

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Bundesrain 20
3003 Bern

per E-Mail: zz@bj.admin.ch

Bern, 23. Dezember 2016

Stellungnahme zum Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrechts), Art. 404 OR

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

asut, der Schweizerische Verband der Telekommunikation, wurde im September 2016 zur Vernehmlassung über die Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht) eingeladen. Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und nehmen diese hiermit fristgerecht war.

Einleitende Bemerkungen

asut begrüsst die vorgeschlagenen Änderungen im Vorentwurf des Art. 404a OR (Auftragsrecht), welcher der Bundesrat in Umsetzung der Motion Barthassat (11.3909) im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens den interessierten Kreisen unterbreitet.

Der bisherige Art. 404 OR beinhaltet ein beidseitiges, jederzeitiges Kündigungsrecht des Auftrages und das Bundesgericht erachtet diese Regelung gemäss seiner langjährigen Rechtsprechung als zwingend. Für viele Auftragsverhältnisse oder Innominatverträge mit auftragsrechtlichem Charakter ist das Recht zur jederzeitigen Beendigung indes problematisch. Der Schadenersatz wegen Beendigung zur Unzeit nach Art. 404 Abs. 2 OR ist nicht klar umschrieben und umfasst grundsätzlich nur das negative Interesse. Entgangener Gewinn wird hingegen vom positiven Interesse umfasst – die aktuelle Gesetzessystematik lässt aber nicht zu, dass vertraglich statt des negativen das positive Interesse bei Beendigung zur Unzeit vereinbart werden kann.

Eine Folge dieser Rechtsprechung ist, dass gerade in der ICT-Branche umfangreiche und investitionsintensive Dienstleistungsverträge für die Parteien mit grossen Risiken verbunden sind, da das jederzeitige Kündigungsrecht keinen angemessenen Investitionsschutz bietet. Andere Mechanismen zum Schutz der Investitionen werden von der Rechtsprechung des Bundesgerichts aufgehoben, insofern beispielsweise Konventionalstrafen als rechtswidrig erachtet werden, wenn sie den Rahmen überschreiten, der sich aus Art. 404 Abs. 2 OR ergibt. Ebenso sind Vertragskonstellationen ungünstig, in welchen die Vertragsparteien versuchen, ihre Dienstleistungen als Werkverträge oder werkvertragsähnliche Innominatverträge zu umschreiben: Das Werkvertragsrecht ist nur schwer auf Dauerschuldverhältnisse anwendbar, womit neue Abhängigkeiten und Unsicherheiten in der Vertragsauslegung geschaffen werden. Die Begründung des Bundesgerichts, wonach das jederzeitige Beendigungsrecht dem besonderen Vertrauensverhältnis gerecht werde, das dem Auftrag zugrunde liege, vermag für viele Vertragskonstellationen im Bereich der ICT-Dienstleistungen oder gar komplexer Outsourcing-Verträge nicht zu überzeugen.

Der Entwurf nimmt die Bedürfnisse der Wirtschaftsakteure besser wahr

Der Vorentwurf des Bundesrates sieht vor, dass der bisherige Wortlaut des Art. 404 OR bestehen bleibt und durch den neuen Art. 404a VE-OR ergänzt wird. Dadurch soll das jederzeitige Beendigungsrecht neuerdings dispositiver Natur sein. Mit dieser Änderung befriedigt der Gesetzgeber ein wichtiges Bedürfnis der Wirtschaft in der Vertragsgestaltung.

Diese Änderung ermöglicht es den Parteien, künftig wahlweise das jederzeitige Beendigungsrecht beizubehalten oder individuell einzuschränken resp. wegzubedingen. Selbst wenn sie das Beendigungsrecht beibehalten, können sie wohl die Rechtsfolgen von Art. 404 Abs. 2 OR bezüglich Schadenersatz neu individuell abändern und damit die Folgen der Vertragsbeendigung verbindlich regeln. Die Parteien können neuerdings folgendes vorsehen: Ersatzvornahme, Konventionalstrafen, die weiter gehen als der heute geltende Rahmen des negativen Interesses, und den verstärkten Rückgriff auf die bekannten und bewährten Grundsätze des allgemeinen Teils des Obligationenrechts.

Der Gesetzgeber korrigiert damit ein bekanntes Hemmnis moderner Vertragsgestaltung. Gleichzeitig verzichtet er darauf, das Obligationenrecht mit tiefergreifenden Änderungen zu verkomplizieren.

Einschränkung von Art. 404a OR greift in die Vertragsfreiheit ein

Die vorgeschlagene Änderung des jederzeitigen Beendigungsrechts als dispositive Grundregel ist hingegen insofern eingeschränkt, als das Beendigungsrecht nicht im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) wegbedungen werden darf. Diese Einschränkung mag für den Konsumentenschutz verständlich sein. Im Geschäftsverkehr hingegen ist er unangebracht und greift in die Vertragsfreiheit der Unternehmen ein. Diese Einschränkung soll daher – jedenfalls im Geschäftsverkehr (Business-to-Business) – entfernt oder zumindest auf die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG beschränkt werden.

asut fordert den Bundesrat daher auf, die Einschränkung in Bezug auf die Wegbedingung des Beendigungsrechts im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zumindest für Verträge, die nicht als Konsumentenverträge qualifiziert werden, zu entfernen oder mindestens auf die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG zu beschränken.

asut begrüsst den Vorentwurf zum neuen Auftragsrecht

Die im Vorentwurf vorgeschlagene Lösung bestärkt den Grundsatz «pacta sunt servanda». Dadurch werden Investitionen und Kooperationen unter komplexen Dienstleistungsverträgen für die Parteien berechenbarer, da sie selber die vorzeitige Vertragsbeendigung regeln können. Dies dient letztlich dem Wirtschaftsstandort Schweiz und insbesondere der ICT-Branche, weil durch die gestärkte Bestandssicherheit eingegangener Verträge die Schweiz für inländische und ausländische Unternehmen und Investoren attraktiver wird.

asut unterstützt aus den genannten Gründen den Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts und begrüsst die vorgenommenen Anpassungen.

Wir bitten um eine wohlwollende Prüfung unserer Anliegen.

asut – Schweizerischer Verband
der Telekommunikation



Peter Grütter
Präsident

Frau
Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Vorsteherin des EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Per E-Mail: zz@bj.admin.ch

Zürich, 20. Dezember 2016 / BW

Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir als Dachorganisation der Schweizer Bauwirtschaft zu dieser Vorlage innert Frist bis zum 31. Dezember 2016 Stellung. Wir unterstützen die Stellungnahme der usic; die Planer sind von der Vorlage besonders betroffen.

bauenschweiz lehnt die Vorlage ab.

Vorlage

Das Auftragsrecht kennt mit Art. 404 OR ein jederzeitiges Kündigungsrecht beider Parteien. Die Vernehmlassungsvorlage sieht einen neuen Art. 404a OR vor, welcher es den Parteien erlaubt, vertraglich vom jederzeitigen Kündigungsrecht abzuweichen.

Bedeutung für Planerverträge

Die vom Ingenieur- oder Planungsunternehmen zu erbringenden Leistungen werden in einem Planervertrag mit dem Auftraggeber definiert. In der Vielzahl der Fälle, in welchen Planerleistungen im Rahmen eines gemischten Vertrages oder alleine nach Auftragsrecht zu erbringen sind, findet das Kündigungsrecht von Art. 404 OR Anwendung.

Vertragsbeziehungen, bei welchen das Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten im Vordergrund steht, benötigen nach wie vor und uneingeschränkt die Möglichkeit der jederzeitigen Kündigung. Es ist z.B. schlechterdings nicht denkbar, dass sich ein Patient auf längere Dauer einem Arzt gegenüber verpflichtet und ihm auch bei einem Vertrauensverlust keine Möglichkeit der sofortigen Vertragsbeendigung offen steht. Zu diesen Auftragsverhältnissen gehört auch die Beziehungen zwischen Anwalt und Klient, Vermögensverwalter und Kunde und das Verhältnis zwischen einem Ingenieur/Planer und einem Bauherrn. Auch dieses basiert stark auf Vertrauen – der Planer ist der Treuhänder des Bauherrn. Auch bei Planerverträgen sind zahlreiche Situationen denkbar, in welchem ein Festhalten an den Vertrag nicht zumutbar ist und ein jederzeitiges Kündigungsrecht

unabdingbar ist: Zu denken ist etwa an den Bauherrn, der gezwungen wäre, ein Haus zu bauen nach Vorschlägen des Architekten, obschon ihm diese nicht mehr gefallen. Das Kündigungsrecht muss aber auch dem Dienstleister zustehen: Der Architekt soll das Vertragsverhältnis zum Bauherrn auflösen können, wenn dieser darauf insistiert, einen Baustil umzusetzen, welcher das berufliche Ansehen des Architekten schädigen würde.

In den gebräuchlichen SIA-Standardverträgen wird das Kündigungsrecht nach Art. 404 OR daher nicht irgendwie eingeschränkt, sondern seit den Revisionen von 2014 sogar auf Rechtsverhältnisse ausgedehnt, welche ausschliesslich dem Werkvertragsrecht unterstehen (reine Planungsverträge) (vgl. dazu Art. 1.10 der SIA-Honorarordnungen 102, 103, 105 und 108). Diese Regelung findet sich dabei nicht nur in den vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten Verein (SIA) herausgegebenen Verträgen, sondern sinngemäss auch im Mustervertrag der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) (vgl. Art. 18 KBOB-Planervertrag). Dies zeigt, dass die jederzeitige Kündbarkeit von Planerverträgen heute sowohl bei den Planern als auch bei den öffentlichen Bauherren gewünscht wird – und zwar selbst dort, wo dies rechtlich nicht zwingend wäre (soweit nämlich Werkvertragsrecht ausschliesslich anwendbar ist).

Eine Einschränkung des Rechts auf jederzeitige Kündbarkeit von Planerverträgen läuft dem heutigen Trend diametral entgegen. Aus der Sicht der heutigen Bauvertragspraxis ist die Einschränkung des jederzeitigen Kündigungsrechts anachronistisch.

Verträge und AGB schlank halten

Dank der zwingenden Natur von Art. 404 OR braucht es bei Aufträgen nicht nur einen einmaligen beidseitigen Willen den Vertrag abzuschliessen (Art. 1 OR), sondern während der ganzen Vertragsdauer zudem auch den beidseitigen Willen den Vertrag nicht nach Art. 404 OR aufzuheben. Marktteilnehmer verzichten daher manchmal sogar ganz auf schriftliche Verträge – und das funktioniert, weil beide Seite wissen, dass sie jederzeit aussteigen können, wenn sich das Verhältnis ungünstig entwickelt.

Die vorgeschlagene Gesetzesänderungen würde zu umfangreichen Vertragsgestaltungen führen. Wem die grundlegende Fairness in Verträgen und schlanke Vertragsurkunden ein Anliegen ist, sollte das zwingende jederzeitige Kündigungsrecht des Art. 404 OR daher nicht einschränken, sondern nach Möglichkeit auf andere Vertragsverhältnisse ausdehnen. Die Praxis des Auftragsrechts (Art. 394 ff. OR) in der Schweizer Baubranche zeigt, dass dies mehr Wirkung hat, als komplizierte AGB je haben könnten.

Differenzierung zu anderen Auftragsverhältnissen

Wir anerkennen das Bedürfnis der heute zunehmend im Dienstleistungssektor tätigen Wirtschaft nach einem Überdenken der heutigen Regelung des Art. 404 OR. Der zwingende Charakter des Kündigungsrechts ist für viele moderne Dienstleistungserträge nicht sachgerecht. Der Bundesrat macht es sich indessen zu einfach, dieses Problem anzugehen mit dem Vorschlag, das jederzeitige Kündigungsrecht von Art. 404 OR rundweg zum dispositiven Recht zu erklären. Vielmehr ist innerhalb der Auftragsarten zu differenzieren.

Die hier beschriebenen „klassischen“ Auftragsverhältnisse mit einer starken Vertrauensbasis zwischen den Parteien (Arzt/Patient, Anwalt/Klient, Planer/Bauherr) sind allenfalls abzugrenzen zu „anderen“ Auftragsverhältnissen, bei denen das Vertrauenselement weniger stark im Vordergrund steht und an welche bei der nun vorliegenden Gesetzesrevision zweifellos in erster Linie gedacht wurde: Bei einem Managementvertrag über den Betrieb

eines Hotels, einem Franchisevertrag oder einen Inkassomandat besteht eine weniger enge Vertrauensbeziehung zwischen Auftraggeber und Beauftragten, weshalb eine dauerhaftere Bindung an den Vertrag durchaus zumutbar und sachgerecht ist.

Statt der nun vorgeschlagenen Lösung über einen neuen Art. 404a OR, wäre unserer Ansicht nach ein Regime nach bisheriger Lösung (fixes jederzeitiges Kündigungsrecht) für stark vertrauensbasierte „klassische“ Auftragsverhältnisse sowie allenfalls ein solches für „andere“ Auftragsverhältnisse (Kündigungsrecht dispositiv) zu schaffen. Das jederzeitige Kündigungsrecht für stark vertrauensbasierte Vertragsverhältnisse sollte idealerweise über das Auftragsrecht hinaus für alle stark vertrauensbasierten Vertragsverhältnisse gelten – selbst wenn sie rechtlich nicht als Auftrag nach Art. 394 ff. OR qualifiziert werden (wie z.B. die reinen Planungsverträge, welche als Werkvertrag gem. Art. 363 ff. OR qualifiziert werden).

Antrag

Es ist am bestehenden Art. 404 OR ohne Änderung festzuhalten.

Eventualantrag: Zwingende Gegenseitigkeit

Sollte entgegen der dargelegten Einwände an der Fassung gemäss Vernehmlassungsvorlage festgehalten werden, so müsste zwingend Gegenseitigkeit bestehen: Analog zum Arbeitsrecht (vgl. Art. 335a Abs. 1 OR) dürften für den Auftraggeber und den Beauftragten keine unterschiedlichen Regeln in Bezug auf die Kündigung vereinbart werden (z.B. unterschiedliche Kündigungsfristen oder für eine Partei bleibt das jederzeitige Kündigungsrecht, für die andere nicht).

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

bauenschweiz



Benjamin Wittwer
Direktor

Madame la Conseillère fédérale
Simonetta SOMMARUGA
Cheffe du département fédéral de justice et
police
Palais fédéral ouest
3003 BERNE

zz@bj.admin.ch

Paudex, le 9 décembre 2016
SHR

Consultation fédérale – Modification du code des obligations (mandat)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions de nous avoir consultés sur l'objet mentionné en titre et vous transmettons ci-après notre prise de position après avoir largement consulté nos membres.

I. Contexte

Le 29 septembre 2011, l'ancien Conseiller national, Luc Barthassat a déposé la motion 11.3909 « adapter le droit du mandat et l'article 404 CO au XXIème siècle ». La motion charge le Conseil fédéral de présenter au Parlement un projet de révision de l'article 404 du code des obligations (CO) afin d'adapter celui-ci aux réalités économiques et juridiques modernes.

L'auteur de la motion justifiait son intervention en avançant que l'article 404 du CO était dépassé. Le caractère impératif de la disposition était considéré comme inadapté, en particulier dans le cadre des contrats de services complexes à caractère principalement commercial, notamment en matière d'informatique ou de recherche et développement. Dans ces domaines, les parties consentent en effet souvent à de gros investissements et auraient tout intérêt à pouvoir conclure des contrats de durée contraignante et moins facilement résiliables.

Dans le droit actuel, l'article 404 CO dispose, à l'alinéa 1, que le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps. Ce droit n'est soumis à aucune condition, ce qui signifie qu'il peut en principe être exercé à tout moment et sans raison particulière. Par la résiliation, le contrat prend fin avec effet immédiat. Cette fin a comme effet que l'obligation de poursuivre l'exécution du contrat s'éteint. Les obligations issues du contrat avant la fin de celui-ci restent intactes, pour le mandant, le paiement des honoraires pour l'activité déjà exercée et, pour le mandataire, notamment la reddition des comptes sur sa gestion et la restitution de ce qu'il a reçu (article 400 CO). Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit

toutefois indemniser l'autre du dommage qu'il cause (al. 2). Elle n'a en revanche pas à fournir d'indemnisation pour le gain manqué.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit de résilier le contrat en tout temps est de nature impérative et ne peut donc être ni supprimé, ni restreint par des clauses contractuelles. De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral (TF) invoque le rapport de confiance personnel constituant la base de tout mandat. Dans un arrêt de principe datant de 1989 (ATF115 II 466 et ss), motivant une fois de plus sa position en détail, le TF explique qu'il serait insensé de vouloir maintenir un contrat si le rapport de confiance entre les parties a été rompu, et que le droit de résilier le contrat en tout temps s'applique de manière impérative non seulement au mandat à proprement parler, mais également aux contrats mixtes pour lesquels, en raison de la durée de l'obligation, il apparaît opportun d'appliquer les règles du mandat.

Dans la conception du TF, tous les contrats de mandats sont donc traités de la même manière. Le TF n'admet en outre que de manière très restrictive l'indemnisation pour révocation en temps inopportun prévue par l'art. 404 al. 2 CO : seul le dommage particulier dû à la révocation ou à la répudiation en temps inopportun est visé. Cette indemnisation ne couvre en outre en aucun cas le gain manqué. Cette approche stricte du TF est critiquée par une partie importante de la doctrine, qui n'est toutefois pas unanime.

II. Le projet du Conseil fédéral

Pour tenir compte des différents intérêts en présence, le Conseil fédéral propose de conserver l'article 404 CO actuel mais d'en faire une règle dispositive. A cet effet, l'article 404 CO sera suivi d'un nouvel article 404a CO prévoyant expressément que les parties peuvent supprimer ou limiter le droit de révoquer ou répudier le contrat en tout temps (alinéa 1). Cette nouvelle possibilité offerte aux parties sera toutefois limitée. En effet, toute convention en la matière sera nulle si elle figure dans des conditions générales (alinéa 2). Il est en outre renoncé à une règle différenciée entre les mandats à titre gratuit et les mandats à titre onéreux.

L'avant-projet du Conseil fédéral ne fait pas de distinction entre les différents types de mandat et permettrait de limiter le droit de résilier dans tous les cas. Nous ne pouvons suivre cette approche et nous rejetons l'avant-projet tel que proposé pour les motifs suivants :

Les rapports juridiques soumis à l'article 404 CO peuvent être de nature très diverse: onéreux comme gratuits, à caractère strictement personnel ou purement commercial. Du point de vue économique, la disposition s'applique à toutes sortes de contrats : des prestations uniques fournies par des particuliers, des petites entreprises ou des indépendants aux relations contractuelles pluriannuelles entre multinationales.

Le mandat recouvre ainsi une ribambelle de situations et il apparaît aujourd'hui impossible de dresser une liste exhaustive de toutes les formes de contrats régies en tout ou partie par le droit du mandat. Sont concernés le mandat de l'avocat, celui du médecin, les contrats d'expertise (estimation d'un immeuble par un expert), le contrat d'architecte (si l'architecte est chargé seulement de diriger les travaux). Les dispositions sur le mandat s'appliquent aussi à la gestion immobilière, aux conseils en placement, à la gestion de fortune, aux transports de voyageurs, aux contrats de management et de conseils, mais aussi à la gestion du secrétariat d'une association. Le mandat peut aussi s'appliquer à des contrats apparus plus récemment, comme les contrats de collaboration entre entreprises dans le domaine, par exemple, de la recherche et du développement, les contrats d'externalisation,

les contrats de services informatiques et toutes sortes de contrats qui sont souvent appelés simplement contrats de services et peuvent avoir des objets très divers.

L'article 404 CO semble ne pas poser de problème dans la pratique pour les mandats typiques, c'est-à-dire les mandats ayant un caractère strictement personnel et qui supposent une relation de confiance particulière, tels les contrats conclus avec des avocats, des médecins ou des dentistes. Dans ce type de contrat de mandat, un rapport de confiance particulier est nécessaire entre les parties. En effet, si le mandat porte sur des aspects strictement personnels du mandant ou donne accès à des secrets commerciaux, il est indispensable que le mandant ait une totale confiance dans son mandataire. La possibilité de résilier le contrat en tout temps est ainsi justifiée et correspond à l'intérêt des parties et au fait que nous sommes en présence d'un rapport de confiance particulier. L'impossibilité de résilier en tout temps et sans motif constituerait une entrave à la liberté personnelle. Elle doit donc demeurer.

L'argument du Conseil fédéral figurant de le rapport explicatif selon lequel la protection de l'art. 27 CC relatif à la protection de la personnalité suffirait à pallier à cet inconvénient ne convainc pas. En effet, l'art. 27 CC protège contre les atteintes excessives – c'est-à-dire uniquement dans les cas d'abus manifeste à la liberté personnelle et à la liberté économique. La protection générale de la personnalité s'applique par ailleurs dans une mesure plus restreinte aux personnes morales. Or une entreprise peut très bien avoir conclu un mandat typique, par exemple avec un avocat.

En revanche, dans le cas des mandats atypiques, où la relation de confiance est moins importante, l'application impérative de l'article 404 CO pose des problèmes dans la pratique, notamment de par la jurisprudence très restrictive du TF en matière d'indemnisation en cas de résiliation en temps inopportun. Tel est notamment le cas pour les contrats de services complexes, négociés individuellement et empreints d'un fort caractère commercial, par exemple en matière de management, d'externalisation, d'informatique, de recherche et de développement et, dans certains cas, de gestion immobilière. En raison de l'importance économique de ces contrats pour les parties, ainsi que des dispositions souvent conséquentes que celles-ci prennent en vue de leur exécution, les deux parties auraient généralement un grand intérêt à pouvoir conclure des contrats non résiliables à durée contraignante.

On le voit, les intérêts divergent en fonction du type de situation, mais on ne saurait limiter le droit des parties à résilier le mandat en tout temps dans les mandats typiques. A cela s'ajoute qu'il est difficile voire impossible de faire juridiquement une distinction claire entre les mandats typiques et atypiques. Par ailleurs, il nous paraît que le problème principal réside bien plus dans le fait que la jurisprudence du TF est très restrictive en matière d'indemnisation. Cela ne justifie toutefois pas que l'on modifie et supprime l'un des éléments essentiels du contrat de mandat qu'est la possibilité de résilier en tout temps.

Au vu de ce qui précède, nous rejetons l'avant-projet tel que proposé.

III. La proposition du CP

Nous suggérons d'attaquer le problème par un autre biais et de se focaliser sur la question de l'indemnisation en cas de résiliation. Force est de constater que la jurisprudence du TF est, comme nous l'avons écrit plus haut, trop restrictive et

qu'elle ne permet pas d'indemniser correctement la partie qui aurait fait de gros investissements et verrait son mandat résilié en temps inopportun.

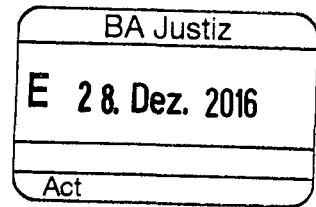
Nous demandons donc que le projet soit renvoyé au Conseil fédéral et remanié en ce sens que l'art. 404 al. 2 CO soit modifié pour permettre une meilleure indemnisation des parties en cas de résiliation en temps inopportun, lorsque ces dernières ont fait des investissements conséquents en vue de l'exécution du mandat.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

Centre Patronal

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'H Redondo', with a stylized initial 'H'.

Sandrine Hanhardt Redondo



CH-3003 Bern, CFC

Courrier A

Département fédéral de justice et police DFJP
Monsieur David Oppliger
Bundesrain 20
3003 Berne

Référence/n° de dossier:

Votre référence:

Spécialiste: vij / teb

Berne, le 23 décembre 2016

Modification du code des obligations (mandat): ouverture de la procédure de consultation

Monsieur,

La Commission fédérale de la consommation (ci-après la CFC) vous remercie de l'avoir consultée sur l'avant-projet de réforme du code des obligations (mandat) et se prononce comme suit :

1. Il est surprenant que dans sa préparation de l'avant-projet, l'OFJ n'ait consulté qu'un nombre restreint d'experts (dont aucun Romand)¹ et que le rapport explicatif ne contienne aucune analyse de droit comparé². Cela étant, la CFC ne conteste pas le principe d'une réforme du droit du mandat pour permettre dans une certaine mesure des dérogations à l'art. 404 CO³.
2. La CFC entend d'emblée souligner qu'elle considère comme essentiel que l'art. 404 CO conserve **son caractère impératif pour les contrats passés avec les consommateurs**. En l'absence d'un réel pouvoir de négociations, la protection assurée par le caractère impératif de l'art. 404 CO actuel est essentielle et ne doit pas être abandonnée quelle que soit la révision proposée. En ce sens, la CFC est d'avis que le projet devra poser le principe du caractère impératif de l'art. 404 CO et prévoir des exceptions pour les domaines qui ne relèvent pas des contrats passés avec les consommateurs. La tentative de passer par une délimitation du droit de limiter ou d'exclure le droit de révocation en

1 Cf. Rapport explicatif, p. 13.

2 Cf. Guide de législation, Module « loi », « ordonnance » et « initiative parlementaire » 2014, p. 30 N 94 et p. 40 N 144.

3 A ce propos, cf. not. Ariane MORIN, La jurisprudence du Tribunal fédéral depuis 1994 en matière de mandat, in Mathieu BLANC (éd.), L'évolution récente du droit des obligations, Lausanne 2004, pp. 117-162, spéc. pp. 124 s. et 139 s. ; Marlis KOLLER-TUMLER, Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht ?, recht 1984 p. 49 ss.

tout temps en s'appuyant sur les formes de la modification (« est nulle si elle est prévue dans des conditions générales ») n'est pas convaincante. Il faut régler la question dans la substance en évoquant expressément « les contrats passés avec les consommateurs ».

3. Ainsi, l'avant-projet est inacceptable en ce qui concerne les consommateurs, **car il ne les protège pas suffisamment**, contrairement à ce qui est affirmé dans le rapport explicatif⁴ :

a) D'abord, l'art. 404a al. 1 AP **ne respecte pas l'injonction déduite de l'art. 97 Cst, d'adopter des règles légales qui assurent une information correcte du consommateur**, afin de lui permettre de se comporter comme un opérateur éclairé sur le marché et de protéger ainsi ses intérêts économiques⁵.

On ne peut pas sérieusement envisager que tous les consommateurs (qui n'ont pas nécessairement de formation juridique) vont comprendre qu'une norme affirmant sans la moindre nuance que « les parties peuvent convenir de supprimer ou de limiter le droit de révoquer ou de répudier le contrat en tout temps » ne concerne en réalité ni la résiliation des mandats relatifs à leur sphère intime, ni la résiliation pour justes motifs.

Le recours au verbe « supprimer » est particulièrement problématique. Le rapport ne contient pas d'explication à cet égard. Sans doute ce verbe renvoie-t-il à la possibilité de conclure un mandat pour une durée déterminée. Mais la terminologie est malheureuse, car elle peut amener le lecteur non averti à croire que l'art. 404a al. 1 AP prévoit une dérogation à l'interdiction des engagements perpétuels, qui est l'un des principes les plus fondamentaux du droit des contrats⁶. Le verbe « supprimer » ne devrait donc pas figurer dans le texte de l'art. 404a al. 1 AP, car il est source de confusion.

L'art. 404a al. 1 AP est de plus en contradiction avec le fait que la plupart des contrats de durée font l'objet de règles impératives permettant une résiliation pour justes motifs⁷, que la règle soit explicite ou fondée sur la bonne foi. Tel est en particulier le cas de l'art. 418r CO, relatif à un mandat spécial. Il doit en aller de même pour le mandat général (art. 394 CO), qui est un des contrats nommés les plus importants dans la pratique. Cette solution, défendue par la doctrine majoritaire⁸, ressort aussi du droit comparé⁹. Elle s'impose si on veut préserver la cohérence et la substance du code, ce qui est indispensable pour garantir l'information correcte des consommateurs. En outre, la prévisibilité et la sécurité du droit empêchent également un simple renvoi à la clause générale de l'art. 27 CC en ce qui concerne la résiliation des mandats relatifs à la sphère intime des consommateurs.

b) Ensuite, rendre l'art. 404 CO dispositif et se contenter de renvoyer pour le surplus aux art. 19 CO et 27 al. 2 CC¹⁰ aura **des conséquences négatives pour les consommateurs**. En effet, selon une partie de la doctrine et le Tribunal fédéral, les clauses contractuelles qui dérogent au droit dispositif dans une mesure prohibée par l'art. 27 al. 2 CC seraient valables lorsque la partie lésée y a consenti¹¹. En revanche, les clauses contractuelles contraires à une norme impérative sont en principe frappées de nullité absolue, conformément à l'art. 20 CO, ce qui peut être invoqué par quiconque et en tout temps¹². Si l'art. 404 CO est de droit dispositif, il pourrait donc être **plus difficile** qu'aujourd'hui

4 Rapport explicatif, p. 20.

5 Cf. not. Anne-Christine FORNAGE, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant, Berne 2011, N 421 ss.

6 Cf. not. ATF 114 II 15 ; ATF 125 II 363 ; ATF 127 II 69 ; Peter GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Fribourg 1968, pp. 24 et 42.

7 ATF 92 II 300 ; ATF 122 II 262 ; ATF 128 III 429 ; Pascal PICHONNAZ, Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation, in La pratique contractuelle 4, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 37 ss, spéc. p. 52 ; Marie-Noëlle VENTURI – ZEN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Fribourg 2007, NN 330 ss.

8 En particulier BK-FELLMANN, N 133 ss ad art. 404 CO.

9 Cf. Guide de législation 2007, NN 922 et 934.

10 Rapport explicatif, p. 14 s. et 19.

11 Cf. not. BK-UCHER, N 114 ss et 548 ad art. 27 CC ; BK-KRAMER, N 371 ss ad art. 19/20 CO ; ATF 129 III 209.

12 ATF 123 III 60 ; ATF 129 III 209.

pour un consommateur de contester une clause contractuelle limitant son droit de résilier un mandat relatif à sa sphère strictement personnelle, ou une clause restreignant son droit de résiliation pour de justes motifs.

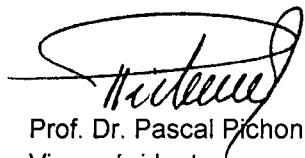
c) Pour finir, l'art. 404a al. 2 AP **ne permettra pas d'empêcher tous les abus en matière de clauses limitant le droit de résilier le mandat**¹³. Selon la conception dominante en Suisse, les conditions générales sont des clauses formulées à l'avance dans le but d'être insérées dans un grand nombre de contrats¹⁴. Par conséquent, il suffira à un professionnel de prévoir une dérogation à l'art. 404 CO dans un document spécialement rédigé pour l'occasion pour échapper à l'art. 404a al. 2 AP. Or, dans la mesure où ce professionnel se trouve dans une position de puissance par rapport au consommateur, on ne pourra pas présumer que ce dernier aura vraiment eu la possibilité de négocier cette clause spéciale¹⁵. Le même problème se poserait avec l'art. 8 LCD, qui repose aussi sur cette conception étroite des conditions générales¹⁶.

4. Au demeurant, il n'y a **aucune nécessité** de renoncer au caractère impératif de l'art. 404 CO pour les mandats de consommation, puisque, comme le souligne à juste titre le rapport explicatif, cette disposition est tout à fait adaptée à ces contrats¹⁷. La définition de mandat de consommation n'est certes pas définie par la loi, mais la notion de contrat de consommation fait aujourd'hui l'objet d'une jurisprudence de plus en plus précise¹⁸.

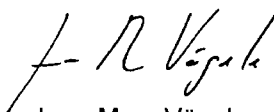
5. Pour toutes ces raisons, la CFC est d'avis qu'il faut **modifier l'art. 404a AP en précisant qu'une convention au sens de l'art. 404a al. 1 AP est nulle si elle concerne un mandat de consommation**¹⁹.

La CFC vous remercie d'avance de la suite que vous donnerez à ses remarques et vous prie d'agréer, Monsieur, ses salutations distinguées.

Commission fédérale de la consommation



Prof. Dr. Pascal Pichonnaz
Vice-président



Jean-Marc Vögele
Secrétariat

¹³ Rapport explicatif, pp. 18 et 20.

¹⁴ Ernst Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berne 2016, N 73 ; CR-Morin, art. 1 CO N 165 ; BSK UWG-Thouvenin, Art. 8 UWG N 1.

¹⁵ Cf. Ariane MORIN, Les clauses contractuelles non négociées, RDS 2009 I 497 ss, spéc. 500 ss.

¹⁶ BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 UWG N 1.

¹⁷ Rapport explicatif, pp. 14-15 et 20.

¹⁸ Pichonnaz, Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation (cité nbp7), p. 37 ss.

¹⁹ Dans le même sens, cf. l'art. 158 de la Proposition de règlement sur le droit commun de la vente.

Änderung des Obligationenrechts - neuer Art. 404a OR (Auftragsrecht)

Stellungnahme zum Vorentwurf durch CH Open

Der 404er, der eine jederzeitige sofortige Kündbarkeit vorsieht für Aufträge, ist eine zentrale Norm des Auftragsrechts und aus unserer Sicht tatsächlich etwas kritisch in seiner Absolutheit. Allerdings halten wir umgekehrt auch die neue Norm für zu allgemein formuliert.

Der Auftrag ist eine "Fallback-Norm", für den Fall, dass kein anderer gesetzlicher Vertragstyp auf einen Vertrag da draussen passt. Unter die Norm können daher zB Softwarewartungsverträge fallen, gemäss denen ein Unternehmen einfach sorgfältig handeln muss, aber nicht für den Erfolg haftet. Gerade bei OSS mag das Sinn haben, wenn man nicht weiss, welche Überraschungen der Code bereit hält und nicht für Erfolg haften will.

In vielen normalen kommerziellen Verträgen ist die sofortige Kündbarkeit überflüssig, ja stossend, z.B. weil der Beauftragte vielleicht Vorabinvestitionen tätigen muss. Von daher würde die Änderung Sinn machen. Sie entspricht auch dem deutschen Recht, das neben dem Auftrag einen "Dienstvertrag" vorsieht, der nicht sofort kündbar sein muss.

Andererseits steckt hinter der Norm eben auch das Bedürfnis, bei einem Vertrauensverlust in einem von Vertrauen abhängigen Rechtsverhältnis sofort ohne viel Federlesens abschliessen zu können. Einen Anwalt oder Arzt muss man sofort in die Wüste schicken können. Die neue Norm würde aus unserer Sicht möglicherweise auch solche Verträge abdecken, und das geht gar nicht.

Abgesehen davon ist der Begriff der AGB nicht klar. Gemeinhin heisst es, das seien vorformulierte Bedingungen. Es geht also nicht nur um Kleingedrucktes, sondern um alle Verträge, die nicht verhandelt wurden. Kommt es hier nur auf die Möglichkeit an, zu verhandeln? Oder darauf ob tatsächlich irgendein Teil des ersten Entwurfs verändert wurde? Da gibt es viele offene Fragen.

Hinzu kommt, dass die Rechtstechnik, eine AGB-Festigkeit ins Gesetz zu schreiben, bisher ungesehen ist in der Schweiz (im Gegensatz zu Deutschland). Wieso man jetzt genau hier damit anfangen will, verstehen wir nicht. Das sieht nach Schnellschuss aus.

Wir lehnen den Vorstoss ab mit dem Argument, dass die neue Norm sei zu umfassend formuliert ist. Es sollte eine klarere Differenzierung vorgenommen zwischen einem Auftrag, wo das Vertrauensverhältnis nach wie vor zentral ist, und bei dem daher nachher wie vor eine sofortige Kündbarkeit nötig ist, und einem Dienstvertrag, wo der Ausschluss der sofortigen Kündbarkeit im Interesse beider Parteien sein kann. Dazu sollte man nicht nur einen Artikel ändern, sondern eine Gesamtschau einnehmen.

Will man die Norm behalten, soll zumindest die Klausel zu den AGB bleiben. Sie schützt gerade auch KMU. (Allerdings natürlich primär den Auftraggeber.)

Dr. phil. nat. Matthias Günter, Präsident CH Open, matthias.guenter@ch-open.ch

Postadresse:

CH Open
Alexandra Barden
Engelhaldenstrasse 8
3012 Bern

ChiroSuisse · Sulgenauweg 38 · CH-3007 Bern

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
3003 Bern
Email: zz@bj.admin.ch

Bern, 13. Dezember 2016

**Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht)
Revision Art. 404 OR**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
sehr geehrte Damen und Herren

Wir erlauben uns in oben erwähntem Vernehmlassungsverfahren wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Die Revision betrifft das Auftragsverhältnis Chiropraktor - Patient nicht oder kaum. Auch in Zukunft können Chiropraktorinnen und Chiropraktoren oder Patienten das Mandat jederzeit beenden.
2. Die Kontroverse betreffend jederzeitigem Beendigungsrecht ist so alt wie der Artikel selbst. Keine Lösung - das Verbot wie die Erlaubnis - überzeugt für alle Vertragsverhältnisse.
- 3.a) Ein allgemeines jederzeitiges Beendigungsverbot ginge gemäss Revisionsentwurf indessen offenbar zu weit, weshalb ein Verbot ausdrücklich ausgehandelt werden müsste und nicht in AGB enthalten sein darf.
- b) Aber ein Verbot in AGB macht die Sache nicht besser, weil es für die federführende, meist wirtschaftlich stärkere Partei keinen Unterschied macht, ob sie das Beendigungs- oder Kündigungsverbot in AGB aufführt oder in einem Textbaustein in den spezifischen Vertragstext einfügt. Wenn sie das Vertragsgespräch über den Text hinweglenkt, fällt es der schwächeren Partei nicht auf oder die Tragweite des Verbotes wird ihr nicht bewusst.
4. Wenn das jederzeitige Beendigungsrecht nicht mehr zwingend ist, bieten die Art. 19 OR und 27 Abs. 2 ZGB nur unzureichenden Schutz. Das sind "Notnägeln", auf die man sich nicht verlassen sollte.

Schweizerische Chiropraktoren-Gesellschaft
Sulgenauweg 38 · CH-3007 Bern
Tel. ++41 (0)31 371 03 01 · Fax ++41 (0)31 372 26

54

info@chirosuisse.info · www.chirosuisse.ch

5. Von einer Revision ist abzusehen.

Wir hoffen, unsere Bemerkungen und unser Antrag werden berücksichtigt.

Freundliche Grüsse

ChiroSuisse

A handwritten signature in dark ink, reading "Priska Haueter". The script is cursive and fluid, with the first name "Priska" and last name "Haueter" clearly distinguishable.

Priska Haueter, lic.phil.hist.
CEO/Präsidentin

Prise de position de Dettes Conseils Suisse concernant la procédure de consultation relative à la modification du code des obligations (droit du mandat, art. 404 CO)

Madame la Conseillère fédérale,

Madame, Monsieur,

Nous nous permettons de nous exprimer dans la présente procédure de consultation. Dettes Conseils Suisse regroupe 38 services de désendettement à but non lucratif dont l'essentiel est soutenu par des cantons et communes de Suisse dans leurs programmes de lutte contre le surendettement. Son regard concernant l'impact du droit des contrats, au général et au particulier, sur les situations de surendettement apparaît ainsi particulièrement pertinent pour la présente procédure de consultation.

1° Introduction

Comme le précise votre rapport, les difficultés liées au droit du mandat relèvent de son application généralisée à une multitude de rapports juridiques et économiques aussi divers que variés. Raison pour laquelle il se résume à fixer un cadre très général et se réfère, notamment, aux règles de l'art prescrites par les différents contextes dans lesquels il trouve application.

Si nous pouvons admettre que, dans certains rapports juridiques, le droit des mandats touche à ses limites, il nous paraît nécessaire de rappeler que toute modification de l'équilibre actuel peut avoir des conséquences importantes et non souhaitables sur d'autres types de rapports juridiques. Raison pour laquelle, nous saluons la volonté de cadrer ces modifications en s'intéressant, notamment, aux contrats conclus avec des consommateurs-trices.

En effet, nous rencontrons actuellement divers contrats de mandats problématiques, pour lesquels des consommateurs-trices se font piéger par des prestataires de service parfois douteux. En font partie, notamment, des services de désendettement à but lucratif, des services de courtage, etc.¹

2° Protéger les consommateurs... et les PME

Un nombre important de ces pratiques douteuses sont dirigées contre des personnes ayant des difficultés financières, mais également des personnes allophones et des personnes ayant des difficultés administratives ou cognitives. Celles-ci ont donc un besoin accru de protection². Néanmoins, au vu des déséquilibres entre les parties, c'est bien l'ensemble des consommateurs-trices qui doivent pouvoir bénéficier d'une protection particulière. En effet, les règles évoquées dans le rapport au projet (protection contre les engagements excessifs, droit général des contrats) ne nous semblent pas suffisantes en l'espèce.

La proposition de modification (art. 404a al. 2) vise à protéger tant les consommateurs-trices que les PME. Ainsi, en cherchant à répondre à des préoccupations légitimes mais fort différentes, elle risque de n'atteindre que partiellement son but. En effet, il sera certainement très facile de contourner cet alinéa en proposant un feuillet complémentaire au contrat pour lui donner l'apparence d'une solution effectivement négociée. En pratique, nous voyons déjà ce genre de procédés. Notamment pour des contrats prévoyant, dans leurs conditions générales, un droit de

¹ Voir notamment : <http://www.srf.ch/sendungen/kassensturz-espresso/kredit-per-internet-briefkastenfirmen-zocken-ab>
ou <http://www.srf.ch/sendungen/kassensturz-espresso/rechtsfragen/alles-was-recht-ist/schulden-chaos-raus-aus-den-faengen-der-fiesen-sanierer>

² Voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 février 2012 (6b_609/2011), considérant 4.3.3

révocation, qui est ensuite annihilé par un annexe au contrat intitulé « déclaration de renonciation au droit de révocation ». Dit alinéa risque ainsi de donner beaucoup de fil à retordre aux tribunaux et, ainsi, contribuer à la surcharge des tribunaux. Ce qui ne sera avantageux pour personne.

Considérant que l'équilibre entre les parties peut se révéler également déficitaire pour les PME, il apparaît important de préserver le projet du second alinéa. Raison pour laquelle nous estimons que les réserves visant à protéger les consommateurs doivent être précisées et figurer dans un 3^{ème} alinéa. Ce qui permettrait, en outre, de souligner la volonté du législateur, telle qu'exprimée par l'art. 97 al. 1 de la Constitution fédérale.

3° Proposition

Nous nous permettons ainsi de proposer un 3^{ème} alinéa qui pourrait avoir la teneur suivante :

« ³ Une telle convention est nulle si le contrat est conclu avec un consommateur. »

En vous remerciant de la considération que vous accorderez à la présente, nous vous prions de recevoir, Madame la Conseillère fédérale, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

Berne, le 30 décembre 2016

Pour Dettes Conseils Suisse



Sébastien Mercier
Secrétaire général

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

per E-Mail an zz@bj.admin.ch

Bern, 18. Januar 2017

Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts, Auftragsrecht (Frist: 31.12.2016)
Stellungnahme der Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz (DJS)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Einladung zur Stellungnahme im genannten Vernehmlassungsverfahren und die Berücksichtigung unserer verspäteten Eingabe.

I. Einleitung

Unter dem Titel „*Anpassung an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts*“ schlägt der Bundesrat eine Neuregelung der Beendigung von Auftragsverhältnissen und die Einführung eines neuen Art. 404a OR vor. Das jederzeitige Beendigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 soll insofern beseitigt werden, als diese Bestimmung neu nur noch dispositives und nicht mehr wie bis anhin zwingend geltend soll. Die Rechtsfolgen bei Beendigung zur Unzeit sollen den heutigen Erfordernissen nicht mehr genügen. Vorgeschlagen wird deshalb wie erwähnt die Schaffung eines neuen Gesetzesartikels, der das zwingende jederzeitige Beendigungsrecht aufheben und dieses neu der Disposition der Parteien unterstellen soll. Eine Einschränkung soll darin bestehen, dass Wegbedingungen nicht in den AGB enthalten sein dürfen.

II. Stellungnahme der DJS

1. Dem erläuternden Bericht des Bundesrates vom September 2016 ist zu entnehmen, dass der Wirtschaftsstandort Schweiz durch das zwingende jederzeitige Beendigungsrecht bei komplexen Verträgen geschwächt werde.

Nach Gründen, weshalb der Wirtschaftsstandort durch die jahrzehntelange Praxis zu Art. 404 OR geschwächt werde, sucht man im erläuternden Bericht vergeblich. Konkrete Beispiele bleibt der Bericht des Bundesrates schuldig.

2. Auch was in rechtlicher Hinsicht im Bericht ausgeführt wird, entpuppt sich bei näherem Hinsehen als *nicht stichhaltig*.

- 2.1. Wie dem erläuternden Bericht zu entnehmen ist, hat die Vorlage ganz überwiegend *rein kommerzielle Verträge* im Auge (bspw. Forschungs- und Entwicklungsverträge, Outsourcingverträge, IT - Dienstleistungsverträge, Lizenz- und Alleinvertriebsverträge etc.). Für diese passe ein zwingendes jederzeitiges Beendigungsrecht im Lichte der heutigen Praxisanforderungen nicht mehr.

- 2.2. Diese Verträge, die nicht selten sehr umfangreich sind und den Vertragsinhalt so präzise wie möglich definieren, werden seit Jahrzehnten als *Innominatverträge* bezeichnet. Sie sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig. Regelmässig enthalten sie Elemente verschiedener, im Schweizerischen Obligationenrecht explizit geregelter, Vertragstypen (Kauf, Miete, Werkvertrag, Auftrag etc.) sowie Regelungen *sui generis* - also solche, die keinem explizit geregelten Vertragstypen zugeordnet werden können, aber aufgrund der Vertragsfreiheit zulässig sind.

Mit solchen Innominatkontrakten setzt sich das Bundesgericht seit den siebziger Jahren auseinander. Quintessenz der Bundesgerichtspraxis ist bis heute, dass nur solche Vertragsbestandteile Bestand haben können, die nach der Natur des Vertrages, dessen Inhalt, sowie den von den Parteien beabsichtigten Zielen mit der konkreten Regelungsmaterie kompatibel sind.

Das gilt auch für das zwingende jederzeitige Beendigungsrecht laut dem geltenden Art. 404 Abs. 1 OR. Wo die jederzeitige Beendigung nicht „passt“, kann sie keine Geltung beanspruchen.

- 2.3. Nun lässt sich selbst dem Bericht des Bundesrates entnehmen, dass das Bundesgericht bei vorwiegend kommerziellen Verträgen der jederzeitigen Beendigungsmöglichkeit in aller Regel *eine Absage erteilt hat* (vgl. dazu: erläuternder Bericht vom September 2016, S. 7, Fn. 16, *Anwendbarkeit verneint: Chartervertrag, Vertrag über den Anschluss eines Arbeitgebers an eine Sammelstiftung, Franchisingvertrag, Verträge über Vermarktung von Werbeflächen, Lizenz- und Alleinvertriebsverträge u.a.m.*).

Das Bundesgericht wendet deshalb seit vielen Jahren Art. 404 Abs. 1 OR nur dann an, wenn dies sachgerecht erscheint – ansonsten nicht. Vorwiegend kommerzielle Verträge, die anders als in Gestalt von Innominatkontrakten kaum vorstellbar sind, waren und sind vor einer einseitigen und vorzeitigen Beendigung somit aufgrund bewährter Bundesgerichtspraxis geschützt.

Weshalb für komplexe Verträge rein kommerzieller Natur wie Forschungs- und Entwicklungsverträge, Outsourcingverträge sowie IT - Dienstleistungsverträge etwas Anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich. Solche Verträge unterstehen in der Regel nicht dem zwingenden jederzeitigen Beendigungsrecht, sofern sie überhaupt spezifisch auftragsrechtliche Elemente enthalten. Dafür bietet die bisherige Bundesgerichtspraxis Gewähr – und der Bericht nennt denn auch keine Fälle, wo einer der vorgenannten „modernen“ Verträge das Schicksal einer vorzeitigen Vertragsbeendigung erlitten hätte.

2.4. Fazit zu den Revisionsgründen

Weder die Berufung auf die „Erfordernisse des 21. Jahrhunderts“ noch die Aussage, wonach Art. 404 Abs. 1 OR den Wirtschaftssandort schwäche, halten von der Sache her noch rechtlich einer sorgfältigen Prüfung stand.

3. Anpassungsbedarf besteht nach dem Gesagten auch bezüglich der Beendigung zur Unzeit nicht.

- 3.1. Vielmehr lässt sich zusammenfassend sagen, dass die geltende Regelung auch hinsichtlich kommerzieller Verträge schon seit vielen Jahren genügt. Das zeigt die Rechtsprechung des Bundesgerichts, auf welche im Bericht hingewiesen wird, anschaulich (vgl. dazu: erläuternder Bericht vom September 2016, S. 7, Fn. 16, *Anwendbarkeit verneint: Chartervertrag, Vertrag über den Anschluss eines Arbeitgebers an eine Sammelstiftung,*

Franchisingvertrag, Verträge über Vermarktung von Werbeflächen, Lizenz- und Alleinvertriebsverträge u.a.m.).

Der Bundesrat zeigt nicht auf, weshalb dies für „moderne“ kommerzielle Verträge (Forschungs- und Entwicklungsverträge, Outsourcingverträge, IT - Dienstleistungsverträge etc.) anders sein sollte.

4. Andere Gründe für eine Revision?

- 4.1. Der Bundesrat nennt keine weiteren zureichenden Gründe, die eine Anpassung des geltenden Rechts, und damit die Abschaffung des zwingenden Beendigungsrechts nach Art. 404 Abs. 1 OR gebieten würden.

Insbesondere der Hinweis auf Art. 19 Abs. 2 OR sowie auf Art. 27 Abs. 2 ZGB geht offensichtlich fehl. Beide Bestimmungen normieren Verhaltensweisen, die nur als „ultima ratio“ greifen. Dementsprechend selten sind Gerichtsentscheide, die in Verträge gestützt auf diese Ausnahmebestimmungen eingreifen. Wir erlauben uns dazu auf die bewährte Lehre und Praxis zu verweisen.

Würde Art. 404a VE-OR zu geltendem Recht, so könnten bspw. Ärzte oder Rechtsanwälte mit ihrer Kundschaft vereinbaren, dass das Auftragsverhältnis nur mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten beendet werden kann. Angesichts der langjährigen Gerichtspraxis zu Art. 19 Abs. 2 OR und/oder Art. 27 Abs. 2 ZGB würden diese Normen keinen Eingriff in die Vertragsfreiheit rechtfertigen. Vielmehr müsste man sich an bisher undenkbbare Auftragsverhältnisse gewöhnen, die niemand ernsthaft befürworten kann.

- 4.2. Der Bundesrat preist die Gesetzesänderung als Schutz für Konsumentinnen und Konsumenten an. Auch KMU, welche mit marktmächtigeren Vertragspartnern Geschäfte abwickeln, sollen profitieren können. Dies deshalb, weil die Wegbedingung des zwingenden Beendigungsrechts in AGB unzulässig sein soll.

Vertragsinhalte werden mit wenigen Ausnahmen regelmässig vom marktmächtigen Vertragspartner durchgesetzt, gleichgültig, ob diese in AGB enthalten sind, oder sich aus einem ausgehandelten Vertragswerk ergeben. Konsumentinnen und Konsumenten haben per se keine Marktmacht, KMU gegenüber marktmächtigeren Unternehmen ebenfalls nicht.

Das „Korrektiv“ über den Ausschluss von AGB als Grundlage für die Wegbedingung des zwingenden Beendigungsrechts erweist sich bei Licht betrachtet als „Papiertiger“. Dasselbe gilt erst recht für die in diesem Zusammenhang im Bericht erwähnten Grossanbieter von Massendiensteleistungen. Konsumentinnen und Konsumenten wie auch KMU sehen sich in diesem Dienstleistungsbereich in der Schweiz hauptsächlich Banken und Versicherungen gegenüber. Die Versicherungswirtschaft verfügt seit Jahrzehnten über eigene Regeln (VVG), die sie gegenüber den Kunden effizient durchzusetzen vermag. Im Retail - Banking und im Kreditwesen ist im ersten Fall keine Handlungsbedarf erkennbar, und im zweiten Fall bedarf es keiner grundlegenden Revision von Art. 404 OR, sondern einer spezialgesetzlichen Lösung (angemessener Kreditkündigungs- und Kreditgewährungsschutz für KMU).

- 4.3. In Übereinstimmung mit dem Schweizerischen Gewerkschaftsbund (SGB) machen die DJS zudem darauf aufmerksam, dass sich mit der Revision die Gefahr „mittels Auftragsverhältnis (in der Ausgestaltung als Dauerauftrag) Personen als Scheinselbständige einzusetzen und so den Schutz der Arbeitnehmenden und die Bestimmungen gegen Sozial- und Lohndumping ausser Kraft zu setzen“ verstärkt, da der Auftrag mit der Revision immer mehr Ähnlichkeiten mit dem Arbeitsverhältnis erhalten könnte (Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Stellungnahme Revision Art. 404a OR vom 20. Dezember 2016, S. 1).

III. Zusammenfassung

Die DJS sehen aufgrund des Gesagten keine überzeugenden Gründe, weshalb das zwingende Beendigungsrecht nach Art. 404 Abs. 1 OR einer dispositiven Lösung weichen sollte.

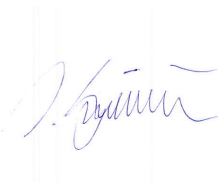
Insbesondere legt weder die Rücksichtnahme auf den Wirtschaftsstandort Schweiz noch die Rechtslage, insbesondere bei vorwiegend kommerziellen Verträgen (Innominatkontrakte), eine Anpassung im Sinne des Vorschlags des Bundesrats nahe.

Die Gesetzesrevision wird deshalb zur Ablehnung empfohlen.

Mit freundlichen Grüßen,



Melanie Aebli
Geschäftsleiterin DJS



Jürg Oskar Luginbühl
lic. iur. Rechtsanwalt / Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Bundeshaus West
3003 Bern

Per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

22. Dezember 2016

Stellungnahme zur Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (OR)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 16. September 2016 haben Sie uns eingeladen, zur Änderung des Obligationenrechts Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit der Meinungsäusserung nehmen wir gerne wahr. economiesuisse hat bei den Mitgliedern – bestehend aus 100 Branchenverbänden, 20 kantonalen Handelskammern sowie grösseren Einzelunternehmen – eine Konsultation durchgeführt und nimmt gestützt darauf aus einer übergeordneten gesamtwirtschaftlichen Sicht Stellung.

Zusammenfassung

Der Auftrag gemäss Art. 394-406 Obligationenrecht (OR) hat in der Wirtschaftspraxis grosse Bedeutung. Der Vertragstyp dient insbesondere als Sammelbecken für alle Arbeits- und Dienstleistungsverträge, welche nicht einem gesetzlichen Sondertypus (z.B. Arbeitsvertrag, spezifische Auftragsarten oder Werkvertrag) unterstehen.

Die interne Vernehmlassung bei economiesuisse hat ergeben, dass einzelne Branchen die Liberalisierungen mit Nachdruck befürworten, andere jedoch sehen keinen Handlungsbedarf für eine Abkehr vom Status quo. Da die vorgeschlagene Änderung letztlich den Akteuren mehr Handlungsfreiheit bringt, unterstützt economiesuisse in **einer gesamtwirtschaftlichen Abwägung die vorgeschlagene Liberalisierung bei der Vertragsgestaltung im Auftragsrecht im Grundsatz.**

Klar abzulehnen ist aber, dass die Ausweitung der vertraglichen Handlungsfreiheit gerade bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) nicht zur Anwendung gelangen soll.

Soll die neue Bestimmung die beabsichtigte Erleichterung im Geschäftsverkehr und Erhöhung der Rechtssicherheit bringen, sind gerade AGB zwingend von der Liberalisierung zu erfassen. Ansonsten rechtfertigt sich die gesamte Gesetzesrevision angesichts des damit verbundenen Umsetzungsaufwandes nicht und die Revision wäre nicht weiterzuverfolgen.

1. Ausgangslage

Nach Art. 404 OR kann ein Auftrag jederzeit von beiden Parteien beendet werden. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das freie Kündigungsrecht von Art. 404 OR zwingend und darf vertraglich nicht eingeschränkt werden. Nach höchststrichterlicher Rechtsprechung sind somit auch mittelbare Einschränkungen der jederzeitigen Kündbarkeit ungültig, etwa in Form einer Konventionalstrafe für den Fall einer sofortigen Vertragsbeendigung. Eine Kündigung zu Unzeit kann jedoch zu Schadenersatzansprüchen führen.

Diese jederzeitige Widerrufsmöglichkeit von Aufträgen und die scharfe Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind nicht nur in Rechtskreisen bekannt. Der Geschäftsverkehr hat entsprechend Mittel gefunden, sich mit dieser weitgehenden Beschränkung der Parteiautonomie und der rechtlichen Ausgangslage zu arrangieren. Ein Blick in die Gerichtspraxis zeigt, dass von den Gerichten gerade in komplexen Fällen angemessene Lösungen gefunden werden können und dadurch unsachgerechte Folgen der jederzeitigen Auflösungsmöglichkeit vermieden werden können. Die Gerichte legen viele Verträge nicht nur gestützt auf das Auftragsrecht, sondern auch unter Beizug von auftragsrechtlichen Elementen in anderen Vertragstypen als gemischte Verträge aus. Im Sinne einer Gesamtauslegung verneinen die Gerichte so in einer Gesamtabwägung in diesen Fällen ein jederzeitiges Widerrufsrecht, resp. sie schränken dieses sinngemäss ein.

Trotz dieser im Grundsatz funktionierenden Praxis bleiben gerade bei der Vertragsgestaltung oft Unklarheiten bestehen. Es lässt sich nicht ausschliessen, dass ein Gericht im Einzelfall bei der Aufhebung zu einer von den Parteien nicht beabsichtigten Auslegung des Vertrages mit entsprechenden Folgen gelangt.

Der bestehende Art. 404 OR soll daher durch einen neuen Art. 404a OR ergänzt werden. Dieser soll es den Parteien erlauben, das jederzeitige Widerrufsrecht einzuschränken. Sie können damit beispielsweise Kündigungsfristen vorsehen oder Konventionalstrafen vereinbaren für den Fall, dass eine Partei den Vertrag vor Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit beenden will. Damit werden die Handlungsmöglichkeiten der Wirtschaftsakteure vergrössert.

Die Vorschläge des Bundesrates sehen darüberhinausgehend aber auch vor, dass diese Erleichterungen nicht gelten sollen, soweit die Einschränkung des Widerrufsrechtes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) stattfinden soll. Dies ungeachtet der bereits geltenden Regel, dass auf ungewöhnliche Bestimmungen in den AGBs speziell hingewiesen muss.

2. Grundsätzliche Begrüssung der Liberalisierung

Im Sinne einer Gesamtabwägung unter Berücksichtigung der teils divergierenden Branchenpositionen schliessen wir uns aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht dem bundesrätlichen Bestreben an, die bestehende Regelung von Art. 404 OR mit einer neuen Bestimmung zu ergänzen. Dies soll es ermöglichen, dass die Parteien einvernehmlich auf das jederzeitige Widerrufsrecht bei Aufträgen verzichten oder dieses einschränken können. Diese Unterstützung geht aber nur soweit, als die neue Bestimmung eine Erhöhung der Flexibilität der Parteien im Geschäftsverkehr bedeutet und die

bestehende Vertragswelt nicht über Gebühr beeinflusst. Weiterhin müsste daher, wie auch vorgesehen, die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit als Standard vorgesehen werden und Abweichungen davon müssten die Parteien explizit vereinbaren. Soweit dies uneingeschränkt ermöglicht würde, könnten besser auf die individuellen Bedürfnisse von Vertragsparteien eingehende vertragliche Lösungen im Auftragsrecht entwickeln werden.

3. Klare Ablehnung der Einschränkung zu Lasten von AGB

Dieser Liberalisierung steht aber die Einschränkung von Art 404a Abs.2 E-OR grundsätzlich im Weg. Diese ebenfalls neue Bestimmung sieht vor, dass die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit nicht gültig wegbedungen werden kann, wenn die Vereinbarung in AGB erfolgt. Diese Einschränkung lehnen wir ganz grundsätzlich und mit Nachdruck ab.

Sie führt zu einer nicht nachvollziehbaren Andersbehandlung und Schlechterstellung von AGB und somit zur Schaffung eines neuen Vertragstypus im OR. Gleichzeitig führt sie – dies im klaren Widerspruch zum Ziel der Revision – nicht zu einer Vereinfachung, sondern einer Verkomplizierung der rechtlichen Ausgangslage.

Für AGB gilt das Gleiche wie für alle anderen Verträge auch: sie müssen gültig zwischen den Parteien vereinbart werden. Hierzu müssen die folgenden Kriterien erfüllt sein:

- Die AGB sind klar und eindeutig formuliert
- Die AGB werden in Individualverträgen ausdrücklich zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt
- Der Vertragspartner kann den AGB-Inhalt vor Abschluss eines Individualvertrages einsehen

Die Verwendung von AGB ist aus dem Massengeschäft, insbesondere aus Gründen der Zeit- und Kosteneffizienz bei der Vertragsgestaltung, nicht mehr wegzudenken. Um im Massengeschäft Aufwand und Kosten für sich und ihre Kunden zu sparen, verwenden die meisten Anbieter aller Branchen heutzutage standardisierte Vertragsvorlagen, welche höchstens noch mit Bezug auf einzelne Teile individuell auszuhandeln sind. Es ist gerade auch im Interesse der Kunden, dass Abläufe im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss effizient, zeit- und kostengünstig strukturiert werden können. Die wesentlichen Eckpfeiler der vertraglichen Regelung müssen zwischen den Parteien in Form von AGB vereinbart werden können. Hierbei sehen die heutigen Regeln und die gelebte Praxis bereits vor, dass es dabei nicht zu Verzerrungen zu Ungunsten der Adressaten der AGB kommt. In den Kernpunkten sind die Adressaten bei der Anwendung von AGB durch Art. 27 ZGB und Art. 8 UWG geschützt. Gültig vereinbarte AGB sind rechtlich damit gleichermassen relevant wie individuell vereinbarte Regelungen; es gibt keine Hierarchie, daran ändern insbesondere auch die sog. Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregeln im Interesse der Adressaten zu Lasten der Aussteller nichts. Diese Regeln führen aber dazu, dass die Adressaten von AGB rechtlich sogar besser geschützt sind als unter den Auslegungsregeln, welche für im Einzelnen individuell ausgehandelte Verträge gelten würden.

Werden die Voraussetzungen zur Gültigkeit von AGB eingehalten, ist gegen die Verwendung von AGB nichts einzuwenden. AGB sind nicht komplizierter als Individualverträge. Oft ist sogar das Gegenteil der Fall: als standardisiertes Vertragsprodukt können AGB in Bezug auf Einfachheit, grafische Aufarbeitung und damit Verständlichkeit für die Kunden attraktiver ausgestaltet werden, als dies bei Individualverträgen der Fall wäre.

Eine Regelung, die Abweichungen von Art. 404 OR mittels AGB nicht zulässt, würde statt der erwünschten Rechtssicherheit damit sogar vergrösserte Rechtsunsicherheit generieren:

Der Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen wird im Erläuterungsbericht derart weit umschrieben, dass sogar Vertragsvorlagen, sog. Templates, darunter fallen würden. Es wäre unklar, ab wann solche beispielsweise auf einem Baukastensystem aufbauenden Vertragsvorlagen ausgehandelt wären. Es wäre für die Unternehmen nicht mehr möglich, solche Vertragsvorlagen anzuwenden, wenn diese automatisch als AGB angeschaut würden. Nach der Definition im Erläuterungsbericht würden immer dann AGB im Sinne des Gesetzes vorliegen, wenn nicht explizit von diesen Vorlagen abgewichen wird. Jedenfalls hätte dann die Vertragspartei, welche nicht ihre eigene Vorlage verwendet hat, sondern bereit war, die Vertragsvorlage der Gegenpartei zu akzeptieren, immer die Möglichkeit zu behaupten, es liege ein Ausschluss von Art. 404 OR gemäss AGB vor.

Mit der gewählten Formulierung des Entwurfs für einen neuen Art. 404 OR bestünde das Risiko, dass praktisch alle im Rechtsalltag verwendeten Verträge im Ergebnis als „AGB“ qualifiziert würden. Es käme zu Unklarheiten bei der Abgrenzung zwischen AGB und individuell ausverhandeltem Vertrag. Im Endeffekt würde mangels vernünftigem Anwendungsbereich die Gesetzesänderung ihres eigentlichen Zweckes beraubt.

Dies ist umso bedeutender, da die Bestimmung gerade im Bereich der digitalisierten Geschäftsmodelle, welche auf Skaleneffekten aufbauen und eine Vielzahl an potentiellen Kunden adressieren, von enormer Bedeutung ist. In diesem Umfeld ist es unmöglich, Verträge einzeln zu verhandeln. Damit würde gerade dieses zukunftssträchtige Segment von einer abweichenden Regelung des Kündigungsrechts ausgeschlossen bleiben.

Aus all diesen Gründen ist es nicht gerechtfertigt, Ausnahmen von der strengen Regelung von Art. 404 OR nur in Form von individuell vereinbarten Verträgen zuzulassen. Die Einschränkung, dass Abweichungen von Art. 404 auf dem Weg von AGB nicht zulässig sein sollen, ist ersatzlos zu streichen.

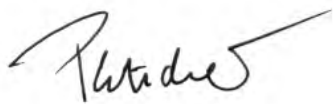
4. Schlussbemerkungen

Bei der Revision handelt es sich um einen punktuellen Eingriff ins Obligationenrecht. Vor dem Hintergrund möglicher grösserer Revisionsvorhaben in der Zukunft ist es wichtig, dass mit der nun vorgeschlagenen Anpassung keine grundsätzlichen Veränderungen an der Systematik des OR vorgenommen werden. Dies wäre gerade dann der Fall, wenn nun mittels einer neuen Bestimmung zu AGB eine faktische Ausklammerung standardisierter Vertragstypen von der Parteiautonomie vorgenommen würde. Damit könnte eine überschüssende Wirkung in anderen Bereichen in Bezug auf die Anwendung solcher im Geschäftsverkehr unverzichtbarer Vertragsmodelle entstehen.

Schliesslich erscheint uns wichtig, dass die Vorlage auch übergangsrechtliche Fragen hinsichtlich bestehender Mandatsverhältnisse im Sinne der Rechtssicherheit klärt.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse



Thomas Pletscher
Mitglied der Geschäftsleitung



Erich Herzog
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches



Secrétariat général

zz@bj.admin.ch

Madame Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
Confédération suisse
3003 Berne

Genève, le 29 décembre 2016
FER No 29-2016

Modification du code des obligations – droit du mandat

Madame la Conseillère fédérale,

La Fédération des Entreprises Romandes (FER) accuse réception de votre courrier du 16 septembre 2016 relatif à la procédure de consultation mentionnée en titre et vous en remercie.

Notre Fédération représente 26'000 entreprises actives en Suisse romande, membres de nos sections cantonales. Nombre de ces entreprises fournissent des biens et / ou des services à d'autres, ainsi qu'à des particuliers et vice-versa. Elles interviennent ainsi tant comme mandataires que comme mandantes.

Quant à la FER, ses agences régionales (FER Genève, FER Arc-JU, FER Neuchâtel, FER Valais, Fédération Patronale et Economique – FPE et Union Patronale du Canton de Fribourg - UPCF) offrent des services et des prestations aux entreprises dans divers domaines tels que conseils, notamment juridiques ou gestion des salaires.

Au nom et pour le compte de nos entreprises membres et concernées, nous vous transmettons la présente prise de position.

I. Droit actuel et remarques générales

L'article 404 du Code des obligations (CO) stipule ce qui suit :

1. *Le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps.*
2. *Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause.*

Ainsi le droit de résilier le mandat peut être exercé en tout temps, n'est soumis à aucune condition. Cela signifie que le contrat peut prendre fin avec effet immédiat et sans nécessité, pour la partie qui le résilie, d'invoquer un motif particulier.

Selon le Tribunal fédéral, le droit de résilier le contrat en tout temps est de nature **impérative**, c'est-à-dire qu'il ne peut donc être ni supprimé ni restreint par des clauses contractuelles. Selon notre haute Cour, il est insensé de vouloir maintenir un contrat si le **rapport de confiance** entre les parties a été rompu.¹

A l'instar de la plupart des contrats nommés en droit suisse, c'est donc le principe de **liberté contractuelle** qui prévaut. Ce principe est tempéré par l'obligation, pour celle des parties qui résilie en temps inopportun, d'indemniser l'autre du dommage causé ainsi. Cette indemnisation ne couvre en revanche pas le gain manqué.

L'actuelle jurisprudence du Tribunal fédéral relative au caractère absolument impératif de l'article 404 CO pose un certain nombre de problèmes pratiques. Notre haute Cour déduit en effet de ce caractère impératif que l'éventuelle indemnisation en cas de résiliation en temps inopportun doit nécessairement intervenir de manière restrictive. Cette approche est cependant critiquée par la majeure partie de la doctrine récente.²

II. Le projet du Conseil fédéral

La proposition du Conseil fédéral donne suite à Barthassat 11.3909 « *Adapter le droit du mandat et l'article 404 CO au XXI^e siècle.* »

Le projet de modification du Code des obligations vise ainsi à **supprimer le caractère impératif** de l'article 404 CO et à ajouter un nouvel article 404a CO qui permettrait aux parties de supprimer ou révoquer leur droit de résilier le mandat en tout temps. Toutefois, cette possibilité serait frappée de nullité si elle figurait dans des conditions générales.

Notre fédération reconnaît que les dispositions relatives au mandat revêtent, dans leur application, un caractère obsolète au vu des réalités économiques et juridiques de notre siècle.

¹ Cf. notamment ATF 115 II 466 et ss.

² Cf. références citées aux notes de bas de page n°24 et ss. du *Rapport explicatif* de septembre 2016

Toutefois, les modifications législatives proposées nous apparaissent inadéquates pour répondre à l'objectif visé tout en portant atteinte au rapport particulier de confiance qui par essence lie les mandants aux mandataires.

Dans cette optique, la FER s'oppose à la suppression du caractère impératif de la possibilité de résilier le mandat en tout temps, c'est-à-dire dès que le rapport de confiance entre les parties à ce contrat est rompu.

En revanche, dans le respect du principe de liberté contractuelle et pour répondre aux impératifs de l'économie de marché moderne, les parties au contrat de mandat devraient pouvoir, en cas de résiliation du mandat, prévoir des sanctions plus librement que ne le permet la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, très restrictive en la matière.

Notre fédération propose, à titre exemplatif, les mesures suivantes :

- 1) Possibilité pour les parties au contrat de mandat de définir elles-mêmes, aux termes du contrat, ce qu'elles considèrent comme une résiliation « en temps inopportun » ;
- 2) Possibilité pour ces mêmes parties de prévoir à l'avance une clause pénale (peine conventionnelle) en cas de résiliation ;
- 3) Possibilité pour les parties au mandat de prévoir l'indemnisation du gain manqué suite à la résiliation du mandat, en prévoyant également et d'avance la méthode de calcul pour celui-ci.

III. Conclusion

Notre Fédération s'oppose à la modification du droit du mandat proposée par le Conseil fédéral dans la mesure où la suppression, par principe, du caractère absolument impératif de la possibilité, pour les parties, de résilier le mandat en tout temps, porterait atteinte à l'indispensable rapport de confiance qui doit exister entre mandant et mandataire.

Cette modification limiterait de manière excessive le principe de liberté contractuelle tel que garanti par la Constitution fédérale d'une part et, d'autre part et plus généralement, le principe fondamental d'économie de marché, valeur sur la base de laquelle tant les entreprises que les particuliers ont construit leurs relations.

Nous vous remercions par avance de l'attention portée aux présentes observations.

Veuillez croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre respectueuse considération.



Blaise Matthey
Secrétaire général



Olivia Guyot Unger
Secrétaire juriste
FER Genève

Frau
Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Vorsteherin EJPD
3003 Bern

zz@bj.admin.ch

Bern, 20. Dezember 2016

Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht): Revision Kündigungsfristen

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga

Die FMH dankt für den Einbezug ins Vernehmlassungsverfahren. Sie nimmt nach Anhörung aller in der Ärztekammer vertretenen Organisationen wie folgt Stellung:

Gestützt auf Art. 404 OR kann heute ein Auftragsverhältnis von beiden Parteien jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Dieses jederzeitige Beendigungsrecht ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts heute zwingendes Recht und muss so bleiben.

Nach Auffassung der FMH würde die Möglichkeit zur Wegbedingung des jederzeitigen Widerrufs- oder Kündigungsrecht unter Beibehaltung eines bloss einseitigen jederzeitigen Kündigungsrechts des Patienten der Arzt-Patientenbeziehung nicht gerecht. Das Bundesgericht begründet den zwingenden Charakter des jederzeitigen Kündigungsrechts mit dem persönlichen Vertrauensverhältnis, das dem Auftrag zugrunde liege. Dem Bundesgericht ist zuzustimmen: Es hat keinen Sinn, „den Vertrag noch aufrechterhalten zu wollen, wenn das Vertrauensverhältnis *zwischen* den Parteien zerstört ist.“ Unter ärztetypischen Auftragsverhältnissen, bei welchen ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, ist die jederzeitige gegenseitige Beendigungsmöglichkeit sachgerecht und notwendig.

Gemäss Adolf Laufs, einem der Nestoren des Arztrechts in Deutschland, gehört zu den wichtigsten Merkmalen des freien Berufs

„... ein Mass grundsätzlich-ethischer Berufsauffassung (Berufsethos), ein Mass entsprechender persönlicher wie sachlicher Berufsunabhängigkeit, ein Mass besonderer Verantwortung für die Allgemeinheit sowie ein spezifisches Vertrauensverhältnis zum Mandanten.“¹

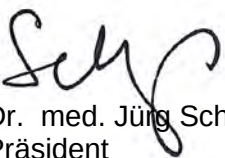
¹ Adolf Laufs in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, München 1999, S. 13.

Vertrauensverhältnis *zum* Mandanten, nicht Vertrauen *des* Mandanten – dies ist kein Verschreiber. Das *gegenseitige* Vertrauen ist in der Medizin Voraussetzung für eine tragfähige Arzt-Patientenbeziehung. Das jederzeitige gegenseitige Kündigungsrecht ist damit für das Arzt-Patientenverhältnis und für die korrekte ärztliche Berufsausübung von zentraler Bedeutung. Das Gesetz soll deshalb auch in Zukunft das jederzeitige gegenseitige Kündigungsrecht im Auftragsrecht sicherstellen. Dies wäre mit der vorgesehenen Möglichkeit der Wegbedingung nicht mehr gegeben.

Die FMH kann sich nur dann mit einer Revision einverstanden erklären, wenn das Gesetz für die Arzt-Patientenbeziehung auch in Zukunft das jederzeitige gegenseitige Kündigungsrecht sicherstellt.

Die FMH dankt für die Berücksichtigung ihrer Anliegen.

Freundliche Grüsse



Dr. med. Jürg Schlup
Präsident



Anne-Geneviève Bütikofer
Generalsekretärin



CH-3003 Berne, Forum PME

Par courriel

zz@bj.admin.ch

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

Spécialiste: mup
Berne, 30.12.2016

Modification du code des obligations (mandat)

Madame, Monsieur,

Notre commission extraparlamentaire s'est penchée, lors de sa séance du 26 octobre 2016, sur l'avant-projet de modification du droit du mandat portant sur l'article 404 du code des obligations (CO). Nous remercions M. David Rüetschi et M. David Oppliger de votre office d'avoir participé à cette séance et d'y avoir présenté les principaux éléments de ce projet. Conformément à son mandat, notre commission l'a examiné du point de vue des petites et moyennes entreprises (PME).

L'article 404, alinéa 1 CO, actuellement en vigueur, prévoit que le contrat de mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps. Selon l'alinéa 2, celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause. Elle n'a en revanche pas à fournir d'indemnisation pour le gain manqué. La motion Barthassat 11.3909, adoptée par les deux chambres du Parlement, charge le Conseil fédéral de préparer un projet de modification afin d'adapter cet article aux réalités économiques et juridiques modernes. Cette révision doit permettre aux parties de conclure de véritables contrats de mandat de durée. Pour tenir compte des différents intérêts en présence, le projet mis en consultation prévoit que les parties pourront à l'avenir exclure le droit de résilier le contrat de mandat en tout temps ou le restreindre en définissant leurs propres conditions de résiliation. Les clauses y-relatives seront cependant considérées comme nulles si elles figurent dans les conditions générales annexées au contrat.

Nos membres sont très partagés concernant ce projet et il ne nous a pas été possible de nous mettre d'accord sur une position commune lors de la séance de notre commission du 26.10.2016. Cela est principalement dû au fait que les membres du Forum PME, qui sont pour la plupart des femmes et hommes entrepreneurs, proviennent de secteurs économiques confrontés à des réalités et à des besoins très différents les uns des autres. Il est pour cette raison difficile de trouver une solution unique adaptée aux différentes activités économiques et à tous les types de situations.

Nous vous recommandons pour cette raison de mettre en œuvre la motion Barthassat d'une autre manière. Nous sommes de l'avis qu'il serait plus approprié de pallier à la faiblesse du

Forum PME

Holzikofenweg 36, 3003 Berne
Tél. +41 58 464 72 32, Fax +41 58 463 12 11
kmu-forum-pme@seco.admin.ch
www.forum-pme.ch

système actuel en s'attaquant directement au problème de l'indemnisation du dommage en cas de résiliation en temps inopportun. Les parties à un contrat de mandat ne peuvent en effet actuellement pas prévoir de peine conventionnelle dont le montant permettrait la compensation du gain manqué.

En lieu et place d'un nouvel article 404a CO, nous demandons qu'un nouvel alinéa 3 soit ajouté à l'art. 404 et précise que les parties peuvent valablement prévoir, en cas de révocation ou de répudiation du contrat en temps inopportun, une peine conventionnelle. Le Tribunal fédéral estime qu'il n'est actuellement possible de convenir d'une telle peine pour résiliation anticipée que si celle-ci ne dépasse pas le cadre fixé par l'al. 2 de l'art. 404 CO. Elle ne peut donc porter que sur l'indemnisation du dommage découlant du caractère inopportun du moment de la résiliation.

Notre commission a reçu, en 2011, le mandat exprès du Conseil fédéral¹ de vérifier, lors de procédures de consultation, que les offices aient procédé, lors de l'élaboration de projets législatifs, à une mesure des coûts de la réglementation ainsi qu'à une analyse de leur compatibilité PME. Les informations figurant actuellement dans le rapport explicatif sont insuffisantes et ne permettent pas à chacun de mesurer les impacts de la modification proposée sur les différents acteurs concernés (en fonction de la nature des rapports juridiques, des secteurs d'activité concernés, etc.). Des analyses complémentaires concernant la compatibilité PME et l'impact des mesures envisagées devront donc être réalisées dans le cadre de l'analyse d'impact de la réglementation (AIR). Ces informations, qui sont nécessaires à une bonne compréhension des impacts du projet de modification, devront figurer de manière résumée dans le message.

Nous sommes par ailleurs de l'avis que des informations plus détaillées concernant l'interaction des dispositions régissant le contrat de mandat avec l'art. 27 du code civil (relatif à la protection de la personnalité contre les engagements excessifs) devront encore être fournies, en particulier dans l'hypothèse d'une réorientation du projet et de la conduite d'une éventuelle nouvelle procédure de consultation.

Espérant vivement que nos recommandations seront prises en compte, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos meilleures salutations et nous tenons volontiers à votre disposition pour toute question éventuelle.



Jean-François Rime
Co-Président du Forum PME
Conseiller national

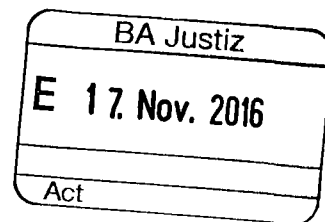
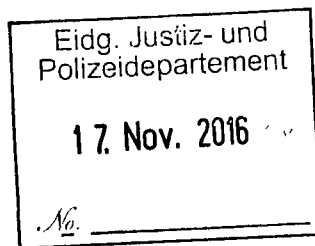


Dr. Eric Jakob
Co-Président du Forum PME
Ambassadeur, Chef de la promotion économique
du Secrétariat d'Etat à l'économie

Copie à :

Commissions des affaires juridiques du Parlement

¹ Mesure 2 du rapport du Conseil fédéral du 24.08.2011 "[Allégement administratif des entreprises: bilan 2007-2011 et perspectives 2012-2015](#)".



Aux associations professionnelles
Aux Sociétés Industrielles et Commerciales
Aux Equipes Patronales Vaudoises
A diverses entreprises
A quelques personnalités de l'économie et
de la politique

Paudex, le 14 novembre 2016
SHR/nm

Consultation fédérale – Modification du code des obligations (mandat)

Mesdames, Messieurs,

Le Conseil fédéral a ouvert une procédure de consultation sur l'avant-projet de modification du droit du mandat. Nous souhaitons recueillir vos remarques et vos prises de position afin de préparer une réponse circonstanciée.

I. Révision du droit du mandat

Le 29 septembre 2011, l'ancien Conseiller national, Luc Barthassat a déposé la motion 11.3909 « adapter le droit du mandat et l'article 404 CO au XXI^{ème} siècle ». La motion charge le Conseil fédéral de présenter au Parlement un projet de révision de l'article 404 du code des obligations (CO) afin d'adapter celui-ci aux réalités économiques et juridiques modernes. Cette révision devrait permettre aux parties de conclure de véritables contrats de durée.

Pour rappel, l'actuel article 404 al. 1 CO prévoit que le mandat peut être résilié en tout temps par le mandant (on parle alors de révocation) et par le mandataire (on parle alors de répudiation). Ce droit n'est soumis à aucune condition, ce qui signifie qu'il peut en principe être exercé à tout moment et sans raison particulière. Par la résiliation, le contrat prend fin avec effet immédiat. Cette fin a comme effet que l'obligation de poursuivre l'exécution du contrat s'éteint. Les obligations issues du contrat avant la fin de celui-ci restent intactes, pour le mandant, le paiement des honoraires pour l'activité déjà exercée et, pour le mandataire, notamment la reddition des comptes sur sa gestion et la restitution de ce qu'il a reçu (article 400 CO). Selon l'al. 2 de l'article 404 CO, la partie qui résilie le contrat en temps inopportun doit indemniser l'autre à hauteur du dommage qu'elle subit de ce fait. Elle n'a en revanche pas à fournir d'indemnisation pour le gain manqué.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit de résilier le contrat en tout temps est de nature impérative et ne peut donc être ni supprimé, ni restreint par des clauses contractuelles. De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral invoque le rapport de confiance personnel constituant la base de tout mandat. Dans un arrêt de principe (ATF 115 II 466 et ss), motivant une fois de plus sa position en détail, le Tribunal fédéral explique qu'il serait insensé de vouloir maintenir un contrat si le rapport de confiance entre les parties a été rompu, et que le droit de résilier le contrat en tout temps s'applique de manière impérative non seulement au mandat à proprement parler, mais également

aux contrats mixtes pour lesquels, en raison de la durée de l'obligation, il apparaît opportun d'appliquer les règles du mandat. Le Tribunal fédéral n'a en revanche pas retenu la part de la doctrine favorable à une limitation de la nature impérative de la disposition au mandat typique, à savoir ceux conclus à titre gratuit ou revêtant un caractère strictement personnel.

Tous les contrats de mandats sont donc traités de la même manière. Or, les rapports juridiques soumis à l'article 404 CO peuvent être de nature très diverse: onéreux comme gratuits, à caractère strictement personnel ou purement commercial. Du point de vue économique, la disposition s'applique à toutes sortes de contrats : des prestations uniques fournies par des particuliers, des petites entreprises ou des indépendants aux relations contractuelles pluriannuelles entre multinationales. Il apparaît aujourd'hui impossible de dresser une liste exhaustive de toutes les formes de contrats régies en partie par le droit du mandat. Ces dernières s'appliquent notamment aux contrats sur les comptes de virement, à la gestion immobilière, aux conseils en placement, à la gestion de fortune, aux traitements médicaux (mandat du médecin), à la représentation en justice (mandat de l'avocat), aux transports de voyageurs, aux contrats d'architectes, aux contrats de management et de conseils ou encore aux contrats d'expertise.

Le mandat peut aussi s'appliquer à des contrats apparus plus récemment, comme les contrats de collaboration entre entreprises dans le domaine, par exemple, de la recherche et du développement, les contrats d'externalisation, les contrats de services informatiques et toutes sortes de contrats qui sont souvent appelés simplement contrats de services et peuvent avoir des objets très divers. On le voit, l'article 404 CO trouve une application beaucoup plus large qu'à l'époque où il est entré en vigueur.

Une partie importante de la doctrine considère que, objectivement, le droit de résiliation en tout temps ne se justifie pas pour certains contrats soumis au droit du mandat et que, plus souvent, il nuit même aux intérêts des parties. Il limite sans raison la liberté contractuelle et ne tient pas suffisamment compte du principe « *pacta sunt servanda* ». La nature impérative de l'article 404 CO affaiblit considérablement le caractère contraignant de nombreux contrats de service purement commerciaux, ce qui rend l'ordre juridique suisse moins attrayant auprès de partenaires potentiels et nuit de ce fait à la place économique suisse. La doctrine critique également le fait que, en raison de la jurisprudence, l'indemnisation du dommage ne peut porter que sur l'intérêt négatif et qu'il n'est pas possible de pallier cette limitation au moyen d'une peine conventionnelle. Une partie de la doctrine estime que l'article 404 CO ne devrait s'appliquer obligatoirement qu'aux services gratuits ou typiques du mandat, et qu'il devrait avoir une valeur dispositive dans d'autres cas et être traité d'une manière différente en fonction du type de contrat.

L'auteur de la motion justifiait son intervention en avançant que l'article 404 du CO était dépassé. Le caractère impératif de la disposition était considéré comme inadapté, en particulier dans le cadre des contrats de services complexes à caractère principalement commercial, notamment en matière d'informatique ou de recherche et développement. Dans ces domaines, les parties consentent en effet souvent à de gros investissements et auraient tout intérêt à pouvoir conclure des contrats de durée contraignante et moins facilement résiliables.

Pour tenir compte des différents intérêts en présence, le Conseil fédéral propose de conserver l'article 404 CO actuel mais d'en faire une règle dispositive. A cet effet, l'article 404 CO sera suivi d'un nouvel article 404a CO prévoyant expressément que les parties peuvent supprimer ou limiter le droit de révoquer ou répudier le contrat en tout temps (alinéa 1). Cette nouvelle possibilité offerte aux parties sera toutefois limitée. En effet, toute convention en la matière sera nulle si elle figure dans des conditions générales (alinéa 2). Il est en outre renoncé à une règle différenciée entre les mandats à titre gratuits et les mandats à titre onéreux.

II. Premiers éléments d'appréciation

L'application impérative de l'article 404 CO pose des problèmes dans la pratique, notamment pour les contrats de services complexes, négociés individuellement et empreints d'un fort caractère commercial, par exemple en matière de management, d'externalisation, d'informatique, de recherche et de développement et, dans certains cas, de gestion immobilière. Ces contrats sont à considérer comme des mandats ou comme des contrats innommés présentant certaines caractéristiques du mandat. Sur bien des aspects, ils ne correspondent toutefois pas à des mandats typiques. En raison de l'importance économique de ces contrats pour les parties, ainsi que des dispositions souvent conséquentes que celles-ci prennent en vue de leur exécution, les deux parties auraient généralement un grand intérêt à pouvoir conclure des contrats non résiliables à durée contraignante. Or, cette possibilité n'est pas offerte par le droit actuel, ce qui nuit à l'efficacité de l'exécution de services spécialisés et complique souvent inutilement la coopération entre les entreprises.

L'avant-projet prévoit la nullité de la suppression ou de la limitation du droit de résilier en tout temps s'il est prévu dans les conditions générales. Il nous semble qu'une limitation du droit de résiliation en tout temps ne devrait effectivement pas pouvoir figurer dans des conditions générales, mais dans le contrat proprement dit (ce point serait alors clairement négocié lors de la conclusion du contrat), ceci pour éviter des situations où la partie la plus faible se retrouverait liée par un mandat pour lequel l'application de l'article 404 CO, quoique justifié, serait empêchée. On protégerait ainsi non seulement les consommateurs face à certains aux grands prestataires de services, mais des entreprises face à certains de leurs partenaires commerciaux.

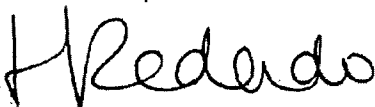
La situation est toutefois différente pour les mandats typiques, comme les contrats conclus avec des avocats, des médecins ou des dentistes et l'article 404 CO semble ici ne pas poser de problème dans la pratique. Le droit de résiliation en tout temps profite aux mandants, comme dans certains cas, aux mandataires. Dans ces cas-là, le dommage subi par le mandataire du fait de la résiliation du mandat est relatif. En revanche, dans ce type de contrat de mandat, un rapport de confiance particulier est nécessaire entre les parties. En effet, si le mandat porte sur les aspects strictement personnels du mandant ou donne accès à des secrets commerciaux, il est indispensable que le mandant ait une totale confiance dans son mandataire. La possibilité de résilier le contrat en tout temps est justifiée et correspond à l'intérêt des parties et au fait que nous sommes en présence d'un rapport de confiance particulier. Elle doit donc demeurer et le nouvel article 404a CO reformulé en ce sens.

Au vu de ce qui précède, nous considérons que la possibilité de résilier le mandat en tout temps pour les mandats typiques tels que médecins ou avocats est la réglementation la plus appropriée. Le droit actuel pose toutefois problème pour les contrats de durée. Nous sommes donc favorables à la révision du droit du mandat et à donner un caractère dispositif au droit de résiliation en tout temps ainsi qu'à l'obligation d'indemnisation. Il s'agira toutefois de trouver la bonne formulation, celle proposée au nouvel article 404a CO ne nous paraissant pas entièrement aboutie.

Nous serions reconnaissants à celles et ceux d'entre vous qui nous feront part de leur avis **d'ici au 25 novembre 2016** par courrier, fax ou courrier électronique à l'adresse suivante : shanhardt@centrepatronal.ch. La documentation relative à cette consultation est disponible sur le site internet des autorités fédérales.

Nous vous prions de croire, Mesdames, Messieurs, à l'expression de notre considération distinguée.

Fédération patronale vaudoise



Sandrine Hanhardt Redondo

Une prise de position sur l'avant-projet de révision de l'art. 404 CO

Franz Werro

Professeur à l'Université de Fribourg

Le présent texte offre une prise de position personnelle sur l'avant-projet de révision de l'art. 404 CO¹. Il entend en souligner les mérites (A.) et les faiblesses (B.)

A. Les mérites

L'avant-projet (AP) emporte pour l'essentiel la conviction. Suivant la motion Barthassat², l'art. 404a AP reconnaît le droit de conclure des mandats de durée (1.) et prévoit une règle spéciale pour le cas où la durée est prévue dans des conditions générales (2.).

1. Le droit de conclure des mandats de durée et la fin d'une règle sans fondement

Dans le prolongement de l'art. 404 CO maintenu, l'art. 404a AP consacre séparément le droit de conclure des mandats de durée. Il met ainsi un terme à la règle selon laquelle le droit de résilier en tout temps un mandat aurait un caractère impératif, sans égard à l'objet du contrat en cause³.

Pour tous ceux qui douteraient encore du bien-fondé du changement proposé par la motion, on rappellera que la règle qui interdit *par principe* à des parties de stipuler un contrat de service indépendant de durée est née d'une confusion dans la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴, en partie nourrie par celle qu'avait entraînée notamment la séparation du mandat de la représentation durant la seconde moitié du 19^{ème} siècle. En effet, historiquement, la fin du « mandat » visait celle de la procuration, et non celle d'un contrat finalement destiné à servir de droit supplétif à tout contrat portant sur un service rendu par une personne indépendante (cf. art. 394 al. 2 CO)⁵.

¹ Avant-projet approuvé par le Conseil fédéral le 16 septembre 2016.

² Motion 11.3909 « Adapter le droit du mandat et l'article 404 CO au XXI^e siècle ».

³ Modification du code des obligations (mandat), Rapport explicatif, Septembre 2016, 13 ss.

⁴ Cf. ATF 59 II 261, dans lequel le TF retient pour la première fois le caractère impératif du droit de mettre fin au mandat en tout temps en se fondant, à tort, sur l'avis du commentateur Becker, lequel ne fait pas cette affirmation. A ce sujet, cf. Peter GAUCH, Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters: Urteilsanmerkung Zivilrecht, BGE 115 II 464 ff., recht 1992, 22.

⁵ Sur l'histoire du mandat, cf. Franz WERRO, in : Luc Thévenoz Luc/Franz Werro (édit.), *Code des obligations I (art. 1-529 CO)*, Commentaire romand, CO-I, 2^e éd., Bâle 2012, Intro ad art. 394-406h, n. 5 ss ; Walter FELLMANN, Commentaire bernois, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 394-406 OR, Der einfache Auftrag, Berne 1992, Vorbemerkungen zu den Artikeln 394-404, n. 84 ss, en général, n. 98 ss, sur la relation du mandat avec la représentation.

A l'évidence, la pratique et le principe de la fidélité contractuelle exigent qu'un contrat de service impliquant un prestataire indépendant puisse en principe se conclure dans la durée, sans la menace d'un droit de résilier en tout temps. On l'admettait en application des art. 319 ss CO, avant qu'avec la réforme de 1971, ces règles ne s'appliquent plus qu'au travail impliquant un lien de subordination. On le prévoit aussi dans le contrat d'agence (art. 418a CO), expressément depuis 1950.

Si le droit impératif de résilier en tout temps opportun qu'impose le Tribunal fédéral trouve une justification en relation avec les mandats éminemment personnels ou gratuits, en raison des droits de la personnalité que ces mandats impliquent (ci-dessous B.2.), il n'en trouve aucune en relation avec les autres mandats.

A cela s'ajoute que la règle ainsi consacrée ne connaît de pendant dans aucun droit étranger et nuit à la place économique suisse. Cette règle tend en effet à dissuader les parties à un contrat de service international de soumettre leur contrat au droit suisse, ce qui est particulièrement regrettable si on veut que la Suisse et son droit occupent une place respectable dans l'arbitrage international⁶.

2. Une règle de protection spéciale pour la partie faible

Tout en permettant en principe la conclusion de mandats de durée, le projet prévoit à juste titre une règle de protection lorsque la durée est stipulée dans des conditions générales (art. 404a al. 2 AP)⁷. Il appartiendra à la jurisprudence de préciser dans quelle situation il convient d'appliquer cette règle.

Cette solution rejoint la proposition fribourgeoise (romande), laquelle prévoit à l'alinéa 3 de son art. 404a CO que « (l)e droit à l'indemnisation complète ne peut être valablement stipulé dans des conditions générales »⁸. Cette règle entend protéger la partie faible (p. ex. le consommateur) auquel on aurait imposé une durée du contrat sans qu'elle fasse l'objet d'une négociation. Cette protection est indispensable dans de nombreux contrats de services afin d'éviter que les clients se retrouvent liés dans un contrat de durée sans l'avoir voulu.

B. Les faiblesses

Même si ses qualités l'emportent, l'avant-projet présente néanmoins deux faiblesses. Il ignore la spécificité du *pouvoir de résilier* et des limites qu'il conviendrait d'apporter à celui-ci dans certains

⁶ Rapport explicatif (note 3), 11 s ; cf. ég. Manuel LIATOWITSCH/Andrea MONDINI, *Jederzeitige Kündbarkeit von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsort Schweiz*, PJA 2009, 294 ss ; Franz WERRO/Alborz TOLOU, *Le contrat de mandat : quoi de neuf ?*, in *La pratique contractuelle* 4, Pascal Pichonnaz/Franz Werro (éds), Genève Zurich Bâle 2015, 1 ss, 28.

⁷ Rapport explicatif (note 3), 16.

⁸ Franz WERRO/Maxence CARRON/Jacques DOUZALS, *Les enjeux et la concrétisation de la réforme de l'art. 404 CO*, PJA 2013 213 ss, 219.

mandats (1.) et il ne mentionne pas expressément le droit impératif à la résiliation qu'il convient de reconnaître dans les mandats impliquant des services éminemment personnels ou gratuits (2.).

1. L'ignorance du pouvoir de résilier et de ses limites

Selon le rapport explicatif, l'art. 404 CO, dont la teneur reste inchangée, doit faire l'objet d'une nouvelle interprétation. Il doit désormais se comprendre comme la reconnaissance d'un droit de révoquer ou de résilier de nature dispositive (art. 404 al. 1 CO) que sanctionne un mécanisme de réparation, de nature dispositive également (art. 404 al.2 CO)⁹.

Dans la conception ici défendue, cette manière de voir ne convainc pas car elle ignore le sens spécifique qu'il convient de donner à l'actuel art. 404 al. 1 CO. En effet, celui-ci ne vise pas le *droit* de révoquer ou de résilier le mandat, mais bien *le pouvoir* unilatéral pour chaque partie de mettre en tout temps une fin effective au mandat et de le soustraire ainsi à l'exécution forcée en nature. La question distincte du droit de résilier relève, quant à elle, de l'art. 404 al. 2 CO. Selon cette disposition, et sous réserve de termes spécialement stipulés par les parties, la résiliation intervient sans droit lorsqu'elle a lieu en temps inopportun, l'obligation d'indemniser se limitant à l'intérêt négatif¹⁰. En l'absence d'une convention spéciale sur la durée, cette limite trouve sa justification dans l'objet du mandat, lequel porte sur une obligation de diligence que rien ne permet de déterminer à l'avance¹¹.

Cela étant, il serait préférable de suivre l'interprétation ici suggérée. L'enjeu n'est pas que conceptuel. Il est en réalité aussi de savoir clairement quand on veut soustraire le mandat de l'exécution en nature. Cette question peut revêtir une grande importance en pratique, surtout à partir du moment où on admet que les parties ont le droit d'aménager la durée de leur contrat. On devrait de ce fait se demander si le pouvoir de résilier se justifie inconditionnellement pour les deux parties, sans égard à l'objet du contrat¹². La proposition fribourgeoise (romande) suggérerait cette solution. A la réflexion, il paraît préférable de nuancer ouvertement la règle et de n'accorder ce pouvoir que lorsque la liberté personnelle l'impose¹³. Ce devrait être en principe le cas pour le mandant. En revanche, on ne devrait reconnaître le pouvoir de résilier au mandataire que dans les mandats mettant en cause la personne de ce dernier.

⁹ Rapport explicatif (note 3), 16 s.

¹⁰ Sur ces questions, cf. Franz WERRO, La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier : la clé de l'interprétation de l'art. 404 CO, *in* DC 1991, 55 ss.

¹¹ Dans le mandat, le résultat attendu n'est pas l'objet du contrat, alors qu'il l'est dans le contrat d'entreprise. Cette différence explique que, contrairement au mandataire, l'entrepreneur ait en principe droit à des dommages-intérêts positifs en cas de résiliation avant la livraison (art. 377 CO).

¹² Cf. Pierre TERCIER/Pascal FAVRE, Les contrats spéciaux, 4^{ème} éd, Genève/Zurich/Bâle, 2009, n. 5289 s., pour qui *le pouvoir de résilier* ne devrait pas être reconnu à tout mandataire.

¹³ Les discussions que j'ai eues récemment avec mon ancien assistant, M. Maxence Carron, qui écrit sa thèse de doctorat sur le mandat de durée, m'ont convaincues de l'opportunité d'admettre le caractère dispositif du pouvoir de résilier, à titre exceptionnel même pour le mandant.

On pourrait ainsi envisager la règle (dispositive) suivante : « Le mandant peut résilier le contrat en tout temps. Le mandataire dispose de ce même pouvoir lorsque le contrat porte sur un service personnel ou gratuit. » Avec cette formule, et à la différence de la conception suivie dans l'AP, le mandataire engagé dans un contrat n'impliquant pas un service de nature personnelle devrait spécialement stipuler le pouvoir de résilier. A défaut d'une telle stipulation, le contrat serait maintenu en cas de résiliation et le mandant aurait la possibilité d'exiger l'exécution en nature, fût-ce indirecte.

Dans la logique de ce qui précède, il conviendrait de retenir que, dans les cas où le pouvoir de résilier n'existe pas, la résiliation sera ineffective et le contrat maintenu devra être exécuté en nature, au besoin par substitution (art. 98 CO, 343 CPC). En revanche, là où ce pouvoir existe, la résiliation mettra une fin effective et immédiate au contrat. Elle exposera cependant son auteur à l'obligation de payer des dommages-intérêts dans tous les cas où il n'en avait pas le droit, que ce soit parce la résiliation est intervenue en temps inopportun (dommages-intérêts négatifs), soit parce qu'elle a eu lieu en violation des termes prévus (durée, peine conventionnelle, etc.) du contrat conclu (dommages-intérêts positifs).

2. Le droit de résilier les mandats impliquant des services éminemment personnels ou gratuits

Peut-être plus problématique encore que le point qui précède est l'absence de référence expresse *au droit de résilier en tout temps* qu'il convient de reconnaître aux deux parties dans un mandat impliquant des services éminemment personnels, comme c'est le cas pour ceux de certaines professions libérales, ou pour les services gratuits.

En effet, sous réserve d'une résiliation en temps inopportun, une avocate ou un médecin comme leur client doivent avoir, non seulement le pouvoir, mais aussi le droit impératif de mettre fin en temps opportun à leur mandat inconditionnellement, et donc sans devoir prouver de justes motifs. Dans un tel contrat, les parties n'ont pas le droit de déroger à cette règle, que ce soit en stipulant la durée de leur contrat ou en prévoyant une peine conventionnelle en cas de résiliation.

Le simple renvoi (implicite), comme le propose le Conseil fédéral aux art. 19 al. 2 CO et 27 CC, dans les cas où le droit de résilier en tout temps devrait être reconnu¹⁴, n'est pas une solution satisfaisante. Il n'est en effet pas certain que, dans un contrat qui porte sur des services éminemment personnels, l'engagement relatif à la durée du contrat soit nécessairement excessif au sens de l'art. 27 CC. Par ailleurs, un renvoi à l'art. 19 al. 2 CO, qui sanctionne l'acte contraire aux mœurs ou contraire aux

¹⁴ Rapport explicatif (note 3), 14.

droits de la personnalité, est un détour qui nuit à la visibilité de la règle. De plus, si, comme le dit le Conseil fédéral, la délimitation entre les contrats éminemment personnels et les autres peut poser des difficultés¹⁵, ne pas la reconnaître dans la loi ne les résout pas.

Pour les raisons esquissées, comme pour des raisons psychologiques liées à la force des habitudes, il faut donc considérer que la solution de l'avant-projet qui abandonne la référence expresse aux mandats éminemment personnels et gratuits n'est pas opportune. La proposition fribourgeoise (romande) est à cet égard préférable¹⁶. Pour mémoire, celle-ci a la teneur suivante :

¹ « (l)a partie qui, sans juste motif, résilie en temps inopportun un mandat éminemment personnel ou gratuit doit indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause.

² *Dans les autres mandats*, la partie qui, sans juste motif, résilie le contrat en temps inopportun ou en violation de la durée attendue ou stipulée doit indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause. Les parties peuvent convenir d'une indemnisation complète. » (italique ajouté).

Ainsi formulée, la proposition maintient, en partie dans la ligne des idées reçues, le droit impératif de résilier les mandats éminemment personnels ou gratuits en tout temps opportun et elle limite dans ces contrats la responsabilité de celui qui résilie à l'indemnisation de l'intérêt négatif. Toute stipulation contraire est nulle.

Ce n'est que pour *les autres mandats* que cette même proposition prévoit le droit de négocier la durée d'un mandat et, en cas de fin anticipée, une indemnisation complète, comprenant pour le mandataire la compensation du gain manqué ou le paiement d'une peine conventionnelle. Dans ces autres mandats, sont notamment compris les mandats commerciaux, dans lesquels le besoin de stipuler une durée ou des sanctions à la résiliation est légitime et souhaité en pratique.

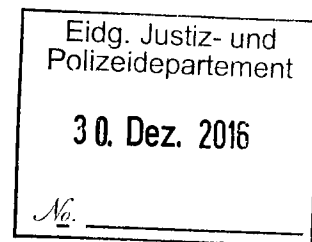
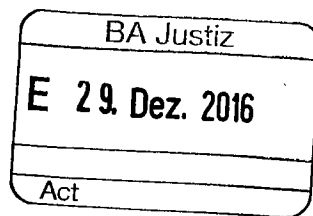
¹⁵ Rapport explicatif (note 3), 16.

¹⁶ WERRO/CARRON/DOUZALS (note 8), 219.

Conclusion

L'avant-projet de révision de l'art. 404 CO emporte pour l'essentiel la conviction. L'art. 404a AP donne en principe le droit aux parties de conclure un mandat de durée et met ainsi un terme à la règle jurisprudentielle incompréhensible selon laquelle le droit de résilier le mandat en tout temps serait toujours de nature impérative. A juste titre, ce même article prévoit par ailleurs une règle spéciale pour des stipulations de durée non négociées.

L'avant-projet comporte toutefois deux faiblesses. Il reprend l'actuel art. 404 al. 1 CO sans reconnaître que cette règle ne vise pas *le droit* de résilier, mais *le pouvoir* de soustraire en tout temps le contrat à l'exécution forcée en nature, et sans considérer que ce pouvoir ne se justifie pas pour les deux parties dans tout mandat. Par ailleurs, il ne mentionne pas expressément les mandats éminemment personnels et gratuits pour lesquels il convient de maintenir en faveur des deux parties *le droit impératif de résilier* en tout temps opportun. Un renvoi implicite aux règles générales (art.27 CC/19 al. 2 CO) n'est ni suffisant ni satisfaisant.



Département fédéral de justice et police
Office fédéral de la Justice
Mme Simonetta Sommaruga
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Lausanne, le 29 décembre 2016

Prise de position sur la modification du code des obligations (mandat)

Madame la Conseillère fédérale,

La Fédération romande des consommateurs (ci-après, la FRC) vous remercie de l'avoir associée à la consultation susmentionnée et vous prie de trouver ses commentaires ci-dessous.

Si nous saluons le but de mieux protéger les consommateurs, l'avant-projet de révision du Code des obligations concernant le mandat n'est pas satisfaisant en ce qui les concerne. Il ne les protège pas suffisamment, contrairement à ce qui est affirmé dans le rapport explicatif.

Si nous pouvons admettre que, dans certains rapports juridiques, le droit des mandats touche à ses limites, il nous paraît nécessaire de rappeler que toute modification de l'équilibre actuel peut avoir des conséquences importantes et non souhaitables sur d'autres types de rapports juridiques. Raison pour laquelle, nous saluons la volonté de cadrer ces modifications en s'intéressant, notamment, aux contrats conclus avec des consommateurs.

En effet, nous rencontrons actuellement divers contrats de mandats problématiques, pour lesquels des consommateurs se font piéger ou manipuler, suite à un démarchage ou non, par des prestataires de service parfois douteux. En font partie, notamment, certains services de désendettement à but lucratif, des services de courtage, de télésurveillance, de formation, etc.

Même avec l'article 404 CO dans sa teneur actuelle, le consommateur qui pour des raisons objectives ne peut pas continuer la relation contractuelle, rencontre beaucoup de difficultés à résilier les contrats de service de durée en raison des limitations contractuelles apportées par le mandataire. Cela peut prendre la forme d'un délai de congé à respecter, de peines conventionnelles déguisées, voire à des indemnisations de l'intérêt positif ou un refus d'accepter les justes motifs évoqués. Bien souvent le consommateur ne connaît pas suffisamment ses droits et pour des motifs financiers renonce à recourir à un avocat ou à la justice pour se défendre.

Aussi rendre l'article 404 de droit dispositif pourrait accentuer cette situation, sachant que les mandataires ne vont pas hésiter à recourir systématiquement aux dérogations prévues par le

nouveau droit (cf. ci-dessous) et que le consommateur, vu sa qualité de partie faible, n'aura pas d'autres choix que d'accepter cette situation s'il veut bénéficier du service proposé.

Ajoutons que les consommateurs (qui n'ont pas nécessairement de formation juridique) vont difficilement comprendre ce que signifie la disposition qui prévoit que « les parties peuvent convenir de supprimer ou de limiter le droit de révoquer ou de répudier le contrat en tout temps ». Ils ne vont en particulier pas se rendre compte que cette norme ne concerne en réalité ni la résiliation des mandats relatifs à leur sphère intime, ni la résiliation pour justes motifs.

L'art. 404a al.1 AP est en contradiction avec le fait que la plupart des contrats de durée font l'objet de règles impératives permettant une résiliation pour justes motifs. Tel est en particulier le cas de l'art. 418r CO, relatif à un mandat spécial. Il doit en aller de même pour le mandat général (art. 394 CO), qui est un des contrats nommés les plus importants dans la pratique.

Comme soulevé plus haut, l'art. 404a al. 2 AP ne permettra pas d'empêcher tous les abus en matière de clauses limitant le droit de résilier le mandat. Selon la conception dominante en Suisse, les conditions générales sont des clauses formulées à l'avance dans le but d'être insérées dans un grand nombre de contrats. Par conséquent, il suffira à un professionnel de prévoir une dérogation à l'art. 404 CO dans un document spécialement rédigé pour l'occasion pour échapper à l'art. 404a al. 2 AP. Or, dans la mesure où ce professionnel se trouve dans une position de puissance par rapport au consommateur, on ne pourra pas présumer que ce dernier aura vraiment eu la possibilité de négocier cette clause spéciale. En effet, il sera certainement très facile de contourner cet alinéa en proposant un feuillet complémentaire au contrat pour lui donner l'apparence d'une solution effectivement négociée.

Le même problème se poserait avec l'art. 8 LCD, qui repose aussi sur cette conception étroite des conditions générales.

Au demeurant, il n'y a aucune nécessité de renoncer au caractère impératif de l'art. 404 CO pour les mandats de consommation, puisque, comme le souligne à juste titre le rapport explicatif, cette disposition est tout à fait adaptée à ces contrats.

Nous estimons que les réserves visant à protéger les consommateurs doivent être précisées et figurer dans un 3^{ème} alinéa. Cela permettrait de souligner la volonté du législateur, telle qu'exprimée par l'art. 97 al. 1 de la Constitution fédérale.

Proposition

Nous nous permettons ainsi de proposer un 3^{ème} alinéa qui pourrait avoir la teneur suivante :

« ³ Une telle convention est nulle si le contrat est conclu avec un consommateur. »

Nous vous remercions de l'attention et de la suite que vous porterez à notre prise de position et vous prions de recevoir, Madame la Conseillère fédérale, nos salutations respectueuses.

Fédération romande des consommateurs



Florence Bettschart
Responsable Politique & Droit



Valérie Muster
Responsable FRC Conseil



FÉDÉRATION ROMANDE
IMMOBILIÈRE
ASSOCIATION ROMANDE
DES PROPRIÉTAIRES



rue du Midi 15
case postale 5607
1002 Lausanne

téléphone 021 341 41 42
téléfax 021 341 41 46

site internet <http://www.fri.ch>
E-mail mail@fri.ch

Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Sommaruga
Cheffe du DFJP
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Lausanne, le 16 novembre 2016 OF/cd

Modification du code des obligations (mandat). Procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Vous avez consulté la Fédération romande immobilière (FRI) concernant l'objet cité en titre, ce dont nous vous remercions. Nous vous prions de trouver ci-dessous notre appréciation.

L'article 404, alinéa 1, CO prévoit que le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps. L'article 404, alinéa 2, CO prévoit que celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit indemniser l'autre partie du dommage qu'elle lui cause

L'application impérative de l'article 404 CO semble poser problème dans la pratique, notamment dans les contrats de service complexes, négociés individuellement et empreints d'un fort caractère commercial.

L'avant-projet mis en consultation par le Conseil fédéral propose donc l'introduction d'un article 404a dans le CO, qui aurait la teneur suivante :

¹Les parties peuvent convenir de supprimer ou de limiter le droit de révoquer ou de répudier le contrat en tout temps.

²Une telle convention est nulle si elle est prévue dans des conditions générales.

En clair, le Conseil fédéral propose de conserver l'article 404 CO dans sa version actuelle, tout en donnant, au travers du nouvel article 404a, un caractère dispositif au droit de résiliation en tout temps ainsi qu'à l'obligation d'indemnisation.

Ainsi, les parties pourraient d'une part supprimer totalement le droit de résiliation en tout temps ou le remplacer par d'autres règles de résiliation (par exemple en fixant un délai de résiliation ou des motifs de résiliation précis). D'autre part, elles pourraient déroger à l'article 404, alinéa 2, CO pour définir elles-mêmes les effets de la résiliation (par exemple indemnisation de l'intérêt positif ou peine conventionnelle).

Cela étant, du point de vue du Conseil fédéral, la suppression du droit de résiliation en tout temps pourrait être inopportune dans certains cas. Pour le Conseil fédéral, il faut veiller à ce que les conventions reflètent réellement la volonté des deux parties. C'est pourquoi il propose qu'une limitation du droit de résiliation en tout temps ne puisse pas figurer dans les conditions générales.

Appréciation de la FRI

Il convient de rappeler que la FRI est l'organisation faîtière romande de défense de la propriété et des propriétaires, l'intérêt commercial des mandataires étant défendu par d'autres associations.

Le contrat de mandat repose sur le lien de confiance particulier entre un mandant et un mandataire. Lorsque ce lien de confiance est brisé, il faut que les parties puissent rapidement résilier le contrat de mandat.

Les propriétaires représentent, en général, la partie « faible » au contrat. Ils peuvent se retrouver démunis ou du moins en difficulté argumentative face à des mandataires, comme les courtiers, les gérants, les architectes, etc., lorsqu'il s'agit de négocier les modalités d'un contrat de mandat, notamment celles concernant la résiliation.

Nous considérons qu'il est dans l'intérêt des propriétaires de pouvoir résilier à tout moment les contrats de mandat qui les lient à des mandataires. Lorsque les propriétaires n'ont plus confiance en un mandataire, il n'y a pas de raison, au vu de la nature de contrat de mandat, de maintenir la relation contractuelle.

A titre principal, la FRI s'oppose dès lors à la réforme proposée par le Conseil fédéral.

A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le Conseil fédéral souhaite vraiment remettre en question le principe de la résiliation en tout temps, il nous paraît indispensable de faire figurer la clause dérogeant à ce principe dans le contrat en tant que tel, et non pas dans les conditions générales.

Tout en vous remerciant de l'attention portée aux lignes qui précèdent, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre haute considération.

Le Secrétaire général :

Olivier Feller

Envoi également par courriel :

- zz@bj.admin.ch (en version word et en version pdf)

Maxence Carron
21 rue Jean-Violette
1205 Genève
maxence.carron@unifr.ch

Département fédéral de justice et police (DFJP)
A l'attention de Mme Simonetta Sommaruga, Conseillère fédérale,
3003 Berne

Envoyé par e-mail : zz@bj.admin.ch

Genève, le 30 décembre 2016

Modification du code des obligations (mandat) : procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

Vous avez, par l'intermédiaire de votre Département, invité les milieux intéressés à prendre position sur l'avant-projet de révision de l'art. 404 CO, soumis à consultation le 16 septembre 2016. Par la présente, je souhaitais vous remercier de m'avoir donné l'occasion de m'exprimer et vous soumettre ma prise de position. Celle-ci résume une publication qui paraîtra en 2017 (*Annexe I*), ainsi qu'une thèse de doctorat, consacrée au mandat de durée, dont la soutenance est prévue pour la même année.

Observations générales

La révision aura atteint son but si elle arrive à rendre le droit suisse des contrats de services à nouveau compétitif. Elle devra pour cela *assurer la force obligatoire des contrats de services indépendants de durée, sans pour autant sacrifier une juste protection de la personnalité des parties et de la partie faible* comme le consommateur.

Une comparaison avec les principaux droits concurrents du droit suisse, notamment le droit allemand et le droit anglais, montre que l'avant-projet va dans la bonne direction, en rétablissant le principe de la liberté contractuelle en matière de résiliation du mandat, tout en protégeant les consommateurs. Il subsiste cependant *des incertitudes quant à la protection précise de la personnalité des parties*, qui risquent de provoquer de fortes réticences politiques de certains milieux (médecins notamment). Enfin, et c'est le point le plus important, *le fait de conserver l'art. 404 CO comme règle par défaut ne correspond ni à la pratique internationale des contrats de services, ni aux règles générales sur l'inexécution des contrats de services en droit suisse* (art. 97 ss CO ; 343 CPC).

La conformité de l'avant-projet avec la motion 11.3909

L'avant-projet présenté par le Conseil fédéral respecte dans les grandes lignes le prescrit - relativement large - de la motion 11.3909. En déclarant l'art. 404 CO actuel de droit dispositif, le législateur permettra aux parties de *conclure de véritables mandats de durée* en dérogeant expressément à cette disposition. *Tel n'est cependant pas le cas lorsque les parties n'ont convenu que d'une durée à l'accord*, sans disposition spécifique de résiliation. Un tel mandat de durée verrait alors s'appliquer l'art. 404 CO actuel, tel qu'interprété par le Tribunal fédéral, ce qui ne peut correspondre à l'esprit de la motion (cf. *infra*).

Par ailleurs, l'avant-projet ne reprend pas la distinction entre le *pouvoir* et le *droit* de résilier, pourtant expressément utilisée dans la motion. Le Rapport explicatif évoque cette distinction sans toutefois l'approfondir. Ceci est regrettable tant cette théorie prend de l'ampleur en doctrine, en Suisse romande en particulier. Par ailleurs, si l'avant-projet demeure en l'état, le juge devra déterminer dans chaque cas concret si les parties ont voulu renoncer au « pouvoir » ou seulement au « droit » de résilier. Ainsi, des parties pourraient convenir qu'une résiliation injustifiée serait effective en tout temps, en mettant en échec les règles sur l'exécution en nature, mais qu'elle appellerait une indemnisation complète (pouvoir de résilier, renonciation au *droit* de résilier). Dans d'autres cas, les parties pourraient convenir qu'une résiliation injustifiée serait ineffective (renonciation au *pouvoir* de résilier).

L'art. 404 CO - règle par défaut contraire à la force obligatoire du mandat

La réforme doit rétablir une certaine *cohérence* dans la protection de la force obligatoire des contrats de services. Cette cohérence veut qu'une partie qui s'est engagée dans un contrat de mandat ne puisse pas de manière unilatérale mettre en échec les règles sur l'inexécution (art. 97 ss CO ; art. 343 CPC). En droit suisse, le créancier peut en effet compter en principe sur la *primauté de l'exécution en nature* du contrat, au besoin à l'aide d'un tiers (art. 98 CO). Il n'en va autrement que dans des cas exceptionnels de protection de la personnalité des parties (prestation personnelle qualifiée, interdiction de la contrainte par corps...).

L'art. 404 CO, dans la jurisprudence actuelle, permet au prestataire de services comme au client de renvoyer quand bon lui semble l'autre partie à des dommages-intérêts, de surcroît limités à l'intérêt négatif, la résiliation restant valable même si elle est injustifiée (*pouvoir* impératif de résilier). Cette règle va donc à l'encontre du principe de l'exécution en nature des services, alors que cette exécution, surtout par un tiers, peut être essentielle pour le créancier.

L'avant-projet rétablit certes une certaine cohérence dans la protection de la force obligatoire des contrats de services, mais seulement si les parties ont négocié des clauses expresses dérogeant à l'art. 404 CO. A défaut, cette règle inadaptée continuera à s'appliquer. Cette situation est insatisfaisante et trouble l'image de la Suisse dans le monde comme ordre juridique favorable au créancier. *Le droit anglais et d'autres droits européens protègent au contraire par principe la durée convenue par les parties. Le fait que le prestataire de services ne promette pas un résultat ou que sa prestation soit « relativement indéterminée » n'y change rien.*

Le législateur est invité à élaborer un régime de résiliation par défaut du mandat plus adapté, notamment concernant le mandat de durée à l'image de ce que l'on retrouve dans le *Dienstvertrag* en droit allemand (§§ 620 BGB), dans le contrat d'agence en droit suisse (art.

418p ss CO) ou encore dans le Projet CO2020 (art. 144 ss CO2020). Une proposition est faite en annexe (*Annexe 2*). Alternativement, par souci de simplicité, le législateur pourra se contenter de prévoir un pouvoir de résilier en tout temps du seul mandant (art. 377 CO ; art. IV.C.-2:111 DCFR), règle qui sera dispositive.

La protection de la personnalité des parties

Un des enjeux de la réforme consistera à assurer la protection nécessaire de la personnalité des parties et de la partie faible, en prévoyant des limites précises et justifiées à la liberté contractuelle. Ces limites sont discutées dans la contribution annexée (*Annexe 1*). Une règle *expresse* devra notamment être prévue pour certains mandats, dont l'exécution touche de près à la personnalité tant du mandant que du mandataire (mandats *éminemment personnels* ; médecin, avocat dans son activité typique, mais aussi selon l'OFJ le mandat de la prostituée...). Une telle règle expresse devrait largement calmer les craintes d'une libéralisation excessive exprimée dans le débat politique autour de la Mo 11.3909.

Le droit transitoire

La réforme lancée par la Motion 11.3909 a moins pour objectif de changer le Code que de corriger une jurisprudence du Tribunal fédéral fondée sur une mauvaise interprétation des textes. La règle de droit transitoire énoncée dans le Rapport explicatif (absence de rétroactivité) interpelle. On voit mal en effet comment des contrats de services internationaux de durée, soumis actuellement au droit suisse, pourraient être « confirmés » par les parties après l'entrée en vigueur de la réforme, au risque sinon de voir la jurisprudence antérieure inadéquate s'appliquer (art. 404 CO impératif). Avec la réforme, les juges devront au contraire toujours appliquer au cas concret *la règle adaptée à l'économie du contrat* de l'espèce et respecter la volonté des parties (cf. *infra*).

L'impact de la réforme parallèle CO2020

Le Conseil fédéral ne s'exprime pas dans son Rapport explicatif sur l'impact éventuel du Projet CO2020 sur la réforme. Or, si le Conseil fédéral conserve l'art. 404 CO actuel comme règle par défaut, il y aura une incertitude juridique autour de l'application des règles générales nouvelles prévues sur la résiliation des contrats de durée (art. 144 ss CO2020). Le mandat de durée sera-t-il alors soumis par défaut à l'art. 404 CO seul ou aux nouvelles règles de la Partie générale plus adaptées aux contrats de durée?

L'application des règles du mandat: l'art. 394 al. 2 CO

Quelles que soient les règles par défaut retenues, le point le plus important en pratique est que le juge applique la règle la plus adaptée au cas concret. Même s'il a abandonné le principe du *numerus clausus* des contrats de services, le Tribunal fédéral a cependant toujours tendance actuellement à appliquer de manière trop large les dispositions du mandat (art. 394 ss CO), y compris à des contrats de services pour lesquels cette application est inadaptée. Il en résulte une insécurité juridique. Le législateur améliorerait grandement la situation *en supprimant l'art. 394 al. 2 CO*, élément déstabilisateur du droit suisse des contrats.

Des propositions

- Supprimer l'art. 404 CO, également comme règle par défaut. En faire de même avec l'art. 394 al. 2 CO.
- Elaborer un véritable régime général de la résiliation du mandat, notamment du mandat de durée (cf. art. 144 ss CO2020 ; §§ 620 ff. BGB).
- Alternativement, par souci de simplicité, remplacer l'art. 404 CO par une disposition instaurant le seul pouvoir *dispositif* de résilier du mandant/client du service (art. 377 CO, art. IV.C.-2:111 DCFR).
- Ancrer dans la loi les limites à la liberté contractuelle (résiliation des mandats éminemment personnels et de consommation).

En espérant que ces remarques susciteront votre intérêt et en restant à votre disposition pour d'autres renseignements, je vous prie d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, mes salutations distinguées.

Maxence Carron

MJur (Oxford)

Doctorant à l'Université de Fribourg

Annexes: 1° *L'apport du droit anglais à la réforme de l'art. 404 CO*, in T. Kadner Graziano/R. Bahar (éds), *Le droit comparé et le droit suisse*, Zurich Bâle Genève 2017.
2° Propositions législatives.

MAXENCE CARRON

L'apport du droit anglais à la réforme de l'art. 404 CO

Table des matières

Introduction.....	2
I. Un rappel du droit suisse.....	3
1. La loi.....	3
2. La jurisprudence	3
3. La doctrine.....	4
4. La pratique contractuelle	5
5. La réforme en cours.....	5
II. La résiliation des contrats de services en droit anglais.....	6
1. Un droit non codifié.....	6
2. Un droit général.....	7
3. Un droit libéral et ... européen.....	7
4. Les règles par défaut.....	9
5. Quelques choix fondamentaux du droit anglais	10
III. L'avant-projet de réforme de l'art. 404 CO - une appréciation	13
1. La protection de la force obligatoire des contrats de services.....	13
2. La règle de résiliation par défaut	14
3. La protection de la liberté individuelle.....	15
Conclusion	19

Introduction

L'utilité du droit comparé est controversée, en Angleterre comme sur le Continent. Certains auteurs estiment que les différences de mentalités juridiques, mais aussi de langues dans lesquelles les droits sont exprimés, rendent difficile voire impossible toute comparaison précise de règles de droit¹. D'autres soulignent qu'une analyse des contrastes entre les droits est source d'enseignements, et qu'elle est notamment utile pour débloquer une situation controversée dans un ordre juridique donné².

C'est cette seconde opinion que semble partager le législateur suisse. Une motion, adoptée récemment par le Parlement, demande au Conseil fédéral de présenter un projet de révision du fameux art. 404 CO sur la résiliation du contrat de mandat, pour l'adapter aux « réalités économiques et juridiques modernes »³. Il s'agit de reconsidérer l'application impérative de cette disposition, dans la jurisprudence très disputée du Tribunal fédéral. Le motionnaire prend appui sur le fait que cette jurisprudence représente *une particularité suisse en Europe*, qui éloigne des investisseurs de notre droit et de notre pays. A ce jour, seul un avant-projet, soumis à consultation le 15 septembre 2016, a été publié, dont le rapport explicatif ne propose cependant pas d'analyse de droit comparé.

La contribution ici proposée portera sur les enseignements que l'on peut tirer du droit anglais, souvent qualifié de « concurrent » du droit suisse⁴, pour envisager le succès de la réforme de l'art. 404 CO. Les développements qui suivent traiteront tour à tour d'un rappel du droit suisse (I), de la réglementation de la résiliation des contrats de services en droit anglais (II) et d'une appréciation de l'avant-projet de réforme de l'art. 404 CO, à la lumière de l'analyse en droit anglais (III).

¹ Voir LEGRAND, p. 60 ss ; GLANERT ; ég. LORD HOFFMANN, cité par ROWAN, p. 1 : « Comparative law does not help. Continental lawyers have the same problems, but their answers are hidden by obscurity or absence of reasoning ».

² Voir ROWAN, p. 1.

³ Mo. 11.3909 Barthassat. A ce sujet, voir WERRO/CARRON/DOUZALS, p. 213 ss.

⁴ Voir 2015 ICC Dispute Resolution Bulletin, 2015/1, p. 15.

I. Un rappel du droit suisse

1. La loi

Le Code des obligations prévoit depuis 1883 que le contrat de mandat « [...] peut être révoqué ou répudié en tout temps » (art. 404 al. 1), et que « [c]elle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause » (al. 2).

L'art. 394 al. 2 CO, introduit en 1912, semble donner un champ d'application général à cette disposition de résiliation singulière. Il prévoit en effet que les règles du mandat s'appliquent « [...] aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres travaux ». Il s'agit d'une *clause de subsidiarité* du droit du mandat, appelé à régir les contrats de services⁵. Avec elle, le mandat est devenu un « grand » contrat, celui des services rendus à titre indépendant (cp. art. 319 CO), et ce sans obligation d'exécuter un ouvrage (cp. art. 363 CO)⁶.

2. La jurisprudence

Le Tribunal fédéral applique l'art. 404 CO dans une jurisprudence qu'il qualifie de constante et qu'il refuse de revoir⁷. Selon lui, l'art. 404 CO est une disposition de *droit impératif* qui donne à chaque partie un droit de résilier en tout temps l'accord avec des effets prospectifs (*ex nunc*). La résiliation a lieu en temps inopportun, selon l'art. 404 al. 2 CO, si elle intervient sans motif sérieux donné par l'autre partie et que, de ce fait, elle cause à celle-ci un préjudice particulier, notamment en raison des dispositions prises dans la perspective de la continuation du contrat. L'indemnité alors prévue ne couvre que *l'intérêt négatif*, par exemple des dépenses frustrées de leur utilité à cause de la résiliation. Elle ne couvre pas l'intérêt positif de cette même partie à la continuation de l'accord, et donc son gain manqué en vertu de celui-ci. Les parties peuvent conclure des peines conventionnelles uniquement si celles-ci ne

⁵ FF 1910 774 s.

⁶ Voir WERRO, N 48 ss.

⁷ ATF 115 II 464, consid. 2a ; arrêt 4A_141/2011, consid. 2.2 ; sur les origines de cette jurisprudence, voir GAUCH, p. 22.

couvrent pas l'intérêt positif, et si elles ne sont dues qu'en cas de résiliation en temps inopportun⁸.

Le Tribunal fédéral estime que cette disposition ainsi interprétée s'applique aux mandats « purs » ou « classiques », aux mandats atypiques, aux mandats de durée, mais aussi aux contrats de services mixtes, dont le « rapport au temps » est adapté à cette règle de résiliation⁹. Il espère ainsi assurer la sécurité du droit. Cependant, il refuse parfois d'appliquer l'art. 404 CO impératif à certains contrats, qui tombent pourtant sous le coup de la définition et de la clause de subsidiarité de l'art. 394 CO, sans toujours en argumenter les raisons¹⁰.

3. La doctrine

Quoi qu'en dise le Tribunal fédéral, la doctrine critique dans sa majorité écrasante, mais en vain, l'approche consacrée en jurisprudence¹¹. Elle estime principalement que l'application générale, et incertaine, de l'art. 404 CO impératif détonne dans le droit des contrats suisse. Celle-ci empêche d'assurer pleinement l'exécution des contrats de services et aux parties de conclure de véritables mandats de durée, déterminée ou indéterminée.

La doctrine est cependant divisée sur la question du juste champ d'application d'un art. 404 CO impératif qui serait limité à des situations particulières. Certains auteurs préconisent de distinguer les mandats typiques, fondés sur la confiance particulière entre les parties et qui nécessitent un art. 404 CO impératif, et atypiques, voire les mandats éminemment personnels et ceux qui ne le sont pas. D'autres conçoivent l'art. 404 CO en principe comme de droit dispositif, la règle impérative ne se justifiant que dans des cas de protection de la personnalité des parties, en application des règles générales (art. 19/20 CO et 27 CC). D'autres encore distinguent le droit impératif du mandant de résilier et celui, dispositif, du mandataire.

Un courant de doctrine romande, qui prend de l'importance et qui est repris par la motion 11.3909, analyse utilement l'art. 404 CO en termes de *pouvoir* et de *droit* de résilier¹². Le *pouvoir* de résilier est intangible pour le mandant et pour le mandataire, car la protection de la liberté personnelle exige de pouvoir refuser en tout temps de

⁸ Le TF suit une approche plus généreuse à l'égard des peines conventionnelles prévues dans les contrats d'enseignement, voir arrêt 4A_601/2015, consid. 1.2.2 ; pour une critique de cette approche, voir WERRO, Peine, p. 7 ss.

⁹ Arrêt 4A_284/2013, consid. 3.5.1 ; Rapport, p. 7, nbp. 16, avec les réf. jurisprudentielles citées.

¹⁰ Voir p.ex. ATF 140 III 75, consid. 3.2.1 (contrat d'arbitre).

¹¹ Pour une présentation des avis doctrinaux, voir Rapport, p. 9 ss. BUFF/VON DER CRONE ont récemment soutenu l'approche du TF.

¹² Voir WERRO, N 269 ss, suivi not. par TERCIER/FAVRE/CONUS, N 5277 ss.

recevoir ou de fournir un service. Une résiliation injustifiée, quoique effective, est illicite, en l'absence de *droit* de résilier, et provoque l'obligation d'indemniser complètement l'autre partie du dommage subi, au besoin par une clause pénale qui couvre le gain manqué. Cette obligation de complète indemnisation ne se conçoit en revanche pas pour certains services de confiance privilégiée.

4. La pratique contractuelle

La doctrine remarque que la jurisprudence du Tribunal fédéral pousse les parties à aménager leurs relations contractuelles de sorte à éviter la qualification de celles-ci en contrat de mandat (cf. cep. art. 18 CO), voire à exclure l'application du droit suisse, ce qui nuit à la Suisse comme place d'arbitrage et de commerce international¹³. De même, les juges cantonaux essaient parfois d'éviter de qualifier un contrat qui leur est soumis de mandat, pour éviter l'application de l'art. 404 CO impératif. Ce phénomène, dont l'ampleur ne peut cependant être estimée, est surnommé par la doctrine alémanique la « fuite hors du droit du mandat ».

5. La réforme en cours

Comme annoncé en préambule, une motion adoptée par le Parlement demande de reconsidérer la jurisprudence relative à l'art. 404 CO, par une modification législative. Elle exige de permettre à l'avenir aux parties de conclure de véritables mandats de durée. Le Conseil fédéral a publié le 15 septembre 2016 un avant-projet reprenant dans l'ensemble le prescrit de la motion. L'art. 404 CO serait accompagné d'un art. 404a CO à la teneur suivante :

¹ *Les parties peuvent convenir de supprimer ou de limiter le droit de révoquer ou de répudier le contrat en tout temps.*

² *Une telle convention est nulle si elle est prévue dans des conditions générales*

¹³ Voir Rapport, p. 11, avec réf.

II. La résiliation des contrats de services en droit anglais

L'analyse qui suit présentera quelques caractéristiques du droit anglais de la résiliation des contrats de services: un droit non codifié (1), général (2), libéral et, pour l'instant, européen (3). Elle portera ensuite sur les règles par défaut (4) et sur quelques choix fondamentaux (5) de ce droit.

1. Un droit non codifié

Les règles de droit applicables aux contrats ne sont pas codifiées en droit anglais. Pour résoudre une affaire¹⁴, les juges analysent d'abord les faits et délimitent les questions juridiques qui se posent en l'espèce. Ils tentent ensuite de déterminer, sur la base des faits, une règle de droit applicable au cas. Pour cela, ils examinent les règles contraignantes déjà formulées, en priorité celles contenues dans les lois ponctuelles promulguées par le Parlement (*statutes*), puis les nombreuses règles tirées de la jurisprudence des cours supérieures (*case law*). En l'absence de règle applicable dans ces deux sources, le juge pourra développer une règle de droit *ad hoc*, souvent exprimée en des termes généraux et abstraits, mais qui n'aura de validité que pour les faits précis du cas d'espèce¹⁵.

Ce raisonnement est surtout inductif, non systématique et relève de l'analogie¹⁶. Le juge anglais est sensibilisé à l'idée que les règles de droit ne s'appliquent que lorsqu'elles correspondent à des faits précis pour lesquelles elles ont été élaborées, donc lorsqu'elles sont adaptées au cas d'espèce. Il n'existe pas en droit anglais d'idée d'application mathématique, déductive, de règles générales et abstraites au cas, en suivant un système proposé par un code en théorie exhaustif, comme le système de la qualification du contrat.

¹⁴ Voir CARTWRIGHT, p. 15 ss.

¹⁵ Voir *Quinn v Leathem* [1901] AC 495, LORD HALSBURY : « A case is only an authority for what it actually decides. I entirely deny that it can be quoted for a proposition that may seem to follow logically from it. Such a mode of reasoning assumes that the law is necessarily a logical code, whereas every lawyer must acknowledge that the law is not always logical at all ».

¹⁶ Dans ce sens, LEGRAND, p. 65.

2. Un droit général

Le droit anglais ne connaît pas de théorie des contrats spéciaux¹⁷. Les règles de droit ont en principe vocation à régir tous les contrats. Il existe certes des règles applicables à certains contrats désignés par des caractéristiques particulières, surtout des règles impératives ponctuelles contenues dans des lois. Elles forment cependant l'exception. Le juriste anglais n'analysera donc pas l'accord de l'espèce d'abord en le comparant à des types légaux existants. Il se contentera, en fin d'analyse, de s'assurer que les quelques règles impératives liées à certains types ne s'appliqueront pas¹⁸. Preuve en est la teneur des contrats anglais, souvent longs et très détaillés, afin que les parties puissent, en l'absence de règles légales dispositives tirées de contrats nommés, anticiper le règlement des litiges futurs¹⁹.

Ainsi, le juriste anglais, dans son approche juridique non systématique, ne ressent pas le besoin irrépressible du civiliste de qualifier l'accord des parties, en fonction des modèles légaux de contrats. Il n'y a pas, contrairement au droit suisse, de grands débats autour de cette qualification, débats qui concernent en réalité le caractère adapté de l'application de règles controversées provenant de certains contrats nommés. Le juriste anglais concentre son analyse sur les problèmes qui se posent en l'espèce, et sur la règle nécessaire à leur résolution.

3. Un droit libéral et ... européen

a) Le point de départ: les « termination clauses »

Le droit anglais laisse en priorité aux parties le soin de régler la question de la résiliation du contrat dans leur accord. On parle de *termination clauses*²⁰. Ces clauses contractuelles sont diverses en pratique : elles peuvent prévoir une résiliation en tout temps par l'une ou chacune des parties, similaire à l'art. 404 CO, ou une résiliation disponible seulement pour certaines violations du contrat.

Ces clauses ont deux fonctions²¹. Premièrement, elles permettent aux parties de prévoir les situations dans lesquelles l'une d'entre elles pourra résilier, et les conséquences de cette résiliation, favorisant ainsi la prévisibilité du règlement des litiges futurs. Secondement, elles peuvent donner, selon leur teneur, des incitations

¹⁷ Voir BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 23.

¹⁸ Voir CARTWRIGHT, p. 55 ss.

¹⁹ Id., p. 68.

²⁰ Voir WHITTAKER, p. 258 s.

²¹ Ibid.

aux parties à se conformer à l'accord. Ainsi, en prévoyant un droit de résilier pour une violation infime du contrat avec des effets très durs sur la partie prise à défaut, notamment une restitution limitée de ses investissements²², une clause de résiliation peut inciter cette partie à respecter l'accord.

b) Le contrôle des clauses abusives

Les clauses de résiliation peuvent être dangereuses. Comme le droit anglais ne connaît pas de théorie générale de l'abus de droit, de la bonne foi ou de la protection de la personnalité²³, les tribunaux ne contrôlent en principe pas l'exercice de ces clauses par les parties, ce qui peut entraîner des injustices pour des consommateurs ou même dans des contextes commerciaux. Ainsi, une partie peut utiliser un motif trivial et se départir d'un contrat uniquement pour profiter d'une meilleure affaire ailleurs.

De manière controversée, les tribunaux anglais interprètent parfois restrictivement des clauses de résiliation qu'ils estiment déraisonnables, prenant pour prétexte leur rédaction sibylline (phénomène de *reading down*)²⁴. Par ailleurs, certains juges ont laissé entendre qu'ils pourraient interpréter certains contrats comme contenant des clauses « implicites » (*implied terms*), qui empêcheraient une résiliation dans des circonstances injustes pour l'une des parties²⁵. Les juges, par ces moyens de contrôle détournés, opèrent des distinctions sémantiques complexes pour le justiciable ; ils contraignent les rédacteurs de contrats à des trésors d'imagination, pour préciser le plus possible la formulation de leurs clauses et éviter une intervention du tribunal²⁶.

Il existe cependant à la disposition des juges des outils dans des lois pour contrôler les clauses abusives, notamment ceux tirés du droit européen sur la protection des consommateurs²⁷, mais aussi dans des contextes purement commerciaux²⁸. Ces outils, plus transparents et légitimes démocratiquement que les méthodes

²² Voir *Sumpter v Hedges* [1898] 1 QB 673.

²³ WHITTAKER, p. 253 s.

²⁴ Voir p.ex. *Rice v Great Yarmouth* [2003] TCLR 1, où la *Court of Appeal* a estimé qu'une clause accordant la résiliation pour « toute violation » d'un contrat de services ne donnait droit à la résiliation que pour une violation sérieuse de celui-ci ; pour une critique, voir WHITTAKER, p. 273.

²⁵ Voir *Timeload v BT* [1995] EMLR 459, SIR THOMAS BINGHAM.

²⁶ Voir p.ex. *Schuler v Wickman* [1972] 1 WLR 840 ; *Lombard North v Butterworth* [1987] QB 527 ; pour d'autres moyens détournés : voir PEEL, N 18-063 ss ; pour une critique de cette approche, voir MCKENDRICK, p. 788 s.

²⁷ Voir *Consumer Rights Act 2015* s.62(4), avec un test du caractère équitable de la clause non négociée individuellement tiré de la Directive 93/13/CEE.

²⁸ Voir *Unfair Contract Terms Act 1977*, avec un test de *reasonableness* des clauses conclues dans des conditions générales. Cette loi ne semble cependant pas s'appliquer aux clauses de résiliation : WHITTAKER, p. 266 s. ; *contra* : PEEL, N 18-059.

détournées, ne sont cependant quasiment pas utilisés par les juges, au grand dam de certains auteurs²⁹. Les outils d'origine européenne sont même menacés par la votation récente en faveur du *Brexit* et l'objectif annoncé par le gouvernement britannique de « désenchevêtrer » le droit anglais du droit européen.

4. Les règles par défaut

Lorsque les parties n'ont pas prévu de clause de résiliation dans leur contrat, les tribunaux anglais appliquent des règles par défaut sur la résiliation, qu'ils ont élaborées au fil des cas³⁰.

a) La résiliation en cas de violation du contrat

Selon la jurisprudence, la résiliation est surtout disponible en cas de violation du contrat (*breach*), comme une « arme » (ou un remède ; *remedy*) à la disposition du créancier³¹. Comme la résiliation peut avoir des conséquences drastiques sur le débiteur³², les tribunaux estiment qu'elle n'est disponible qu'en cas de violation *sérieuse* du contrat. C'est le cas quand la clause contractuelle violée est qualifiée d'importante en soi, dans le contrat par les parties ou dans des jugements par les tribunaux supérieurs (*condition*), ou quand les effets de la violation d'une clause apparemment de minime importance sont sérieux dans le cas d'espèce (*fundamental breach*)³³.

Ainsi, lorsque les parties ou les tribunaux n'ont pas exprimé l'importance de la clause violée, la résiliation n'est accordée que si le juge est convaincu que la résiliation aboutira à un juste résultat en l'espèce. Le test qu'il applique alors est de savoir si la partie lésée par la violation est substantiellement privée par là de la totalité du bénéfice escompté du contrat (*substantial failure to perform*)³⁴. Les tribunaux pèsent les intérêts de la partie qui résilie et ceux de la partie qui subit la

²⁹ Voir WHITTAKER, p. 262 ; BRIDGE, p. 103.

³⁰ Pour une présentation complète, voir STANNARD/CAPPER.

³¹ Voir BEALE, p. 80. Même en cas de répudiation du contrat par le débiteur, le créancier garde le choix, théorique, de maintenir le contrat ou non : voir *infra* n° 49.

³² Voir STANNARD/CAPPER, N 261 ss.

³³ *Hong Kong Fir v Kawasaki*, [1962] 2 QB 26, p. 70.

³⁴ *Ibid* ; à ce sujet, voir PEEL, N 18-030 ss ; cp. art. 131 CO2020.

résiliation, au regard de toutes les circonstances du cas concret, ce qui rend imprévisible le résultat de chaque décision³⁵.

b) La résiliation sans violation du contrat

En l'absence de violation du contrat, la jurisprudence ne révèle que peu de cas où les tribunaux ont suppléé à l'accord des parties et appliqué une règle de résiliation anticipée. On signalera le cas particulier des contrats conclus pour l'éternité, que la *Court of Appeal* a estimé dans une affaire pouvoir être résiliés avec un préavis raisonnable³⁶. Des lois prévoient aussi que les contrats de services, dont la durée n'a pas été spécifiée, doivent être exécutés pendant une durée raisonnable³⁷.

5. Quelques choix fondamentaux du droit anglais

Comme l'a exprimé récemment la *Supreme Court*³⁸, l'octroi d'un remède comme la résiliation par un ordre juridique dépend d'une balance des intérêts, qui révèle des choix fondamentaux de celui-ci, économiques et sociétaux.

a) La protection de la force obligatoire des contrats

Le droit anglais permet aux parties de convenir de clauses avec une résiliation disponible facilement, par exemple pour une violation infime du contrat ou même en l'absence de toute violation. Les parties peuvent ainsi se défaire aisément de l'accord, en principe sans que l'exercice de la clause ne soit contrôlé par le juge³⁹.

Ces caractéristiques révèlent un choix idéologique que d'aucuns ont qualifié de *libéral* ou *utilitariste*, celui de permettre aux parties d'un contrat litigieux de mettre rapidement fin à celui-ci et d'obtenir ailleurs la prestation promise⁴⁰. L'idée n'est donc pas de maintenir les parties au contrat, de les contraindre à s'exécuter, option jugée coûteuse en ressources pour l'économie. La résiliation est même parfois

³⁵ Voir *Valilas v Januzaj* [2014] EWCA Civ 436, où des juges sont arrivés à des conclusions différentes sur la question de la résiliation.

³⁶ *Staffordshire v South Staffordshire Waterworks* [1978] 1 WLR 1387.

³⁷ *Supply of Goods and Services Act 1982* ss 13-15 et *Consumer Rights Act 2015* s.52.

³⁸ Cf. *El Makdessi*, [29] ; é.g. FRIEDMANN, p. 399 ss.

³⁹ Voir *Union Eagle v Golden Achievement* [1997] AC 514.

⁴⁰ Voir ROWAN, p. 79 s. ; CARTWRIGHT, p. 290.

imposée au créancier victime d'une violation du contrat dans les cas où elle permettrait de diminuer le dommage subi⁴¹.

Ce choix se reflète également dans les règles relatives à l'exécution forcée du contrat (*specific performance*)⁴². Ce remède n'est en effet accordé qu'exceptionnellement, selon l'appréciation du juge. Cette approche restrictive s'explique par le fait que ce remède est jugé problématique au regard de la protection de la liberté individuelle des parties dans certains cas et indésirable voire impraticable d'un point de vue économique dans d'autres cas⁴³. Ainsi, il n'est pas accordé chaque fois que des dommages-intérêts seraient adéquats pour réparer le dommage causé par la violation du contrat, notamment à obtenir la prestation promise auprès d'un prestataire volontaire. Il ne l'est pas non plus concernant les contrats de services devant être exécutés personnellement par le débiteur⁴⁴, ou ceux nécessitant une supervision constante, ou dont l'objet n'est pas clairement défini⁴⁵. Il existe une certaine cohérence entre le droit anglais de l'exécution forcée et celui de la résiliation : l'exécution forcée n'est jamais accordée quand le débiteur peut y échapper, en exerçant un pouvoir ou un droit de résilier, et le créancier n'aura guère d'autre choix que de résilier si l'exécution forcée n'est pas accordée⁴⁶.

Cette approche peut surprendre, dans la mesure où elle permet à une partie ne désirant pas s'exécuter d'échapper le plus souvent à l'exécution forcée, qui peut être essentielle pour le cocontractant⁴⁷. Celui-ci ne pourra même pas obtenir cette exécution auprès d'un tiers, par ordre du tribunal, mais devra attendre l'issue d'un procès souvent long et coûteux sur son action en dommages-intérêts. Enfin, par souci de justice contractuelle, les tribunaux anglais protègent parfois leur pouvoir

⁴¹ Voir *The Solholt* [1983] 1 Lloyd's Rep 605.

⁴² La *specific performance* désigne l'ordre donné par le tribunal au débiteur de s'exécuter personnellement, au besoin sous la menace de peines de prison (*contempt of court*). Il n'inclut pas, contrairement à l'approche suisse de l'exécution en nature, l'autorisation donnée par le tribunal au créancier de s'adjoindre les services d'un tiers, en substitution du débiteur. A ce sujet, WERRO, N 284, nbp.34.

⁴³ C'est ainsi que l'exécution forcée n'est jamais accordée contre l'employé, pour protéger sa liberté, mais parfois contre l'employeur, les tribunaux considérant cependant souvent que la réintégration de l'employé n'est pas désirable en raison du rapport personnel de confiance entre les parties : voir PEEL, N 21-016 ss.

⁴⁴ Voir *De Francesco v Barnum* (1890) 45 ChD (CA) 438 et l'idée « not to turn contracts of service into contracts of slavery ».

⁴⁵ Voir *Co-operative Insurance v Argyll* [1998] AC 1 (HL) ; cp. les cas où des tribunaux ont autorisé l'exécution forcée de contrats de construction, en faveur du constructeur ou du client : PEEL, N 21-043.

⁴⁶ Voir PEEL, N 21-045. La résiliation injustifiée est ineffective en droit anglais sauf dans le droit de l'*agency* : ID., N 16-104.

⁴⁷ Voir ROWAN, p.95 ; voir cep. *Consumer Rights Act 2015*, s.58, qui permet au consommateur de réclamer l'exécution forcée de son droit à la répétition de services qui n'ont pas été rendus avec la diligence nécessaire par le prestataire.

d'appréciation en vertu des règles par défaut, en utilisant des méthodes détournées de contrôle des clauses de résiliation (*supra* 3.b), mettant ainsi à mal l'approche libérale du droit anglais⁴⁸.

Ces constats révèlent l'équilibre difficile que le droit anglais essaie de trouver entre divers objectifs : la liberté et la justice contractuelles mais aussi la prévisibilité et l'efficacité économique de la résolution des litiges⁴⁹. Ils montrent en particulier la nécessité de la protection de la liberté individuelle.

b) La protection de la liberté individuelle

La résiliation est un instrument de pression du client pour contraindre le prestataire à s'exécuter. C'est le cas notamment si celui-ci a fait des investissements importants en perspective d'un contrat de longue durée, qu'il peut perdre avec la résiliation du contrat par le client. De l'autre côté, le fait d'empêcher ou de rendre trop difficile la résiliation du client, par une pression financière par exemple, peut contraindre celui-ci à recevoir un service dont il ne veut plus. La résiliation pose donc la question de la protection de la liberté individuelle, notamment de la partie faible.

Le droit anglais protège cette liberté de plusieurs manières. Il le fait *directement* par un contrôle, fondé sur la loi, des clauses de résiliation conclues par des consommateurs (*supra* 3.b), mais aussi avec l'interdiction en principe de l'exécution forcée des contrats, notamment de l'exécution forcée des services par le prestataire (*supra* 5.a). Ce droit protège aussi *indirectement* la liberté individuelle contre des pressions financières, par exemple avec l'interdiction de principe des clauses pénales⁵⁰. Enfin, la liberté individuelle du client du service, celle à ne pas recevoir le service quand il n'en veut plus, est aussi protégée, certains jugements l'évoquant pour refuser de soumettre des clauses de résiliation anticipée à des exigences de bonne foi ou de justes motifs⁵¹.

Cette protection montre encore une fois le caractère *libéral* du droit anglais⁵². Elle peut cependant surprendre. D'une part, elle ne protège pas toujours l'intérêt légitime que peut avoir parfois une partie à l'exécution en nature du contrat sous contrôle

⁴⁸ A ce sujet, voir l'explication de FRIEDMANN, p. 401 ss.

⁴⁹ Voir PEEL, N 18-002 s.

⁵⁰ Les tribunaux acceptent cependant depuis quelques années des *indemnités forfaitaires* plus généreuses, concentrant leur contrôle sur les indemnités excessives, à l'image de l'art. 163 al. 3 CO : voir *Cavendish v El Makdessi* [2015] UKSC 67

⁵¹ Voir *Hadley Design v Westminster City Council*, [2003] EWHC 1617, N70 ; cp. *White & Carter v McGregor*, [1962] AC 413, où le droit du prestataire d'exécuter le contrat a été protégé, dans la mesure où la liberté individuelle du client, ayant résilié à tort, n'était pas en jeu (pose de panneaux publicitaires sur des emplacements qui n'appartenaient pas au client). A ce sujet, voir BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 607 s.

⁵² Il s'agit de l'idée de protection contre l'oppression, défendue entre autres par ADAM SMITH.

judiciaire, sans atteinte à la liberté de l'autre partie, par exemple d'un contrat qui comprend un service pouvant être exécuté par un tiers (*supra* 5.a). D'autre part, les contours de cette protection ne sont pas toujours clairs. Il faut souvent analyser des règles complexes pour connaître les limites imposées à la liberté contractuelle, ce qui ne facilite pas la rédaction des contrats et la prévisibilité de la résolution des litiges⁵³.

III. L'avant-projet de réforme de l'art. 404 CO - une appréciation

L'appréciation qui suit porte sur la manière dont le droit suisse devrait protéger, avec la réforme de l'art. 404 CO, la force obligatoire des contrats de services (1. et 2.) mais aussi la liberté individuelle des parties à ces contrats (3.).

1. La protection de la force obligatoire des contrats de services

Premièrement, on remarque que les parties sont le mieux à même d'exprimer et de défendre leurs intérêts. En vertu du principe de la liberté contractuelle (art. 19 CO), le droit suisse devrait permettre à celles-ci de négocier des clauses de résiliation. Or, l'art. 404 CO impératif, appliqué de manière générale par le Tribunal fédéral, réduit presque à néant aujourd'hui une telle pratique contractuelle (cf. *supra* I.2).

Secondement, on constate que l'art. 404 CO, dans son interprétation actuelle, empêche également une véritable protection de l'exécution des contrats de services⁵⁴. C'est ce point qui nuit particulièrement au droit suisse dans la concurrence internationale des droits. Il permet à la partie qui résilie de mettre en échec les règles sur l'exécution en nature, notamment par un tiers (art. 98 CO ; art. 343 CPC), et également sur la résiliation en cas de demeure (art. 102 ss CO) et pour de justes motifs, résiliations disponibles à des conditions restrictives seulement. Il permet donc au prestataire d'échapper facilement à son engagement, sans avoir à prouver de juste motif ou de cas de demeure qualifiée (art. 107/108 CO), et ce avec des conséquences pécuniaires limitées. Il permet de même au client du service de se défaire aisément de l'accord.

⁵³ Voir p.ex. les règles en matière d'*injunction*, utilisées parfois par les juges pour forcer indirectement l'exécution du contrat : BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 615 ss.

⁵⁴ Voir Rapport, p. 17 ss.

Le législateur devra donc rétablir une certaine cohérence du droit des contrats suisse, en protégeant pleinement la parole donnée dans le droit du mandat. Selon nous, les règles sur la résiliation du mandat ne devraient pas pouvoir mettre en échec les règles sur l'inexécution⁵⁵, qui prônent de manière générale la priorité de l'exécution en nature des contrats⁵⁶, du moins pas sans de raisons suffisantes, comme la protection de la liberté individuelle (*infra* 2 et 3).

Selon le Conseil fédéral, la solution trouvée dans l'avant-projet permettra au client d'exiger l'exécution en nature de l'accord, principalement par un tiers (art. 98 CO), afin d'éviter la preuve de dommages-intérêts positifs⁵⁷. Les parties pourront aussi négocier une indemnisation complète de leur intérêt à la continuation du contrat sur la durée en cas de résiliation anticipée (intérêt positif et clause pénale ; art. 160 ss CO), par exemple, pour l'intérêt du prestataire à la rémunération, de manière similaire à l'indemnité prévue par l'art. 377 CO⁵⁸. La protection de la force obligatoire semble ainsi rétablie. On remarque cependant que cette protection n'aura lieu que si les parties négocient expressément des clauses allant dans ce sens, et dans les limites des règles de protection impératives (*infra* 3). A défaut, la règle de l'art. 404 CO, qui affaiblit fortement la force obligatoire, s'appliquera (*infra* 2).

2. La règle de résiliation par défaut

Le Code des obligations doit, selon la théorie des contrats spéciaux, contenir les règles utiles pour la majorité des contrats de la pratique⁵⁹. Pour cela, le législateur devra aménager dans le droit du mandat les principales règles dispositives utiles aux contrats de services.

La solution trouvée par l'avant-projet interpelle sur ce point. L'art. 404 CO demeure en effet, mais comme norme dispositive, valable *a priori* même pour des mandats conclus clairement sur une durée, mais dont les parties auraient omis de régler la question de la résiliation⁶⁰. Or, on ne voit pas ce qui justifie un pouvoir de résilier en tout temps du mandataire et du mandant dans de tels cas, nombreux en pratique. Cette position serait contraire au droit anglais qui respecte en principe la durée

⁵⁵ Voir ég. STAEHELIN, N 10.

⁵⁶ Voir BK-WEBER, N 5.

⁵⁷ Voir Rapport, p. 17 s.

⁵⁸ La preuve de l'intérêt positif du client est en revanche plus difficile, en l'absence d'une obligation de résultat, mais rien ne devrait empêcher les parties de mettre un prix à la résiliation par le mandataire. Voir WERRO, N 982 ss ; Rapport, p. 15.

⁵⁹ Voir TERCIER/FAVRE, N 104.

⁶⁰ Voir Rapport, p. 19.

convenue par les parties⁶¹. Le droit anglais, dans son approche générale, montre également que le fait que le prestataire de services ne promette pas un résultat ne justifie pas à lui seul un pouvoir de résilier en tout temps l'accord⁶². Les contrats portant sur un résultat ou non ont en principe la même force obligatoire.

Il serait ainsi préférable de ne pas accorder par défaut aux parties du mandat le pouvoir de résilier l'accord en tout temps, sauf exception liée à la protection de leur personnalité (*infra* 3). Le créancier ne devrait ainsi plus être privé par principe du choix des moyens de protéger son droit à l'exécution, comme c'est le cas avec l'actuel art. 404 CO⁶³. Le législateur devrait aussi codifier les règles utiles de résiliation (ordinaire et extraordinaire) des contrats de services de durée dans le droit du mandat, en s'inspirant des règles sur l'agence (art. 418p ss CO), voire dans la partie générale du Code, à l'instar du Projet CO2020 (art. 144 ss).

Si l'avant-projet demeure en l'état, le juge suisse devra, à l'image du juge anglais, privilégier l'application de règles adaptées pour chaque cas d'espèce⁶⁴, en appliquant par exemple aux mandats de durée soit les règles sur la résiliation du contrat d'agence par analogie, soit celles du Projet CO2020. A cet effet, le législateur pourrait supprimer l'art. 394 al. 2 CO (*supra* I.1). Celui-ci a en effet profondément troublé la compréhension de l'art. 404 CO, en préconisant une application générale de cette disposition malgré son contenu très particulier, contraire au principe de la force obligatoire des contrats⁶⁵.

3. La protection de la liberté individuelle

L'exécution des contrats de services, notamment dans la durée, pose des problèmes de protection de la liberté individuelle ou autrement dit de protection de la personnalité des parties (art. 19/20 CO, 27 CC)⁶⁶. L'art. 404 CO impératif actuel y répond par un droit de résilier en tout temps impératif d'application générale, même lorsque la liberté des parties n'est pas en jeu. La réforme de l'art. 404 CO devra

⁶¹ Voir ég. ATF 133 III 360, qui confirme l'ineffectivité en principe en droit suisse de la résiliation injustifiée d'un contrat de durée.

⁶² Pour un avis différent en droit suisse, voir WERRO, N 300 ss ; ég. Rapport, p. 14 s., qui fonde la règle dispositive sur le fait que l'obligation du mandat est « souvent relativement indéterminée ».

⁶³ Ce choix est important, selon MCKENDRICK en droit anglais (Contract, p. 387), car il donne au créancier une force de négociation supplémentaire sur le débiteur récalcitrant, p.ex. en monnayant sa renonciation à demander l'exécution forcée.

⁶⁴ Dans ce sens en droit actuel, voir WERRO, N 381 ; KOLLER, p. 1634. Le TF suivait cette approche dans sa jurisprudence ancienne, refusant l'application de l'art. 404 CO à des contrats de durée comme l'agence et la gestion d'immeubles : voir p.ex. ATF 83 II 525 ; 60 II 235.

⁶⁵ Voir B. CHAPPUIS, p. 361 s.

⁶⁶ Voir déjà WERRO, N 272 ss.

déterminer, par des règles impératives au champ d'application ciblé, les situations dans lesquelles les parties ne peuvent être libres de négocier leur accord.

a) La protection de la liberté du prestataire et du client

La protection de la liberté individuelle en droit anglais donne des pistes quant aux contours à donner à cette protection en droit suisse. D'une part, le client ne peut être contraint à recevoir le service donné dans son intérêt, du moins si la réception du service nécessite sa collaboration personnelle active. Il doit en revanche assumer les conséquences financières de son refus de maintenir le contrat pour la période convenue⁶⁷. D'autre part, le prestataire ne peut être contraint à s'exécuter personnellement. Il doit par contre également assumer l'entier des conséquences financières de son refus de s'exécuter.

Le droit suisse refuse déjà de contraindre directement un prestataire à s'exécuter personnellement (interdiction de la contrainte par corps; *kein körperlicher Zwang*; art. 343 CPC), mais permet l'exécution par substitution aux frais du débiteur (art. 98 al.1 CO et 343 al.1 let. e CPC). La question est controversée de savoir si la contrainte indirecte, par exemple la menace de peines selon l'art. 292 CP, peut être utilisée pour faire exécuter les prestations personnelles, voire personnelles qualifiées⁶⁸. Le droit suisse accepte cependant des clauses pénales sanctionnant l'inexécution d'une obligation de faire personnelle (art. 160 ss CO), et qui peuvent inciter indirectement, par une pression financière, le débiteur à s'exécuter.

Dans un souci de cohérence, il serait préférable de *ne pas aménager de pouvoir pour le mandataire de résilier en tout temps*, en tant que règle par défaut, dans la mesure où sa liberté est déjà protégée par les règles générales. Il ne devrait ainsi échapper aux règles sur l'exécution en nature que dans de rares situations, celle de la prestation personnelle *qualifiée* qui ne peut être déléguée, par exemple le mandat de l'artiste, ou lorsque cette exécution serait disproportionnée ou impossible, notamment en raison du caractère incertain de la prestation⁶⁹. En pratique cependant, le mandant n'aura guère intérêt à forcer indirectement l'exécution d'un service dont le mandataire ne veut plus s'acquitter⁷⁰. De même, les caractéristiques des procès en exécution par substitution, l'incertitude entourant l'avance de coûts par exemple, le pousseront souvent à privilégier une action en dommages-intérêts pour obtenir la prestation ailleurs⁷¹.

⁶⁷ Voir dans ce sens, Rapport, p. 17 s.

⁶⁸ Voir STAEHELIN, N 10, qui approuve la contrainte indirecte de prestations personnelles qualifiées, dans le respect de l'exigence de proportionnalité; *contra*: BK-WEBER, N 42.

⁶⁹ Voir STAEHELIN, N 9 ss.

⁷⁰ Voir MCKENDRICK, p. 939 ss.

⁷¹ Voir BK-WEBER, N 88 ss.

Le législateur pourrait par contre aménager, à l'image du DCFR (art. IV.C.-2 :111) et de l'art. 377 CO, un *pouvoir clair pour le mandant de résilier* en tout temps l'accord, moyennant une indemnisation complète du mandataire si la résiliation n'est pas fondée sur une justification dans le droit (justes motifs, demeure...) ⁷². Il n'est pas souhaitable en effet de pouvoir contraindre un client à accepter la prestation d'un service ou de l'empêcher de reprendre la gestion de ses biens ⁷³. La protection - impérative - de cette liberté est certes déjà assurée par les règles sur l'exécution en nature, lorsque le client doit collaborer activement avec le prestataire (art. 98 CO et 343 CPC). Contrairement au droit anglais, il n'est cependant pas souhaitable de permettre, en tant que règle par défaut, l'exécution du service, lorsque le client ne le veut plus et que le cœur de sa liberté n'est pas en jeu, par exemple lorsqu'il doit simplement tolérer une atteinte à sa propriété. Il en va d'un choix économique, celui de ne pas forcer inutilement les clients à recevoir les services dont ils ne veulent plus.

Ce *pouvoir* de résilier du client ne va cependant pas sans une protection des intérêts économiques du prestataire, par une indemnisation complète du dommage subi en raison d'une résiliation effective, mais sans droit. Lorsque la liberté du client n'est pas en jeu, les parties pourraient cependant déroger au pouvoir du client de résilier en tout temps, par exemple en l'empêchant de résilier, sauf justes motifs, pour protéger l'intérêt du prestataire à exécuter un projet de prestige ⁷⁴.

Par ailleurs, les contrats de durée exigent des règles particulières de protection. En droit actuel, celle-ci est déjà assurée par les règles contre les engagements éternels et de durée excessive (art. 27 CC), ou encore par celle de la résiliation pour justes motifs, qui interdit les contrats dont une partie ne peut se défaire malgré une rupture grave du lien de confiance ⁷⁵. Ces règles générales garderont toute leur validité dans le nouveau droit, même si elles gagneraient à être codifiées ⁷⁶.

b) Un art. 404 CO impératif pour les services « sensibles »

L'art. 404 CO impératif pourra servir à l'avenir à protéger la personnalité des parties, dans certains contrats de services « sensibles ». Il s'agira, de manière restrictive, des contrats dont l'objet touche de près à la personnalité des parties, à leur intimité et donc à leur liberté individuelle ⁷⁷. C'est le cas pour les services du

⁷² Dans ce sens, WERRO, N 274.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Voir GAUCH, p. 17.

⁷⁵ Voir WERRO, N 422 ss.

⁷⁶ Voir Rapport, p. 14.

⁷⁷ Voir WERRO/CARRON/DOUZALS, p. 221.

médecin, mais aussi de l'avocat⁷⁸, ainsi que, selon l'OFJ, de la prostituée⁷⁹. Nul ne devrait pouvoir contraindre des prestataires à effectuer de tels services, même indirectement par une pression financière, ni le client à les recevoir : il en va de la protection intangible de la liberté individuelle⁸⁰. La protection de la personnalité du client ou du patient impose cependant à l'avocat ou au médecin de ne pas abandonner celui-là avant une échéance importante, comme une audience ou une opération. Dans ces cas de résiliation en temps inopportun, le prestataire devra trouver un autre prestataire capable de mener le service ou devra assumer l'entière responsabilité du préjudice qui pourrait découler de l'inexécution du service⁸¹.

Le Conseil fédéral abandonne en tout cas à juste titre le critère de la confiance privilégiée, utilisé jusqu'à maintenant par le Tribunal fédéral pour justifier l'application de l'art. 404 CO impératif⁸². Toute profession peut invoquer la confiance particulière qu'elle crée entre le prestataire et le client, ce qui ne permet pas de délimiter clairement le champ d'application de cette disposition. Seule la question de la nécessaire protection de la personnalité compte (art. 19/20 CO et 27 CC). Reste que les tribunaux devront déterminer les mandats touchant la personnalité ou non, appliquant l'art. 404 CO impératif uniquement lorsque la situation exige cette protection⁸³. Par la formation de groupes de cas motivés, le Tribunal fédéral assurera peu à peu la prévisibilité de cette application⁸⁴. Cependant, par souci de clarté pour les justiciables, le législateur devrait codifier les règles de protection impératives, par exemple en réservant un art. 404 CO impératif à certains contrats de services *éminemment personnels*.

c) La protection du consommateur

L'avant-projet prévoit enfin une norme spéciale de protection du consommateur. Selon l'art. 404a al. 2 CO, les parties ne peuvent déroger à l'art. 404 CO dispositif dans des conditions générales. Ainsi, les consommateurs pourront toujours se départir d'un accord, conclu pour une longue durée, avec des conséquences pécuniaires limitées à l'intérêt négatif, sauf clause négociée contraire. Cette règle protège aussi les PME⁸⁵, et complète ainsi utilement la protection générale, à

⁷⁸ Il en est ainsi en tout cas pour les services résultant de l'activité *typique* de l'avocat. Plus critique sur la nécessité de protéger impérativement les avocats : GAUCH, p. 17 s.

⁷⁹ Voir JAAC 2014, p. 138.

⁸⁰ Voir WERRO/CARRON/DOUZALS, p. 221.

⁸¹ C'est le sens que donne le droit allemand à la règle de l'interdiction de la résiliation en temps inopportun des contrats de services dits « supérieurs » : §627 Abs.2 BGB ; ég. art. 405 al.2 CO.

⁸² Voir Rapport, p.13 s.

⁸³ Voir déjà BK-BECKER, N 8 ad Art. 404 OR.

⁸⁴ Voir ég. GAUCH, p.16 s.

⁸⁵ Voir Rapport, p.16.

l'efficacité controversée, de l'art. 8 LCD, qui s'applique seulement aux consommateurs. Cette protection ciblée devrait être efficace dans la majorité des cas, car les *formules de contrat*, rédigées à l'avance par un partenaire et le plus souvent utilisées avec des consommateurs, sont considérées comme des conditions générales⁸⁶. Elle sera complétée par la protection de la personnalité des parties, notamment dans les mandats des médecins et des avocats (*supra* 3.b), et celle dans les contrats conclus à distance (art. 40a ss CO).

Si l'on améliore dans le sens proposé la règle par défaut de l'art. 404 CO (*supra* 2 et 3), cette protection devrait être assurée par une règle spéciale, *réservant aux consommateurs et éventuellement aux PME*, le pouvoir de résilier en tout temps l'accord, avec une indemnité en cas de résiliation injustifiée limitée à l'intérêt négatif. Les parties ne pourraient alors déroger à cette règle que dans un accord négocié individuellement⁸⁷.

Conclusion

L'analyse du droit anglais de la résiliation du contrat a permis de révéler quelques pistes dans la perspective d'une réforme de l'art. 404 CO. Celle-ci devra rétablir la primauté de la liberté contractuelle mais aussi une protection cohérente de la force obligatoire des contrats de services. Le législateur devra codifier dans ce sens les règles par défaut utiles. Il devra également s'assurer que cette liberté ne soit pas abusée, par des règles de résiliation impératives ciblées, protégeant en particulier la liberté individuelle des parties et la partie faible.

L'avant-projet marque un retour vers la liberté contractuelle, accompagné d'une règle de protection des consommateurs, qui doit être salué. Il nécessiterait cependant quelques aménagements : des règles par défaut sur la résiliation du mandat en phase avec le droit de l'inexécution et une concrétisation de la protection de la personnalité des parties. Afin d'assurer une juste application des règles nouvelles par les juges, dans l'idée d'analogie, la suppression de l'art. 394 al. 2 CO est par ailleurs recommandée.

Cette analyse de droit comparé a forcément des limites. Le droit anglais ne connaît en effet pas certaines notions importantes du droit suisse qui méritent d'être examinées par le législateur. C'est le cas notamment de la classification des contrats selon leur rapport au temps (contrats de durée et autres), tirée du droit allemand, qui,

⁸⁶ Voir Rapport, p.19, qui évoque des *contrats types*.

⁸⁷ Cette notion correspond peut-être plus que la notion de conditions générales à la Directive 93/13/CEE.

bien qu'absente du Code, a un impact important sur le régime de la résiliation des contrats en droit suisse⁸⁸.

⁸⁸ Voir WERRO, N 368 ss ; M.CARRON, Le mandat de durée (à paraître).

Bibliographie

A. Droit suisse

- BECKER Hermann, *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd VI/2 - Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, Berne 1934 (cité : BK-BECKER).
- BUFF Felix/VON DER CRONE Hans-Caspar, « Zwingende Natur von Art. 404 OR », in SZW 2014, p. 332 ss (cité : BUFF/VON DER CRONE).
- CHAPPUIS Benoît, « Des mandats de durée déterminée de lege ferenda », in HIRSCH Laurent et al. (édit.), *Etudes pour le Prof. Alain Hirsch*, Genève 2004, p. 359 ss (cité : B. CHAPPUIS).
- CONSEIL FEDERAL, *Modification du code des obligations (mandat) - Rapport explicatif*, Berne Septembre 2016 (cité : Rapport).
- GAUCH Peter, « Art. 404 OR - Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters », in recht 1992, p. 9 ss (cité : GAUCH).
- KOLLER Alfred, « Dienstleistungsverträge - Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen », in PJA 2014, p. 1627 ss (cité : KOLLER).
- STAEHELIN Daniel, *Kommentar zum Art. 343 ZPO*, in SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2^{ème} éd., Zurich 2013 (cité : STAEHELIN).
- TERCIER Pierre/FAVRE Pascal, *Les contrats spéciaux*, 5^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2009 (cité : TERCIER/FAVRE).
- WEBER Rolf, *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd VI/1/5 - Art. 98 OR*, Berne 2000 (cité : BK-WEBER).
- WERRO Franz, « La peine conventionnelle: quelques aspects saillants de l'actualité jurisprudentielle », in PICHONNAZ Pascal/WERRO Franz (édit.), *La pratique contractuelle 2*, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 1 ss (cité : WERRO, Peine).
- WERRO Franz, *Le mandat et ses effets*, thèse d'habilitation, Fribourg 1993 (cité : WERRO).
- WERRO Franz/CARRON Maxence/DOUZALS Jacques, « Les enjeux et la concrétisation de la réforme de l'art. 404 CO », in PJA 2013, p. 213 ss (cité : WERRO/CARRON/DOUZALS).

B. Droit anglais

BEALE Hugh, *Remedies for breach of contract*, Londres 1980 (cité : BEALE).

BEATSON Jack/BURROWS Andrew/CARTWRIGHT John, *Anson's Law of Contract*, 30^{ème} éd., Oxford 2016 (cité : BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT).

BRIDGE Michael, « Freedom to exercise contractual rights of termination », in GULLIFER Louise/VOGENAUER Stefan (édit.), *Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford/Portland 2014, p. 87 ss (cité : BRIDGE).

CARTWRIGHT John, *Contract Law - An introduction to the English Law of Contract for the civil lawyer*, 2^{ème} éd., Oxford/Portland 2013 (cité : CARTWRIGHT).

FRIEDMANN Daniel, « Good faith and remedies for breach of contract », in BEATSON Jack/FRIEDMANN Daniel (édit.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford 1995 (cité : FRIEDMANN).

GLANERT Simone, *De la traductibilité du droit*, Paris 2011 (cité : GLANERT).

LEGRAND Pierre, « European legal systems are not converging », in ICLQ, 45, 1996, p. 52 ss (cité : LEGRAND).

MCKENDRICK Ewan, *Contract Law*, 11^{ème} éd., Londres 2015 (cité : MCKENDRICK, Contract).

MCKENDRICK Ewan, *Contract Law - Text, Cases and Material*, 6^{ème} éd., Oxford 2013 (cité : MCKENDRICK).

PEEL Edwin, *Treitel's The Law of Contract*, 14^{ème} éd., Londres 2015 (cité : PEEL).

ROWAN Solène, *Remedies for Breach of Contract - A comparative analysis of the protection of performance*, Oxford 2012 (cité : ROWAN).

STANNARD John/CAPPER David, *Termination for breach of contract*, Oxford 2014 (cité : STANNARD/CAPPER).

WHITTAKER Simon, « Termination clauses », in : BURROWS Andrew/PEEL Edwin (édit.), *Contract Terms*, Oxford 2007 (cité : WHITTAKER).

Annexe 2 - Propositions législatives

Source: Le mandat de durée, thèse de doctorat (en cours de finalisation)

a. La résiliation ordinaire du mandat

art. 404 CO D. Fin du contrat I. Causes 1. En général

¹ *Sauf disposition contraire, le mandat ne peut pas être résilié de manière anticipée.*

² *Il prend fin avec l'exécution des services ou lorsque le but visé est atteint.*

Cette règle ancre le principe de la protection de la force obligatoire des contrats de services, en prenant en compte la particularité que le mandataire promet certes des services mais pas l'avènement du résultat visé (*obligation de moyens*). Il découle de cette disposition que la résiliation injustifiée est en principe ineffective. A l'inverse de l'avant-projet, cette proposition abandonne la distinction historique entre révocation et répudiation du mandat. Malgré l'utilisation du seul terme de « résiliation », les mandats ne seront pas forcément liquidés de la même manière suivant leur rapport au temps (plutôt *ex tunc* pour le mandat simple et *ex nunc* pour le mandat de durée ; cp. art. 79 ss CO2020).

Art. 404a CO 2. Par expiration du temps

Un mandat fait pour une durée déterminée ou dont la durée résulte de son but prend fin à l'expiration de la durée prévue ou lorsque le but visé est atteint.

Cette règle rappelle que les contrats de durée déterminée doivent être exécutés pendant la durée convenue (cp. art. 418p CO). Ils ne prennent fin qu'à l'expiration de celle-ci voire lorsque le résultat visé par les parties est atteint plus tôt que la durée prévue. Il en va de même pour les mandats qui, sans porter sur une durée déterminée, nécessitent d'être exécutés pendant un certain temps, par exemple les services rendus en vue d'une échéance précise comme la conclusion d'une affaire. La question du renouvellement du mandat de durée déterminée n'est pas abordée (cp. art. 418p al. 2 et 3, 334 al. 2 CO ; art. 144 al. 3 CO2020).

Art. 404b CO 3. Par résiliation a. Durée indéterminée

¹ *Un mandat conclu pour une durée indéterminée, éternelle ou pour une durée supérieure à cinq ans peut être résilié par chacune des parties moyennant un préavis raisonnable.*

² *Le délai légal ou conventionnel de préavis est réservé.*

Cette disposition règle la question de la résiliation ordinaire des mandats de durée indéterminée ou excessive¹. On a renoncé ici à codifier des délais de préavis dans le droit général de services qu'est le mandat². Les parties peuvent déroger à cette règle de résiliation dans la mesure où la durée du contrat n'est ainsi pas considérée comme excessive (art. 19/20 CO et 27 CC).

¹ Cp. les dispositions similaires à l'art. III.-1:109 (2) DCFR ; art. 144 al. 1 CO2020.

² Cp. art. 418q CO ; § 621 BGB (résiliation ordinaire du *Dienstvertrag*).

b. La résiliation extraordinaire du mandat

Art. 404c CO b. Par le mandant moyennant indemnité

Le mandant peut résilier en tout temps le contrat, en indemnisant complètement le mandataire.

La présente règle prévoit un pouvoir dispositif de résilier le mandat pour le client du service (cp. art. 377 CO ; art. IV.C.-2:111 DCFR). L'indemnité n'est pas due si la résiliation est fondée en droit, par exemple sur des justes motifs.

Art. 404d CO c. Pour de justes motifs

¹ *Le mandant et le mandataire ont le droit de résilier immédiatement le contrat pour justes motifs.*

² *La résiliation injustifiée n'est effective que s'il découle de l'interprétation de la déclaration de la partie qui résilie la volonté de résilier pour un autre motif, au cas où le motif de résiliation extraordinaire invoqué n'était pas avéré.*

Cette disposition ancre dans le droit du mandat le principe en réalité général de la résiliation pour justes motifs des contrats (cp. art. 418r CO ; art. 145 CO2020). Elle règle par ailleurs la question controversée de la conversion d'une résiliation extraordinaire injustifiée en résiliation ordinaire (cp. art. 145 al. 2 CO2020).

Art. 404e CO d. Pour des services éminemment personnels

¹ *Les parties à un mandat éminemment personnel peuvent résilier le mandat en tout temps.*

² *La partie qui résilie sans en avoir le droit doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause, à l'exclusion du gain manqué.*

³ *Le mandataire ne peut résilier un mandat portant sur un service éminemment personnel que dans la mesure où les intérêts du mandant ne sont pas menacés par la résiliation. S'il résilie en temps inopportun, il doit indemniser le mandant du dommage qu'il cause à son intégrité physique ou à son patrimoine.*

⁴ *Les parties ne peuvent pas déroger au présent article.*

Art. 404f CO e. Pour des services de consommation

¹ *Le consommateur peut résilier le mandat en tout temps.*

² *Le consommateur qui résilie sans droit doit toutefois indemniser l'autre partie du dommage qu'il lui cause, à l'exclusion du gain manqué.*

³ *Les parties ne peuvent pas déroger au présent article dans des conditions générales.*

Les dispositions qui précèdent ont pour objectif de régler la résiliation en tout temps des mandats « sensibles » et des mandats de consommation³. Elles ancrent un pouvoir de résilier en tout temps, moyennant une indemnisation limitée en cas de résiliation injustifiée, similaire à l'art. 404 CO actuel. Elles prévoient également l'obligation pour les mandataires de ne pas résilier en portant préjudice aux intérêts du mandant. Elles précisent enfin le caractère impératif de la règle de libre résiliation pour les mandats éminemment personnels et l'interdiction de déroger à cette règle au détriment du consommateur dans des conditions générales⁴.

³ Cp ég. § 627 BGB ; art. IV.C.-8:110 DCFR.

⁴ Cp. art. 8 LCD ; ég. la Directive 93/13/CEE qui parle plutôt de clauses non négociées individuellement.

Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.
Rechtsanwalt
Bergstrasse 53/206
8032 Zürich
mail@arnoldrusch.ch

Dr. Eva Maissen
Rechtsanwältin
Rechtswissenschaftliches Institut
Rämistrasse 74/55
8001 Zürich
eva.maissen@rwi.uzh.ch

**Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern**

Zürich, 28. Dezember 2016

Vernehmlassung zur Revision von Artikel 404 OR

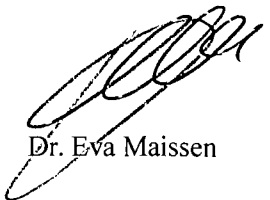
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, als Privatpersonen an der Vernehmlassung zu „*Artikel 404 OR. Anpassung an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts*“ teilzunehmen. Wir haben unsere Gedanken zur geplanten Reform im beiliegenden Artikel festgehalten, der auch in der kommenden Januarausgabe der *Aktuellen Juristischen Praxis (AJP)* erscheint.

Mit freundlichen Grüssen



Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M



Dr. Eva Maissen

Beilage: Vernehmlassung

Fällt das zwingende Kündigungsrecht beim Auftrag?

Der Bundesrat schlägt dem Parlament die Abschaffung des zwingenden jederzeitigen Beendigungsrechts beim Auftrag vor, sofern der Verzicht mit einer Individualvereinbarung erfolgt. Ausnahmen macht der erläuternde Bericht bei Verträgen im höchstpersönlichen Bereich, bei übermässiger Bindung und bei wichtigen Gründen. Dieser Beitrag richtet den Fokus auf die Wichtigkeit des jederzeitigen Kündigungsrechts in Konsumentenverhältnissen und schlägt Alternativen vor.

Le Conseil fédéral réagit à la critique de l'art. 404 CO actuel et veut en faire une règle dispositive. Les parties pourraient exclure le droit de résilier le contrat en tout temps ; les clauses s'écartant des obligations légales devraient être considérées comme nulles si elles figurent dans des conditions générales. Le rapport préliminaire voit d'autres exceptions dans les cas visés par les art. 19 al. 2 CO et art. 27 al. 2 CC et dans les cas où il y a de justes motifs. Dans cette contribution, les auteurs démontrent l'importance de la résiliation en tout temps pour les consommateurs et proposent des alternatives.

ARNOLD F. RUSCH²/EVA MAISSEN³

I. Ausgangslage

A. Vorentwurf

Der Vorschlag des Bundesrats zur Ergänzung des Obligationenrechts um einen neuen Art. 404a OR¹ lautet wie folgt:

b. Abweichende Vereinbarungen

Art. 404a

¹ Das jederzeitige Widerrufs- oder Kündigungsrecht kann wegbedungen oder eingeschränkt werden.

² Eine solche Abrede ist nichtig, wenn sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist.

B. Erläuterungen zum Vorentwurf

Das Bundesamt für Justiz hält fest, dass das Auftragsrecht mit der zwingenden jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit² nicht mehr den Anforderungen der heutigen Zeit entspreche und der Wirtschaft schade, die verlässliche und dauerhafte Vertragsverhältnisse wünsche. Der Bericht anerkennt diesen Wunsch besonders für Dienstleistungsverträge, Managementverträge, Outsourcingverträge, IT-Dienstleistungsverträge, Forschungs- und Entwicklungsverträge sowie Immobilienverwaltungsverträge.³ Die Erläuterungen betonen, dass auch bei einer individualvertraglichen Aufhebung des jederzeitigen Kündigungsrechts stets die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund bestehe. Bei Verträgen im höchstpersönlichen Kernbereich sei die Aufhebung des Kündigungsrechts überdies sittenwidrig. Dasselbe gelte auch ausserhalb dieses

² ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität Fribourg.

³ EVA MAISSEN, Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberassistentin für Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht, Universität Zürich.

¹ Vorentwurf, Internet: <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-09-16/vorentw-d.pdf> (14.12.2016).

² Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das jederzeitige Kündigungsrecht in Art. 404 OR zwingender Natur und kann deshalb vertraglich nicht wegbedungen oder eingeschränkt werden. Dies gilt nicht nur für reine Aufträge, sondern auch für gemischte Verträge, bei denen eine Anwendung des Beendigungsregimes gemäss Art. 404 OR als sachgerecht erscheint, vgl. statt vieler BGer, 4A_284/2013, 13.2.2014, E. 3.5.1, m.w.H.

³ Erläuternder Bericht, 11, Ziff. 1.5.2, Internet: <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-09-16/vn-ber-d.pdf> (16.12.2016).

Kernbereichs bei Vorliegen einer übermässigen Bindung.⁴ Der Ausschluss des jederzeitigen Kündigungsrechts dürfe jedoch nicht mittels AGB erfolgen, weil sonst nicht sichergestellt sei, dass die Vereinbarung in jedem Fall tatsächlich dem Willen beider Vertragsparteien entspreche.⁵ Die Nichtigkeit einer *AGB-Vereinbarung* streichen die Erläuterungen als Vorteil heraus: So seien auch KMU vom Schutz erfasst, während das Risiko für Konsumenten besonders gering sei, da meist AGB die Verträge in diesem Bereich regelten oder die Verträge häufig Bindungen im höchstpersönlichen Kernbereich aufwiesen und so stets kündbar seien.⁶

II. Kritik

Die nachfolgenden Überlegungen widmen sich der Untauglichkeit dieses Vorschlags, der einerseits über das Ziel hinausschiesst, andererseits aber wirkliche Missstände nicht berücksichtigt und zu viele Fragen offenlässt.

A. Vorliegen von AGB

Dass der Vorentwurf den Verzicht auf das jederzeitige Kündigungsrecht in AGB nicht zulässt, ist für sich genommen sicher richtig. Das Vorliegen von AGB ist indes nicht so eindeutig feststellbar und äusserst missbrauchsanfällig.

So warnt KOLLER eindringlich davor, AGB zu verhandeln: Wer nur schon darüber verhandelt, riskiere, dass diese plötzlich als Individualvereinbarung gelten.⁷ Das Bundesgericht hält dazu fest: „*Ob ein Vertrag als Formularvertrag zu gelten hat, beantwortet sich nicht danach, wer Urheber der ersten Vertragsfassung ist. Entscheidend ist vielmehr, ob es ohne Verhandlungen über den Vertragsinhalt im Wesentlichen bei der vom Urheber geschaffenen Fassung geblieben ist oder ob der Urheber mit dem Vertragspartner zumindest in einer Weise über den Inhalt verhandelt hat, dass das Verhandlungsergebnis einem individuell ausgehandelten Einzelvertrag gleichgestellt werden kann.*“⁸

Die Unschärfe dieser Erwägungen hat sofort Begehrlichkeiten geweckt. Rechtsanwälte empfehlen bereits, Klauseln in den Vertragstext aufzunehmen, wonach die Vertragsparteien alle Klauseln individuell ausgehandelt hätten: „*Der Kunde bestätigt mit seiner Unterschrift, dass er den vorliegenden Vertrag mit dem Vermögensverwalter im Einzelnen ausgehandelt und besprochen hat, sämtliche Bestimmungen versteht, dieser Vertrag seinen individuellen Bedürfnissen entspricht und der Kunde daher mit den sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen ausdrücklich einverstanden ist.*“⁹ Es kommen dann doch noch ein paar Vorbehalte: „*Eine solche Regelung setzt indessen voraus, dass der Vermögensverwalter sich vor Vertragsunterzeichnung denn auch tatsächlich in der Verhandlung einzelner Vertragsklauseln flexibel gezeigt hat und entsprechend für sinnvolle (und seitens des*

⁴ Erläuternder Bericht (FN 3), 14, Ziff. 2.1.1, unter Hinweis auf CHK-REGINA E. AEBI-MÜLLER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-VERFASSER), Art. 27 ZGB N 9 ff. und CHK-KUT (FN 4), Art. 19-20 OR N 31.

⁵ Erläuternder Bericht (FN 3), 16, Ziff. 2.1.2.

⁶ Erläuternder Bericht (FN 3), 20, Ziff. 3.3 und 21, Ziff. 3.4.

⁷ Vgl. das Zitat bei THOMAS MÜLLER, «Verhandeln Sie nie über AGB!», Tages-Anzeiger, 9.11.2016, Internet: <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/sozial-und-sicher/verhandeln-sie-nie-ueber-agb/story/23672062> (16.12.2016) und bei CLAUDE CHATELAIN, «Verhandeln Sie nie über AGB», Berner Zeitung, 28.4.2015, 16.

⁸ BGer, 4P.135/2002, 28.11.2002, E. 3.3.

⁹ JEAN-MARC SCHALLER, Der perfekte Vermögensverwaltungsvertrag, AJP 2012, 56 ff., 58; vgl. das österreichische Beispiel einer solchen AGB-Klausel, Internet: <http://www.koller-gmbh.at/agb.html> (Ziff. 1.4; 16.12.2016). In Deutschland sind solche Klauseln nichtig, vgl. dazu JÜRGEN STÜBING, Tatsachenbestätigungen und Fiktionen in AGB, NJW 1978, 1606 ff., 1611 und BGH, IV ZR 135/75, 20.10.1976, in: BeckRS 1976, 30997216. Der BGH erachtet überdies auch eine individuell ausgehandelte „Bestätigungsklausel zum Aushandeln von AGB“ für die Darlegung eines „Aushandelns“ als bedeutungslos (BGH, VII ZR 248/13, 20.3.2014, in: NJW 2014, 1725, E. 2.a.cc f. Es ging dabei um folgende Vertragsklausel: „*Der AN bestätigt ausdrücklich, dass im Rahmen der vergangenen Verhandlungen zum GU-Vertrag über jede Vertragsklausel ausgiebig und ernsthaft mit dem AG diskutiert und verhandelt wurde. Der AN ist sich daher mit dem AG darüber einig, dass es sich bei dem geschlossenen Generalunternehmervertrag um einen Individualvertrag handelt.*“).

*Vermögensverwalters unter Risikoaspekten auch tragbare) Änderungswünsche seiner Kundschaft offen war. Eine solche (nachweisliche) Bereitschaft des Vermögensverwalters zu Vertragsverhandlungen senkt die Wahrscheinlichkeit, dass ein Gericht in einem späteren Streitfall eine vertragliche Klausel als AGB qualifiziert und alsdann unter diesem Aspekt "kontrolliert".*¹⁰

Dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Praxis Tür und Tor für Missbräuche öffnet und die Risiken einer gerichtlichen Auseinandersetzung in die Höhe schnellen lässt, liegt gerade bei der geplanten Aufhebung des zwingenden jederzeitigen Kündigungsrechts auf der Hand. Schon die oben dargestellte Rezeption des Urteils in der Literatur zeigt dies deutlich. Man nimmt als AGB-Verwender bewusst ein paar besonders hässliche und auffällige Klauseln in den Vertrag und zeigt sich bei deren Änderung grosszügig – und schon sind es *scheinbar gesamthaft*¹¹ keine AGB mehr. Zu guter Letzt lässt man sich noch vorformuliert oder individuell vereinbart bestätigen, wie grosszügig man war. Die Bestätigungsklausel ist unseres Erachtens entweder nicht notwendig oder nichtig. Haben die Parteien alles ausgehandelt, braucht es die Klausel nicht. Ohne vollumfängliche Aushandlung ist die Klausel unseres Erachtens nichtig: Die *vorformulierte* Bestätigung versucht, die Beweislast des Anbieters für die individuelle Aushandlung auf den Kunden zu verschieben und schafft auf diese Weise ein erhebliches Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten.¹² Nur wenn die Parteien tatsächlich alles individuell aushandeln, bleibt das AGB-Korrektiv gesamthaft nicht anwendbar. *Dass eine vorformulierte Klausel den Schutz vor vorformulierten Klauseln beseitigt, ist nach allen Regeln der Logik undenkbar.* Es wäre nach allen Regeln der Logik undenkbar, müssen wir leider präzisieren: Wenn das Bundesgericht sogar dem Fettdruck in ungelesenen AGB¹³ und einer vorformulierten Bestätigung des Erhalts der AGB¹⁴ eine Bedeutung zumisst, muss man vielleicht auch in solchen Dimensionen denken lernen. Aber selbst die *individuell vereinbarte* Bestätigung der Aushandlung ist unwirksam, wenn diese in Tat und Wahrheit nicht erfolgt ist. Das AGB-Korrektiv ist zwingender Natur und lässt sich nicht mit einer individuellen Verzichtserklärung aushebeln.¹⁵ Die oben erwähnte Empfehlung zur Verwendung der Bestätigungsklausel lässt erahnen, wie die Wirtschaft auf die vorgeschlagene Regelung reagiert. In der Praxis wird eine solche Klausel unabhängig von ihrer Gültigkeit viele Kunden vor Prozessen abhalten, weil sie vermeintlich selber etwas bestätigt haben,

¹⁰ SCHALLER (FN 9), AJP 2012, 58, Unterstreichung hinzugefügt.

¹¹ In Deutschland ist dies zu Recht nicht so, vgl. BGH, VII ZR 316/81, 17.5.1982, in: NJW 1982, 2309, E. 1b: „Selbst wenn die Vertragsdauer zwischen den Parteien besonders vereinbart und somit „ausgehandelt“ sein sollte, bleiben doch die nicht ausgehandelten Vertragsbedingungen über den Kündigungsausschluss und über die Versicherung der Vollkaufmannseigenschaft AGB, die der Beurteilung nach dem AGB-Gesetz unterliegen.“ und TOBIAS MIETHANER, AGB oder Individualvereinbarung – die gesetzliche Schlüsselstelle „im Einzelnen ausgehandelt“, NJW 2010, 3121 ff., 3122: „Zudem wurde klargestellt, dass die Abänderungsbereitschaft für den jeweiligen Vertrag vorliegen muss und nicht aus Verhandlungen über ein früheres – gleichartiges – Geschäft hergeleitet werden kann. Sie muss auch gerade die konkret zu überprüfende Klausel betreffen; ein Aushandeln anderer Bestimmungen genügt nicht. Dass sich der Vertragspartner über den Vertragsinhalt im Klaren war, reicht bei fehlender Abänderungsbereitschaft des Verwenders für ein Aushandeln nicht aus.“; so spricht sich z.B. auch THOMAS PROBST, in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N 85 dafür aus, dass einzelne individuell ausgehandelte Klauseln nicht zur Umwandlung der gesamten AGB in einen Individualvertrag führen. Er spricht weitergehend sogar von der Vermutung der Nichtverhandlung von AGB.

¹² Die Beweislast für die individuelle Aushandlung trägt der AGB-Verwender, vgl. PROBST (FN 11), N 85, m.w.H.; vgl. ANDREAS KAPPUS, Der „steinige Weg“ des AGB-Verwenders zur Individualvereinbarung, NJW 2016, 33 ff., 34: „War ein dem vorstehenden Muster entsprechender Satz bereits im zu den Verhandlungen vorgelegten Vertragsentwurf des Verwenders enthalten, wäre zudem § 309 Nummer 12 BGB zu beachten, weil ein solcher Satz die dem Verwender obliegende Beweislast zum Vertragspartner hin verschöbe, wonach gerade kein insgesamt ausgehandelter Individualvertrag vorliegt (...).“ und BGH, IVa ZR 173/85, 28.1.1987, in: NJW 1987, 1634, E. 5a; vgl. auch Art. 3 Abs. 2 der RL 93/13/EWG: „Behauptet ein Gewerbetreibender, dass eine Standardvertragsklausel im einzelnen ausgehandelt wurde, so obliegt ihm die Beweislast.“

¹³ BGer, 4A_475/2013, 15.7.2014, E. 5.3.1.

¹⁴ BGer, 4A_213/2014, 26.6.2014, E. 2.3.2.

¹⁵ Vgl. BGH, VII ZR 248/13, 20.3.2014, in: NJW 2014, 1725, E. 2.a.cc.

was nicht so war und wegen fehlender oder fehlerhafter Urteile in der Sache nicht wissen, wie Schweizer Gerichte dazu stehen.¹⁶

Des Weiteren statuiert Art. 404a OR nur, dass die Parteien das jederzeitige Widerrufsrecht wegbedingen oder einschränken können. Der neue Artikel äussert sich hingegen nicht dazu, *wie* dies zu geschehen hat. Einigen sich die Parteien auf eine feste Laufzeit des Vertrages, könnten Gerichte bereits versucht sein, darin einen impliziten, aber eben individuell vereinbarten Ausschluss des Widerrufsrechts zu sehen: Hat ein Vertrag eine bestimmte Laufzeit, so kann er vor deren Ablauf nicht jederzeit beendet werden.¹⁷ Den Konsumenten wird indes in der Regel nicht bewusst sein, dass sie schon durch die Wahl der Vertragsdauer auf den jederzeitigen Widerruf verzichten.

Unklar ist auch, unter welchen Voraussetzungen die Vereinbarung einer festen Laufzeit eine Individualvereinbarung darstellt. Kann der Kunde die Laufzeit seines Vertrages völlig frei wählen, gilt diese wohl als individuell vereinbart, zumal dem Kunden in diesen Fällen eine tatsächliche Einflussnahme auf den Vertragsinhalt¹⁸ offen steht. Kann der Kunde aber bloss eine Auswahl an verschiedenen Laufzeiten (z.B. 6, 12 oder 24 Monate) wählen, wäre eine tatsächliche Einflussnahme auf den Vertragsinhalt und damit eine Individualvereinbarung zu verneinen.¹⁹ Der Anbieter könnte genauso gut drei Formulare mit der jeweiligen Laufzeit vorlegen. Denkbar sind unzählige Varianten, bei denen der Kunde selbst ein Häkchen setzt oder von Hand Zutreffendes unterstreichen kann. Solche Klauseln mit einer vermeintlichen Wahlmöglichkeit erwecken den falschen Eindruck, dass eine Aushandlung des Inhalts stattgefunden hat und im Ergebnis keine AGB mehr vorliegen.

Diese Ausführungen zeigen die Gefahren, die mit einem Verbot des jederzeitigen Kündigungsausschlusses lediglich in AGB verbunden sind. Die Frage nach dem Vorliegen von AGB oder Individualvereinbarungen eröffnet der Praxis einen zu grossen Spielraum, was sich wiederum negativ auf die gerichtliche Durchsetzung des Rechts für Konsumenten auswirkt.

B. Schwammigkeit der allgemeinen Schranken zur zwingenden Beendigung

Auch bei einem individuell vereinbarten Kündigungsausschluss soll nach dem erläuternden Bericht weiterhin die Möglichkeit bestehen, bestimmte Aufträge unter Berufung auf die allgemeinen Schranken in Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 27 ZGB aufzulösen. Diese beiden allgemeinen Schranken würden den Parteien einen ausreichenden Schutz gewähren, argumentiert der erläuternde Bericht.²⁰ Bei genauer Betrachtung erweisen sich die angesprochenen Schranken aber als überaus schwammig und als für einen konsequenten Rechtsschutz der Konsumenten vollkommen unzureichend. So erschliesst sich bei der Lektüre des erläuternden Berichts nicht, in welchen konkreten Fällen sich die Parteien eines Auftragsverhältnisses auf diese allgemeinen Schranken berufen können.

¹⁶ Zum Problem der fehlenden Urteile in der Sache und zur Anwendungsunwilligkeit der Gerichte siehe ARNOLD F. RUSCH, Will das Recht, dass man klagt? In: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sørensen/Miguel Sogo/Hans Schmid (Hrsg.), *Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, 569 ff., 581 ff.

¹⁷ Den Konnex der vereinbarten Dauer und dem Kündigungsrecht zeigt BGE 4A_284/2013, 13.2.2014, E. 3.5.1: „Nach Art. 404 Abs. 1 OR kann ein Auftrag jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Dieses Beendigungsrecht ist zwingend und darf weder vertraglich wegbedungen noch eingeschränkt werden. Es besteht daher auch, wenn ein Auftrag mit einer festen Dauer vereinbart wurde (BGE 104 II 108 E. 4 S. 115 ff).“

¹⁸ Eine Einflussnahme auf den Inhalt verlangt z.B. Art. 3 Abs. 2 der RL 93/13/EWG: „Eine Vertragsklausel ist immer dann als nicht im einzelnen ausgehandelt zu betrachten, wenn sie im voraus abgefasst wurde und der Verbraucher deshalb, insbesondere im Rahmen eines vorformulierten Standardvertrags, keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte.“

¹⁹ Vgl. hierzu eingehend und m.w.H. EVA MAISSEN, Die automatische Vertragsverlängerung unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Diss. Zürich 2012, N 125. THOMAS KOLLER lässt die Frage offen, vgl. sein Zitat in THOMAS MÜLLER, Wichtiger Schutz steht auf der Kippe, *Tages-Anzeiger*, 7.11.2016, 10.

²⁰ Erläuternder Bericht (FN 3), 14, Ziff. 2.1.1.

Seit geraumer Zeit unterscheidet das Bundesgericht zwischen der Sittenwidrigkeit eines Vertrages und einem Verstoss gegen das Recht der Persönlichkeit, der im Übermass der Bindung besteht.²¹ Sittenwidrig und damit von Amtes wegen nichtig sind nur solche Verträge, die den höchstpersönlichen Kernbereich einer Person tangieren, für die eine vertragliche Verpflichtung prinzipiell nicht in Frage kommt (z.B. Ordensgelübde, Leihmutterverträge oder die Verpflichtung, eine Religion zu praktizieren).²² Der Vertrag eines Patienten mit seinem Arzt ist zwar nicht deswegen sittenwidrig und von Amtes wegen nichtig, weil er den höchstpersönlichen Kernbereich (körperliche Integrität) betrifft.²³ Nichtig ist allerdings die Verpflichtung für die Zukunft, d.h. der Patient muss den Behandlungsvertrag jederzeit auflösen können.²⁴

Ausserhalb des höchstpersönlichen Bereichs ist eine vertragliche Bindung nur dann gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB unzulässig, wenn ein bestimmtes Ausmass überschritten wird. Das Bundesgericht sieht in solchen Fällen nicht eine von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeit infolge Sittenwidrigkeit als adäquate Rechtsfolge, sondern das Recht, die Vertragserfüllung zu verweigern.²⁵ Zur Beurteilung einer potentiell übermässigen Bindung stellt die Lehre auf verschiedene Kriterien ab, darunter auch auf die Intensität und die Dauer der vertraglichen Vereinbarung.²⁶

Das Bundesgericht hat demgegenüber die Unabdingbarkeit des jederzeitigen Widerrufsrechts in Art. 404 OR mit dem *besonderen Vertrauenselement des Auftragsverhältnisses* begründet.²⁷ Ob jedem Auftrag ein Vertrauenselement innewohnt, mag man in Frage stellen. Gründet ein Auftrag aber auf einem Vertrauensverhältnis, so besteht unweigerlich ein Bedürfnis, sich von dieser Bindung jederzeit und voraussetzungslos lösen zu können. Eine Interessenwahrnehmung durch den Beauftragten kann nicht mehr erfolgen, wenn der Auftraggeber kein Interesse mehr daran hat. Diesem – im Übrigen von einem grossen Teil der Lehre anerkannten²⁸ – Bedürfnis können Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB alleine nicht Rechnung tragen.²⁹ Der erläuternde Bericht lässt vielmehr die Befürchtung zu, dass das Vorliegen eines Vertrauensverhältnisses für die Bejahung dieser allgemeinen Schranken der jederzeitigen Kündbarkeit nicht ausschlaggebend sein soll.³⁰

Auch das als zusätzliches Instrument angesprochene Recht zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen „aus wichtigem Grund“ hilft hier nicht weiter. Dieses ermöglicht bei

²¹ BGE 129 III 209 E. 2.2.

²² BK-EUGEN BUCHER, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, 2. Abteilung, 2. Teilband, Art. 27 ZGB, 3. A., Bern 1993, Art. 27 N 119, 121 und CHK-KUT (FN 4), Art. 19 OR N 31; HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. A., Bern 2016, N 11.12 f.

²³ Die (traditionelle) Nichtigkeitsfolge für den Vertrag würde bedeuten, dass eine vereinbarte Vergütung auch bei Erfüllung des Vertrages nicht gefordert werden kann; vgl. zum Vorschlag eines flexiblen Nichtigkeitsbegriff BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. A., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-VERFASSER), Art. 27 N 18 ff.

²⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 22), N 11.14 f. mit weiteren Beispielen und N 11.44; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/JÖRG SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 831.

²⁵ BGE 129 III 209 E. 2.2; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 22), N 11.46 schlagen weitere Anpassungsmodalitäten bei einer übermässigen Bindung vor; vgl. auch CR CC-MARCHAND, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1-539 CC, Basel 2010 (zit. CR CC-VERFASSER), Art. 27 N 20.

²⁶ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE (FN 23), Art. 27 N 10 ff.; CR CC-MARCHAND (FN 25), Art. 27 N 14.

²⁷ BGE 115 II 464 E. 2a.

²⁸ Vgl. zum Stand der Lehre hierzu eingehend CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (FN 4), Art. 404 OR N 8, m.w.H.

²⁹ Das berücksichtigen FRANZ WERRO/MAXENCE CARRON/JACQUES DOUZALS, Les enjeux et la concrétisation de la réforme de l'art. 404 CO, AJP 2013, 213 ff., 219: „*Contrairement à ces auteurs, nous estimons cependant préférable de ne pas toucher au caractère intangible et reconnu à chaque partie de mettre fin au contrat en tout temps. Il serait inadéquat de ne pas prendre en compte la crainte et l'insécurité que provoquerait une restriction du pouvoir de résilier du mandataire.*“ Diese Autoren berücksichtigen überdies in ihrem Vorschlag das Vertrauensverhältnis explizit und sehen dispositives Recht nur dort vor, wo kein „*mandat éminemment personnel ou gratuit*“ vorliegt. Ihr Hauptanliegen besteht darin, die Beendigungsmacht vom Beendigungsrecht zu trennen („*La distinction claire entre le pouvoir et le droit de résilier*“). Die Beendigung ist stets möglich, verpflichtet aber in gewissen Situationen zu Schadenersatz.

³⁰ In Ziff. 2.1.1 stellt sich der erläuternde Bericht (FN 3) vielmehr auf den Standpunkt, dass das Vertrauensverhältnis auch gerade dafür sprechen könne, einen Auftrag nicht jederzeit widerrufen zu dürfen.

Dauerschuldverhältnissen die Auflösung des Vertrages, wenn dessen Fortführung für die eine Partei eine unzumutbare Einschränkung ihres Persönlichkeitsrechts bedeuten würde.³¹ Ein Bekenntnis, dass etwa bei Aufträgen mit einem Vertrauenselement stets ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt – aufgrund der blossen Tatsache, dass der Auftraggeber das Mandat beenden möchte – sucht man im erläuternden Bericht vergebens.³² Darüber hinaus ist auch unklar, ob die Unzumutbarkeit der Fortführung nur dann vorliegt, wenn der Vertragspartner das Vertrauen tatsächlich zerstört hat. Ein Konsument hätte diesfalls vor Gericht nicht nur darzulegen, dass dem Auftragsverhältnis ein Vertrauenselement innewohnt, sondern zudem, dass der Beauftragte dieses Vertrauensverhältnis verletzt oder gar zerstört hat.

Wer sich also nach neuem Recht auf die alleine verfügbaren, allgemeinen Schranken des Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB stützen muss, hat mit diversen Ungewissheiten zu kämpfen. Der erläuternde Bericht erläutert gerade nicht, welche Verträge neben dem in Ziff. 2.1.1 und Ziff. 2.2 stets als einziges Beispiel genannten ärztlichen Behandlungsvertrag als höchstpersönlich gelten.³³ Gehört der Vertrag mit dem Anwalt oder mit dem Vermögensverwalter auch dazu? Was unter diese Schranken fällt, ist maximal unklar. Das verwandte Beispiel in BGE 136 III 401 zeigt dies. Es ging um einen Vertrag zur Veröffentlichung erotischer und pornografischer Bilder und Filme einer Frau im Internet. Zwei untere Gerichte bejahten die Notwendigkeit der jederzeitigen Widerruflichkeit einer solchen Einwilligung – *aus unterschiedlichen Gründen*: die erste Instanz erachtete die ganze Vereinbarung als nichtig. Das Obergericht sah dafür keine Notwendigkeit, solange die Frau die Einwilligung für die Zukunft zurücknehmen könne.³⁴ Das Bundesgericht wiederum verneinte die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB gänzlich.³⁵ Dies verdeutlicht, dass auch ein Vertrauensverhältnis – und ein solches lässt sich bei der Vermarktung von erotischen Bildern und Filmen sicher bejahen – nicht ausreicht, um die Grenzen der Sittlichkeit und des Schutzes vor übermässiger Bindung anzuwenden. Das Hin und Her im Prozessverlauf und die Grosszügigkeit dieses Entscheides lassen für den Auftrag nichts Gutes erwarten: Das in Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB statuierte Korrektiv greift beim Auftrag viel zu spät. Wann es genau greift, weiss niemand. Das sind zwei besonders schlechte Voraussetzungen für eine griffige Anwendung der vorgeschlagenen Revision. Bei unklaren Grenzen tritt gerade das ein, wovor das Bundesgericht immer gewarnt hat: Die Rechtssicherheit nimmt massiv Schaden, wenn die jederzeitige Widerruflichkeit nur bei gewissen Aufträgen gilt, aber niemand genau weiss, welche Aufträge unter diese Kategorie fallen.³⁶

³¹ Erläuternder Bericht (FN 3), 14, Ziff. 2.1.1 und 19, Ziff. 2.2, beide unter Hinweis auf BGE 128 III 428 E. 3c.

³² PETER GAUCH, Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, Urteilsanmerkung zu BGE 115 II 464 ff., recht 1992, 7 ff., 19 führt hier zumindest folgendes aus: „*Hat der Beauftragte nach dem Inhalt des konkreten Vertrages „eine ausgesprochene Vertrauensstellung“, so kann das Persönlichkeitsrecht des Auftraggebers sogar jede vertragliche Einschränkung seines freien Kündigungsrechts verbieten.*“

³³ BSK OR I-WEBER, Art. 404 N 10, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-VERFASSER), bezeichnet z.B. nicht nur den Vertrag mit einem Arzt, sondern auch denjenigen mit einem Rechtsanwalt und Treuhänder als höchstpersönlich: „*Kantonale Gerichtsentscheide (...) und die Mehrheitsauffassung in der Lehre (...) unterscheiden zwischen den sog. typischen und atypischen Aufträgen. «Typisch» und damit zwingend frei widerruflich ist ein Auftrag dann, wenn er unentgeltlich oder – bei Entgeltlichkeit – höchstpersönlicher Natur ist (z.B. Arzt, Rechtsanwalt, Treuhänder; bei diesen Verträgen würde eine Bindung gegen die persönliche Freiheit verstossen (...)).*“

³⁴ Vgl. die Hinweise in BGE 136 III 301 E. 5.4.1.

³⁵ BGE 136 III 401 E. 5.2.3.

³⁶ Vgl. BGE 115 II 464 E. 2a.bb und BGE 98 II 305 E. 2a; vgl. JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR VII/6, Basel 2000, 69 und FELIX BUFF/HANS CASPAR VON DER CRONE, Zwingende Natur von Art. 404 OR, SZW 2014, 332 ff., 335.

C. Unklare Rechtsfolgen

Der erläuternde Bericht erwähnt die Rechtsfolgen einer Wegbedingung des jederzeitigen Widerrufsrechts nicht klar. Man kann zwar nicht mehr künden und muss die Vergütung weiterhin bezahlen, das ist soweit klar. Wenn aber der Auftraggeber die Leistungen des Beauftragten nicht mehr annimmt und oder diesem die Grundlagen der Leistungserbringung vorenthält, befindet er sich im Gläubigerverzug. Der erläuternde Bericht hält für diesen Fall unter Hinweis auf Art. 95 OR lediglich fest, dass der Beauftragte nach den Regeln des Schuldnerverzugs zurücktreten könne und dass auch für diesen Fall die spezielle Vereinbarung des positiven Interesses möglich sei.³⁷

Leider ist dies nicht so klar, wie es der erläuternde Bericht vorgibt. Weshalb soll man *erstens* nur zurücktreten können? Wenn man den Hinweis in Art. 95 OR anders versteht, könnte es ein Verweis auf alle Möglichkeiten des Schuldnerverzugs sein, die gemäss Art. 107 Abs. 2 OR sogar das positive Interesse auch ohne spezielle Abmachung vorsehen.³⁸ Die bundesgerichtliche Auslegung des Art. 95 OR sieht *zweitens* beim Rücktritt keinen Schadenersatz vor.³⁹ Das wäre für Konsumenten an sich vorteilhaft. Das Bundesgericht bietet indes *drittens* eine Variante an, die schnell und unkompliziert vom Gläubigerverzug auf den gesamten Schuldnerverzug ausweicht, wenn die Verweigerung von Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen auch Probleme bei der Erfüllung der Gegenleistung erwarten lässt: „*Cependant lorsque le refus d'accepter la chose ou d'accomplir les actes préparatoires – comme de passer commande par exemple – est lié au refus de payer le prix, il y a demeure de l'acheteur, débiteur du prix, avec les effets visés aux art. 103 à 109 CO.*“⁴⁰ Diese Regel lässt sich auf das Auftragsrecht problemlos übertragen. Überhaupt kann man sich *viertens* fragen, weshalb nicht einfach wie beim Arbeitsvertrag gemäss Art. 324 OR ein Erfüllungsanspruch mit Anrechnung allfälliger Einsparungen besteht.⁴¹ Den Weg über den Schadenersatz könnte man sich dann sparen, doch fehlt dafür im Auftragsrecht eine dem Art. 324 OR oder § 615 BGB entsprechende Norm.

Im Sinne eines Fazits lässt sich festhalten, dass die Rechtsfolgen einer blossen Wegbedingung der jederzeitigen Kündbarkeit noch weitgehend unbekannt sind und die Aussage, dass die Parteien das positive Interesse vereinbaren können, als unnötig erscheint: es ist schon bei blossem Ausschluss der jederzeitigen Kündbarkeit im Rahmen des Schuldnerverzugs wählbar, was die Gefahr für Konsumenten erhöht.

D. Faktische Zulässigkeit der automatischen Vertragsverlängerung

Schon heute kommt Art. 404 OR trotz der an sich strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur zwingenden Natur⁴² nicht genügend zur Geltung, was grosse Probleme verursacht. Vielerlei Aufträge oder auch Verträge mit prägenden auftragsrechtlichen Elementen sehen eine feste Vertragsdauer verbunden mit einer automatischen Vertragsverlängerung vor.⁴³ Gerade im Bereich der elektronischen Partnerschaftsvermittlung gilt je nach Vertragsqualifikation die jederzeitige Widerruflichkeit gestützt auf Art. 406d Ziff. 7 OR i.V.m. Art. 404 Abs. 1 OR oder, wenn man bei der elektronischen

³⁷ Erläuternder Bericht (FN 3), 18, Ziff. 2.2.

³⁸ CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2014, N 989.

³⁹ BGE 110 II 148 E. 1b: „*Les règles sur la demeure du créancier sont d'ailleurs impropres à aboutir à l'octroi de dommages-intérêts au vendeur ou à lui permettre d'obtenir de l'acheteur le paiement du prix; elles n'aménagent au vendeur, débiteur d'une prestation, que la faculté de se libérer valablement de ses obligations ou de se départir du contrat, en conformité d'ailleurs des dispositions sur la demeure du débiteur (art. 95 CO).*“

⁴⁰ BGE 110 II 148 E. 1a.

⁴¹ Zur Rechtsnatur des Anspruchs aus Art. 324 OR vgl. CHK-EMMEL (FN 4), Art. 324 OR N 3, m.w.H. und BGer, 4A_291/2008, 2.12.2008, E. 3.2; diese Lösung hat auch der deutsche Gesetzgeber für entgeltliche Aufträge gewählt (§ 615 BGB).

⁴² Vgl. die Angaben FN 2.

⁴³ Vgl. z.B. Ziff. 15 der AGB für ein Fitnessabo bei www.fitorama.ch/PDF/FLG_Vertragsformular.pdf (16.12.2016); vgl. insbesondere auch Ziff. 5.3 der Parship-AGB, Internet: <https://www.parship.ch/termsandconditions> (16.12.2016).

Partnerschaftsvermittlung von einem gewöhnlichen Auftrag ausgeht, Art. 404 Abs. 1 OR.⁴⁴ Solche Aufträge mit automatischer Vertragsverlängerung haben sich faktisch durchgesetzt, weil sie sich aufgrund des unzumutbaren Rechtsweges mit einer blossen Betreibungsandrohung erzwingen lassen. Hinzu kommt, dass das Bundesgericht die automatische Vertragsverlängerung unterstützt und aufgrund des Interesses an Planungssicherheit als gerechtfertigt erachtet.⁴⁵ Damit schützt das Bundesgericht eine Lösung, die auf die Übertölpelung der Konsumenten abzielt. Dabei wäre es in vielen Fällen gar nicht schwierig, rechtzeitig Klarheit über die Weiterführung eines Vertrages zu schaffen. Wer eine Leistung auch im nächsten Jahr will, muss einfach vorgängig bezahlen. Die Einfachheit dieser Alternative zeigt, dass es für die automatische Vertragsverlängerung in allgemeinen Geschäftsbedingungen keine seriösen Anwendungen gibt.⁴⁶ Dass es heute anders ist, muss man bedauern. Es öffnet indes die Augen für die Zukunft mit erweiterten Bindungsmöglichkeiten, die sich durch die Revision ergeben: Die automatische Vertragsverlängerung ist jetzt schon die *vertragsrechtliche Geissel der Menschheit*. Sie kann mit der Revision ihren Siegeszug auch im Auftragsrecht fortsetzen.

E. Zulässigkeit des pauschalierten Schadenersatzes

Der in auftragsrechtsrechtlichen AGB pauschalierte Schadenersatz verwässert den Rechtsschutz der Konsumenten schon heute. Das Bundesgericht hat sich zwar stets klar und deutlich zum zwingenden Charakter des Art. 404 OR geäussert. Dennoch bleibt eine Lücke, die für grosse Unsicherheit sorgt. Diese Lücke besteht auch beim neuen Gesetzesentwurf.

Wenn beispielsweise ein Unterrichtsvertrag in den AGB vorsieht, dass man das bezahlte Entgelt bei einer vorzeitigen Kündigung des Unterrichts unter keinen Umständen zurückerhält, stellt dies eindeutig eine Einschränkung des jederzeitigen Kündigungsrechts dar. Diese Klausel wäre auch unter geltendem Recht nichtig, weil sie keine Ausnahme für die Kündigung macht, die *aus wichtigem Grund* oder *nicht zur Unzeit* erfolgt. Das Bundesgericht praktiziert in solchen Fällen indes eine geltungserhaltende Reduktion und fragt, ob eine Kündigung zur Unzeit im Sinne des Art. 404 Abs. 2 OR vorliegt – dann sei nämlich eine Schadenspauschalierung zulässig.⁴⁷ Schon jetzt heilt also das Bundesgericht nichtige Kündigungseinschränkungen in AGB, indem es prüft, ob *im konkreten Fall* eine Kündigung zur Unzeit vorliegt und die Klausel den Schadenersatz pauschaliert. Es ist zu befürchten, dass dies auch unter dem Regime des vorgeschlagenen Art. 404a OR passieren könnte.

Aus mehreren Gründen betrachten wir dies als falsch: *Erstens* muss man zweideutige Klauseln stets zu Ungunsten des Verfassers lesen. Auch wenn im konkreten Fall eine Kündigung zur Unzeit vorliegt, kann sich der Auftraggeber auf die Nichtigkeit der Klausel berufen, weil sie auch den Widerruf des Auftrags einschränkt, *der mit einem wichtigen Grund oder nicht zur Unzeit erfolgt*. Nach der Unklarheitenregel soll im Zweifel die kundenfreundlichste Auslegung der Klausel greifen. In den allermeisten Fällen erweist sich diejenige Auslegung als besonders kundenfreundlich, die eine Klausel aufgrund der Nichtigkeit ganz dahinfallen lässt.⁴⁸ *Zweitens* sollen Klauseln in AGB, die gegen zwingendes Recht verstossen, stets *ganznichtig* sein. Das ist in der Lehre vollumfänglich anerkannt.⁴⁹ Es geht folglich nicht an, eine gegen zwingendes Recht verstossende Klausel teilweise zu erhalten.

⁴⁴ Vgl. ARNOLD F. RUSCH/PHILIPP KLAUS, Online-Partnervermittlung – Vertragsinhalt, Qualifikation und Probleme, AJP 2011, 1571 ff., 1574 f., die gewöhnliches Auftragsrecht anwenden wollen; zum Stand der Diskussion CHK-PFIFNER/JOOST (FN 4), Art. 406a-h OR N 5, m.w.H.

⁴⁵ BGer, 4A_475/2013, 15.7.2014, E. 5.3.2.

⁴⁶ ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN, Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2010, 95 ff., 97 f.

⁴⁷ BGer, 4A_141/2011, 6.7.2011, E. 2.4.

⁴⁸ ARNOLD F. RUSCH, Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 203 ff., 203, 207.

⁴⁹ ARNOLD F. RUSCH, Salvatorische Klauseln in AGB, sui-generis 2016, 73 ff., 74, N 3, m.w.H. auf Rechtsprechung und Lehre.

Hier besteht beim Gesetzesvorschlag aber Raum für Verbesserungen: Wenn nur schon die Botschaft ein klares Bekenntnis enthielte, wonach wirklich jede Einschränkung des Kündigungsrechts in AGB – also auch die vorbehaltlose Pauschalierung des Schadenersatzes im Falle einer vorzeitigen Kündigung – unter die Nichtigkeit fällt, wäre dieses Problem vom Tisch.

F. Stossrichtung der Revision verlangt ein treffsicheres Kriterium

Der erläuternde Bericht nennt viele Verträge, die einer verbindlichen Dauer bedürfen. Der Bericht nennt dazu explizit Dienstleistungsverträge, Managementverträge, Outsourcingverträge, IT-Dienstleistungsverträge, Forschungs- und Entwicklungsverträge sowie Immobilienverwaltungsverträge.⁵⁰ Diese Beispiele betreffen in der Regel allesamt B2B-Geschäfte. Die Erläuterungen behaupten, dass Konsumenten kaum von der neuen Regelung betroffen sein werden: Deshalb sollte der Gesetzgeber dazu den Tatbeweis in der Form eines Verbots der Abänderung in AGB und bei Konsumenten erbringen. Der erläuternde Bericht hält fest, die Vorlage stehe „somit im Einklang mit dem verfassungsmässigen Auftrag des Bundes, die Konsumentinnen und Konsumenten zu schützen (...).“⁵¹ Angesichts der oben erwähnten Unklarheiten und des riesigen, im Bericht gelegneten Missbrauchspotentials ist das ohne die zwingende und jederzeitige Widerruflichkeit für Konsumenten Augenwischerei.

III. Schlusswort

Beeindruckend an dieser Revision ist einzig der Druck. Der Bundesrat und das Parlament legen bei der Abschaffung des jederzeitigen zwingenden Kündigungsrechts einen gewaltigen Druck an den Tag. Schön wäre es, wenn das Parlament auch Konsumenten Anliegen mit dem gleichen Gestaltungswillen anginge. Die Dynamik des Parlaments in Wirtschaftsfragen entpuppt sich jedoch als Schein-Effizienz, denn die Revision deckt einen weiteren Konstruktionsfehler des AGB-Korrektivs in der Schweiz auf. Bei einer funktionierenden und wohlfeilen Justiz wüssten wir auch in der Schweiz, worin der durch Art. 8 UWG gewährte Schutz besteht. Tatsächlich gibt es aber auch über vier Jahre nach dessen Einführung noch keinen einzigen Entscheid, der die Tragweite des Art. 8 UWG erläutert. Wenn man wüsste, dass Art. 8 UWG im Alltag den Konsumenten griffige und bezahlbare Instrumente in die Hand gibt, könnte man vielleicht auf die zwingende Natur des jederzeitigen Widerrufs ganz verzichten: Die Gerichte könnten allfällige Einschränkungen in AGB sofort korrigieren. Da dem aber nicht so ist und das Parlament seinerzeit den Schutz in Art. 8 UWG nur auf Konsumenten gerichtet hat, muss es jetzt bei jedem Problem ausgerechnet zum Schutz gewerblicher Kunden konkret festhalten, was man in AGB regeln darf und was nicht. Der Sinn einer griffigen Generalklausel läge aber gerade darin, diese Sisyphusarbeit zu verhindern.

⁵⁰ Erläuternder Bericht (FN 3), 11, Ziff. 1.5.2.

⁵¹ Erläuternder Bericht (FN 3), 21, Ziff. 3.4.

Département fédéral de justice et
police
Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

A l'att. de Monsieur D. Oppliger

Par courriel à:
zz@bj.admin.ch

RR/jsa

312

Berne, le 22 décembre 2016

**Prise de position de la Fédération Suisse des Avocats dans la consultation sur la
modification du code des obligations : Adapter le droit du mandat et l'article 404 CO au
XXI siècle**

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

La Fédération Suisse des Avocats (FSA-SAV) vous remercie de la procédure de consultation susmentionnée et vous prie de bien vouloir prendre en compte les remarques de sa commission de consultation sur le projet de révision.

La Fédération Suisse des Avocats (ci-après: "FSA") prend avant tout position sur les relations entre les avocats et leurs clients (ci-dessous 1). Elle fait à cet égard deux propositions (ci-dessous 1 et 2) et une suggestion (ci-dessous 3).

1) Mandat entre avocat et client

En principe, le rapport juridique entre l'avocat et son client dans l'activité typique¹ de l'avocat est un mandat.² Un élément essentiel de la relation entre l'avocat et son client est la confiance. Le secret professionnel de l'avocat³ est un aspect central de cette confiance. Le client doit avoir la certitude qu'il peut se confier à son avocat sans craindre que les informations divulguées soient utilisées à son désavantage. En plus, comme autre aspect non moins important, un client doit avoir la confiance que ses intérêts sont représentés par l'avocat de manière dévouée et indépendante.

Si ce lien de confiance tombe, chaque partie doit pouvoir rompre la relation juridique, sans s'obliger à rester liée, sur la durée, avec un partenaire en lequel elle n'a plus confiance et avec lequel elle ne peut plus travailler.

La FSA considère ainsi qu'il est dans l'intérêt de la profession que si le client ou l'avocat ne peuvent plus agir, ils doivent pouvoir mettre fin avec effet immédiat à leur relation contractuelle (sous réserve des restrictions liées au temps inopportun).

Pour ces raisons, la FSA est d'opinion qu'il n'y a aucun besoin pour les avocats et leurs clients de pouvoir convenir de supprimer ou limiter le droit de révoquer ou de répudier le contrat en tout temps. Au contraire: la possibilité de résilier un mandat immédiatement n'est pas seulement souhaitable, mais – pour des raisons découlant des règles professionnelles de la LLCA – surtout nécessaire. Si un conflit d'intérêts survient au cours d'un mandat, l'avocat doit immédiatement résilier le mandat. Dans un tel cas, il est difficile d'imaginer que l'avocat reste lié à son mandant et puisse toujours recevoir des instructions, alors qu'il ne devrait pas les respecter.

Cela suppose l'absence d'entrave. Il convient d'éviter des situations discutables, où l'avocat ou son client tenterait de lier contractuellement l'autre ou de prévoir des pénalités qui empêcheraient toute liberté dans la résiliation. Il semble par exemple malvenu qu'un avocat oblige son client à un mandat de longue durée et lui réclame une indemnisation élevée (notamment pour gain manqué) alors que son client ne souhaite plus faire appel à ses services parce qu'il ne lui fait plus confiance. Il en irait de même si un client pouvait réclamer une indemnisation à son avocat alors que ce dernier, par exemple pour des raisons de conflit d'intérêts ou pour rester fidèle à son serment, n'entend plus assumer la défense de ses intérêts.

Peut-être la jurisprudence ne supprimera-t-elle pas la faculté de résilier en tout temps pour *justes motifs*, comme le permet à l'heure actuelle la jurisprudence⁴, mais le fait même que le projet prévoie des accords d'indemnisation rend incertain le maintien de cette cause de résiliation sans entrave. L'on risque en tous les cas des litiges, préjudiciables à la considération et la dignité que la profession entend préserver.

La FSA n'intervient pas pour d'autres corps de métier mais peut imaginer que de semblables considérations guideront certaines autres professions libérales impliquant un secret professionnel, une confiance particulière du client ou la mise en jeu d'intérêts sensibles, notamment dans le domaine médical ou certaines professions libérales que la jurisprudence pourra mieux cerner. Dans cette optique, la FSA pourrait recommander d'adapter le projet de révision en reformulant ainsi l'art. 404a (nouveau) al. 2 CO :

"² Une telle convention est nulle si elle est prévue dans le cadre de conditions générales ou d'un mandat relevant de l'exercice d'une profession libérale."

¹ Il s'agit d'une part de la représentation en justice et d'autre part de l'activité de conseil en matière juridique, en principe toutes deux couvertes par la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (RS 935.61, ci-après: "LLCA"), BENOIT CHAPPUIS, *La profession d'avocat, Tome I, Le cadre légal et les principes essentiels*, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 30-31 et 50; CR LLCA-Michel Valticos, art. 12 LLCA N 13.

² Certaines missions confiées à l'avocat pourraient toutefois ressortir au contrat d'entreprise. Voir par exemple CR CO I-FRANZ WERRO, art. 394 CO N 25, vers n. 69, s'agissant de l'avocat qui s'engage à fournir un avis de droit.

³ Cf. not. art. 13 LLCA.

⁴ Cette jurisprudence est citée en notes 48 et 72 du Rapport explicatif du Conseil fédéral de septembre 2016 sur la modification discutée.

2) Forme de la dérogation au régime général de la résiliation en tout temps

L'art. 404a (nouveau) al. 1 CO du projet ne prévoit pas de forme pour la clause supprimant ou limitant le droit de résilier le mandat en tout temps. Ce serait alors le principe de la liberté de la forme qui s'appliquerait.⁵

Or de nombreux mandats d'avocats sont conclus par simple référence faite à une "affaire"⁶ ou une mission spécifique, ce qui implique une certaine durée. Les parties pourraient donc avoir prévu sous cette forme, par oral, ou même de manière implicite ou tacite⁷, une exclusion de la libre résiliation si l'on ne complète pas l'art. 404a (nouveau) al. 1 du projet actuel.

Pour ces raisons, la FSA propose de préciser en indiquant que seule la forme écrite⁸ permet la suppression ou limitation du droit de résilier le mandat en tout temps, en formulant l'art. 404a (nouveau) al. 1 CO ainsi:

"¹ Les parties peuvent convenir par écrit de supprimer ou de limiter le droit de révoquer ou de répudier le contrat en tout temps."

3) Liberté de convenir des conséquences pécuniaires de la résiliation

Enfin, il apparaît que le besoin identifié par le projet de loi semble moins motivé par la nécessité d'assurer l'exécution sur la durée d'un mandat, que par la nécessité de permettre en réalité aux parties de veiller à leurs intérêts pécuniaires, notamment leur investissement fait sur la foi que le mandat s'inscrit dans la durée.

Il semble moins question d'obliger les parties à continuer à traiter l'une avec l'autre, même quand elles ne peuvent plus du tout s'entendre, que de permettre aux parties de convenir des conséquences pécuniaires de la résiliation. Le principe de la libre résiliation devrait donc être maintenu, mais avec d'autres conséquences pécuniaires.

Ainsi, le droit du contrat d'entreprise connaît bien la possibilité de se départir du contrat d'entreprise tant que l'ouvrage n'est pas terminé, mais moyennant indemnité (intérêt positif).⁹ De même le droit de résilier le contrat d'agence pour de justes motifs débouche sur un régime comparable.¹⁰

Un système comparable pourrait être prévu pour le droit du mandat, à l'art. 404 (actuel) al. 2 à 4 CO, sous cette forme :

"² Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause."

³ Dans les limites de la loi, les parties peuvent en outre convenir par écrit de conséquences pécuniaires en cas de résiliation.

⁴ Une telle convention est toutefois nulle si elle est prévue dans le cadre de conditions générales ou d'un mandat relevant de l'exercice d'une profession libérale".

Ici, le risque de stipulations pécuniaires excessives ou prohibant le droit à la libre résiliation pourrait ainsi être atténué par les tribunaux (notamment si la peine pécuniaire devient excessive).¹¹

Il faudrait dans un tel cas ajouter (comme on l'a dit ci-dessus) qu'une telle convention est nulle si

⁵ Art. 11 al. 1 CO.

⁶ Cf. art. 394 al. 1 CO.

⁷ Art. 1 al. 2 CO.

⁸ Art. 12ss CO.

⁹ Art. 377 CO.

¹⁰ Art. 418r.

¹¹ Art. 163 al. 3 CO.

elle est prévue dans le cadre de conditions générales ou d'un mandat relevant de l'exercice d'une profession libérale.

La Fédération Suisse des Avocats vous remercie de prendre en compte ses remarques et vous prie d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, l'expression de sa considération distinguée.

Président FSA
Sergio Giacomini



Secrétaire général FSA
René Rall



EJPD

3003 Bern

Per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Bern, 28. Dezember 2016 – CST/rp

Änderung des Obligationenrechts (Kündigung im Auftragsrecht)

Stellungnahme von **senesuisse**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Verband **senesuisse** ist ein Zusammenschluss wirtschaftlich unabhängiger Alters- und Pflegeeinrichtungen der Schweiz, dem rund 400 Mitgliederheime in der Deutschschweiz und der Romandie mit über 20'000 Pflegeplätzen und 30'000 Beschäftigten angeschlossen sind. In seiner Funktion als Vertreter der nicht subventionierten Alters- und Pflegeheime setzt sich **senesuisse** seit jeher für wirtschaftliche und deregulierende Lösungen in allen Bereichen ein und engagiert sich gegen ständig steigende Bürokratie und zusätzlichen Administrativaufwand im Gesundheitswesen. Gleichzeitig sind wir an maximaler Rechtssicherheit und vor allem den optimalen Rahmenbedingungen für unsere Kunden, die betagten Menschen.

Weil in den meisten Fällen auch der „Heimvertrag“ zwischen Pflegeinstitution und Kunden als Innominatkontrakte dem Auftragsrecht unterstellt ist, sind unsere Mitglieder unmittelbar von der vorliegenden Vernehmlassung betroffen. Entsprechend erhalten Sie innert der angesetzten Frist nachstehend unsere Stellungnahme.

Stellungnahme zum Vorschlag der Ergänzung um einen Art 404a OR

a) *Generelle Bemerkungen*

Das Auftragsrecht gilt gewissermassen als „Auffangbecken“ für alle Verträge, welche nicht unter einem anderen Vertragstyp eingeordnet werden können. Entsprechend besteht eine immense Vielfalt an unterschiedlichen Auftragsstypen, von einer unentgeltlichen bis zur langfristigen und verbindlichen Zusammenarbeit. Unter dieser Voraussetzung ist es **nicht mehr angebracht, dass die Parteien zwingend jedes Auftragsverhältnis ohne Einhaltung einer Frist jederzeit auflösen können – bloss unter Vergütung des sog. negativen Interesses.** Bereits heute ist es üblich, auch in Auftragsverhältnissen eine Kündigungsfrist vorzusehen, zumal es vielfach im Interesse beider Parteien ist, die Verbindlichkeit der Zusammenarbeit zu festigen.

Entsprechend begrünnen wir die vorgeschlagene Ergänzung, wonach die Parteien frei sein sollen, im Auftragsverhältnis eine Kündigungsfrist und die Folgen einer Nichteinhaltung selber festzulegen.

b) *Besonderheiten des Heimvertrags*

Bezüglich der „Pensions-/Heimverträge“ (oder wie auch immer man sie nennt) ist sich Lehre und Rechtsprechung weitgehend einig, dass fast immer die Leistungen des Auftragsrechts im

Zentrum stehen. Dies deshalb, weil zwischen Betreuten und dem Betrieb nebst der Miete auch weitere Leistungen wie etwa Pflege, Betreuung, Bewirtschaftung, Therapie und Unterhaltung im Vertrag vereinbart sind. Gemäss BGE 4A_113/2012 untersteht sogar das „Alterswohnen mit Dienstleistungen“ (wo die mietrechtlichen Aspekte noch bedeutender sind) dem Auftragsrecht. Entsprechend ist wohl auf fast jede Form von „Heimverträgen“ auch Art. 404 OR anwendbar, wonach beide Parteien jederzeit den Vertrag sofort auflösen können.

Dies erscheint gerade für den Heimvertrag als besonders unangebracht, weil er sich (etwa im Gegensatz zur Spitex) nicht durch eine „besondere persönliche Bindung an die beauftragte Person“ auszeichnet. Vielmehr ist als Vertragspartner eine Institution und nicht eine einzelne Person die Auftragsnehmerin, womit sich keine jederzeitige Loslösungsmöglichkeit aufdrängt. Ganz im Gegenteil: Sowohl der Betrieb als auch die betagten Menschen haben ein immanentes Interesse daran (vergleichbar mit Mietverhältnissen), selbst im Auflösungsfall noch über eine Kündigungsfrist zu verfügen. Diese ist sowohl aus Sicht des Betriebes als auch für betroffene Bewohner nötig, um geregelte Übergänge zu ermöglichen.

Bereits heute enthalten wohl nahezu alle Heimverträge eine vereinbarte Kündigungsfrist, deren Widerrechtlichkeit sich weder Betriebe noch Bewohner bewusst sind. Vielmehr gehen beide Parteien davon aus, dass eine solche Auflösungsfrist sinnvoll ist und man sich daran zu halten hat. Es wäre insbesondere für vulnerable oder gar urteilsunfähige Heimbewohner äusserst problematisch, wenn die Institution den Vertrag per sofort auflösen und die Ausweisung anordnen würde. Zum Glück kommt dies in der Praxis nie vor. Hingegen bestehen Unklarheiten bei der Schadensbemessung im Falle von vorzeitigen Auflösungen, was mit der vorliegenden Ergänzung ebenfalls einer vertraglichen Klärung zugeführt werden könnte.

Besonders für Heimverträge ist deshalb die zwingende Bestimmung zum sofortigen Auflösungsrecht ohne Einhaltung einer (meist im Vertrag vereinbarten) Frist stossend: Sowohl die betroffenen Personen als auch ihre Angehörigen/Vertreter und der Betrieb haben ein grosses Interesse an einer verbindlich zu vereinbarenden Kündigungsfrist. Zudem sollten auch die Folgen der Nichteinhaltung dieser Frist im Vertrag verbindlich geregelt werden können. Dem Vorschlag ist deshalb uneingeschränkt zuzustimmen.

c) Würdigung des unterbreiteten Vorschlags

Wie soeben ausgeführt, genügen die bestehenden Korrektive in Art. 19 OR und Art. 27 ZGB, welche eine vorzeitige Auflösung von Verträgen trotz vereinbarter Kündigungsfrist in wenigen Einzelfällen ermöglichen. Es ist deshalb unnötig, dass Art. 404 OR für sämtliche dem Auftragsrecht unterstehende Verträge ein sofortiges Auflösungsrecht unter blosser Entschädigung des negativen Interesses zwingend vorsieht. Der erläuternde Bericht bringt sehr gut zur Geltung, dass dies bereits mit Blick auf die Vielfalt an bestehenden Aufträgen nicht mehr zeitgemäss ist.

Besonders positiv würdigen wir die Einfachheit und Klarheit der vorgeschlagenen Regelung. Es muss ganz einfach darum gehen, dass die Vorschrift neu dispositiv und nicht mehr zwingend ist. Damit gewinnen die Parteien den Spielraum zur vertraglichen Vereinbarung einer Frist zur Auflösung und der Folgen einer Nichteinhaltung dieser Frist. Schliesslich wäre es bereits heute in sehr vielen Auftragsverhältnissen (besonders bei längerer Bindungsdauer und aufwändigen Dispositionen) sachgerechter, statt des bloss negativen Interesses auch den entgangenen Gewinn einfordern zu können.

Eine Anpassung verlangen wir einzig im Absatz 2, wonach die Vereinbarung in AGBs nichtig sein sollte. Dieser ist problematisch, weil die heutige Rechtsprechung (zu) viele Formen unter den Begriff der AGB subsumiert: Selbst die „Formularverträge“ oder die vorformulierten Verträge fallen vielfach unter diesen Begriff. Im Auftragsrecht sind aber vorgefertigte Standard-Verträge üblich und wegen vieler ähnlicher Kundenverhältnisse sinnvoll. Es führt für beide Parteien zu einer grossen Rechtsunsicherheit, wenn nun die Anwendbarkeit der vereinbarten Kündigungsfrist und Folgen davon abhängig ist, ob die Vertragsvereinbarung als „AGB“ gilt oder nicht. Deshalb ist dieser Absatz gemäss dem nachfolgenden Wortlaut zu präzisieren.

**Antrag: Der vorgeschlagene Absatz 2 von Art. 404a OR ist wie folgt zu ändern
„Eine solche Abrede ist nichtig, wenn sie unter die Voraussetzungen von Art. 8 UWG fällt.“**

Mit dieser Änderung würde sichergestellt, dass tatsächlich nur die missbräuchlich eingesetzten „allgemeinen Vertragsbedingungen“ zum Wegfall der Auflösungsfrist und -folgen führen. Unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit und der weiten Auslegung des Begriffs „AGB“ wäre diese Regelung viel sinnvoller. Es soll ja nicht zu unnötigen Gerichtsverfahren führen, wenn sich eine Partei bei den häufig vorkommenden „vorformulierten Verträgen“ auf deren Ungültigkeit beruft, obwohl die Regelung weder ungewöhnlich noch stossend oder versteckt erfolgt ist.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen
senesuisse



Clovis Défago
Präsident



Christian Streit
Geschäftsführer

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD

zz@bj.admin.ch

Bern, 20. Dezember 2016

Stellungnahme Revision Art. 404a Obligationenrecht (Auftragsrecht)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen, in obiger Revision, welche eine Anpassung des Auftragsrechts an das 21. Jahrhundert zum Ziel hat, Stellung nehmen zu können.

Der SGB unterstützt die vorliegende Revision nicht. Sie legt fest, dass künftig die Parteien im Auftragsverhältnis von Art. 404 OR abweichen und vereinbaren können, dass das jederzeitige Beendigungsrecht wegbedungen oder eingeschränkt werden kann.

Der vorliegende Vorschlag ist zu wenig vertieft worden. Er ist auch nicht mit den Organisationen der Arbeitnehmenden abgesprochen worden. Es kann nicht sein, dass ein Reformentwurf von solcher Tragweite nur in Gesprächen mit einigen wenigen Fachpersonen diskutiert wird.

Wir stellen fest, dass der Auftrag gem. Art. 394 ff. OR als Rechtsverhältnis, welcher bei Dienstleistungsaufträgen zur Anwendung kommt, mit der Reform immer mehr Ähnlichkeiten mit dem Arbeitsverhältnis gem. Art. 319 ff. OR erhalten könnte. Damit verstärkt sich die Gefahr, mittels Auftragsverhältnis (in der Ausgestaltung als Dauerauftrag) Personen als Scheinselbstständige einzusetzen und so den Schutz der Arbeitnehmenden und die Bestimmungen gegen Sozial- und Lohn-dumping ausser Kraft zu setzen.

Dies umso mehr, als der Auftrag als Auffangsvertrag für Arbeitsleistungen gilt und das Bundesgericht diese Subsidiaritätsregel sehr weitgehend (auch) auf Mischverträge anwendet. Die vorliegende Reform tangiert, da Aufträge subsidiäre Vertragsform für Arbeitsleistungen sind, auch den Arbeitsvertrag und den Werkvertrag und damit die Interessen der Arbeitnehmenden direkt. Sie muss entsprechend vertieft werden.

Eine Anpassung des Auftragsverhältnisses an das 21. Jahrhundert, wie das die dem Vorschlag zugrundeliegende Motion verlangte, gebietet, wenn schon legiferiert werden soll, auch eine Anpassung weiterer Elemente, um die Gefahr z.B. der Scheinselbstständigkeit möglichst zu bannen.

Gerade in Zeiten von Online-Plattformen, Crowd-Working und vermehrtem Dumping in der Dienstleistungsbranche ist der Auftrag gem. Art. 394 ff. OR immer stärker ein Vehikel, Scheinselbstständigkeit herzustellen. Durch diesen Vertrag verpflichtet sich der Beauftragte in den allermeisten Fällen zu einer entgeltlichen Tätigkeit zu einem vom Auftraggeber vorgegebenen Zweck. Der Beauftragte ist zwar nicht – wie beim Werkvertrag – verpflichtet, einen Erfolg (Werk) herbeizuführen. Er kann aber jedoch durchaus auch zu einem Arbeitsergebnis angehalten werden, auch wenn dieses nicht anhand von objektiven Kriterien überprüft werden kann. Ein solches Rechtsverhältnis könnte z.B. für die Erbringung von persönlichen Dienstleistungen im Gesundheits- oder Sozialwesen an Monbijoustrasse 61, 3007 Bern / Postfach, 3000 Bern 23
031 377 01 01, Fax: 031 377 01 02, info@sgb.ch, info@uss.ch

gewendet werden, bei denen formell der Vertrag als Auftrag ausgestaltet ist, faktisch jedoch ein Arbeitsverhältnis vorliegt gem. Art. 394 ff. OR. Die Problematik der Scheinselbstständigkeit kann anschaulich dargestellt werden am Falle von Personaltrainern und Therapeuten, die innerhalb eines Studios bzw. Praxis als „Selbständige“ auftreten, faktisch jedoch alle Merkmale eines Arbeitsvertrages erfüllen. Das gleiche gilt z.B. für FahrerInnen eines Online-Fahrdienstes, bei welcher sich gewisse Plattformbetreiber auf den Standpunkt stellen, zwischen ihnen und ihren Chauffeuren würde nur ein Auftragsverhältnis bestehen.¹

Scheinselbstständigkeit liegt dann vor, wenn vertraglich zwar vereinbart ist, dass jemand Leistungen selbstständig im Rahmen eines Werkvertrages erbringt, tatsächlich aber eine Abhängigkeit (wie eines Arbeitnehmers) in einem Beschäftigungsverhältnis besteht.

In der Praxis ist diese Abgrenzung zwischen Scheinselbstständigkeit und zulässiger Beauftragung oder Werkvertrag oft nicht einfach. Für eine Scheinselbstständigkeit haben Lehre und Praxis eine Reihe von Kriterien entwickelt. So wird ein Arbeitsvertrag angenommen, wenn der „Selbständige“ dauerhaft nur für einen einzigen Auftraggeber tätig ist und die Anbindung an den Arbeitgeber sowohl hierarchisch wie auch strukturell gegeben ist.

Durch Scheinselbstständigkeit werden betriebliche und sozialrechtliche Risiken vom Unternehmer auf den „Beauftragten“ verlagert. Für ihn gelten nicht die Schutzbestimmungen für Arbeitnehmer. Sozial- und Lohndumping – gerade im Rahmen der Entsendung von Arbeitnehmenden – sind Tür und Tor geöffnet.

Der SGB schlägt deshalb vor, OR-Bestimmungen aus dem Auftragsrecht, aber auch aus dem Werkvertragsrecht gem. 363 OR ganzheitlich zu betrachten. Die Frage nach dem Verzicht auf das Beendigungsrecht nach Art. 404a OR und die damit erfolgende Annäherung zwischen Vertragsrecht und Arbeitsrecht stellt viele Fragen und sollte auch dazu dienen, eine Gesamtschau zur Modernisierung zu vollziehen, um insbesondere Fälle von Scheinselbstständigkeit zu vermeiden. Solche ganzheitliche Reformbestrebungen sind in Deutschland anzufinden.²

Eine Einführung von Art. 404a OR kann deshalb, wenn überhaupt, nur nach vertieften Abklärungen und gegebenenfalls mit weitergehenden Reformen stattfinden, welche vorgängig weitergehenden Vertiefungsarbeiten bedürfen. Dazu müssen insbesondere auch Arbeitnehmerorganisationen eingebunden werden.

Wir bitten Sie deshalb, dass der vorliegende Vorschlag zurückgenommen wird, und dass eine Vertiefung des Themas mit einer Expertenkommission und mit Arbeitnehmerorganisationen stattfindet.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung der oben gemachten Ausführungen.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND



Paul Rechsteiner
Präsident



Luca Cirigliano
Zentralsekretär

¹ Vgl. dazu Kurt Pärli, Gutachten „Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen“, Bern 2016, http://www.unia.ch/uploads/tx_news/2016-08-29-Gutachten-Arbeitsrecht-Sozialversicherungsrecht-Uber-Taxifahrer-innen-Professor-Kurt-P%C3%A4rli.pdf

² Kabinettsbeschluss der deutschen Bundesregierung vom 1.6.2016 zum Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze.

Bundesamt für Justiz
Herr
David Oppliger
Bundesrain 20
3003 Bern

zz@bj.admin.ch

Bern, 16. Dezember 2016 sgk-KI/ds

Vernehmlassung: Änderung Auftragsrecht (OR 404)

Sehr geehrter Herr Oppliger

Der Schweizerische Gewerbeverband sgk, die Nummer 1 der Schweizer KMU-Wirtschaft, vertritt 250 Verbände und gegen 300'000 Unternehmen. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit Schreiben vom 16. September 2016 lädt uns das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ein, zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht) Stellung zu nehmen. Der Schweizerische Gewerbeverband sgk dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

In der Schweiz ist der Auftrag dasjenige Vertragsverhältnis, das bei allen Dienstleistungen zur Anwendung gelangt, für die das Gesetz keine sonstige Regelung vorsieht. Der Schweizerische Gewerbeverband sgk teilt grundsätzlich die Meinung, dass die Bestimmungen zum Auftrag überholt sind. Das Bundesgericht legt Art. 404 OR restriktiv aus. Das Bundesgericht liest Absatz 1 dieses Artikels dahingehend, dass der Auftrag von jeder Partei jederzeit bedingungslos aufgelöst werden kann (BGE II 305). Ferner vertritt das Bundesgericht die Haltung, dass die Bestimmungen nach Absatz 2 zwingendes Recht sind (BGE 117 II 466), dass also vom Grundsatz der jederzeitigen Auflösbarkeit des Auftrags z.B. im Vertrag nicht abgewichen werden kann. Die Vertragsparteien können rechtsgültig weder einen dauerhaften Auftrag abschliessen noch eine Konventionalstrafe vorsehen.

Allerdings ist es für Gewerbetreibende auch notwendig, dass die Vertragsparteien einem Auftrag eine gewisse Stabilität verleihen und seine zeitliche Dauer festlegen können. Praxisbeispiele sind etwa die Verwaltung einer Immobilie, ein komplexes Informatikprojekt uam. Ein zwingendes jederzeitiges Beendigungsrecht ohne vollen Schadenersatz kann problematisch sein, insbesondere bei komplexen und vorwiegend von kommerziellen Interessen geprägten Dienstleistungsverträgen wie Management- und Beratungsverträgen oder Forschungs- und Entwicklungsverträgen. Die Parteien tätigen bei solchen Vertragsverhältnissen grosse Investitionen und haben ein Interesse an einer verbindlichen, grundsätzlich unkündbaren Vertragsdauer. Die Vertragsparteien können so stärkere vertragliche Bindungen eingehen. Dem Bedürfnis nach mehr Planungssicherheit und Verbindlichkeit kann mit einer Revision von Art. 404 OR mehr Rechnung getragen werden. Im Vergleich zu anderen europäischen Ländern ist die heute gültige Regel eine Besonderheit, die durchaus ausländische Investoren abhalten könnte, sich in der Schweiz zu engagieren.

Vertragsfreiheit und Rechtssicherheit sind wichtige Teile einer liberalen Wirtschaftsordnung. Schliessen Vertragsparteien einen Auftrag ab, so sollten sie einerseits die Freiheit haben, vertraglich die Befugnis des Beauftragten zur Auflösung des Auftrags einschränken können; andererseits sollten sie in rechtsgültiger Form auf ihr Recht, vom Auftrag zurückzutreten, verzichten können, indem sie insbesondere die Dauer des Auftrags sowie eine Konventionalstrafe für jene Fälle vereinbaren können, dass eine Partei vor Ablauf des Auftrags von diesem zurücktritt.

Eine solche Regelung würde es den Vertragsparteien auch erlauben, die Dauer ihres Vertragsverhältnisses zu planen und Unsicherheiten zu begrenzen. Dass heute von jeder Partei der Auftrag jederzeit bedingungslos aufgelöst werden kann, dient der Sicherheit und Planbarkeit nicht.

In der parlamentarischen Beratung hat der Schweizerische Gewerbeverband sgv deswegen die Stossrichtung der Revision von Art. 404 unterstützt.

Die beantragte Regelung schlägt die Ergänzung von Art. 404a OR vor:

Art. 404a

1 Das jederzeitige Widerrufs- oder Kündigungsrecht kann wegbedungen oder eingeschränkt werden.

2 Eine solche Abrede ist nichtig, wenn sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist.

Mit dieser Regelung können viele typische Auftragsverhältnisse (Anwaltsmandat, Arzt) weiterhin jederzeit beendet werden, weshalb im OR eine Ergänzung gemacht wird. In dieser soll festgehalten werden, dass die Parteien einvernehmlich auf das jederzeitige Beendigungsrecht verzichten oder dieses einschränken können. Zusätzlich ist vorsehen, dass vom Gesetz abweichende Vereinbarungen unwirksam sein sollen, wenn sie in den allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten sind.

Die Kündigungsfristen sollten aber für beide Vertragsparteien gleich lang ausgestaltet werden müssen.

Wir danken für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv



Hans-Ulrich Bigler
Direktor, Nationalrat



Dieter Kläy
Ressortleiter



Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
3003 Bern

Geht per Mail an:
zz@bj.admin.ch

Bern, 14. Dezember 2016

**Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht)
Stellungnahme der Stiftung für Konsumentenschutz (SKS)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Auftragsrechts Stellung nehmen zu dürfen. Unsere Bemerkungen lassen wir Ihnen gerne innerhalb der gesetzten Frist zukommen.

1) Grundsätzliches

Die Motion Barthassat forderte eine Revision des geltenden Auftragsrechts, damit die Vertragsparteien in Zukunft „ein wahrhaft dauerhaftes Auftragsverhältnis eingehen können“. Im Geschäftsbereich, bei Auftragsverhältnissen zwischen einzelnen Unternehmen (B2B), mag hier durchaus ein gewisses Bedürfnis nach verbindlicheren Verhältnissen bestehen. Das allfällige Schliessen einer unvollständigen rechtlichen Regelung darf jedoch nicht zu weiteren Benachteiligungen der Konsumentinnen und Konsumenten führen.

Mit anderen Worten: bei vertraglichen Beziehungen zwischen Konsumenten und Unternehmen (B2C) darf es zu keiner Wegbedingung des jederzeitigen Widerrufsrechts kommen. Das Recht zur jederzeitigen Auflösung eines Auftrages muss zwingend weiterbestehen. Die Gründe hierfür werden nachfolgend aufgeführt.

2) Forderung

Art. 404 OR ist in seiner aktuellen Form zu belassen. Für Auftragsverhältnisse unter Unternehmen soll jedoch eine Ausnahme möglich sein.

Art. 404

¹ Ergänzung: „In Auftragsverhältnissen zwischen Unternehmen können Ausnahmen vorgesehen werden.“

3) Begründung

Die Beibehaltung der geltenden Regelung mit dem Recht zur jederzeitigen Auflösung des Auftragsverhältnisses ist zwingend. Akzeptabel ist lediglich eine Ergänzung, wonach Unternehmen dieses Recht in Auftragsverhältnissen untereinander (B2B) wegbedingen können.

Denn selbst mit der Einschränkung, dass das jederzeitige Widerrufsrechts *nicht* über die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) wegbedungen werden darf, würde die vorgesehene Regelung zu einer systematischen Benachteiligung des Kunden führen. Entgegen den Ausführungen auf S. 16 des Erläuternden Berichts (2.1.2, zweiter Absatz) ist es ein Irrglaube, wenn davon ausgegangen wird, dass im Normalfall Auftragsverhältnisse vorliegen, bei welchen zwei gleichberechtigte Parteien mit gleichem Wissensstand ein individuelles Auftragsverhältnis ausgehandelt hätten. Selbst wenn der Verzicht auf das Recht, das Auftragsverhältnis jederzeit auflösen zu können, formell gesehen nicht unter dem Kapitel AGB enthalten sein sollte, wird es sich doch in den allermeisten Fällen um eine vorformulierte Bestimmung handeln, welche der Beauftragte in der Mehrheit der von ihm abgeschlossenen Aufträge anwendet. Es bleibt eine vom Unternehmen vorgegebene Bedingung, selbst wenn sich diese beispielsweise nicht auf der Rückseite, sondern auf der Vorderseite eines vom Kunden zu unterzeichnenden Vertragsdokumentes befindet. Selbst eine der wenigen Fachpersonen, welche vom BJ im Rahmen der Ausarbeitung des vorliegenden Revisionsvorschlages befragt wurden, wies in einer informellen Mitteilung auf BGE 142 II 442, S. 452 E. 3.1.4., hin. Das Bundesgericht kommt hier zum Schluss: *„Es ist nun jedoch eine Binsenwahrheit, dass Konsumenten im Allgemeinen und Mieter im Besonderen keine den Anbietern vergleichbare Stellung einnehmen, die ihnen die Verhandlung eines ausgewogenen Vertrages ermöglichen könnte“*. Diese Aussage braucht nicht weiter kommentiert zu werden.

Selbst wenn die Wegbedingung – rein formell-juristisch betrachtet – Gegenstand einer individuellen vertraglichen Vereinbarung sein muss, wird sich die Mehrheit der Auftraggeber der Tragweite dieser harmlos anmutenden Bestimmung nicht bewusst sein. Dies ergibt sich schlicht aus dem fehlenden Wissen betreffend tatsächlicher und rechtlicher Konsequenzen derartiger Bestimmungen des Durchschnitts-Konsumenten, selbst wenn er im Verlaufe seines normalen Konsumalltags eine Vielzahl von Auftragsverhältnissen eingeht.

Kann ein Auftrag, welcher zu einem bestimmten Zeitpunkt mit einem bestimmten, punktuell beschränkten Zweck erteilt wurde, nicht widerrufen werden, obwohl kein Bedürfnis mehr besteht, zieht dies für den privaten Auftraggeber weitreichende, in erster Linie finanzielle Konsequenzen nach sich. Noch störender ist eine derartige Bindung in Fällen, in welchen ein Auftrag zu einem Zeitpunkt erteilt wurde, wo sich ein Privater in einer Notsituation befunden hat (z.B. medizinischer oder juristischer Art). In derartigen Lebenssituation bleibt umso weniger Aufmerksamkeit für das genaue Studium bestimmter Auftragsbedingungen und deren mögliche späteren Konsequenzen.

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass bereits bei der Frage nach dem Charakter von Klauseln, in welchen das Kündigungsrecht wegbedungen würde, Streitigkeiten vorprogrammiert wären. Bei der Vielzahl der heute zur Anwendung gelangenden Vertrags-/Auftragsvarianten wird eine klare Unterscheidung zwischen individuellem Vertragsinhalt und AGB immer schwieriger.

Wir danken Ihnen für die wohlwollende Berücksichtigung unserer Stellungnahme und stehen bei allfälligen Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'S. Stalder', with a stylized flourish at the end.

Sara Stalder
Geschäftsleiterin SKS

Per Mail an:
zz@bj.admin.ch

ORT/DATUM Zürich, 24. Oktober 2016
ZUSTÄNDIG Urs Hofstetter
DIREKTWAHL 043 244 73 90
E-MAIL urs.hofstetter@suissetec.ch

Änderung Auftragsrecht (Art. 404 und Art. 404a)Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga,
sehr geehrte Damen und Herren

Unserem Verband gehören über 3'400 Firmen aus den Branchen Sanitär, Spenglerei/Gebäudehülle, Heizung, Klima/Kälte, Lüftung, Rohrleitungsbau/Werkleitungen sowie Solarinstallationen an.

Neben dem Kaufvertrag und dem Werkvertrag stellt das Vertragsverhältnis „Auftrag“ in unseren Branchen den dritten wichtigen Pfeiler innerhalb des Bauprozesses dar. Konkret kommt Auftragsrecht in unseren Branchen dann zur Anwendung, wenn Planungsunternehmen für Generalunternehmer, Architekten oder Bauherren sogenannte Fachbauleitungen ausüben. Gerne äussern wir uns daher zur obgenannten Vernehmlassung.

Allgemeine Bemerkungen

Unsere Mitglieder finden sich mit dem bestehenden Art. 404 OR und mit der einhergehenden Rechtsprechung gemäss unserer Erfahrung gut zu Recht. Daher besteht aus unserer Sicht kein Anpassungsbedarf in diesem Bereich. Dennoch nehmen wir nachfolgend gerne inhaltlich Stellung zum Art. 404a VE-OR.

Art. 404a VE-OR

Mit Blick auf den Schutz von schwächeren Vertragsparteien sieht Abs. 2 zu Recht vor, dass in AGB's das Kündigungsrecht bzw. das Widerrufsrecht nicht eingeschränkt/nicht wegbedungen werden kann. Wir begrüssen diese Massnahme zum Schutz von schwächeren Vertragsparteien ausdrücklich, stehen unsere Mitglieder teilweise doch ungleich marktmächtigeren Generalunternehmungen gegenüber. Mit Blick auf eben gerade diesen Schutz der schwächeren Vertragspartei vermissen wir im Art. 404a VE-OR jedoch eine Präzisierung, wonach vereinbarte Kündigungsfristen für beide

 WIR, DIE
GEBÄUDETECHNIKER. NOI, I TECNICI
DELLA COSTRUZIONE. NOUS, LES
TECHNICIENS DU BÂTIMENT.

Vertragsparteien zwingend gleich lang sein müssen. Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf Art. 335a Abs. 1 OR, welcher einen solchen Schutz für Arbeitnehmende explizit vorsieht und beantragen hiermit eine analoge Ergänzung im Art. 404a VE-OR.

Im Übrigen sehen wir beim vorgeschlagenen Art. 404a VE-OR folgende **Vorteile**:

- Verlässlichere Vertragsbeziehungen
- Bessere Planbarkeit des jeweiligen Auftrags

Als **Nachteile** sehen wir beim Art. 404a VE-OR hingegen:

- Der Vertragsformulierung muss mit Blick auf die Kündigungsfristen, den Kündigungszeitpunkt und mit Blick auf die Folgen der Kündigung in Zukunft mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden.
- Die Möglichkeit, Kündigungsfristen und Konventionalstrafen zu definieren, führt zu einer Verkomplizierung und daher tendenziell zu mehr Rechtsstreitigkeiten.
- Durch Kündigungsfristen eingeschränkte Kündigungsmöglichkeiten nehmen den Vertragsparteien Flexibilität bei der Gestaltung der Rechtsbeziehung.
- Die Planungsunternehmungen sind in Bauprozesse eingespannt. Diese Bauprozesse können sie zeitlich nicht bzw. kaum selber beeinflussen. Trotzdem will man mit dieser Revision unsere Planungsunternehmungen mit einschränkenden Kündigungsfristen sowie mit sich daraus ergebenden Verzugsfolgen stärker in die Pflicht nehmen.

Insgesamt überwiegen aus unserer Sicht die Nachteile.

Fazit:

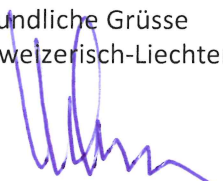
Wir erkennen beim Art. 404 keinen Revisionsbedarf. Zudem sehen wir in der vorliegenden Revision mehr Nachteile als Vorteile, weshalb wir die Revision ablehnen.

Für den Fall, dass die Revision durchgeführt wird, beantragen wir zum Schutz der schwächeren Vertragspartei eine Ergänzung des Art. 404a VE-OR, wonach Kündigungsfristen für beide Vertragsparteien zwingend gleich lang sein müssen.

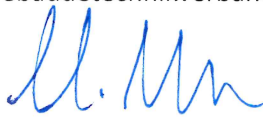
Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Schweizerisch-Liechtensteinischer Gebäudetechnikverband (suissetec)



Hans-Peter Kaufmann
Direktor



Urs Hofstetter
Leiter Mandate und Politik

Kopie z.K. an:

Schweizerischer Gewerbeverband SGV, Herr Dieter Kläy, Schwarztorstr. 26, Postfach, 3001 Bern

Per Mail: zz@bj.admin.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Vorsteherin EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Zürich, 30. Dezember 2016

Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht) – Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben mit Schreiben vom 16. September 2016 einen Vorentwurf betreffend die Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht) unterbreitet und uns zur Vernehmlassung eingeladen. Dafür danken wir Ihnen.

Als Berufs- und Fachverband der Immobilienwirtschaft vertreten wir über 2000 Unternehmen, die Dienstleistungen unter anderem für institutionelle, gewerbliche und private Immobilieneigentümer, Bauherren, Betreiber und Stockwerkeigentümergeinschaften anbieten. Eine überragende Zahl der Dienstleistungsverhältnisse beruhen auf dem einfachen Auftrag gemäss Art. 394ff. OR. In dieser Hinsicht ist unser Wirtschaftssektor vom vorliegenden Änderungsvorschlag stark betroffen. Im erläuternden Bericht zur Vorlage wird die externe Immobilienverwaltung denn auch explizit als Anwendungsbereich von Art. 394ff. bzw. Art. 404 OR erwähnt.

Der erste Teil unserer Erwägungen widmet sich dem Handlungsbedarf für eine Änderung von Art. 404 OR. Eine Umfrage unter unseren Mitgliederorganisationen zeigt, dass die Unternehmen der Immobilienwirtschaft – obwohl in ihrem Kerngeschäft als Beauftragte auf den ersten Blick durch das jederzeitige Kündigungsrecht «belastet» – keinen Bedarf sehen, das Gesetz anzupassen. Es herrscht sogar die Meinung vor, dass die jederzeitige Kündigung uneingeschränkt – und unzweifelhaft für beide Vertragspartner – Bestand haben muss. Auch der Beauftragte soll sein Mandat jederzeit niederlegen können, wenn es die Umstände erfordern. Dies kommt – auch dies zeigt die Umfrage – äusserst selten vor und ist die «Ultima Ratio». Allein die Existenz dieser jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit hält die Vertragspartner dazu an, den Vertrag einzuhalten und die vereinbarten Leistungen zur Zufriedenheit des Partners zu erbringen. Schliesslich sind auch Forderungen für einen mutmasslich erlittenen Vertrauensschaden äusserst selten. Der SVIT stellt damit in Abrede, dass die Anwendung von Art. 404 OR in den im Bericht erwähnten Immobilienverwaltungsverträgen «problematisch» ist (erläuternder Bericht, S. 11). Ebenso wenig trifft es zu, dass das jederzeitige Beendigungsrecht «in der überwiegenden Zahl der Fälle den tatsächlichen Parteiinteressen widerspricht» und dass eine feste und unkündbare Vereinbarung in beidseitigem Interesse ist.

Nicht das geltende Recht, sondern vielmehr die Anwendung und die Auslegung desselben durch das oberste Gericht ist nach Ansicht des SVIT realitätsfremd und schwer nachzuvollziehen. Prof. Dr. iur. Peter Gauch kam bereits 1992 in einer Urteilsanmerkung zu BGE 115 II 464ff. zum Schluss, dass das Bundesgericht nicht im Sinn des Gesetzgebers entschied. «Die Rechtsprechung, welche die Vertragsfreiheit übermässig und unnötig beschränkt, verträgt sich weder mit den Grundprinzipien des Vertragsrechts noch mit den Bedürfnissen des modernen Wirtschaftslebens. Selbst wenn man am Grundsatz des zwingenden Art. 404 Abs.1 OR festhalten möchte, so dürfte

dieser Grundsatz in seiner konkreten Anwendung nicht so überdehnt werden, wie es jetzt das Bundesgericht in BGE 115 II 464ff. erneut getan hat.» («recht», 1/1992, S. 9ff.)

Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber mit einer Änderung von Art. 404 OR den richtigen Weg wählt, um eine offensichtlich praxisfremde und aus der Geschichte des Gesetzes nicht nachvollziehbare Rechtsanwendung zu korrigieren.

Der zweite Teil der Erörterung umfasst die besondere Bedeutung des Vertrauensverhältnisses im einfachen Auftrag. Diesem Vertrauensverhältnis kommt im typischen einfachen Auftrag und in zahlreichen gemischten Verträgen eine überragende Bedeutung zu. Es ist geradezu der Charakter der unter Art. 394ff. OR fallenden Verträge, selbst wenn sie rein kommerzieller Natur sind. Jedenfalls ist das Vertrauensverhältnis zwischen Bauherr und Bauherrenberater, zwischen Immobilieneigentümer und Bewirtschafter, zwischen Stockwerkeigentümergeinschaft und Verwalter sowie zahlreichen weiteren Dienstleistungsbereichen der Immobilienwirtschaft ein tragendes und unabdingbares Element. Hier argumentiert das Bundesgericht nachvollziehbar, wenn es die zwingende Natur von Art. 404 OR damit begründet, dass es keinen Sinn habe, den Vertrag noch aufrechterhalten zu wollen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört sei. In der Praxis würden die Parteien ihre Zusammenarbeit während einer Kündigungsfrist oder während der restlichen Laufzeit in einem unkündbaren Vertragsverhältnis gemäss Art. 404 VE-OR kaum mehr zur Zufriedenheit beider Seiten fortsetzen oder die Arbeit sogar ganz einstellen. Das Gegenteil zu erwarten, ist aus Sicht des SVIT ebenfalls realitätsfremd.

Ebenso darf es nicht sein, dass die Vertragsparteien Konventionalstrafen vereinbaren können, die über das Mass des negativen Interesses hinausgehen und sie im Ergebnis aneinander binden, obwohl das Vertrauen zerstört und beide Parteien mit einer Beendigung besser fahren würden. Es ist aus der Sicht des SVIT richtig und wichtig, dass im Fall einer Kündigung zur Unzeit ausschliesslich der Vertrauensschaden ersetzt werden muss.

Schliesslich widerspricht der SVIT der im Bericht vertretenen Auffassung, dass bei Verträgen, bei denen «die Leistungen der Parteien in umfangreichen Katalogen relativ genau im Voraus umschrieben oder sich aus der Natur der Geschäfte ergeben», den Parteien zugemutet werden kann, das Ende eines befristeten Vertrags oder eine Kündigungsfrist abzuwarten. Warum der Leistungskatalog, wie er in kommerziellen Vertragsverhältnissen absolut üblich und weit verbreitet ist, das Verhältnis in besonderer Weise qualifiziert, ist nicht einsichtig.

Der dritte Teil widmet sich der Rechtssicherheit als wichtiger Aspekt unserer wirtschaftsfreundlichen Ordnung. Die heutige Regelung darf ungeachtet gewisser Nachteile für wenige Vertragspartner und Anwendungsbereiche als besonders rechtssicher bezeichnet werden. Unsicherheiten ergeben sich allenfalls in der Abgrenzung von reinen Auftragsverhältnissen gegenüber gemischten Verträgen mit den dazugehörigen Konsequenzen hinsichtlich einer Kündigung sowie der Begrenzung des negativen Interesses. Mit Art. 404 VE-OR würde keine dieser Unsicherheiten beseitigt und der Katalog sogar erweitert. Namentlich stellt sich die Frage, wo die Grenze zwischen einer stärkeren und einer schwächeren Partei, zwischen kleinen und mittleren Unternehmen einerseits und «marktmächtigeren Vertragspartnern» andererseits oder zwischen einem Formularvertrag und einem einvernehmlich ausgehandelten Vertrag zu setzen ist. Hier öffnet sich ein grosser Interpretationsspielraum, der die Gerichte geradezu auffordern, das Gesetz zu konkretisieren. Mit der Möglichkeit, einen Schadenersatz auf das positive Interesse vorzusehen, öffnet der Gesetzgeber zudem Tür und Tor für Knebelverträge.

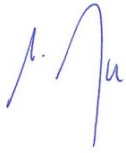
Aus der Erwähnung der Immobilienverwaltungsverträge an verschiedenen Stellen des Berichts muss zudem abgeleitet werden, dass solche Vertragsverhältnisse nicht unter Art. 404 Abs. 2 VE-OR für sog. «Formularverträge» fallen und Art. 404 OR somit dispositives Recht bilden würde. So oder so, es ist zu befürchten, dass sich gewisse Vertragsbedingungen – namentlich Kündigungsfristen oder feste Laufzeiten sowie Konventionalstrafen – nach und nach als branchenüblich etablieren werden und auch «schwächere» Vertragsparteien, i.e. Konsumenten und KMU, solchen Bedingungen mit der Zeit unreflektiert zustimmen werden ohne ihre Rechte zu kennen.

Fazit

Der SVIT lehnt die Vorlage in der vorliegenden Form aufgrund fehlenden Handlungsbedarfs, besonderer Gewichtung des Vertrauensverhältnisses und drohender Rechtsunsicherheit ab.

Wir danken Ihnen für die Erwägung unserer Vernehmlassung.

Hochachtungsvoll,
Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft – SVIT Schweiz



Andreas Dürr
Mitglied der Geschäftsleitung

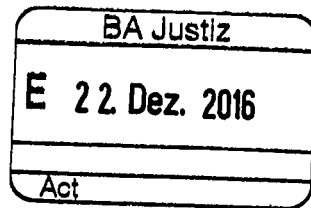


Ivo Cathomen
Mitglied der Geschäftsleitung

Zum SVIT Schweiz

Der Schweizerische Verband der Immobilienwirtschaft – SVIT Schweiz – ist die Berufs- und Standesorganisation der Anbieter von Immobiliendienstleistungen namentlich in den Bereichen Bewirtschaftung, Verkauf, Beratung, Bewertung, Entwicklung, Facility Management und Verwaltung von Stockwerkeigentum. Als Dachverband vertritt er die Interessen der Immobilienwirtschaft und von über 25'000 Immobilienfachleuten. Der SVIT Schweiz verfügt über Mitgliederorganisationen in der deutschen, der italienischen und in der französischen Schweiz sowie über verschiedene Fachkammern und die verbandseigene Schule SVIT Swiss Real Estate School.

Präsident **Roy Garré, Bundesstrafrichter, Bundesstrafgericht, Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona**
Tel. 058 480 68 82, E-Mail: roy.garre@bstger.ch
Sekretariat **Miro Dangubic, Tel. 078 732 26 68, E-Mail: info@svr-asm.ch; www.svr-asm.ch**



**Par messagerie électronique
et par courrier A**

Département fédéral de justice
et police
Office fédéral de justice
3003 Berne

Bellinzone/Genève, le 21 décembre 2016

Avant-projet de révision de l'art. 404 CO

Madame la Conseillère fédérale,
Madame, Monsieur,

Nous vous remercions de l'invitation à participer à la procédure de consultation relative à l'avant-projet de loi mentionné en marge.

A titre liminaire, nous tenons à relever que les motifs présidant à la modification proposée, tels qu'exposés dans le rapport explicatif, relèvent surtout de considérations d'ordre politique, de sorte que nos observations se limiteront à quelques réflexions relatives aux éventuels écueils que ladite modification pourrait entraîner.

L'avant-projet indique qu'indépendamment d'une renonciation contractuelle à la résiliation en tout temps, cette dernière doit rester possible lorsque le mandat présente un caractère strictement personnel. Elle serait alors fondée sur les art. 19 al. 2 CO et 27 al. 2 CC. Un tel raisonnement implique que la qualification du caractère strictement personnel soit développée et précisée par la jurisprudence.

Ainsi, à titre d'exemple, le mandat liant un client à son avocat pourrait soulever la question de savoir s'il revêt toujours un caractère strictement personnel ou si la réponse à cette question devrait être nuancée en fonction du type de litige (familial, successoral, commercial etc.) ou du genre d'activité effectuée (représentation en justice, conseil, activités de type fiduciaire etc.). Comment, à titre d'autres exemples, définir et tracer les limites du caractère strictement personnel dans le mandat de "personal coach" ou celui conclu avec une agence matrimoniale, une agence de marketing, un spécialiste en communication ou encore en sécurité informatique?

Compte tenu de la multitude de prestations qu'un mandat peut recouvrir, l'incertitude sur son caractère strictement personnel ouvrant le droit, qui ne peut être exclu par convention, à une résiliation en tout temps risque d'entraîner une grande insécurité juridique, susceptible de toucher beaucoup de situations.

En outre, se pose également la question de savoir si l'art. 27 CC qui, selon les explications ressortant de l'avant-projet, pourrait être invoqué pour justifier une résiliation en tout temps des mandats présentant un caractère strictement personnel s'applique à tout mandat ou seulement aux mandats de durée.

Par ailleurs, la possibilité de supprimer ou de limiter le droit de résilier en tout temps le mandat pourrait conduire à admettre un dommage positif. Il nous semble que l'avant-projet examine insuffisamment les conséquences économiques qui pourraient en découler pour les parties ainsi que les limites éventuelles qui devraient y être posées.

Les questions que soulève l'avant-projet nous paraissent ainsi nombreuses et contrastent avec la clarté qu'offre la disposition actuelle.

Certains de nos membres s'interrogent ainsi sur la question de savoir si le souci allégué de protéger différents acteurs économiques en particulier d'une résiliation du mandat en tout temps ne trouverait pas une réponse plus adéquate dans des dispositions les visant spécifiquement ou au travers de dispositions de la Loi sur la concurrence déloyale.

* * *

Nous vous remercions d'abord de l'occasion offerte à l'ASM de s'exprimer sur cet avant-projet de loi et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre haute considération.



Roy Gagné
Président



Florence Krauskopf
Vice-Présidente

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern
Per E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Zürich, 15. Dezember 2016

Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts: Auftragsrecht

Sehr geehrte Damen und Herren

Namens des Swico bedanken wir uns für die Möglichkeit, unsere Position zum Vorentwurf betreffend Änderung von Artikel 404 des Obligationenrechts (OR) darzulegen und reichen Ihnen hiermit unsere Stellungnahme ein.

1. Legitimation und Betroffenheit

Swico ist der Verband der ICT-Anbieter der Schweiz. Swico vertritt die Interessen von 450 ICT-Anbieterfirmen, welche 56'000 Mitarbeitende beschäftigen und einen Umsatz von jährlich CHF 40 Milliarden erwirtschaften.

Das Auftragsrecht ist in den Branchen, deren Interessen Swico vertritt, stark verbreitet. Zudem sind die seit Jahren über die Branche hinaus bewährten IT-Modellverträge, insbesondere im Bereich der cloud Services und der Beratung, Teil des Swico Dienstleistungsangebots. Die Swico Mitglieder sind von dieser Vernehmlassungsvorlage unmittelbar und besonders betroffen und Swico daher zu vorliegender Stellungnahme legitimiert.

2. Vernehmlassung

2.1 Grundsätzliches

Im erläuternden Bericht wird der gesetzliche Anpassungsbedarf mit der Problematik der zwingenden Anwendung von Artikel 404 OR in der Praxis begründet, was insbesondere bei individuell ausgehandelten, komplexen, kommerziell geprägten Dienstleistungsverträgen der Fall sei. Als Beispiel werden Managementverträge, Outsourcingverträge oder auch IT-Dienstleistungsverträge aufgeführt. Bei solchen Verträgen bestehe aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung in der Regel ein grosses beidseitiges Interesse an einer verbindlichen, unkündbaren Vertragsdauer. Deshalb sollen die Parteien das jederzeitige Beendigungsrecht wegbedingen oder einschränken können.

Geplant ist, den bestehenden Artikel 404 OR als Grundsatz explizit mit dispositivem Charakter auszugestalten und mit einem neuen Artikel 404a OR zu ergänzen.

2.2 Art. 404a OR, Abs. 1 (neu)

Wir begrüssen, dass die Parteien mit dieser Bestimmung das Beendigungsrecht ganz wegbedingen oder auch andere Beendigungsregeln vorsehen können. Zudem haben die Parteien neu die Möglichkeit, Schadenersatz auf das positive Interesse oder eine Konventionalstrafe zu vereinbaren, was zu befürworten ist.

2.3 Art. 404a OR, Abs. 2 (neu)

Gemäss Abs. 2 sollen Parteivereinbarungen, welche eine Einschränkung des jederzeitigen Rechts zur Beendigung des Auftrags vorsehen, nichtig sein, wenn sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten sind. Unter den Begriff der AGB fallen insbesondere auch Formularverträge. Darüber hinaus legt das Bundesgericht den Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen weit aus.

Diese Bestimmung ist abzulehnen: Einerseits ist der Konsumentenschutz in Art. 8 UWG schon angemessen berücksichtigt. Andererseits gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit namentlich auch im Auftragsrecht. Es kann nicht sein, dass eine Einschränkung oder Wegbedingung des jederzeitigen Widerrufs- oder Kündigungsrechts nichtig sein soll, wenn sie in AGB enthalten ist. Damit wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit ausgehebelt. Wir beantragen daher die Streichung von Absatz 2.

Antrag:

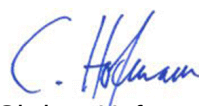
Absatz 2 der vorgesehenen neuen Bestimmung von Art. 404a OR ist zu streichen.

Wir danken Ihnen namens unserer Mitglieder im Voraus dafür, dass Sie unsere Anregungen in geeigneter Weise bei der definitiven Formulierung der neuen Gesetzesbestimmung berücksichtigen.

Freundliche Grüsse
Swico



Dr. Peter K. Neuenschwander
Präsident Kommission IT-Recht



Christa Hofmann
Head Legal & Public Affairs

Per Mail: zz@bj.admin.ch

Bundesamt für Justiz
Herr David Oppliger
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Basel, 29. Dezember 2016
J.2/ABA

Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht)

Sehr geehrter Herr Oppliger
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die am 16. September 2016 eröffnete Vernehmlassung des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht).

Grundsätzlich ist die Initiative zu begrüßen und die beabsichtigte Gesetzesanpassung sinnvoll, da sie mehr Flexibilität in der Vertragsgestaltung, insbesondere im Zusammenhang mit Geschäften betreffend B2B (Bank to Bank), wie etwa im Bereich IT, zulässt. Durch die beabsichtigte Liberalisierung des zwingenden Charakters des jederzeitigen Widerrufsrechts können insbesondere auch die Rechtssicherheit und die Planbarkeit langfristig orientierter Verbindlichkeiten besser gewährleistet werden. Die geplante Anpassung des Auftragsrechts würde auch eine höhere Bindung an spezialisierte Dienstleister ermöglichen und gleichzeitig den traditionellen „besonderen Vertrauensverhältnissen“ (Rechtsanwälte, Ärzte etc.) Rechnung tragen. Das flexibilisierte Kündigungsrecht stärkt darüber hinaus die Parteiautonomie und ist auch vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Missbrauchsbedenken bezüglich der neuen Regelung erweisen sich, zumal mit Blick auf den in Art. 27 des Zivilgesetzbuchs normierten Schutz vor übermässiger Bindung, als unbegründet.

Allerdings ist zu beachten, dass viele der von diesen Anpassungen des Auftragsrechts betroffenen Geschäftsbeziehungen gestützt auf standardisiert verwendete Verträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen geregelt werden. Es entspräche nicht den wirtschaftlichen Realitäten, all diesen Vertragsverhältnissen Ausnahmen vom zwingenden Charakter von Art. 404 OR abzusprechen. Die im aktuellen Vorschlag in Art. 404a Abs. 2 OR vorgesehene „AGB-Feindlichkeit“ ist somit abzulehnen.

Darüber hinaus böte die Revision auch Gelegenheit, den unglücklich formulierten Art. 404 OR im Sinne der folgenden Ausführungen (vgl. Ziff. 1) zu revidieren. Schliesslich wäre es wünschenswert im Gesetz die Möglichkeit explizit zu erwähnen, die Beendigungsfolgen zu regeln.

Wir bedanken uns für die Gelegenheit, Ihnen unsere Position und unsere Überlegungen im Detail wie folgt darzulegen:

1. Präzisere Formulierung

1.1 Die vorgeschlagenen Anpassungen beim Auftragsrecht bieten eine günstige Gelegenheit, die verwirrende Terminologie „Widerruf oder Kündigung“ in Art. 404 Abs. 1 und „Rücktritt“ in Abs. 2 OR zu präzisieren. Einen Widerruf von Verträgen gibt es nicht. Wenn schon könnte, allenfalls eine entsprechende Willenserklärung widerrufen werden. Auch der Rücktritt von einem Vertrag ist regelmässig nur unter der Voraussetzung möglich, dass ein Fehlverhalten der anderen Partei vorliegt. Aus diesen Gründen sollte präzisierend von einem jederzeitigen Kündigungsrecht mit sofortiger Wirkung gesprochen werden.

1.2 Ausserdem verwendet Art. 404 OR eine etwas veraltete Begrifflichkeit („von jedem Teile“ anstatt „von jeder Partei“); das OR verwendet den Ausdruck „Teil“ im Sinne von Partei vereinzelt, jedoch sind die Begriffe „Partei“ und „Gegenpartei“ weitaus häufiger anzutreffen.

1.3 Im Erläuterungsbericht heisst es weiter, es sei auch beabsichtigt, die Beendigungsfolgen zur Disposition der Parteien zu stellen, was derzeit nicht der Fall ist. Auch dieses Ansinnen des Gesetzgebers ist sehr zu begrüßen, sollte aber in der neuen Bestimmung erwähnt werden. Dies zumal der geltende Art. 404 Abs. 2 OR die Schadenersatzfrage ausdrücklich thematisiert. Wir schlagen vor, dass Art. 404 Abs. 2 OR präzisiert wird und von „Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens“ gesprochen wird (vgl. Art. 109 Abs. 2 OR), statt wie bisher nur von Ersatz des verursachten Schadens. Ausserdem soll der neue Art. 404a Abs. 1 E-OR auf die Möglichkeit, die Beendigungsfolgen zu Regeln eingehen. Er könnte bspw. folgenden Wortlaut haben: „Die Parteien eines Auftrags können von Art. 404 OR abweichen.“ oder „Vereinbarungen, welche eine Abweichung vom jederzeitigen Kündigungsrecht mit sofortiger Wirkung oder von dessen Folgen zum Gegenstand haben, sind zulässig.“ Vgl. dazu den Formulierungsvorschlag in Ziff. 4 dieser Stellungnahme.

2. Starre Einschränkungen im Auftragsrecht nicht angemessen

2.1 Der Gesetzgeber tut gut daran, sich in Bezug auf die Anforderungen nach Art. 404 OR von der klassischen Sichtweise zu lösen und generell eine Möglichkeit der Abweichung von dem „jederzeitigen Widerrufs- und Kündigungsrecht“ einzuführen. Entscheidend sind der Inhalt des Vertrages und der übereinstimmende Wille der Parteien, sich vertraglich – hier im Rahmen eines Auftrags – zu binden. Liegt dieses Element der Bindung primär in einem Dauerschuldverhältnis, das eben auch auftragsrechtlicher Natur sein kann, sollen die Parteien innerhalb der Vertragsfreiheit vertraglich ordentliche Kündigungsfristen vorsehen können. Dieses Vorgehen entspricht dem heutigen Bedürfnis der Wirtschaft und dient auch der Rechtssicherheit.

2.2 Bei zahlreichen Vertragsbeziehungen bezwecken die Parteien eine von gegenseitigem Vertrauen geprägte, auf Dauer und Langfristigkeit angelegte Zusammenarbeit. Dementsprechend hoch sind deshalb auch die Investitionen in Form von Geld und weiterem Aufwand, z.B. Zurverfügungstellung von Personal, Räumlichkeiten und Technik, im Hinblick auf solche Vertragsbeziehungen. Die getätigten Investments und das ge-

gegenseitiges Vertrauen dürfen nicht durch zwingende Kündigungsbestimmungen enttäuscht werden. Dies umso weniger, als dies nur deshalb der Fall sein soll, weil solche Vertragsverhältnisse gestützt auf ein starres alt-römisches Vertragsverständnis als Aufträge qualifiziert werden, obwohl dies in der heutigen Zeit mit einer weltweit-vernetzten und von arbeitsteiligen Abläufen geprägten Wirtschaft nicht mehr angemessen ist. Selbst im alten Rom gab es die wichtige und hochangesehene Funktion der Prätores, welche als sog. Marktrichter die Kompetenz hatten, nicht mehr angemessene Regeln an neu entstandene legitime Bedürfnisse des Marktes anzupassen. Umso mehr muss dies heute der Fall sein.

2.3 Typische Beispiele sind etwa Vertragsbeziehungen im Bereich Liegenschaften (z.B. Bautreuhand, Immobilien-Dienstleistungen wie z.B. Liegenschaftsverwaltung etc.) oder IT (z.B. Betrieb u. Wartung von IT-Systemen). Solche Verträge werden typischerweise nicht ausschliesslich zwischen Unternehmen abgeschlossen, sondern durchaus auch zwischen einem privaten Auftraggeber und dem die gewünschte Dienstleistung erbringenden Unternehmen.

2.4 Im Bereich von Finanzdienstleistungen werden heute zahlreiche Vertragsverhältnisse in der Gerichtspraxis starr als Aufträge qualifiziert. Dies ist insbesondere mit Bezug auf die strukturierten, auf Dauer ausgelegten Finanzdienstleistungen, Anlageberatung und Vermögensverwaltung, der Fall. Gerade bei solchen auf gegenseitigem Vertrauen beruhenden Vertragsverhältnissen wünschen die Parteien typischerweise – nur schon aus anlagetechnischen Gründen – eine auf Dauer und Langfristigkeit angelegte Zusammenarbeit. Gerade deshalb begründen solche Vertragsverhältnisse im beidseitigen Interesse auch privilegierte Rechtsverhältnisse, welche entweder – wie z.B. die Vermögensverwaltung – die Kunden zu qualifizierten Anlegern machen oder die von engem Vertrauensverhältnis geprägte vertragliche Beziehung – wie z.B. die strukturierte, auf Dauer ausgelegte Anlageberatung – von gewissen rechtlichen Pflichten ausnimmt (vgl. z.B. Art. 3 Abs. 2 lit. a-c KAG i.V.m. Art. 3 Abs. 3 lit. a u. b KKV; Art. 10 Abs. 3^{bis} u. 3^{ter} KAG; zum Ganzen Werner Wyss, in: Basler Kommentar zum KAG, Bösch/Rayroux/Winzeler/Stupp [Hrsg.], 2. A., Basel 2016, Art. 10 KAG, N 11a, N 52 ff., insb. N 55, u. N 83 ff., insb. N 85 ff.). Kunden, welche solche Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen, können Unternehmen sein, sind häufig aber Privatpersonen. Solche Vertrauensverhältnisse dürfen nicht durch zwingende sofortige Kündigungsrechte unterminiert werden. Auch das Bestehen eines erhöhten Vertrauensverhältnisses fördert somit in der heutigen wirtschaftlichen Realität eine auf Dauer und Langfristigkeit angelegte Vertragsbeziehung und benötigt deshalb kein zwingendes sofortiges Kündigungsrecht.

2.5 Viele solcher Geschäftsbeziehungen wie vorstehend in Ziff. 2.3 u. 2.4 skizziert, werden gestützt auf standardisiert verwendete, nicht im Einzelnen individuell ausgehandelte Verträge geregelt. Solche Verträge können je nach Auslegung bereits als „AGB“ qualifizieren. Es ist nicht sachgerecht, solchen klarerweise auf Dauer und Langfristigkeit ausgerichteten Vertragsverhältnissen, welche sogar gesetzlich gefördert werden, legitime Ausnahmen vom zwingenden Charakter von Art. 404 OR vorzuenthalten.

2.6 Die Kunden werden mit solchen Verträgen nicht ihres Rechtsschutzes beraubt. Wird das von Ihnen in die Person des Finanzdienstleisters gesetzte Vertrauen enttäuscht, können die Kunden selbstverständlich Schadenersatz geltend machen (Werner Wyss, a.a.O., Art. 10 KAG N 95).

3. Einschränkungen mit Bezug auf Regelungen in AGB nicht angemessen

3.1 In einer im Interesse der Kunden selbst effizient sowie zeit- und kostengünstig strukturierten Wirtschaft ist es unumgänglich, wesentliche Eckpfeiler der vertraglichen Regelung zwischen den Parteien in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu vereinbaren. Gültig vereinbarte AGB sind rechtlich ebenso relevant wie individuell vereinbarte Regelungen.

3.2 Damit AGB gültig vereinbart werden, ist notwendig, dass (a) die AGB klar und eindeutig formuliert sind, (b) in Individualverträgen ausdrücklich zum integrierenden Vertragsbestandteil erklärt werden und (c) der Vertragspartner den AGB-Inhalt vor Abschluss eines Individualvertrages einsehen kann (Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich 2011, N 179).

3.3 Ein wesentlicher Vorteil von AGB ist, dass die Aufwendungen für die Vertragsgestaltung und als Folge davon auch die Gesamtaufwendungen für die vertraglich geregelten Produkte bzw. Dienstleistungen gering gehalten werden können. Damit bleiben auch die vom Vertragspartner zu übernehmenden Kosten für die Inanspruchnahme der Produkte bzw. Dienstleistungen geringer, als dies der Fall wäre, wenn die Vertragsverhältnisse ausschliesslich mit Individualverträgen geregelt würden.

3.4 Ein weiterer wesentlicher Vorteil von AGB ist zudem, dass später allenfalls notwendige Änderungen der AGB effizienter mit gleicher und überdies gleichzeitiger Wirkung für alle Vertragspartner vorgenommen werden können. Auch bei solchen späteren Änderungen sind selbstverständlich zur Gültigkeit vorgenannte Voraussetzungen einzuhalten. Zusätzlich sind geänderte AGB allen Vertragspartnern frühzeitig unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist abzugeben. So wird der Vertragspartner in die Lage versetzt, bei Nichteinverständnis das Vertragsverhältnis aufzulösen, bevor die geänderten AGB rechtsrelevant werden. Um das Verständnis von AGB-Änderungen zu fördern, und in Nachachtung von Art. 8 UWG, hat sich in den letzten Jahren überdies die Usanz etabliert, über die wesentlichen in den AGB vorgenommenen Änderungen zusätzlich mit Begleitbrief zu informieren.

3.5 Soweit einzelne AGB-Klauseln aus Sicht des Kunden gleichwohl unklar bleiben oder sogar – für den Kunden überraschend – vom im Geschäftsverkehr Üblichen abweichen, sind sie in Anwendung der sog. Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregeln im Interesse des Kunden zu Lasten des Anbieters auszulegen (Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 180). Die Kunden sind somit unter AGB-Recht rechtlich sogar besser geschützt als unter den Auslegungsregeln, welche für im Einzelnen individuell ausgehandelte Verträge gelten würden.

3.6 Die Rechtslage zur Gültigkeit von AGB ist nicht anders als bei arbeitsrechtlichen Regelungen von gewisser Tragweite, welche unternehmensintern aus Effizienzgründen vom Arbeitgeber nicht mit jedem Mitarbeitenden individuell vereinbart werden, sondern in Form z.B. eines Arbeitsreglementes jedem Mitarbeitenden gleichzeitig zusammen mit dem Individualarbeitsvertrag abgegeben werden (vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kanel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 320 OR N 2 ff.).

3.7 Die Verwendung von AGB ist aus der massengeschäftstauglichen, zeit- und kosten-effizienten Vertragsgestaltung nicht mehr wegzudenken (vgl. Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 175).

3.8 Werden die Voraussetzungen zur Gültigkeit von AGB eingehalten, ist gegen die Verwendung von AGB auch nichts einzuwenden. Insbesondere kann nicht gesagt werden, dass AGB komplizierter als Individualverträge formuliert seien. Das Gegenteil ist der Fall: Als eine Art Grundverfassung der weiteren gegenseitigen Vertragsbeziehungen (vgl. Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 175) sind die AGB typischerweise sogar weniger umfangreich, viel klarer und einfacher verständlich formuliert als manche Regelung in Individualverträgen.

3.9 Eine Regelung, die Abweichungen von Art. 404 OR mittels AGB nicht zuliesse, würde statt der erwünschten Rechtssicherheit sogar Rechtsunsicherheit generieren. Um insbesondere im Massengeschäft Aufwand und Kosten für sich und ihre Kunden zu sparen, verwenden die allermeisten Anbieter aller Branchen heutzutage standardisierte Vertragsvorlagen, welche höchstens noch mit Bezug auf einzelne Teile individuell auszuhandeln sind (Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 174), bei Vermögensverwaltungsverträgen z.B. mit Bezug auf die gestützt auf die durchgeführte Suitability-Prüfung festgelegte Anlagestrategie. Ohne Standardisierung wären Aufwand und Kosten enorm. Die Kunden wären nicht bereit, die anfallenden Kosten zu tragen, und die Anbieter wären mangels Standardisierung nicht in der Lage, ihre Produkte und Dienstleistungen einem – bei Banken aufsichtsrechtlich geforderten – vernünftigen und effizienten Risikomanagement zu unterstellen (vgl. Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 175). In einer weiten Auslegung des Begriffes „AGB“, welche in bestimmten Jurisdiktionen tatsächlich Anwendung findet, qualifizieren solche vom Anbieter standardisiert verwendete, nicht im Einzelnen individuell ausgehandelte Verträge bereits als „AGB“. Mit der gewählten Formulierung des Entwurfs für einen neuen Art. 404 OR bestünde somit das erhebliche Risiko, dass praktisch alle im Rechtsalltag verwendeten Verträge im Ergebnis als „AGB“ qualifizieren. Mangels vernünftigem Anwendungsbereich würde die Gesetzesänderung ihres Zweckes beraubt. Es entstehen also zahlreiche Abgrenzungsfragen. Der Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen wird im Erläuterungsbericht derart weit umschrieben, dass auch Vertragsvorlagen darunter fallen. Ab wann wären solche vorformulierten Vertragsvorlagen ausgehandelt? Unternehmen können ohne Vertragsvorlagen zu verwenden, nicht effizient Geschäfte führen. Es würden wohl immer AGB im Sinne des Gesetzes vorliegen, wenn nicht explizit von diesen Vorlagen abgewichen wird. Jedenfalls hätte dann die Vertragspartei, welche nicht ihre eigene Vorlage verwendet hat, sondern bereit war, die Vertragsvorlage der Gegenpartei zu akzeptieren, immer die Möglichkeit zu behaupten, es liege ein Ausschluss von Art. 404 OR gemäss AGB vor. Es gäbe daher einen gewissen Druck von vorformulierten Vorlagen in irgendeiner Form abzuweichen, obwohl das möglicherweise weder gewünscht noch sinnvoll ist.

3.10 Der Vergleich im Erläuterungsbericht mit dem Kündigungsschutz im Mietrecht zeigt ausserdem klar den durch den Sozialschutz motivierten Hintergrund dieser Bestimmung. Dieser Sozialschutz ist entgegen dem Erläuterungsbericht für KMU nicht sachgerecht. Die Befürchtung KMU könnten in für sie unvorteilhaften AGB gezwungen werden, auf die besonderen Vertragsauflösungsrechte gemäss Art. 404 OR zu verzichten, mag zwar zutreffen. Wenn aber die Verhandlungsmacht sehr einseitig verteilt ist,

wird dasselbe Ergebnis auch von Verhandlungen resultieren. Die Bestimmung generiert daher nur unnötigen Verhandlungsaufwand.

3.11 In Bezug auf Konsumentenverträge ist die Bestimmung ebenso deplatziert. Im Bereich des E-Commerce (Fintech!) ist es unmöglich, Verträge einzeln zu verhandeln. Dieses ganze Segment würde von einer abweichenden Regelung des Kündigungsrechts ausgeschlossen bleiben. Wie der erläuternde Bericht zutreffend ausführt, sind die Konsumenten im höchstpersönlichen Kernbereich ohnehin durch Art. 27 ZGB geschützt und gilt im Bereich der AGB Art. 8 UWG. Zudem verhindert die Ungewöhnlichkeitsregel, dass exotische Kündigungsvarianten in AGB vereinbart werden. Aber auch ausserhalb des E-Commerce ist eine solche Regel unpraktikabel und würde dazu führen, dass immer ein jederzeitiges Kündigungsrecht besteht. Es ist nicht realistisch den Kunden nebst der kompletten Vertragsdokumentation auch noch einzeln einen Verzicht auf das jederzeitige Kündigungsrecht vorzulegen.

3.12 Aus all diesen Gründen ist es nicht gerechtfertigt, Ausnahmen von der strengen Regelung von Art. 404 OR nur in Form von individuell vereinbarten Verträgen zuzulassen. Die Einschränkung, dass Abweichungen von Art. 404 auf dem Weg von AGB nicht zulässig sind, ist demzufolge ersatzlos zu streichen.

4. Formulierungsvorschläge für Art. 404 und Art. 404a OR

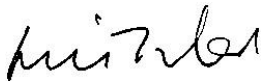
Gemäss den Ausführungen schlagen wir für Art. 404 und Art. 404a OR konkret folgenden angepassten Wortlaut vor:

D. Beendigung	Art. 404
I. Gründe	
1. Widerruf , Jederzeitiges Kündigungsrecht mit sofortiger Wirkung	1 Der Auftrag kann von jeder Partei Teile jederzeit widerrufen oder und mit sofortiger Wirkung gekündigt werden. 2 Erfolgt dies jedoch zur Unzeit, so ist der zurücktretende die kündigende Teil Partei zum Ersatze des dem anderen aus dem Dahinfallen des Vertrages verursachten Schadens verpflichtet.
a. Grundsatz	
b. Abweichende Vereinbarungen	Art. 404a 1 Das jederzeitige Widerrufs- oder Kündigungsrecht mit sofortiger Wirkung kann wegbedungen oder eingeschränkt werden. 2 Eine solche Abrede ist nichtig, wenn sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist.

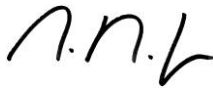
Wir bedanken uns für die wohlwollende Prüfung unserer Kommentare und Anliegen.

Für allfällige Rückfragen oder eine vertiefte Erörterung unserer Stellungnahme stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Christoph Winzeler



Andreas Barfuss

Stellungnahme

Zürich, 22. Dezember 2016

Änderung des Obligationenrechts - neuer Art. 404a OR (Auftragsrecht)

Stellungnahme zum Vorentwurf

swissICT begrüsst den Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht). Das bisherige jederzeitige Kündigungsrecht für Auftragsverhältnisse gemäss Art. 404 OR entspricht nicht den heutigen Bedürfnissen von Unternehmen auf der Kunden- wie auf der Anbieterseite, die auf sichere und durchsetzbare Vertragsverhältnisse angewiesen sind, um ihr Geschäft planen und entsprechend umsetzen zu können.

Der Vorentwurf sieht vor, dass die Parteien von Art. 404 OR abweichende Bestimmungen vereinbaren können – eine Regelung, die viele Dienstleistungsverhältnisse vereinfachen wird und damit Rechtssicherheit in wichtige Unternehmensbereiche bringt. Der zurückhaltende Eingriff in das Rechtssystem mit dem Anfügen nur eines neuen Artikels erlaubt es, dass die Bestimmungen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts für Dienstleistungsverträge in Zukunft noch stärker zum Tragen kommen. Der Rückgriff auf diese bewährten Bestimmungen stärkt die Rechtssicherheit. Insgesamt wird der Grundsatz «pacta sunt servanda» umgesetzt, was die Investitionssicherheit erhöht und den Schweizerischen Wirtschaftsraum international attraktiver und kompetitiver macht.

In Umsetzung der Motion Barthassat (11.3909) hat der Bundesrat einen Vorentwurf zur Änderung des Artikels 404 des Obligationenrechts (OR) in die Vernehmlassung geschickt. Das jederzeitige Kündigungsrecht für Auftragsverhältnisse ist gemäss langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichts zwingend. Für viele Auftragsverhältnisse oder Innominatverträge mit auftragsrechtlichem Charakter ist das Recht zur jederzeitigen Beendigung indes problematisch. Der Schadenersatz wegen Beendigung zur Unzeit nach Art. 404 Abs. 2 OR ist nicht klar umschrieben und umfasst grundsätzlich nur das negative Interesse. Entgangener Gewinn wird hingegen vom positiven Interesse umfasst – die aktuelle Gesetzessystematik lässt aber nicht zu, dass vertraglich statt des negativen das positive Interesse bei Beendigung zur Unzeit gefordert werden kann.

Dies hatte zur Folge, dass - nicht nur aber eben auch - über umfangreichen und investitionsintensiven Dienstleistungsverträgen das Damoklesschwert des jederzeitigen Kündigungsrechts schwebt. Die Wirtschaftsakteure haben bisher versucht, Investitionen und Einsatz anderweitig zu sichern, doch anerkannte das Bundesgericht beispielsweise keine Konventionalstrafen, die den Rahmen überschritten, der sich aus Art. 404 Abs. 2 OR ergibt. Andere Vertragsparteien versuchten, ihre Dienstleistungen als Werkverträge oder

werkvertragsähnliche Innominatverträge zu umschreiben und sahen sich dadurch aber mit der schwierigen Vereinbarkeit der Bestimmungen des Werkvertragsrecht mit Dauerschuldverhältnissen konfrontiert und schufen gleichzeitig neue Abhängigkeiten und Unsicherheiten in der Vertragsauslegung. Die Begründung des Bundesgerichts, wonach das jederzeitige Beendigungsrecht dem besonderen Vertrauensverhältnis gerecht werde, das dem Auftrag zugrunde liege, vermag für viele Vertragskonstellationen im Bereich der IT-Dienstleistungen oder gar komplexer Outsourcing-Verträge nicht zu überzeugen.

Mit dem neuen Art. 404a VE-OR bleibt der bisherige Wortlaut des Art. 404 OR bestehen, mit der Ergänzung, dass das jederzeitige Beendigungsrecht neuerdings dispositiver Natur ist. Dadurch befriedigt der Gesetzgeber ein wichtiges Bedürfnis der Wirtschaft in der Vertragsgestaltung. Die Parteien können demnach wahlweise das Beendigungsrecht beibehalten oder individuell einschränken resp. wegbedingen. Selbst wenn sie das Beendigungsrecht beibehalten, können sie wohl die Rechtsfolgen von Art. 404 Abs. 2 OR bezüglich Schadenersatz neu individuell abändern und damit die Folgen der Vertragsbeendigung verbindlich regeln. Die zusätzlichen Möglichkeiten der Parteien umfassen die Ersatzvornahme, Konventionalstrafen – die weiter gehen als der Rahmen des negativen Interesses es bisher erlaubt – und den verstärkten Rückgriff auf die bekannten und bewährten Grundsätze des allgemeinen Teils des Obligationenrechts. Damit korrigiert der Gesetzgeber ein altbekanntes Hindernis in der modernen Vertragsgestaltung, ohne dabei die Funktionsweise des Obligationenrechts unnötig zu verkomplizieren.

Die vorgeschlagene Änderung des jederzeitigen Beendigungsrechts als dispositive Grundregel erfährt die wichtige Einschränkung, wonach das Beendigungsrecht nicht im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) wegbedungen werden kann. Grundsätzlich mag dieser Zusatz verständlich sein, greift jedoch in die Vertragsfreiheit von Unternehmen ein und ist deshalb – jedenfalls im Geschäftsverkehr (B2B) – abzulehnen oder allenfalls auf die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG zu beschränken.

Die im Vorentwurf vorgeschlagene Lösung bestärkt den Grundsatz «pacta sunt servanda». Dadurch werden Investitionen und Kooperationen unter komplexen Dienstleistungsverträgen für die Parteien berechenbarer, da sie selber die vorzeitige Vertragsbeendigung regeln können. Dies dient letztlich dem Wirtschaftsstandort Schweiz, weil durch die gestärkte Bestandssicherheit eingegangener Verträge die Schweiz für inländische und ausländische Unternehmen und Investoren attraktiver wird.

swissICT unterstützt aus den genannten Gründen den Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts und begrüsst die fällige, mit Augenmass vorgenommene, Anpassung des Auftragsrechts.

Über swissICT

swissICT ist der primäre Repräsentant des ICT-Werkplatzes Schweiz und der grösste Fachverband der Branche. swissICT verbindet 3'000 ICT-Unternehmen, Anwender-Unternehmen und Einzelpersonen. Der Verband fördert den Informationsaustausch, bündelt Bedürfnisse, publiziert die wichtigste Salärumsfrage, formuliert ICT-Berufsbilder und verantwortet den „Swiss ICT Award“. Hunderte von Experten engagieren sich in 17 thematischen Fachgruppen bei swissICT ehrenamtlich für die Qualität und Weiterentwicklung der ICT in der Schweiz.

Für Rückfragen

swissICT

Vulkanstrasse 120

8048 Zürich

<http://www.swissict.ch>

Simon Zaugg

simon.zaugg@swissict.ch

+41 43 336 40 20

Per E-Mail (zz@bj.admin.ch)
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Wirtschaftspolitik

Urs Meier
Ressortleiter Recht
Rechtsanwalt

Pfingstweidstrasse 102
Postfach
CH-8037 Zürich
Tel. +41 44 384 48 10
Fax +41 44 384 48 43
www.swissmem.ch
u.meier@swissmem.ch

Zürich, 20. Dezember 2016 UM

Stellungnahme in der Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Art. 404 OR)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf das vom Bundesrat am 16. September 2016 eröffnete Vernehmlassungsverfahren zur Änderung von Art. 404 OR (jederzeitiges Widerrufsrecht im Auftragsverhältnis) und danken Ihnen für die Möglichkeit der Stellungnahme.

Swissmem vertritt die Interessen von mehr als 1'000 Unternehmen der schweizerischen Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie (MEM-Industrie) sowie verwandter technologieorientierter Branchen. Die MEM-Industrie stellt einen der grössten industriellen Sektoren der Schweizer Wirtschaft dar und erbringt die Hälfte der industriellen Wertschöpfung. Dies entspricht über 9 Prozent des Bruttoinlandprodukts der Schweiz. Die MEM-Industrie ist mit rund 320'000 Beschäftigten die mit Abstand grösste industrielle Arbeitgeberin und bestreitet mit Exporten von 63 Milliarden CHF gut 31 Prozent der gesamten Güter-Ausfuhren der Schweiz. Die Branche wird durch KMU geprägt; 99 Prozent der Unternehmen beschäftigen weniger als 250 Mitarbeitende. Etwa 58 Prozent der ausgeführten Güter der MEM-Industrie werden in die EU exportiert.

Antrag

Nach eingehender interner Erörterung beantragen wir Ihnen, die Revision von Art. 404 OR als Ganzes **nicht weiterzuverfolgen**.

Im Wesentlichen sind es die folgenden Gründe, welche zu diesem Antrag führen:

1. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann Art. 404 OR durch die Parteien vertraglich nicht geändert werden. Die Rechtsnorm stellt somit zwingendes Recht dar.

Dem erläuternden Bericht kann entnommen werden, dass es nicht sachgerecht sei, wenn bei IT-Dienstleistungs- oder Forschungs- und Entwicklungsverträgen zwingend ein jederzeitiges Kündigungsrecht besteht. Diese Darstellung mag aus der Sicht des Dienstleistungserbringers weitestgehend zutreffen.

Gemäss den Reaktionen aus dem Kreise unserer Mitgliedschaft ist es jedoch aus der Sicht des Kunden in der deutlich überwiegenden Anzahl der Fälle durchaus von Vorteil, wenn eine Kündigung jederzeit vollzogen werden kann. Immerhin darf nicht vergessen werden, dass ein Auftragsverhältnis auf Vertrauen beruht. Ist das Vertrauen einmal weg, ist es durchaus im Interesse des Auftraggebers (und oft auch im Interesse des Auftragnehmers), wenn das Vertragsverhältnis möglichst schnell aufgelöst werden kann.

Ein Blick in die Gerichtspraxis zeigt, dass von den Gerichten durchaus pragmatische Lösungen gefunden werden können, wo die jederzeitige Lösungsmöglichkeit zu unsachgerechten Lösungen führen würde. In der Regel enthalten nämlich wirtschaftlich wesentliche Verträge (wie z.B. F&E-Verträge) nicht nur auftragsrechtliche, sondern auch Elemente von andere Vertragstypen. Sind solche Elemente von anderen Vertragstypen im konkreten Rechtsverhältnis zu finden, verneinen üblicherweise die Gerichte ein jederzeitiges Kündigungsrecht. Diese eingespielte Gerichtspraxis mit einer Vielzahl von Fällen führt in der Praxis zu sachlich gerechten Lösungen und braucht nicht durch eine Revision von Art. 404 ersetzt zu werden.

2. Einmal mehr handelt es sich bei dieser Revision um einen punktuellen Eingriff ins Obligationenrecht – ohne dass ein ganzheitlicher Ansatz zu finden wäre. Auch dieser grundsätzliche Aspekt spricht gegen das vorliegende Revisionsvorhaben. Hinzu kommen übergangsrechtliche Fragen hinsichtlich bestehender Mandatsverhältnisse, welche die Vorlage nicht zu klären vermag.

Fazit

Nach unserem Dafürhalten sollte auf **die vorliegende Gesetzesrevision verzichtet werden**, weil hierfür kein dringender Handlungsbedarf besteht.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen sowie für die Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse



Dr. Jean-Philippe Kohl
Vizedirektor



RA Urs Meier
Ressortleiter

Hopfenweg 21
PF/CP 5775
CH-3001 Bern
T 031 370 21 11
info@travailsuisse.ch
www.travailsuisse.ch

DFJP
Madame Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Palais fédéral
Berne

zz@bj.admin.ch

Berne, le 22 décembre 2016

**Modification du Code des obligations (mandat)
Consultation.**

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous remercions de nous permettre d'exprimer notre avis sur le projet d'ordonnance et c'est volontiers que nous vous le faisons parvenir.

1. Considérations générales

Travail.Suisse, l'organisation faîtière indépendante des travailleurs et travailleuses, rejette le caractère dispositif de l'art. 404 CO pour plusieurs raisons. Au regard de l'évolution actuelle sur le marché de l'emploi et de l'émergence de nouvelles formes de travail, la réglementation relative au droit du travail est certes mise à défi et devra s'adapter, mais devra se faire sans oublier de considérer tous les intérêts en présence. Certaines situations laissent transparaître un certain flou juridique qui peut parfois favoriser une partie au contrat au détriment de l'autre. La nécessité de modifier certaines bases légales ou d'en modifier est donc réelle, mais elle ne devrait pas s'établir uniquement au bénéfice d'une partie au contrat. Le droit du travail devrait garantir que les intérêts des partenaires sociaux soient représentés de manière équitable, afin notamment de préserver une économie saine sur le long terme.

Le rapport explicatif mentionne la particularité de cette réglementation qui fait exception en Europe et éloigne les investisseurs de la Suisse et de son ordre juridique. À ce titre, il

serait peut-être important de rappeler qu'en matière de sécurité sociale, le droit du travail en Suisse est d'une certaine qualité en comparaison avec les autres pays européens. Il serait dès lors important de préserver au mieux cette qualité qui n'est évidemment pas garantie en raison des nombreux défis juridiques qu'imposent les nouvelles formes de travail. L'augmentation de l'attractivité de la Suisse pour les investisseurs ne devrait pas se faire au détriment du maintien d'un certain niveau qualité du système de sécurité sociale. Or, c'est justement le risque qui se présente avec le projet de modification du caractère impératif de l'art. 404 CO.

L'introduction du nouvel art. 404a CO qui permettrait de conclure des contrats de mandat de durée offrirait la possibilité optionnelle d'établir une relation contractuelle durable qui ne contient pas les mêmes protections que celles accordées au contrat de travail. Dans la réglementation actuelle, la possibilité de résilier un contrat de mandat en tout temps permet cependant de protéger les parties au contrat, lorsque celui-ci est basé sur une relation de confiance et non de résultat (contrats de mandat typiques). Ainsi, dans les cas où l'envie de changer de médecin ou d'avocat se manifeste, elle peut se réaliser sans contrainte. Les intérêts des deux parties sont ainsi protégés dans le cas d'une rupture de confiance. Le caractère impératif de l'art. 404 CO offre une protection dans les cas de mandats typiques, mais limite aussi l'utilisation abusive du contrat de mandat. Dans certaines situations, il apparaît qu'un contrat de mandat soit en réalité un contrat de travail déguisé. L'approche plus libérale de l'art. 404 CO, par l'introduction de son caractère dispositif, favoriserait également les situations des « faux indépendants » pour lesquels les règles du mandat s'appliquent alors qu'ils sont en réalité des salariés. Ces « faux indépendants » n'ont pas droit aux indemnités de chômage, à la prévoyance professionnelle, à l'assurance accident ou à une assurance contre les maladies professionnelles. Ces formes de travail comportent aussi le risque de sous-enchère salariale avec des salaires minimaux non respectés, des cotisations sociales ou des vacances non payées. L'émergence également des « travailleurs-entrepreneurs » serait aussi favorisée avec les dangers que cela comporte. Un travailleur indépendant supporte les risques spécifiques de l'entreprise, alors que le travailleur subordonné à son employeur n'a pas cette charge. Les « travailleurs-entrepreneurs » qui ne sont ni totalement indépendant, ni considéré entièrement comme des salariés classiques doivent donc à la fois supporter les risques de l'entreprise, mais aussi renoncer aux prestations sociales de l'employeur.

Pour ces raisons, Travail.Suisse rejette la proposition d'introduction de l'art. 404a CO qui permettrait de conclure des contrats de durée. La protection pour les mandats typiques doit être conservée, même s'il existe d'autres types de contrat. Pour les cas de contrats complexes qui sont davantage de nature commerciale et qui ne reposent donc pas principalement sur une relation de confiance, la situation légale est certes plus complexe. Cependant, il faudrait plutôt privilégier une autre solution que celle de rendre dispositif l'art. 404 CO, sans préterir à la protection accordée aux mandats typiques et sans ouvrir une brèche plus grande aux abus qui existent dans les cas de mandats. À l'avenir, le nombre de travailleurs qui combineront un travail sur mandat et un ou plusieurs emplois temporaires augmentera. Il faudra donc assurer de ne pas favoriser les abus en matière de mandat, car les conditions de vie des employés peuvent devenir précaires.

2. La protection de l'art. 27 CC et 19 CO

Dans le rapport explicatif, certains arguments ont été soulevés pour expliquer comment pallier à l'impossibilité de résilier le mandat en tout temps, dans les cas où cette option est choisie par les parties. Le Conseil fédéral a relevé à cet effet que toutes les conventions sont soumises aux restrictions impératives des articles 19 al. 2 CO et 27 CC : « les contrats portant sur le *domaine strictement personnel* sont contraires aux mœurs et donc nuls » (p. 19 du rapport explicatif). Il convient toutefois de préciser à cet égard que la protection est donnée uniquement pour les cas d'abus manifeste à la liberté personnelle et à la liberté économique. Ces conditions réduisent donc largement la possibilité de résilier le contrat dans la plupart des situations. La protection offerte par les articles 19 al. 2 CC et 27 CO n'est donc pas suffisante.

3. Choix du caractère dispositif

La possibilité de convenir du caractère dispositif dans la partie spéciale du contrat et non pas dans la partie général atténue certes certains rapports de force que l'on pourrait imaginer en théorie, mais pas dans la pratique. En effet, les pressions économiques et la concurrence pourraient jouer un rôle non négligeable et rendre inefficace la portée de cette disposition.

4. Autres solutions juridiques ?

Certainement que d'autres solutions doivent être envisagées pour éviter que le caractère impératif de l'art. 404 CO puissent poser problème pour certains types de mandats atypiques. Si la jurisprudence du Tribunal fédéral est restrictive, il n'en demeure pas moins qu'elle n'a pas encore examiné certaines situations qui se présentent sur le marché du l'emploi avec l'émergence des nouvelles formes de travail.

En vous remerciant de prendre en considération notre avis, nous vous adressons, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames et Messieurs, nos salutations distinguées.

Adrian Wüthrich



Président

Hélène Agbémégnah



Responsable du dossier
Politique de migration et
questions juridiques



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

UNIL - Dorigny
A l'att. de M. Laurent MOREILLON
Doyen de la Faculté de droit, des
sciences criminelles et
d'administration publique
Bât. Internef - Bur. 213
CH - 1015 LAUSANNE

Lausanne, le 29 novembre 2016

Adapter le droit de mandat et l'article 404 CO au XXI^e siècle

Monsieur le Doyen, cher Laurent,

Les soussignés se sont réunis afin d'examiner l'avant-projet de révision de l'art. 404 CO.

L'idée générale de l'avant-projet, qui est de renoncer à la nature impérative de l'art. 404 CO, doit être approuvée, compte tenu notamment de la définition large du mandat retenue par le TF et les incohérences qui en résultent dans sa jurisprudence (cf. not. ATF 117 II 387 c. 2b ; ATF 120 V 299 c. 4b ; ATF 124 III 363 ; Peter Gauch, Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR, Ein Kurzbeitrag zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, RSJ 2005, pp. 520 ss. ; Ariane Morin, La jurisprudence du Tribunal fédéral depuis 1994 en matière de mandat, in Mathieu Blanc (éd.), L'évolution récente du droit des obligations, Lausanne 2004, pp. 117-162, spéc. pp. 124 s. et 139 s.), ainsi que des problèmes soulevés dans les mandats « purement commerciaux » (cf. Rapport explicatif, pp. 9 et 13 ss).

Nous n'avons pas d'objection quant au maintien en l'état du texte de l'art. 404 CO.

On pourrait éventuellement envisager, afin de simplifier légèrement la formulation, de renoncer à la distinction entre « révocation » et « répudiation », sans portée en droit suisse (à la différence de ce que prévoit p. ex. le § 671 BGB), et parler exclusivement de « résiliation ».

L'art. 404a al. 1, de l'avant-projet prévoit à juste titre que les parties peuvent limiter le droit de révoquer ou de répudier en tout temps. Il faudrait toutefois renoncer à mentionner la possibilité de « supprimer » ce droit, vu que celui-ci subsistera toujours dans certaines situations.

Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique

[Ecole de droit](#)

Il nous paraît en effet important de mentionner expressément à l'art. 404a de l'avant-projet qu'une convention affectant le droit de résilier pour justes motifs est nulle. Les contrats de durée font tous l'objet de règles impératives permettant une telle résiliation, que la règle soit explicite (cf. notamment art. 266g, art. 337 et art. 418r CO), ou fondée sur la bonne foi (ATF 92 II 300 ; ATF 122 II 262 ; ATF 128 III 429 ; ATF 4C.346/2005 c. 2.1 ; Marie-Noëlle Zen Ruffinen La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, thèse, Fribourg 2007, n. 339 ss). Tel est en particulier le cas de l'art. 418r CO, relatif à un mandat spécial. Il doit en aller de même pour le mandat général (art. 394 CO), qui est un des contrats nommés les plus importants dans la pratique. Cette solution, défendue par la doctrine majoritaire (notamment BK-Fellmann, N 133 ss ad art. 404 CO), ressort aussi du droit comparé (cf. § 671 BGB). Elle s'impose si on veut préserver la substance et la cohérence du code, et, partant, la sécurité et la prévisibilité du droit.

L'art. 404 CO doit aussi rester de droit impératif pour tous les contrats où un rapport de confiance particulier lie le mandant au mandataire, en particulier les mandats confiés à un avocat, ou les mandats médicaux (cf. not. CR CO I – Werro, Art. 404 N 16; BK-Fellmann, art. 404 CO N 138 s. ; Andreas Mondini/Manuel Liatowitsch, Jederzeitige Kündbarkeit von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsstandort Schweiz Zeit für eine Praxisänderung zu Art. 404 OR, PSJ 2009, pp. 294 ss, spéc. p. 296 et 299 ss). Le Rapport explicatif souligne bien que le caractère impératif de l'art. 404 CO ne soulève aucun problème pour ce type de mandat, et que le droit de résilier en tout temps est ici la solution la plus appropriée (Rapport explicatif, pp. 14-15 et 21).

L'interdiction, prévue à l'art. 404a al. 2 de l'avant-projet, de prévoir des limitations du droit de résilier le mandat dans des conditions générales nous semble en revanche inopportune, pour les motifs suivants :

- C'est ignorer que le droit suisse connaît une définition étroite des conditions générales, n'incluant pas les clauses qui n'ont pas fait l'objet de négociation individuelles (Ariane Morin, Les clauses contractuelles non négociées, RDS 2009 I 497 ss, spéc. 500 ss; Ernst Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berne 2016 N 73).
- Mais c'est aussi ignorer que le recours aux conditions générales n'est pas systématiquement abusif, en particulier dans les relations entre professionnels (Kramer/Probst/Perrig, N 8 ss);

Selon l'avis des soussignés (à l'exception du prof. Laurent Bieri), il conviendrait donc plutôt d'exclure les limitations au droit de résilier le mandat concernant les personnes qui ont un besoin spécifique de protection, à savoir les personnes particulièrement vulnérables eu égard à leur maîtrise de l'information ou à leur capacité de négocier les termes du contrat. Il est en effet admis que les règles générales sur la validité du contrat sont insuffisantes à leur garantir un

consentement libre, éclairé et réfléchi (cf. Morin RDS 2009 I pp. 507-510 et les réf. citées).

Pour ces motifs, nous proposons de préciser à l'art. 404a de l'avant-projet qu'une convention affectant la possibilité de résilier est nulle (1) si elle concerne des mandats à caractère personnel étroit (notamment professions de la santé et professions juridiques) ou (2) des mandats où il y a un écart significatif de connaissances ou d'expérience entre les parties (cette seconde précision est approuvée par tous les soussignés sauf le prof. Laurent Bieri).

En résumé, l'art. 404a de l'avant-projet devrait être reformulé ainsi :

Art. 404a

b. Conventions contraires

¹ Les parties peuvent limiter le droit de révoquer ou de répudier le contrat en tout temps.

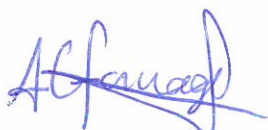
² Une telle convention est nulle si :

a. Elle affecte le droit de résilier pour justes motifs.

b. Elle concerne les mandats à caractère personnel étroit (notamment professions de la santé et professions juridiques) et les mandats où il y a un écart significatif de connaissances ou d'expérience entre les parties.

Les adaptations nécessaires devraient évidemment être effectuées dans les autres versions linguistiques.

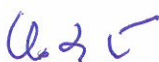
Veuillez agréer, Monsieur le Doyen, cher Laurent, nos meilleures salutations.



Anne-Christine Fornage



Ariane Morin



Carlo Lombardini



Laurent Bieri

vorab per E-Mail

Schweizerische Eidgenossenschaft
Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

zz@bj.admin.ch

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Prof. Dr. iur. Walter Fellmann

Luzern, 23. Dezember 2016

Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht) / Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf Ihre Einladung zur Vernehmlassung vom 16. September 2016 und bedanken uns für die Möglichkeit, zum Entwurf einer Revision von Art. 404 des Obligationenrechts (OR) Stellung nehmen zu dürfen. Wir machen davon gerne wie folgt Gebrauch:

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern teilt die Auffassung des Bundesrats, dass das jederzeitige Beendigungsrecht nach Art. 404 Abs. 1 OR komplexen und vorwiegend von kommerziellen Interessen geprägten Dienstleistungsverträgen nicht mehr gerecht wird. Die Praxis zeigt, dass die Parteien bei solchen Verträgen ein Interesse an einer festen, grundsätzlich unkündbaren Vertragsdauer oder an geregelten Kündigungsfristen haben.

Daran ändert nichts, dass das jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsrecht bei Behandlungsverträgen mit Ärzten, bei von Vertrauen geprägten Verträgen mit Anwälten oder in ähnlichen Konstellationen weiterhin seine Berechtigung haben kann. Dies rechtfertigt es nicht, die unbefriedigende Rechtslage zur zwingenden Regel zu machen.

Dem wird der Gesetzesvorschlag des Bundesrats in jeder Beziehung gerecht. Danach soll dispositiv die bisherige Regelung (Art. 404 OR) gelten. Das jederzeitige Widerrufs- oder Kündigungsrecht soll nach Art. 404a E-OR jedoch wegbedungen oder eingeschränkt werden können. Dies entspricht im Kern auch der in der Lehre vertretenen Auffassung.

Der Gesetzgebungsvorschlag des Bundesrats überzeugt nach Auffassung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern auch gesetzgebungstechnisch, indem er für eine flexible Anwendung in der Praxis Raum lässt. So werden erst die Gerichte klären können, wann auch im Anwendungsbereich des Art. 404a E-OR eine Auflösung aus wichtigem Grund zulässig sein soll, wie sie bei Dauerverträgen in Lehre und Rechtsprechung im Grundsatz allgemein anerkannt ist.

Luzern, 23. Dezember 2016

Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht) / Vernehmlassungsverfahren

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern unterstützt auch den Vorschlag des Bundesrats in Art. 404a Abs. 2 E-OR, wonach eine Wegbedingung oder Einschränkung des jederzeitigen Widerrufs- oder Kündigungsrechts nichtig sein soll, wenn sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist. Zwar ist die Frage bis heute nicht restlos geklärt, wann von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesprochen werden muss. Auch hier lässt der Gesetzgebungstext jedoch Raum für richterliche Auslegung, die diese Frage über die Zeit beantworten wird.

Zusammenfassend steht damit fest, dass die Umsetzung des Vorschlags des Bundesrats die heutige unbefriedigende Rechtslage im Dienstleistungsvertragsrecht entscheidend verbessern würde.

Freundliche Grüsse

Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Universität Luzern



Prof. Dr. Walter Fellmann



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliches Institut

Universität Zürich
Lehrstuhl Prof. Dr. iur. Felix Uhlmann
Rämistrasse 74/33
CH-8001 Zürich
Telefon +41 44 634 42 26
Telefax +41 44 634 43 68
<http://www.rwi.uzh.ch/uhlmann>

STELLUNGNAHME

zuhanden

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ

betreffend

**ARTIKEL 404 OR.
ANPASSUNG AN DIE ERFORDERNISSE DES
21. JAHRHUNDERTS**

erstellt von

**DEN STUDIERENDEN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH
(IM RAHMEN DER VORLESUNG RECHTSETZUNGSLEHRE)
UNTER DER LEITUNG VON
PROF. DR. FELIX UHLMANN**



Inhaltsverzeichnis

I.	ALLGEMEINE BEMERKUNGEN	1
II.	ZU DEN EINZELNEN ABSÄTZEN	2
1.	Wegbedingung (Abs. 1)	2
2.	Regelung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen (Abs. 2)	6
III.	WEITERE BEMERKUNGEN	7



I. ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

- 1 Am 16. September 2016 eröffnete das Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement die Vernehmlassung über die Änderung von Art. 404 des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220) «Anpassung an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts». Gerne möchten wir von der Möglichkeit zur Stellungnahme Gebrauch machen.
- 2 Hintergrund dieser Stellungnahme bildet der im Rahmen der Vorlesung Rechtsetzungslehre durchgeführte Massive Open Online Course (MOOC-Style). Bei dieser Vorlesungsart handelt es sich um eine Verbindung von onlinebasiertem E-Learning und Präsenzunterricht. Im Rahmen dieser Veranstaltung hatten 112 Masterstudierende die Aufgabe, sich zu einem realen Gesetzgebungsvorschlag zu äussern. Die Ihnen vorliegende Stellungnahme bündelt die Aussagen der Studierenden.
- 3 Bitte beachten Sie, dass die in der Stellungnahme vertretene Auffassung nicht notwendigerweise die Auffassung der Unterzeichnenden oder der Universität Zürich wiedergibt.



II. ZU DEN EINZELNEN ABSÄTZEN

1. Wegbedingung (Abs. 1)

4 *«Das jederzeitige Widerrufs- oder Kündigungsrecht kann wegbedungen oder eingeschränkt werden.»*

5 Die Bereiche, in denen das Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) Anwendung findet, haben in den vergangenen Jahren an Bedeutung gewonnen. Dies ist insbesondere im Dienstleistungssektor, welcher eine deutliche Zunahme erfuhr, spürbar. Aufgrund dieser Zunahme erachtet ein erheblicher Teil der Studierenden die Einführung von Art. 404a VE-OR als grundsätzlich sinnvoll und zeitgemäss. Im Folgenden werden einzelne Punkte herausgeschält, welche die Studierenden als besonders zentral erachteten:

6 In den konsultierten Stellungnahmen sprechen sich die Studierenden ganz überwiegend positiv für die Möglichkeit der vertraglichen Wegbedingung oder Einschränkung des jederzeitigen Widerrufs- und Kündigungsrechts aus. Durch diese Neuerung erhalten der Grundsatz der Privatautonomie und der Leitgedanke «pacta sunt servanda» gleichermassen mehr Gewicht.

Zum einen liegt die Einführung einer entsprechenden Klausel gemäss Gesetzesentwurf in der Disposition der Vertragsparteien, womit dem Gedanken der Privatautonomie Rechnung getragen wird. Gerade die Mitwirkung beider Parteien bei der Vertragsgestaltung und die Möglichkeit, auf den Inhalt bzw. die Vertragsmodalitäten Einfluss zu nehmen, lässt zwischen den Vertragsparteien eine erste Vertrauensbasis entstehen. Zum anderen wird durch die Wegbedingung des Widerrufs- und Kündigungsrechts die Geltung und Fortdauer des Vertrages gestärkt.

7 Geteilter Meinung waren die Studierenden in der Frage, wie sich die vorgeschlagene Ergänzung in Art. 404a Abs. 1 VE-OR auf das Vertrauensverhältnis im Auftrag auswirkt. Die eine Hälfte der Studierenden sieht in der Wegbedingung eine erhöhte Bindung zwischen den Vertragspartnern. Die Parteien wären in diesem Fall an den Vertrag gebunden, sprich beinahe dazu gezwungen, die Vertragspflichten sorgfältiger zu erbringen und mehr in die Zukunft zu blicken. Das Wissen um die Fortdauer des Vertrages bzw. der Wille zugunsten dieser Bindung wirke sich schlussendlich wiederum positiv auf das Vertrauen aus.

Die andere Hälfte argumentierte dahingehend, ein Vertrauensverhältnis zeichne sich gerade nicht dadurch aus, dass es lediglich durch schriftliche Abrede



«künstlich» hochgehalten wird. Vielmehr entstehe es, insbesondere bei typischen Aufträgen, durch gut erbrachte Leistung, was die Basis des Vertrauens bilde. Gerade weil auch grosse Investitionen im Rahmen von Aufträgen getätigt würden, erschiene es deshalb sinnvoll, den Parteien ein jederzeitiges Beendigungsrecht einzuräumen. Vor allem zum Schutz des Auftraggebers sei diese Ausstiegsmöglichkeit besonders wichtig, um im schlimmsten Fall nicht noch weiteren finanziellen Schaden zu erleiden. Unabhängig davon, ob nun also persönliche oder wirtschaftliche Motive im Vordergrund stehen, sei das jederzeitige Beendigungsrecht sinnvoll, ja geradezu nötig, um dem Wesen des Auftrags zu entsprechen. Das offene Verhältnis des Auftrags motiviere zur sorgfältigen Vertragserfüllung, da *de lege lata* die Gefahr eines Rücktritts der Gegenpartei stets bestehe. Zudem werde erst im Verlauf des Auftrags klar, ob der Auftragnehmer überhaupt fähig ist, den Auftrag nach den Interessen des Arbeitsgebers zu erfüllen. In solchen Situationen wäre es nicht sachgerecht, am Auftrag festzuhalten zu müssen.

- 8 Weiter vermochte die Argumentation des Bundesrates, wonach bei der Wegbedingung des bislang zwingenden Widerrufs- und Kündigungsrechts in typischen Auftragsverhältnissen Art. 19 Abs. 2 OR resp. Art. 27 Abs. 2 ZGB genügend Schutz bieten würden, den überwiegenden Teil der Studierenden nicht zu überzeugen. Würden die Parteien einen Auftrag abschliessen, der das Widerrufs- und Kündigungsrecht wegbedingt, bestünde die Gefahr, dass die Parteien den Vertrag auch erfüllen müssten, selbst wenn das Vertrauensverhältnis *unwiederbringlich* gestört ist. Dies sei insbesondere bei *typischen Aufträgen* bedenklich. Sie stellten sich dem bundesrätlichen Bericht widersprechend auf den Standpunkt, dass die beiden oben genannten Bestimmungen in solchen Situationen zu wenig Schutz bieten würden, da die Anforderungen regelmässig nicht erreicht seien, zumal eine Geltendmachung nur in besonders drastischen Angelegenheiten erfolgsversprechend sei. Es müsse insofern trotz hohem Kostenrisiko damit gerechnet werden, dass Klagen trotz erheblichem Vertrauensverlust regelmässig ins Leere liefen.
- 9 Die Studierenden votierten ebenfalls in diesem Zusammenhang für eine ausdrückliche Regelung der Widerrufs- bzw. Kündigungsmodalitäten. Es wurde kritisiert, dass der Vorentwurf von Art. 404a VE-OR keine weitergehenden Vorschriften über die Ausgestaltung des Widerrufs- und Kündigungsrecht vorsieht, was zu Rechtsunsicherheiten führen könnte. Die Studierenden begründeten



dies damit, dass das Verbot der übermässigen Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht genügend konkretisiert sei und dadurch die Gefahr bestehe, dass sich die Vertragspartner durch individuelle Abreden, beispielsweise durch sehr hohe Konventionalstrafen, dennoch, übermässig binden. Dem könnte mit gesetzlich vorgegebenen Beendigungsmodalitäten entgegengewirkt werden. Als milderer Mittel wäre beispielsweise das Einführen von Kündigungsfristen denkbar.

- 10 Zudem stellte sich ein grosser Teil der Studierenden auf den Standpunkt, dass mit der Schaffung von Art. 404a Abs. 1 VE-OR gleichzeitig auch die von der herrschenden Lehre geforderte Differenzierung zwischen typischen und atypischen Auftragsverhältnisse gesetzlich verankert werden sollte. Das zwingende jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsrecht sollte nach Meinung der Studierenden und der herrschenden Lehre, in Abweichung von Art. 404a Abs. 1 VE-OR, für *typischen Auftragsverhältnissen* weiterhin möglich sein. Hingegen sollte es den Parteien bei *atypischen Auftragsverhältnissen* grundsätzlich freistehen, das jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsrecht wegzubedingen. Ein Teil der Studierenden sah darin den Vorteil, dass sich die Vertragsparteien bei typischen Auftragsverhältnissen nicht mehr den erhöhten Anforderungen von Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB stellen müssen (siehe dazu oben Rz. 8). Dazu entgegnet andere, dass die Differenzierung zwischen den jeweiligen Auftragstypen erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringe, da es nicht restlos geklärt sei, welche Intensität ein Vertrauensverhältnis erreichen muss, damit der Auftrag rechtlich als «typisch» gewertet werden kann. Eine solche Abgrenzung müsste erst durch die Rechtsprechung geschaffen bzw. konkretisiert werden.
- 11 In Übereinstimmung mit dem erläuternden Bericht des Bundesrates sieht der überwiegenden Teil der Studierenden durch die Schaffung von Art. 404a VE-OR den Wirtschaftsstandort Schweiz gestärkt. Eine Anpassung an ausländische Rechtsordnungen fördere insbesondere die internationale Konkurrenzfähigkeit und es müsse nicht mehr auf ausländische Rechtsordnungen ausgewichen werden. Zugleich würden potenziellen Investoren nicht mehr abgeschreckt, da das Risiko einer Kündigung des Auftrags wegbedungen werden könne und damit getätigte Dispositionen besser geschützt blieben.
- 12 Investoren können nunmehr, im Fall einer ungerechtfertigten Kündigung resp. eines Widerrufs, das positive Vertragsinteresse verlangen. Bis anhin war es nur



möglich, das negative Interesse geltend zu machen und dies auch nur dann, wenn die Kündigung resp. der Widerruf zur Unzeit erfolgte. Mit der Änderung können die Parteien das Vertragsverhältnis im Ergebnis nicht mehr ohne erhebliche finanzielle Einbussen auflösen.

- 13 Einige wenige Studierende stellen sich auf den Standpunkt, dass sich die Berechnung des positiven Interesses als ausgesprochen schwierig erweise. Die Gerichte müssten jedes Mal ermitteln, welche Kostenfaktoren in die Schadensberechnung einzufließen haben, was ein hoher administrativer Aufwand darstelle. Zudem bräuchten die Richter in sämtlichen Branchen vertiefte Marktkennntnisse, um den jeweiligen entgangenen Gewinn korrekt zu ermitteln. Diese Argumentation führte sie zur Ablehnung des Art. 404a Abs. 1 VE-OR.



2. Regelung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen (Abs. 2)

15 *«Eine solche Abrede ist nichtig, wenn sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist.»*

16 Aus Gründen des Konsumentenschutzes befürwortet der überwiegende Teil der Studierenden den Vorschlag von Art. 404a Abs. 2 VE-OR. Da die einseitig vorgeformulierten Vertragsbedingungen oftmals mittels Globalübernahme Vertragsbestandteil werden, könnte die Möglichkeit aus Art. 404a Abs. 1 VE-OR zu Ungunsten der schwächeren Partei, also des Konsumenten, missbraucht werden, um diesen an den Vertrag zu binden. Somit verhindere Abs. 2 die «blinde» Übernahme einer unliebsamen, das Kündigungsrecht ausschliessenden Klausel in die AGB. Zudem würden die Parteien automatisch dazu bewegt, genau zu überdenken, ob es in ihrem Sinne ist, das jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsrecht auszuschliessen. Dieser Schutzmechanismus verhindere die vorläufige Übernahme einer allfällig negativen Klausel und erhöhe somit das Bewusstsein der Rechtsfolgen einer festen Vertragsdauer.

Doch auch gegenteilige Stimmen wurden laut: So sind einige der Meinung, AGB würden nicht primär deswegen existieren, um der Gegenpartei den eigenen Willen auszudrücken, sondern vielmehr, um das Geschäftsleben effizienter zu gestalten. Müsste das jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsrecht in einer aufwändigen Individualabrede wegbedungen werden, würde dies dem Sinn und Zweck der AGB zuwiderlaufen.

17 Einige Studierende bemängeln auch, dass eine AGB-spezifische Regelung nicht zielführend sei, da bei Business-to-Business Verträgen oftmals ein gehöriges Machtgefälle zwischen den Parteien bestehe. Dieses könne durch Art. 404a Abs. 2 VE-OR nicht behoben werden. Die marktmächtigere Partei könne der schwächeren Partei ihren Willen auch per Individualabrede aufzwingen. Mit anderen Worten bringe eine AGB-Regelung bei sogenannten «take it or leave it Verträgen» nichts.



III. WEITERE BEMERKUNGEN

- 18 Auch zur Rechtsetzungstechnik wurde oftmals Stellung genommen. So finden die meisten Studierenden, die Norm sei gut lesbar so wie verständlich geschrieben, da sie pro Absatz nur einen Satz aufweise. Dennoch wäre es schematisch sinnvoller, so die überwiegende Meinung, den zu schaffenden Art. 404a VE-OR gleich in Art. 404 OR einzugliedern. Andere wiederum empfinden die Stelle, an welcher der neue Artikel platziert wird, als sinnvoll, da auf die Grundsatzregelung gleich die Ausnahmeregelung folge.
- 19 Abschliessend lässt sich anmerken, dass die grosse Mehrheit der Studierenden den Gesetzesvorschlag für gelungen empfindet. Am meisten Anklang fand die AGB-Regelung, welche den Schutz der Konsumenten bezweckt. Der grösste Kritikpunkt besteht hinsichtlich der Regelung, wonach bei der Auflösung eines typischen Auftragsverhältnisses mit vereinbartem Kündigungsausschluss auf Art. 27 Abs. 2 ZGB resp. Art. 19 Abs. 2 OR zurückgegriffen werden muss. Dies wird als unbefriedigend empfunden, da, wie in Rz. 8 angemerkt, diese Bestimmungen nur unter strengen Voraussetzungen Schutz bieten.

Für die Berücksichtigung dieser Vernehmlassung danken wir im Namen der Studierenden bestens.

Wir verbleiben mit freundlichen Grüssen

Prof. Dr. Felix Uhlmann

cand. iur. Florian Iten

MLaw Noemi Bhalla

BLaw Adrian Boxler

Per E-Mail

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga

E-Mail: zz@bj.admin.ch

Bern, 20. Dezember 2016
mario.marti@usic.ch | T 031 970 08 88

Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme im Vernehmlassungsverfahren zur geplanten Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht). Gerne unterbreiten wir Ihnen dazu die folgende Stellungnahme.

Unsere Vereinigung vertritt die Anliegen der planenden Ingenieurunternehmen in der Schweiz und vertritt rund 1'000 Mitgliedsbüros mit insgesamt gut 15'000 Mitarbeitenden. Die Mitgliedsbüros generieren einen jährlichen Bruttohonorarumsatz von über 2.2 Mrd. Franken, dies entspricht einem Anteil von schätzungsweise 40% am gesamten ingenieurrelevanten Ausgabenanteil (inkl. Inhouse-Arbeiten) im Baubereich.

Vorlage

Das Auftragsrecht kennt mit Art. 404 OR ein jederzeitiges Kündigungsrecht beider Parteien. Der zwingende Charakter des jederzeitigen Kündigungsrechts wird von der Praxis und einem Teil der juristischen Lehre seit Längerem kritisiert. Der Ursprung des jederzeitigen Kündigungsrechts liegt im engen Vertrauensverhältnis, welches Charakteristikum vieler klassischer Auftragsbeziehungen ist (Arzt – Patient / Anwalt – Klient / Vermögensverwalter – Kunde). Kritisiert wird, dass moderne Dienstleistungsgeschäfte einer differenzierten Betrachtung bedürfen und dass hier namentlich das Bedürfnis nach einer verlässlichen Beständigkeit der Verträge besteht (z.B. Vertrag mit Werbeagentur, Franchiseverträge, Unternehmensberatung, Management-Verträge etc.).

Das Parlament hat einen Vorstoss von Nationalrat Luc Barthassat (CVP/Genf) überwiesen, der die Änderung von Art. 404 OR verlangt. Der Bundesrat schlägt vor, einen neuen Art. 404a OR zu erlassen, welcher es den Parteien erlaubt, vertraglich vom jederzeitigen Kündigungsrecht abzuweichen. Konkret würde dies bedeuten:

- Das jederzeitige Kündigungsrecht bliebe als Grundsatz weiterhin bestehen (inkl. Unzeit-Regelung). Wer in einem Vertrag nichts Abweichendes vereinbart, unterstellt sich weiterhin dieser Grundsatzregel.
- Neu soll das jederzeitige Kündigungsrecht indessen nicht mehr zwingendes, sondern dispositives Recht sein. Das bedeutet, dass die Parteien vertraglich davon abweichen und eine andere Regelung vereinbaren können. Die Parteien können also namentlich feste Vertragsdauern oder Kündigungsfristen vereinbaren.
- Ausgenommen sind abweichende Vereinbarungen einzig in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Vielmehr müssen sie also immer in der verhandelten Vertragsurkunde enthalten sein.

Bedeutung für Planerverträge

Ingenieur- und Planungsunternehmen erbringen mannigfaltige Dienstleistungen zu Gunsten ihrer Auftraggeber, namentlich Beratungs-, Projektierungs-, Bauleitungs-, Kontrollleistungen und Ähnliches mehr. Im klassischen Bauprozess begleitet der Ingenieur und Planer einen Bauherrn über alle Phasen eines Projektes, d.h. er

- erbringt Beratungsleistungen im Bereich der strategischen Planung,
- erarbeitet Vorstudien,
- erbringt Projektierungsarbeiten (Vorprojekt, Bauprojekt, Auflageprojekt),
- erstellt die Ausschreibungen der Unternehmerleistungen und er
- begleitet die Realisierung und die Inbetriebnahme des Bauvorhabens.

Es kann diesbezüglich auf die gängige Phasenbeschreibung gemäss den Leistungs- und Honorarordnungen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins SIA verwiesen werden (z.B. SIA LHO 103, 108).

Die vom Ingenieur- oder Planungsunternehmen zu erbringenden Leistungen werden in einem Planervertrag mit dem Auftraggeber definiert. Üblicherweise sind diese Leistungen nach werkvertraglichen oder auftragsrechtlichen Regeln zu beurteilen. Reine Projektierungsarbeiten unterstehen in der Regel dem Werkvertragsrecht, reine Beratungsdienstleistungen und insbesondere die Bauleitungsaufgaben unterstehen dem Auftragsrecht. Umfassende Verträge mit verschiedenen Leistungselementen werden als gemischte Verträge qualifiziert; sie bestehen aus Elementen des Werkvertrags- und des Auftragsrechts.

In Bezug auf die vorliegend interessierende Frage der Vertragsauflösung ist gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. z.B. BGE 127 III 545, dazu HUBERT STÖCKLI, Abschluss und Beendigung von Planerverträgen, in: *Stöckli/Siegenthaler*, Die Planerverträge, Zürich 2013, N 2.104) bei gemischten Verträgen wie den vorliegenden alleine Auftragsrecht anwendbar. Damit ist auf solche Verträge Art. 404 OR anwendbar.

Nur in den eher seltenen Fällen, in welchen Planungs- und Ingenieurunternehmungen ausschliesslich reine Projektierungsarbeiten wahrnehmen, kommt das Kündigungsrecht des Auftragsrechts nicht zur Anwendung, sondern alleine die Regeln des Werkvertragsrechts. In der Vielzahl der Fälle, in welchen Planerleistungen im Rahmen eines gemischten Vertrages oder alleine nach Auftragsrecht zu erbringen sind, findet indessen das Kündigungsrecht von Art. 404 OR Anwendung. Die Ingenieur- und Planungsunternehmen sind deshalb von der vorliegend beabsichtigten Gesetzesänderung unmittelbar, direkt und stark betroffen.

Antrag: Ablehnung der Vorlage

Die usic anerkennt das Bedürfnis der heute zunehmend im Dienstleistungssektor tätigen Wirtschaft nach einem Überdenken der heutigen Regelung des Art. 404 OR. In der Tat ist der zwingende Charakter des Kündigungsrechts für viele moderne Dienstleistungsverträge nicht sachgerecht. Der Bundesrat macht es sich indessen zu einfach, dieses Problem mit dem Vorschlag anzugehen, das jederzeitige Kündigungsrecht von Art. 404 OR rundweg zum dispositiven Recht zu erklären. Vielmehr wäre es unserer Ansicht nach richtig, dass innerhalb der Auftragsarten differenziert wird:

Vertragsbeziehungen, bei welchen – im klassischen Sinne (vgl. oben) – das Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten im Vordergrund steht, benötigen nach wie vor und uneingeschränkt die Möglichkeit der jederzeitigen Kündigung. Es ist z.B. schlechterdings nicht denkbar, dass sich ein Patient auf längere Dauer einem Arzt gegenüber verpflichtet und ihm auch bei einem Vertrauensverlust keine Möglichkeit der sofortigen Vertragsbeendigung offen steht (er wäre also etwa verpflichtet, eine Operation von einem Arzt durchführen zu lassen, in welchen er kein Vertrauen mehr hat). Zu diesen Auftragsverhältnissen gehören u.E. neben dem Arzt-Patienten-Verhältnis auch die Beziehungen zwischen Anwalt und Klient, Vermögensverwalter und Kunde und insbesondere auch das Verhältnis zwischen einem Ingenieur/Planer und einem Bauherrn. Auch dieses basiert stark auf Vertrauen – der Planer ist der Treuhänder des Bauherrn. Auch bei Planerverträgen sind zahlreiche Situationen denkbar, in welchem ein Festhalten an den Vertrag nicht zumutbar ist und ein jederzeitiges Kündigungsrecht unabdingbar ist: Zu denken ist etwa an den Bauherrn, der gezwungen wäre, ein Haus zu bauen nach Vorschlägen des Architekten, obschon ihm diese nicht (mehr) gefallen.

Das Kündigungsrecht muss aber auch dem Dienstleister zustehen: Der Architekt soll das Vertragsverhältnis zum Bauherrn auflösen können, wenn dieser darauf insistiert, einen Baustil

umzusetzen, welcher das berufliche Ansehen des Architekten schädigen würde. Der Ingenieur soll sich vom Vertrag lösen können, wenn ihn z.B. ein Totalunternehmer als sein Vertragspartner anweist, z.B. zwecks Einsparung von teurem Armierungsstahl nicht normgemäss zu bauen und damit Mängel in Kauf zu nehmen oder bspw. eine Baugrubensicherung günstiger aber riskant zu planen (und damit Schäden an Nachbargebäuden zu riskieren).

In solchen Fällen ist ein jederzeitiges Kündigungsrecht unabdingbar. Die an Art. 2 oder 27 ZGB anknüpfenden Korrekturkonstrukte (z.B. Kündigung aus „wichtigen Gründen“) sind mit vielen Unsicherheiten behaftet und der Rechtssicherheit damit abträglich.

In den gebräuchlichen SIA-Standardverträgen wird das Kündigungsrecht nach Art. 404 OR daher nicht irgendwie eingeschränkt, sondern seit den Revisionen von 2014 sogar auf Rechtsverhältnisse ausgedehnt, welche ausschliesslich dem Werkvertragsrecht unterstehen (reine Planungsverträge) (vgl. dazu Art. 1.10 der SIA-Honorarordnungen 102, 103, 105 und 108). Diese Regelung findet sich dabei nicht nur in den vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten Verein SIA herausgegebenen Verträgen sondern sinngemäss auch im Mustervertrag der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren KBOB (vgl. Art. 18 KBOB-Planervertrag). Dies zeigt, dass die jederzeitige Kündbarkeit von Planerverträgen heute sowohl bei den Planern als auch bei den öffentlichen Bauherren gewünscht wird – und zwar selbst dort, wo dies rechtlich nicht zwingend wäre (soweit nämlich Werkvertragsrecht ausschliesslich anwendbar ist). Eine Einschränkung des Rechts auf jederzeitige Kündbarkeit von Planerverträgen läuft dem heutigen Trend diametral entgegen. Aus der Sicht der heutigen Bauvertragspraxis ist die Forderung der Rechtslehre nach einer Einschränkung des jederzeitigen Kündigungsrechts anachronistisch.

Zu beachten ist ferner, dass sich das zwingende jederzeitige (und beidseitige) Kündigungsrecht in der Praxis zu einem wichtigen ausgleichenden Faktor in unserer von einseitiger (Nachfrage-)Marktmacht geprägten Branche entwickelt hat: Das jederzeitige Kündigungsrecht wirkt in allzu einseitigen und ungünstigen Vertragsverhältnissen als „Notausgang“ für die schwächere Vertragspartei, da diese das Vertragsverhältnis jederzeit kündigen kann (und sich die von ihr dann zu tragenden Schadenersatzfolgen auf den „Unzeitschaden“ beschränken). Dies hat eine kaum zu unterschätzende präventive Wirkung: Sehr einseitige Verträge kann es im Auftragsrecht bisher kaum geben, denn jede Partei kann ja jederzeit aussteigen. Verträge bei denen nicht beide Seiten einigermassen auf ihre Rechnung kommen, sind nach bisherigem Recht schlicht nicht von Dauer. Denn: Dank der zwingenden Natur von Art. 404 OR braucht es bei Aufträgen nicht nur einen einmaligen beidseitigen Willen, den Vertrag abzuschliessen (Art. 1 OR), sondern während der ganzen Vertragsdauer zudem auch den beidseitigen Willen den Vertrag nicht nach Art. 404 OR aufzuheben. Marktteilnehmer verzichten daher manchmal sogar ganz auf schriftliche Verträge – und das funktioniert, weil beide Seiten wissen, dass sie jederzeit aussteigen können, wenn sich das Verhältnis ungünstig entwickelt.

Wem die grundlegende Fairness in Verträgen (und schlanken Vertragsurkunden) ein Anliegen ist, sollte das zwingende jederzeitige Kündigungsrecht des Art. 404 OR daher nicht einschränken, sondern nach Möglichkeit auf andere Vertragsverhältnisse ausdehnen. Die Praxis des Auftragsrechts (Art. 394 ff. OR) in der Schweizer Baubranche zeigt, dass dies mehr Wirkung hat, als eine komplizierte AGB-Gesetzgebung je haben könnte.

Die hier beschriebenen „klassischen“ Auftragsverhältnisse mit einer starken Vertrauensbasis zwischen den Parteien (Arzt - Patient / Anwalt - Klient / Planer - Bauherr) sind allenfalls abzugrenzen zu „anderen“ Auftragsverhältnissen, bei denen das Vertrauenselement weniger stark im Vordergrund steht und an welche die Autoren der nun vorliegenden Gesetzesnovelle zweifellos in erster Linie gedacht haben: Bei einem Managementvertrag über den Betrieb eines Hotels, einem Franchisevertrag oder einem Inkassomandat besteht eine weniger enge Vertrauensbeziehung zwischen Auftraggebern und Beauftragten, weshalb eine dauerhaftere Bindung an den Vertrag durchaus zumutbar und sachgerecht ist.

Statt der nun vorgeschlagenen Lösung über einen neuen Art. 404a OR, wäre unserer Ansicht nach ein Regime nach bisheriger Lösung (fixes jederzeitiges Kündigungsrecht) für stark vertrauensbasierte „klassische“ Auftragsverhältnisse sowie allenfalls ein solches für „andere“ Auftragsverhältnisse (Kündigungsrecht dispositiv) zu schaffen. Das jederzeitige Kündigungsrecht für stark vertrauensbasierte Vertragsverhältnisse sollte idealerweise über das Auftragsrecht hinaus für alle stark vertrauensbasierten Vertragsverhältnisse gelten – selbst wenn sie rechtlich nicht als Auftrag nach Art. 394 ff. OR qualifiziert werden (wie z.B. die reinen Planungsverträge, welche als Werkvertrag gem. Art. 363 ff. OR qualifiziert werden).

In der vorliegenden Form können wir den Vorschlag des Bundesrates nicht unterstützen. Wir lehnen ihn ab.

Eventualantrag: Zwingende Gegenseitigkeit

Sollte entgegen der soeben dargelegten Einwände an der Fassung gemäss aktueller Vorlage festgehalten werden, so wäre zumindest sicherzustellen, dass im Falle einer von Art. 404 OR abweichenden Regelung zwingend Gegenseitigkeit besteht: Analog zum Arbeitsrecht (vgl. Art. 335a Abs. 1 OR) dürften für den Auftraggeber und den Beauftragten keine unterschiedlichen Regeln in Bezug auf die Kündigung vereinbart werden (z.B. unterschiedliche Kündigungsfristen oder für eine Partei bleibt das jederzeitige Kündigungsrecht, für die andere nicht).

Sehr häufig sind Auftragsverhältnisse durch Ungleichgewichte geprägt, teilweise ist der Beauftragte die „mächtigere“ Partei (z.B. der Arzt, die Bank), teilweise der Auftraggeber (z.B. im Baubereich der Bauherr oder der Totalunternehmer). In diesen Konstellationen ist voraussehbar, dass die vertragsmächtigere Partei für sich vorteilhaftere Konditionen vorgibt (z.B. also

für sich selber weiterhin ein jederzeitiges Kündigungsrecht), während die schwächere Gegenpartei zu unattraktiveren Konditionen verpflichtet wird (fixe Vertragsdauer, lange Kündigungsfristen etc.). Die nun vom Bundesrat vorgeschlagene Fassung, wonach solches nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen darf, wäre zwar eine gewisse Hürde, aber keineswegs eine unüberwindbare.

Gerade im Baubereich sind solche Konstellationen leider häufig zu beobachten: Auf der einen Seite die kleinstrukturierte Bau- und Planungsbranche, auf der anderen grosse General- und Totalunternehmer sowie marktmächtige öffentliche und private Bauherren. Bereits heute nutzen die grossen General- und Totalunternehmer sowie die öffentlichen und privaten Bauherren ihre Marktmacht zur Durchsetzung sehr einseitiger Vertragsbedingungen aus und es ist davon auszugehen, dass sie dies auch im Bereich des Kündigungsrechts tun würden. Zum Schutz der Anbieter wäre somit eine zwingende Gegenseitigkeit unabdingbar.

Diese würde mit umgekehrten Kennzeichen auch den unerfahrenen Laienbauherrn gegenüber beauftragten Planungsunternehmen schützen; auch hier ist zu fordern, dass gleiche Regeln für beide Seiten gelten.

Der neue Art. 404a OR wäre entsprechend zu ergänzen.

Wir danken Ihnen für Ihre Kenntnissnahme und bitten um Berücksichtigung unserer Anliegen. Für allfällige Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

usic



Heinz Marti
Präsident



Dr. Mario Marti, Rechtsanwalt
Geschäftsführer

Par courriel et courrier A

Département fédéral de justice et police

Mme la Conseillère fédérale

Simonetta **SOMMARUGA**

Palais fédéral ouest

3003 **BERNE**

Paudex, le 15 décembre 2016

FD

Modifications du code des obligations (mandat) – procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions vivement de nous avoir consultés dans le cadre du projet mentionné sous rubrique.

A titre de rappel, l'USPI Suisse est l'organisation faîtière romande des professionnels de l'immobilier. Elle se compose des associations cantonales de l'économie immobilière implantées dans les six cantons romands. A ce titre, elle est le porte-parole de quelque 400 entreprises et de plusieurs milliers de professionnels de l'immobilier actifs dans les domaines du courtage, de la gérance, de la promotion et de l'expertise immobilière dont les rapports juridiques sont régis notamment par le droit du mandat.

Les membres de notre organisation gèrent environ 80 % des immeubles sous gestion dans toute la Suisse romande pour des milliers de propriétaires et avec une incidence directe sur le logement de centaines de milliers de locataires.

1. Contexte général et remarques générales

Les rapports juridiques entre les clients-propriétaires et les professionnels de l'immobilier sont régis par les règles du droit du mandat. En effet, il est notamment conclu des contrats de gérance, d'administration de PPE, de courtage, etc. avec les propriétaires. Selon le droit actuel, les parties ne peuvent pas supprimer la possibilité de résilier en tout temps ces contrats dès lors que l'article 404 CO est de nature impérative.

En outre, en cas de résiliation, la partie qui résilie le mandat en temps inopportun doit verser une indemnité à l'autre couvrant le dommage qu'elle lui cause. Cependant, la jurisprudence du Tribunal fédéral est très et trop stricte quant aux conditions d'octroi d'une telle indemnité. Dans la pratique, il arrive bien souvent que le mandataire est mis devant le fait accompli, sans aucune possibilité de récupérer les investissements

consentis ou les frais engagés. Au vu de la complexité des affaires, il est également important que le mandant puisse compter sur les services du mandataire, et ne se retrouve pas privé de ses services, du jour au lendemain.

Aussi, nous ne pouvons que saluer l'avant-projet présenté par le Conseil fédéral qui prévoit que les parties peuvent convenir de la suppression de cette possibilité de résilier en tout temps le contrat de mandat, sous réserve que les conditions générales doivent permettre une telle suppression.

2. Remarques particulières s'agissant de l'avant-projet de modifications du code des obligations

2.1. Article 404 CO

La modification du titre marginal est opportune dans la mesure où elle assure une parfaite systématique avec les modifications envisagées à l'article 404a CO. Partant, nous la soutenons.

2.2. Article 404a CO

A. Alinéa 1^{er}

L'alinéa 1^{er} de cette disposition prévoit, à juste titre, que les parties peuvent convenir de supprimer ou de limiter le droit de résilier le contrat en tout temps.

Une telle faculté permettra aux parties de prévoir, au cas par cas, le maintien ou non de la possibilité de résilier en tout temps le contrat de mandat. Cette possibilité est justifiée au regard des investissements ou frais engagés par le mandataire afin de mener à bien sa mission confiée par le mandant. Elle se justifie également au regard de la complexité des affaires soumises au droit du mandat. Il est d'ailleurs dans l'intérêt du mandant de pouvoir s'assurer d'une certaine continuité des services du mandataire, ce que ne permet pas le droit actuel. Elle assurera donc une meilleure prévisibilité pour les deux parties. En outre, dans le cadre de la convention, les parties auront également tout loisir de régler les effets de la résiliation.

Par ailleurs, dans le cadre de contrats de mandat typiques tels que ceux conclus avec le médecin ou l'avocat, où le rapport de confiance est primordial, les parties auront toujours la faculté de résilier le contrat en tout temps. En effet, il découle de l'article 27 alinéa 2 du code civil qu'une partie peut résilier un contrat de durée de manière anticipée, même en l'absence de base légale explicite, si, pour de justes motifs, on ne peut plus exiger raisonnablement d'elle qu'elle continue de remplir ses obligations (rapport explicatif du Conseil fédéral, p. 14).

Par conséquent, nous soutenons le nouvel article 404a alinéa 1^{er} CO tel que proposé.

B. Alinéa 2

L'alinéa 2 de cette disposition prévoit la nullité de supprimer la faculté de résilier en tout temps qui serait prévue dans les conditions générales.

Selon le rapport du Conseil fédéral, cette exclusion concerne également la définition des délais et motifs de résiliation, ainsi que tout arrangement durcissant les effets de la résiliation pour la partie résiliante (peine conventionnelle ou indemnisation de l'intérêt positif). Cette nouvelle disposition vise par « conditions générales », des

clauses rédigées à l'avance par une seule partie en vue de conclure un nombre indéfini de contrats avec différents partenaires. Les contrats-types seraient aussi visés. Cette exclusion est justifiée par le fait que, selon le Conseil fédéral, il faut veiller à ce que les conventions reflètent réellement la volonté des deux parties. Or, les conditions générales ne sont pas négociées au cas par cas, mais dictées unilatéralement à l'avance par une partie. En interdisant ce procédé, le Conseil fédéral entend obliger les parties à discuter de leurs engagements et à réfléchir aux effets de ceux-ci (pp. 16 et 18 du rapport explicatif).

Les règles du contrat de mandat sont très usitées dans la vie économique et touchent un nombre très important d'affaires. Le fait d'exclure la possibilité de se référer à des conditions générales est une exigence disproportionnée qui alourdira les transactions. Les parties vont forcément discuter du contrat, ainsi que de ses annexes. Elles auront donc l'occasion de réfléchir aux conditions de leurs engagements, et ce même dans le cadre des conditions générales ou contrats-types. Dans le cadre de la négociation, la partie, qui le souhaite, aura la faculté de demander la modification de toute clause, y compris celle des conditions générales. Ensuite de quoi, libre à elle de signer ou non le contrat. L'essentiel est que chacune des parties s'engage en connaissance de cause, ce qui sera le cas suite à la négociation et lecture des conditions générales. Enfin, le fait de ne pas autoriser de prévoir une clause, dans les conditions générales, n'empêchera pas une partie de l'imposer dans le contrat. Aussi et au surplus, une telle restriction est inutile.

Par conséquent, il doit être permis de prévoir, dans les conditions générales, la suppression de résilier en tout temps le contrat de mandat. Ce deuxième alinéa devrait donc être modifié en ce sens qu'«une telle convention peut être prévue dans des conditions générales».



En vous remerciant de l'attention que vous porterez à notre position, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre très haute considération.

**UNION SUISSE DES PROFESSIONNELS
DE L'IMMOBILIER**

Le secrétaire

Frédéric Dovat

Eidgenössisches Justiz- und Polizeide-
partement
Bundeshaus West
Bundesgasse 3
3003 Bern

Zürich, 30. Dezember 2016

Per Email: zz@bj.admin.ch

Vernehmlassung: Änderung des Obligationenrechts (Auftragsrecht)

Sehr geehrter Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihre Einladung vom 16. September 2016 zur Vernehmlassung zu einem Vorentwurf betreffend die Änderung des Obligationenrechts (Art. 404 OR). Wir möchten uns für diese Gelegenheit bedanken.

Zur Vorlage nimmt der VSV als führender nationaler Branchenverband der unabhängigen Vermögensverwalter (UVV) wie folgt Stellung:

I. Grundsätzliche Anerkennung des Revisionsbedürfnisses

Der VSV anerkennt, dass die Dienstleistungsgesellschaft, wie sie sich zur Mitte des zweiten Jahrzehnts des 21. Jahrhunderts präsentiert, ein entsprechend gestaltetes normatives Vertragsrecht verlangt.

Der einfache Auftrag nach den Art. 394 ff. OR stellt in einer dienstleistungsorientierten Wirtschaft das wichtigste Vertragsverhältnis dar. Die zwingende Natur des geltenden Art. 404 OR erscheint der Vielfalt, in welcher das Auftragsrecht die rechtlichen Beziehungen zwischen Dienstleistungsanbietern und -konsumenten zu regeln hat, nicht mehr angemessen.

Eine Revision des Art. 404 OR wird damit vom VSV grundsätzlich begrüsst. Allerdings erscheint der Vorentwurf zur Regelung der gesamten Breite und Tiefe, in der Vertragsbeziehungen heute dem Auftragsrecht unterstehen, nicht angemessen. Insbesondere ist aus Sicht der unabhängigen Vermögensverwalter die Koordination der vorgeschlagenen flexiblen Bestimmung zur Abschaffung des

Bahnhofstrasse 35
CH-8001 Zürich
Tel. 044 228 70 10
Fax 044 228 70 11
info@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

Chantepoulet 12
CH-1201 Genève
Tél. 022 347 62 40
Fax 022 347 62 39
info@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

Via Landriani 3
CH-6900 Lugano
Tel. 091 922 51 50
Fax 091 922 51 49
info@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

jederzeitigen zwingenden Beendigungsrechts mit dem allgemeinen Stellvertretungsrecht im allgemeinen Teil des Obligationenrechts nicht befriedigend gelöst.

Offen und ungelöst bleibt auch eine sachgerechte Lösung des Beendigungsrechts bei Aufträgen, bei denen eine besondere Vertrauensbeziehung zwischen Auftraggeber und Beauftragtem bestehen.

II. Die Betroffenheit der UVV von der Vorlage im Besonderen

1. Das Geschäftsmodell der UVV

Die UVV in der Schweiz verwalten Vermögen ihrer Kunden gestützt auf einen dem Auftragsrecht unterstehenden Dienstleistungsvertrag. Sie schulden ihren Kunden ein getreuliches und sorgfältiges Tätigwerden, aber keinen Anlageerfolg. Sie sind ihren Kunden zur Rechenschaft verpflichtet und haben u.a. Vorteile von dritter Seite, die ihnen im Rahmen ihrer Tätigkeit zufallen (namentlich sog. „Retrozessionen“) vorbehältlich abweichender Vereinbarung auf informierter Grundlage abzuliefern.

UVV in der Schweiz dürfen die Vermögen ihrer Kunden nicht in eigenem Namen halten. Diese Vermögenswerte sind bei einer Bank hinterlegt. Der UVV verwaltet diese Vermögenswerte auf der Grundlage einer ihm vom Kunden erteilten (normalerweise auf Verwaltungshandlungen beschränkte) Bankvollmacht. Der mit dem Kunden – nach den regulatorischen Vorgaben der FINMA im FINMA-RS 2009/1 durch mittels Text nachweisbarer Form - abgeschlossene Vermögensverwaltungsvertrag bestimmt, wie der UVV die ihm erteilte Vollmacht verwenden darf.

Ohne die ihm erteilte Vollmacht kann der UVV seine vertraglich geschuldete Vermögensverwaltungstätigkeit nicht ausüben.

2. Beendigung des VV-Vertrags und Widerruf der Vollmacht

Nach geltendem Recht sind sowohl der Vermögensverwaltungsvertrag (VV-Vertrag) wie auch die dem UVV erteilte Vollmacht durch beide Parteien jederzeit beendbar. Zur Beendigung des Vermögensverwaltungsverhältnisses werden im Regelfall beide Rechtsbeziehungen beendet. Die Beendbarkeit ist rechtlich koordiniert.

Mit dem neu vorgeschlagenen Art. 404a OR soll die jederzeitige Beendbarkeit von Auftragsverhältnissen ausgeschlossen werden können. Die jederzeitige Widerrufbarkeit von zur Erfüllung des erteilten Auftrags erteilten oder zu erteilenden Vollmachten zum Handeln gegenüber Dritten wird von der Vorlage nicht berührt.

Dies führt für Rechtsbeziehungen, bei denen der Auftrag nur vereinbarungskonform erfüllt werden kann, wenn die dazu notwendigen Vollmachten Bestand haben, zu einer Inkongruenz des Vertrags- und des Stellvertretungsrechts. Das ist im Ergebnis unbefriedigend, weil dies zur Situation führen kann, dass die zur Durchführung der Vermögensverwaltung notwendige Vollmacht widerrufen wird, während der Vermögensverwaltungsvertrag weiterbesteht, und möglicherweise infolge vereinbarter Kündigungsfrist nicht umgehend beendet werden kann. Daraus resultiert eine Rechtsunsicherheit für Kunden und Vermögensverwalter. Die Vertragsbeziehung besteht weiter, die Hauptpflicht der Vermögensverwalter kann nicht mehr erfüllt werden, das Schicksal von vertraglichen Nebenpflichten bleibt jedoch offen. Dies betrifft für die UVV vor allem die Frage, ob nach Entzug der Vollmacht bei unbeendetem VV-Vertrag weiter eine Anlageberatungspflicht besteht, und ob der UVV, obschon ihm aufgrund des Entzugs der Vollmacht keinen Zugang mehr zu den dazu notwendigen Informationen (namentlich über den Bestand des Bankdepots) möglich ist, und die Bank des Kunden keine Informationen mehr an den Vermögensverwalter herausgeben darf (Art. 47 BankG).

3. Öffentlich-rechtliche Pflichten zur Beendigung von Aufträgen im Finanzdienstleistungsbereich

Die Finanzmarktgesetze, vorab das Geldwäschereigesetz und dessen Ausführungsgesetzgebung bzw. die massgebende, von der Aufsichtsbehörde als Mindeststandard anerkannte Selbstregulierung, enthalten auch Vorgaben über die Beendigung bzw. Weiterführung von Geschäftsbeziehungen bei Vorliegen eines regulatorisch relevanten Sachverhalts, z.B. bei einem Geldwäschereiverdacht. Diese Bestimmungen machen Vorgaben dazu, wann ein Finanzdienstleister eine Geschäftsbeziehung beenden darf, muss und wann nicht. Diese regulatorischen Vorgaben sollen nicht in Konflikt mit dem Vertragsrecht geraten können.

Mit Wirkung ab dem 1. Januar 2017 wird das AIA-Gesetz weitere öffentlich-rechtliche Vorgaben zur Beendigung von ganz oder teilweise dem Auftragsrecht unterstehenden Geschäftsbeziehungen bringen. Auch hier sollen Konflikte zwischen öffentlichem und dem Vertragsrecht nach Möglichkeit vermieden werden.

III. Lösungsvorschläge

1. Einführung eines jederzeitigen Beendigungsrechts bei Entzug von zur Durchführung des Auftrags notwendigen Vollmachten

Der vorgeschlagene neue Art. 404a VE-OR soll in einem neuen Abs. 3 festlegen, dass eine Wegbedingung oder Einschränkung des Kündigungsrechts entfällt, wenn dem Beauftragten zur Durchführung seines Auftrags notwendige Vollmachten nicht erteilt oder entzogen werden.

2. Ausdrücklicher Vorbehalt des öffentlichen Rechts

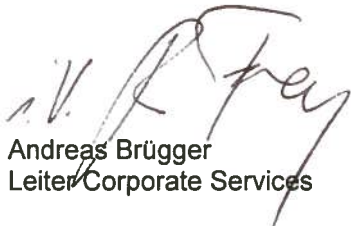
Der vorgeschlagene neue Art. 404a VE-OR soll in einem neuen Abs. 4 festlegen, dass sich aus dem öffentlichen Recht ergebende Pflichten zur sofortigen Beendigung von Aufträgen den Vorrang vor Vereinbarungen gemäss Abs. 1 der neuen Bestimmung geniessen.

Abschliessend bedanken wir uns für die Möglichkeit zur Vernehmlassung zum Vorentwurf betreffend die Änderung des Obligationenrechts (Art. 404 OR). Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

**Verband Schweizerischer
Vermögensverwalter | VSV**


Alexander Radian
Vorsitzender der Geschäftsleitung SRO


Andreas Brügger
Leiter Corporate Services