

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

Par e-mail à: zz@bj.admin.ch

Zurich, le 15 décembre 2016

Consultation sur la modification du droit des obligations: droit des mandats

Mesdames, Messieurs,

Au nom de Swico, nous vous remercions de la possibilité qui nous est offerte de vous présenter nos réactions à l'avant-projet relatif à la modification de l'article 404 du droit des obligations (DO), et vous remettons la présente prise de position.

1. Légitimation et intérêt

Swico est l'organisation des fournisseurs du secteur des TIC en Suisse. Swico représente les intérêts de 450 fournisseurs TIC qui occupent 56'000 personnes et réalisent un chiffre d'affaires annuel de CHF 40 milliards.

Le droit des mandats est très répandu dans les secteurs dont Swico représente les intérêts. De plus, les contrats modèles pour l'informatique, éprouvés depuis de nombreuses années dans le secteur, en particulier dans le domaine des services dans le nuage et du conseil, font partie intégrante de l'offre de services de Swico. Les membres de Swico sont directement et particulièrement concernés par ce projet mis en consultation, ce qui légitime la présente prise de position de Swico.

2. Consultation

2.1 Généralités

Dans le rapport explicatif, le besoin d'adaptation légal est justifié dans la pratique par la problématique de l'application urgente de l'article 404 CO, ce qui est particulièrement le cas avec les contrats de fourniture de services négociés individuellement, complexes et à des fins commerciales. Les contrats de gestion, d'externalisation et de services informatiques sont cités à titre d'exemple. Dans ces contrats, vu l'enjeu économique, les deux parties souhaitent, en général, qu'une durée de contrat contraignante et non résiliable soit stipulée.

C'est la raison pour laquelle les deux parties doivent pouvoir exclure ou limiter le droit de résiliation en tout temps.

Il est prévu de donner explicitement à l'article 404 CO existant un caractère dispositif et de le compléter avec un nouvel article 404a CO.

2.2 Art. 404a CO, al. 1 (nouveau)

Nous nous réjouissons que les parties puissent, par cette disposition, exclure entièrement le droit de résiliation ou prévoir d'autres règles en matière de résiliation. Les parties ont en outre dorénavant la possibilité de convenir d'une indemnisation sur l'intérêt positif ou d'une amende conventionnelle, ce que nous accueillons favorablement.

2.3 Art. 404a CO, al. 2 (nouveau)

Conformément à l'al. 2, les conventions entre parties qui prévoient une limitation du droit de résiliation en tout temps doivent être considérées comme nulles et non avenues, si elles figurent dans des conditions générales de vente (CGV). Le terme CGV couvre en particulier également les contrats standardisés. De plus, le Tribunal fédéral interprète le terme *conditions générales de vente* de manière très générale.

Cette clause doit être rejetée: D'une part, la protection du consommateur est déjà prise en considération de manière appropriée dans l'article 8 de la LCD. D'autre part, le principe de la liberté de contracter s'applique également au droit des mandats. Il est impensable qu'une exclusion ou limitation du droit de rétractation ou de résiliation à tout moment puisse être considérée comme nulle et non avenue si elle figure dans des CGV. Cela porterait atteinte au principe de la liberté de contracter. C'est pourquoi nous demandons la suppression de l'alinéa 2.

Demande:

Supprimer l'alinéa 2 de la nouvelle disposition de l'art. 404a CO.

Nous vous remercions à l'avance, au nom de nos membres, de prendre en considération nos suggestions d'une manière appropriée lors de la formulation définitive de la nouvelle disposition légale.

Bien cordialement,
Swico

Dr Peter K. Neuenschwander
Président de la Commission Droit de l'informatique

Christa Hofmann
Head Legal & Public Affairs