5.4 389
- 136 III 474 [de] = JdT 2012 II 340
 - consid. 3 390
- 136 III 528 [de] = JdT 2014 II 439
 - consid. 3.4.1 48
- 136 III 624 [fr]
 - consid. 4.2.3 186
- 136 IV 97 [fr]
 - consid. 6.3.1 393
 - consid. 6.3.3 394
- 137 I 31 [de] = JdT 2011 I 221
 - consid. 6.2 399
- 137 I 58 [fr]
 - consid. 4.3.2 194
- 137 II 431 [de] = JdT 2012 I 207
 - consid. 3.3.1 393
- 137 III 97 [de] 428
- 137 III 145 [de] = JdT 2011 II 415
 - consid. 3.2.1 106
- 137 III 243 [de] = JdT 2014 II 443
 - consid. 4.4.7 1296
 - consid. 4.5 415
- 137 III 455 [fr]
 - consid. 3.1 554
- 137 III 539 [de] = JdT 2012 I 329
 - consid. 4.1 69, 157
- 137 III 547 [fr]
 - consid. 2.3 1398
- 137 III 625 [it] = JdT 2012 II 236
 - consid. 4.3 1286
- 137 V 20 [de] = JdT 2012 I 43
 - consid. 5.2.4 54
- 137 V 71 [fr]
 - consid. 5.1 1207
- 137 V 90 [de]
 - consid. 5.2 963
- 137 V 133 [de]
 - consid. 6.1 427
- 138 I 1 [fr]
 - consid. 2.4 1093
- 138 I 378 [de] = JdT 2014 I 3
 - consid. 6.1 345
 - consid. 7.2 393
- 138 II 162 [fr]
 - consid. 2.3 ... 426, 1547
- 138 II 311 [de]
 - consid. 4.2 194
 - consid. 4.4 193–195, 200, 226, 241
- 138 II 440 [de] = JdT 2013 I 135
 - consid. 12 416
 - consid. 13 56, 1343
- 138 III 29 [de]
 - consid. 2.1 ... 441, 721, 925
 - consid. 2.2.3 1149
 - consid. 2.3.2 ... 391, 1402
 - consid. 2.3.3 ... 248, 250, 1178, 1409
- 138 III 123 [de]
 - consid. 2.1 1166
 - consid. 2.1.2 1170
 - consid. 2.4.1 ... 1382, 1387, 1390
 - consid. 2.4.2 ... 1289, 1292
- 138 III 322 [de] = SJ 2013 I 126
 - consid. 4.3.2 388
- 138 III 401 [de] = SJ 2012 I 446
 - consid. 2.2 ... 1290–1292
 - consid. 2.3.1 ... 1291–1292
- 138 III 425 [de] = SJ 2013 I 81
 - consid. 5.2 ... 1290, 1293
- 138 III 453 [de] = JdT 2013 II 241
 - consid. 2.2.1 549
- 138 III 497 [de] = JdT 2013 II 219
 - consid. 3.4 29, 49
- 138 III 620 [de] = SJ 2013 I 283
 - consid. 5.1.1 1166
- 138 III 659 [de] = JdT 2013 II 400
 - consid. 4.2.1 ... 79, 83, 85, 90, 93, 97, 100–101, 104, 106
- 138 V 176 [fr]
 - consid. 6 ... 93, 102, 131
- 139 I 16 [de] = JdT 2013 I 167
 - consid. 4.2.1 53
- 139 I 180 [de] = RDAF 2014 I 265
 - consid. 2.2 56
- 139 II 49 [fr]
 - consid. 5.3.1 412
- 139 II 243 [de]
 - consid. 8 53
- 139 III 7 [fr]

- consid. 2.3.2 1290	- consid. 6 600	141 III 68 [de]
139 III 155 [de]	140 III 170 [de]	- consid. 2.3 1171
- consid. 5.3 ... 1076, 1083	- consid. 2.2.3 600	141 III 201 [de] 207
139 III 160 [fr]	140 III 200 [it] = JdT 2014 II 401	- consid. 3.2.1 238
- consid. 2.4 547	- consid. 4.2 ... 1289-1292	- consid. 3.2.3 1094
- consid. 2.6 ... 1380-1381, 1386	- consid. 5.2 ... 1277, 1283	141 III 274 [de] 207
139 III 217 [fr]	140 III 315 [fr]	- consid. 2.5 231
- consid. 2.3 543	- consid. 5.2.3 1166	141 III 312 [de]
139 III 298 [fr]	140 III 391 [de] = JdT 2015 II 123	- consid. 4.2 52
- consid. 2.3.1 186	- consid. 2.3 93, 106	141 III 407 [fr]
139 III 404 [de] = JdT 2014 II 407	140 III 404 [de] = RSJ 2015 206	- consid. 4.2.1 532
- consid. 7.1 106	- consid. 4.2 424	141 III 444 [fr]
139 V 289 [de]	140 III 450 [de] = SJ 2015 I 137	- consid. 2.2.4.2 1254
- consid. 6.2 426	- consid. 3.2 417	141 III 569 [fr]
140 I 2 [de] = JdT 2014 I 167	140 III 481 [de] = JdT 2015 II 298	- consid. 2.2 1083
- consid. 9.1 399	- consid. 2.3.1 1290	- consid. 2.2.2 1093
140 I 168 [fr]	140 III 567 [de] = JdT 2015 II 166	141 III 596 [fr]
- consid. 4.1.2 393	- consid. 2.3 417	- consid. 1.4.5 624
- consid. 4.2.1 395	140 III 583 [fr]	141 IV 71 [fr]
140 I 218 [fr]	- consid. 3.2.1 1398	- consid. 8 1301
- consid. 6.2 400	- consid. 3.2.4 1286	141 IV 262 [fr]
140 I 305 [de] = RDAF 2015 I 247	140 IV 82 [de] = JdT 2014 IV 301	- consid. 3.1 412
- consid. 5 56	- consid. 2.5 417	142 III 296 [fr]
140 I 353 [de] = JdT 2015 I 39	140 IV 118 [fr]	- consid. 2.4.3.1 1290
- consid. 4.1 56	- consid. 3.3 49	142 III 321 [de] 1445, 1448
140 II 289 [de]	141 I 20 [fr]	142 III 329 [de]
- consid. 3.2 49	- consid. 6.2.1 395	- consid. 5.3 49
140 III 145 [de] = JdT 2014 II 343	141 III 23 [fr]	142 III 402 [fr]
	- consid. 3.2 ... 1166, 1170	- consid. 2.5.1 49

Arrêts du Tribunal fédéral non publiés aux ATF

SJ 1952 197 (02.07.1951) [fr]	- consid. 5.1 263, 434, 440-441, 522, 562-563, 640, 721, 925	4C.72/2006 (30.05.2006) [fr]
185, 529	- consid. 6 444	- consid. 2 ... 441, 444, 464, 721
JdT 1976 I 163 (07.03.1975) [fr]	4C.56/2004 (16.06.2004) [fr]	- consid. 3 536
- consid. 3a 194	- consid. 4.2 1277	5P.97/2006 (01.06.2006) [de]
- consid. 3b 529, 1066	4C.155/2004 (06.07.2004) [de]	- consid. 3.3 365
SJ 1989 331 (06.12.1988) [fr]	- consid. 2.2 562-563, 640	6B_329/2007 (11.12.2007) [de]
- consid. 4 537, 710	4C.474/2004 (05.04.2005) [de]	- consid. 3.4.1 ... 544, 1149
SJ 2000 I 533 (07.01.1999) [de]	- consid. 3.2 1469	4A_508/2007 (25.03.2008) [de]
- consid. 2 37	- consid. 3.5 1469	- consid. 4.1 544
4C.362/1999 (22.03.2000) [fr]	1P.586/2004 (28.06.2005) [de]	4A_404/2008 (18.12.2008) [de]
- consid. 4b/aa 1074, 1076, 1081, 1083	- consid. 4.5 408	- consid. 5.6.3.2.1 ... 1398
4C.152/2001 (29.10.2001) [fr]	4C.121/2005 (05.07.2005) [de]	5A_420/2008 (28.05.2009) [de]
- consid. 3a 1277	- consid. 4.1 1076	- consid. 5 185
2P.289/2000 (08.01.2002) [fr]	- consid. 4.2.1 1074-1076, 1083	4A_229/2009 (25.08.2009) [de]
- consid. 4b ... 1074, 1084	- consid. 4.2.2 1084	- consid. 4.1 191, 525, 1119
4C.288/2001 (16.01.2002) [de]	4C.25/2005 (c. 2 et 2.2 publiés en ATF 131 III 636)	4A_483/2009 (07.12.2009) [fr]
- consid. 1 169	(15.08.2005) [de]	- consid. 3 1102
4C.54/2001 (09.04.2002) [fr]	- consid. 2.3 1402	- consid. 4 1104
- consid. 2a 544	4C.247/2005 (17.11.2005) [fr]	4A_554/2009 (01.04.2010) [fr]
4C.276/2002 (10.12.2002) [de]	1280	- consid. 2.2 450, 524, 757-758, 1064
- consid. 3.1 193	- consid. 3.1 1277	5C_251/2010 (19.11.2010) [fr]
4C.70/2003 (06.06.2003) [fr]	4C.249/2005 (24.05.2006) [fr]	- consid. 6.1.2 1394
- consid. 3.1 544	- consid. 3 545	4A_615/2010 (14.01.2011) [fr]
4C.240/2003 (03.12.2003) [de]		- consid. 4.1.1 1277
- consid. 3.1 1042		4A_427/2011 (29.11.2011) [de]
4C.246/2003 (30.01.2004) [fr]		

- consid. 5.3 333	- consid. 4 1432	- consid. 2.2 544
4A_538/2011 (09.03.2012) [de]	4A_229/2014 (19.09.2014) [fr]	4A_431/2015 (19.04.2016) [fr]
- consid. 2.2 107, 122	- consid. 4.1 1277	- consid. 4 265
4A_591/2012 (20.02.2013) [de]	5A_724/2014 (27.03.2015) [fr]	4A_609/2015 (06.06.2016) [fr]
- consid. 2.5.1 ... 185, 191, 194	- consid. 2 1175	- consid. 2.3 1277
- consid. 2.5.2 1150	4A_9/2015 (29.07.2015) [it]	4A_642/2015 (29.07.2016) [fr]
- consid. 2.5.3 515	- consid. 4 1277, 1283	- consid. 3.2 89
4A_388/2012 (18.03.2013) [de]	4A_187/2015 (29.09.2015) [de]	1C_613/2015 (10.08.2016) [de]
- consid. 3.4.3 ... 107, 122	- consid. 4.1 (n. publ. in ATF 141 III 489) ... 107, 122	- consid. 3.3 ... 108, 114, 121
4A_29/2013 (06.06.2013) [fr]	5A_513/2014 (01.10.2015) [de]	- consid. 6 ... 317, 441, 721
- consid. 3.1 37	- consid. 4.1 1174	4A_314/2016, 4A_320/2016 (17.11.2016) [fr]
4A_80/2013 (30.07.2013) [de]	4A_221/2015 (23.11.2015) [de]	- consid. 4.3 44
1151	- consid. 5.2.2 (n. publ. aux ATF 141 III 549) ... 93	4A_376/2016 (02.12.2016) [fr]
- consid. 2.2 89	4A_327/2015 (09.02.2016) [de]	- consid. 4.1.1.1 85, 89, 96, 99-100
- consid. 3.1 1154	- consid. 2.2.1 (non publié aux ATF 142 III 91) ... 131	- consid. 4.1.1.2 ... 101-102, 104, 106-108
- consid. 3.2 575	4A_63/2015 (18.02.2016) [it]	4A_561/2016 (08.02.2017) [fr]
- consid. 3.3 148, 937, 1177	- consid. 3 37	- consid. 6 ... 721, 822, 925
4A_297/2013 (04.09.2013) [fr]	4A_96/2016 (04.04.2016) [fr]	
- consid. 3.2.1 ... 1431, 1437		
4A_520/2013 (17.02.2014) [fr]		

Autres arrêts suisses

Arrêt TAF n. publ. A-4873/2014 (21.10.2015) [de]	TC VD 51/2014/DCA (25.06.2014)	TC ZH LB130034 (22.04.2014)
- consid. 5.1.1 ... 566, 721	- consid. IV/a 721	- consid. 2/c/cc/aaa ... 566
TC AR (29.11.1985) = RSJ 1986 391-392 ... 1074, 1094	TC VS (30.06.1983) = RVJ 1983 291 1081, 1084	TC ZH RT140003 (20.05.2014)
TC GE (18.11.1983) = SJ 1984 366 544	- consid. 1 ... 185, 195, 525, 1085, 1094-1095, 1119	- consid. 5.2 ... 464, 721
TC GE ACJC/1597/2015 (18.12.2015)	TC VS (14.09.1992) [fr] = RVJ 1993 283	TC ZH NP150010 (29.05.2015)
- consid. 3.1.3 721	- consid. 3a 185, 195	- consid. 2.1 914
TC GR ZB 10/86 (11.03.1986) = PKG 1986 77 ... 871, 1079	- consid. 3b ... 525, 1083, 1085, 1095	TC ZH NP150025 (06.04.2016)
- consid. 3 ... 1042, 1119, 1298	- consid. 3c 1081	- consid. 7.3 ... 464, 721
TC GR ZK2 09 63 (13.07.2010)	- consid. 3d 1084	TCom AG OR.96.00013 (26.09.1997) = CISG-online 329 1483
- consid. 3b 640, 710	TC ZH (10.02.1981) = ZR 1981 212 ... 1076, 1081, 1094	- consid. II/B/2 1469
TC NE CC.2006.3 (17.06.2010)	- consid. 1 185	TCom SG 45/1994 (05.12.1995) = CISG-online 245
- consid. 2c 1105	- consid. 2 275, 1088, 1094, 1119	- consid. 5b 864, 871
TC VD (13.06.1893) = JdT 1893 424 ss 123	TC ZH (20.02.1987) = ZR 1988 47	PTArr St-Gall 3PZ 97/18 (03.07.1997) = CISG-online 336
TC VD 30/2013/SNR (01.05.2013)	- consid. 3 771	- consid. 5 1489
- consid. III/a 721	TC ZH (02.08.1988) = ZR 1991 2	Regierungsrat BE (25.08.1916) = MBVN 1916 456 33
	- consid. III/3 640	TAdm ZH VK.2007.00005 (20.12.2007)
		- consid. 3.3.1 640

Jurisprudence étrangère

BGH (25.11.1964) = Betriebs-Berater 1965 103 . . . 192		
BGH I ZR 14/81 (24.02.1983) = NJW 1983 1727		
- consid. II/2 749, 757, 1303		
BGH III ZR 296/00 (06.12.2001) = NJW 2002 817		
- consid. 2 1105		
- consid. 2b/aa . . . 749, 757		
BGH KZR 10/62 (02.04.1964) = NJW 1964 1617 . . 1298		
- consid. 2b 749, 1303		
BGH V ZR 39/96 (20.06.1997) = NJW 1997 2671		
- consid. 2a 722		
BGH V ZR 97/05 (12.05.2006) = NJW 2006 2843		
- consid. 13-14 722		
BGH VIII ZR 81/82 (19.01.1983) = NJW 1983 1777		
- consid. 3a 749, 1303		
BGH VIII ZR 196/91 (30.09.1992) - consid. II/1a 757		
C. Cass. 3 ^e Chambre civile, 14-20.536 (07.07.2015) 722		
China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) (25.12.1998) [zh] <i>Pig Iron Case</i> = CISG-online 1135		
- consid. II/3/1 1467		
Court of Appeal (Civil Division) 1987 WL 1455281 (22.05.1987) <i>Pagnan SpA v. Feed Products Limited</i> 750		
High Court of Justice Queen's Bench Division, Commercial Court [2007] EWHC 1576 (Comm) 2007 WL 1942744 (05.07.2007)		
	<i>Bear Stearns Bank Plc. v. Forum Global Equity Ltd</i>	
	- consid. 163 ss 878	
Legfelsobb Bíróság [Cour suprême hongroise] Gf.I. 31 349/1992/9 (25.09.1992) [hu] = CISG-online 63 1489		
LG Bad Kreuznach 1 S 194/00 (13.02.2001) = NJW-RR 2002 130 722		
LG Lübeck 6 S 71/98 (06.04.1999) = NJW-RR 1999 1655 722		
LG Neubrandenburg 10 O 74/04 (03.08.2005) [de] = CISG-online 1190		
- consid. III/2a 1472		
- consid. III/2c 1488		
- consid. III/3a/aa . . . 1480		
OGH 1 Ob 129/71 (13.05.1971) 722		
OGH 20b58/97m (20.03.1997) = CISG-online 269 . 1475, 1477, 1480		
OGH 20b547/93 (10.11.1994) <i>Chinchilla Pelze</i> = CISG-online 117 1469, 1472		
OLG Hamm 20 U 37/75 (24.10.1975) = NJW 1976 1212 749		
OLG Mainz 6 S 149/97 (04.11.1997) = NJW-RR 1998 631 722		
OLG Munich 7 U 5460/94 (08.03.1995) = CISG-online 145		
- consid. II/2 1497		
OLG Stuttgart 3 U 79/09 (05.05.2010) = NJW-RR 2011 202		
	- consid. 3a 749	
	- consid. 5a 1089	
Queen's Bench Division (Admiralty Court) EWHC 589 (Admlty) 1 C.L.C. 425 (16.03.2011) <i>Tryggingarfelagio Foroyar P/F v. CPT Empresas Maritimas SA (M/V Athena)</i>		
- consid. 26 750		
Schiedsgericht der Börse für Landwirtschaftliche Produkte, Vienne S2/97 (10.12.1997) [de] = CISG-online 351		
- consid. IX/8 1502		
Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division) 1993 WL 963638 (24.02.1993) <i>First Energy (U.K.) Limited v. Hungarian International Bank Limited</i> 1254		
Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Case 309/1993 (03.03.1995) [ru] = CISG-online 204 1467		
Tribunale di Padova - Sez. Este (01.11.2005) [it] <i>Ostroz-nik Savo c. La Faraona</i> = CISG-online 967 . 1480		
UKSC 14 1 WLR 753 (10.03.2010) <i>RTS Flexible Systems Ltd v. Molkerei Alois Müller GmbH & Co KG</i>		
- consid. 45 750		

Adrien Vion

L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats (art. 1 et 2 CO)

En droit suisse, la jurisprudence et la doctrine dominante considèrent qu'un contrat ne peut être conclu que si l'accord des parties porte au minimum sur tous les points objectivement essentiels et sur tous les points subjectivement essentiels.

La présente thèse réexamine d'un point de vue critique ces exigences, et propose de renoncer à l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels, pour ne conserver plus que l'exigence d'un accord sur tous les points subjectivement essentiels. Par conséquent, le juge doit aussi compléter les contrats sur des points objectivement essentiels, dès lors qu'ils sont subjectivement secondaires.

Si l'exigence d'un accord sur tous les points subjectivement essentiels découle directement de la liberté contractuelle, les motifs avancés par la doctrine pour justifier l'exigence d'un accord sur tous les points objectivement essentiels ne sont en revanche pas convaincants.

La liberté contractuelle et la sécurité juridique des parties ne sont pas menacées par le complètement judiciaire sur des points objectivement essentiels mais subjectivement secondaires – au contraire, ce complètement s'inscrit dans le respect de la volonté des parties d'être liées malgré l'absence d'accord sur des points objectivement essentiels. Par ailleurs, le juge dispose en pratique de nombreux points d'appui pour compléter les contrats sur les points objectivement essentiels ; il peut notamment s'inspirer des critères posés par diverses dispositions spéciales.

Toutes nos publications sont en accès libre et gratuit sur
Alle unsere Publikationen sind frei erhältlich unter

www.ejl-fjv.ch

ISBN 978-2-88954-006-8 (print)
ISBN 978-2-88954-007-5 (PDF)

