



Le 9 décembre 2016

Procédure de consultation relative à la modification du droit du code des obligations (mandat).

Prise de position

L'Université de Genève accueille favorablement le principe d'une révision de l'article 404 CO. En effet, l'interprétation actuelle de ce texte ne correspond plus aux besoins de l'économie de service, en ce qu'elle attribue à l'article 404 alinéa 1 CO un caractère impératif. En revanche, le texte proposé appelle trois remarques :

1. Régime de résiliation des mandats de durée déterminée ou de durée indéterminée.

La partie générale du Code des obligations ne contient pas de règles relatives à la fin des contrats de durée. La loi prévoit dans la partie spéciale du CO un régime de résiliation différent pour chaque contrat de durée (agence : art. 418p ss CO; bail : art. 266 ss CO ; travail : art. 334 ss CO; entreprise : art. 366, 377 CO).

Si les parties peuvent renoncer au droit de révocation en tout temps et, donc, conclure des mandats de durée déterminée ou indéterminée, les règles sur le mandat devraient à l'instar des autres contrats de durée comprendre des dispositions sur la fin du contrat (résiliation ordinaire et extraordinaire). Les art. 97 ss et 102 ss CO, dont le Rapport explicatif (p. 17) propose l'application, ne fournissent pas un modèle adéquat pour la fin d'un mandat de durée.

Le projet OR/CO 2020 (Huguenin/Hilty, édit., Code des obligations suisse 2020, Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zurich, Bâle, Genève 2013) propose d'intégrer de telles règles dans la partie générale aux articles 144 à 147 CO 2020. En l'absence de délai légal ou conventionnel, il prévoit une résiliation ordinaire dans « un délai convenable » (art. 144 al. 1 CO 2020), et une résiliation extraordinaire « pour justes motifs » (art. 145 al. 1 CO 2020), laissant intacts les régimes de résiliation de la partie spéciale (Hilty/Purtschert, Vorbemerkungen zu Art. 144-147 CO 2020, N 3). Il serait dès lors envisageable soit de s'inspirer de ces règles (résiliation ordinaire « dans un délai convenable » et résiliation extraordinaire « pour justes motifs »), soit de prévoir en détail les modalités de résiliation à l'instar des contrats de durée de la partie spéciale.

2. Notion de conditions générales

La notion de conditions générales, utilisée à l'article 404a al. 2 du projet, a été définie très largement par le Conseil fédéral dans le Message concernant la modification de la loi contre la concurrence déloyale, ad art. 8 : « *Par conditions générales (CG), on entend les dispositions contractuelles formulées à l'avance pour un grand nombre de conclusions de contrat.* » (FF 2009 p. 5539, 5565)

Or, dans une économie de service, tous les prestataires de service travaillent sur la base de contrats pré-formulés. Dès lors, la réserve de l'article 404a al. 2 CO risque en pratique de vider la réforme de son sens.

Il serait préférable à notre avis de prévoir que la renonciation au droit de révocation doit faire l'objet d'une déclaration écrite du mandataire.

3. Effets pour le courtage

Le contrat de courtage est, selon le Tribunal fédéral, soumis à l'article 404 CO. Les courtiers utilisent souvent en pratique des clauses d'exclusivité, dont l'impact est actuellement limité par l'application de l'article 404 CO. Si l'article 404 CO n'est plus de droit impératif, il conviendrait de limiter la possibilité pour les courtiers de bénéficier de clauses d'exclusivité de longue durée.

Prof. Sylvain Marchand
Département de droit civil