

Dario Hug

La formation du contrat de consommation

Entre régime général et approche sectorielle

- analyse et perspectives en droit suisse

Dario Hug

Docteur en droit et avocat

La formation du contrat de consommation

Entre régime général et approche sectorielle
- analyse et perspectives en droit suisse



COLLECTION NEUCHÂTELOISE

Helbing Lichtenhahn

Thèse de doctorat
de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
soutenue le 22 mai 2019



Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite.

ISBN 978-3-7190-4375-9

© 2020 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
www.helbing.ch
www.unine.ch

Résumé

La mise en œuvre d'une protection efficace du consommateur implique une atteinte ciblée du législateur dans la liberté contractuelle des parties, par exemple au moyen de mécanismes d'information précontractuels ou de droits de révocation. En particulier depuis la fin des années 1980, le législateur suisse a adopté différentes lois spéciales tendant à la protection du consommateur. Il en résulte toutefois une réglementation sectorielle de certains contrats de consommation seulement, souvent directement influencés par le droit de l'UE de protection du consommateur. Parallèlement, les règles générales du CO quant à la formation du contrat restent applicables. Se pose ainsi la question d'une « partie générale du droit contractuel de la consommation ».

Notre thèse se veut une étude critique de la protection du consommateur lors de la formation du contrat en droit suisse. L'approche n'est pas à strictement parler comparée, même si l'étude de l'influence du droit de l'UE sur le droit suisse est, en la matière, incontournable. Afin de bien cerner la matière, nous proposons en particulier un aperçu des fondements de la protection du consommateur en droit suisse, une présentation de la notion de « contrat de consommation », ainsi qu'une analyse du processus de formation de la volonté du consommateur et du professionnel (devoirs d'information précontractuels, forme du contrat, droits de révocation et conditions générales). Nous poursuivons par une présentation de projets suisses et européens concernant la formation du contrat en rapport avec les règles de protection du consommateur. Nous concluons par une présentation des différentes conceptions systématiques d'une réglementation du droit (contractuel) de la consommation, avant de fournir des propositions et réflexions personnelles.

Zusammenfassung

Die Umsetzung eines wirksamen Verbraucherschutzes setzt einen gezielten Eingriff in die Vertragsfreiheit der Parteien durch den Gesetzgeber voraus, zum Beispiel durch vorvertragliche Informationsmechanismen oder Widerrufsrechte. Vor allem seit Ende der 1980er Jahre hat der Schweizer Gesetzgeber verschiedene Spezialgesetze zum Konsumentenschutz erlassen. Dies hat jedoch zu einer sektorspezifischen Regulierung bestimmter Verbraucherverträge geführt, die oft direkt vom EU-Verbraucherschutzrecht beeinflusst werden. Gleichzeitig bleiben aber die allgemeinen Regeln des Schweizerischen Obligationenrechts über den Vertragsschluss anwendbar. Dies wirft die Frage nach einem "allgemeinen Teil des Verbrauchervertragsrechts" auf.

Unsere Dissertation ist eine kritische Untersuchung des Konsumentenschutzes beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem Recht. Der Ansatz ist nicht streng vergleichend, obwohl die Untersuchung des Einflusses des EU-Rechts auf das Schweizer Recht in dieser Hinsicht unumgänglich ist. Zum besseren Verständnis der Thematik bieten wir insbesondere einen Überblick über die Grundlagen des Konsumentenschutzes im schweizerischen Recht, eine Darstellung des Begriffs "Konsumentenvertrag" sowie eine Analyse des Prozesses der Willensbildung des Verbrauchers und des Anbieters (vorvertragliche Informationspflichten, Vertragsform, Widerrufsrechte und Allgemeine Geschäftsbedingungen). Anschliessend werden schweizerische und europäische Projekte zum Vertragsschluss in Bezug auf die Verbraucherschutzbestimmungen vorgestellt. Wir beenden die Dissertation mit einer Darstellung der verschiedenen systematischen Ansätze zur Regulierung des (vertraglichen) Verbraucherrechts, gefolgt von persönlichen Vorschlägen und Überlegungen.

Abstract

The implementation of effective consumer protection implies a targeted restriction to the parties' freedom of contract, for example through pre-contractual information mechanisms or rights of withdrawal. In particular since the late 1980s, the Swiss legislator has adopted various special laws for consumer protection. However, the result is a sectorial regulation of certain consumer contracts only, often directly influenced by EU consumer protection law. At the same time, the general rules of the Swiss Code of Obligations regarding the formation of the contract remain applicable. This raises the question of a « general part of consumer contract law ».

Our thesis is a critical study of consumer protection in the formation of contracts under Swiss law. The approach is not strictly speaking comparative, although the study of the influence of EU law on Swiss law is essential in this respect. In order to understand the subject matter, we propose in particular an overview of the foundations of consumer protection under Swiss law, a presentation of the concept of « consumer contract », as well as an analysis of the process of the formation of the intents of the consumer and the professional party (pre-contractual information duties, form of contract, rights of withdrawal and general terms). We continue with a presentation of Swiss and European projects concerning the formation of the contract in relation to the consumer protection rules. We conclude with a presentation of the different systematic conceptions of a regulation of (contractual) consumer law, before providing personal proposals and reflections.

à ma Fanny et ma famille, Priska, Kurt et Lisa.

...aussi à Guthrie Govan, Jimi Hendrix, Tony Iommi, Mark Knopfler, Phil Lynott, Brian May, Freddy Mercury, Steve Morse, Michael Schenker, Eddie Van Halen, ainsi qu'Angus et Malcolm Young, chacun pour sa contribution inestimable à la musique.

*L'impermanence des choses*¹

¹ Il s'agit du titre d'une exposition organisée au Musée d'Ethnographie de Neuchâtel (2017-2018).

Avant-propos

Après quatre ans et sept mois – non pas de séjour au pénitencier – nous y sommes : la thèse est rendue. Qu'en reste-t-il ? Les quelques centaines de pages qui suivent... Mais pas seulement ! Cela en valait-il la peine ? Pour moi, j'ose penser que oui. Pour le lecteur ou la lectrice, il/elle en jugera par lui/elle-même ; cela n'est plus de mon ressort.

Si le processus de rédaction de cette thèse aura été une entreprise éminemment personnelle – pour ne pas dire une expérience quasi-mystique confinant parfois à l'anachorétisme – me l'approprier entièrement serait non seulement faire preuve d'égoïsme, mais surtout de malhonnêteté.

Je tiens tout d'abord à remercier mon amie Fanny, qui m'a à chaque instant honorée d'un soutien inconditionnel et infaillible, ainsi que ma famille, Priska, Kurt et Lisa, qui m'ont toujours apporté leur support et permis de réaliser ce que je souhaitais. Merci pour tout !

Je tiens ensuite à remercier mon directeur de thèse, le Prof. Christoph Müller. Il m'a offert la possibilité de travailler avec lui, en allemand, à la rédaction du nouveau commentaire bernois des art. 1 à 18 CO, tout en m'acceptant comme doctorant dans le cadre de ce projet financé par le Fonds National Suisse.

Merci également à M. le Prof. Sylvain Marchand des Universités de Genève et Neuchâtel et à Mme la Prof. Anne-Christine Fornage de l'Université de Lausanne d'avoir accepté d'officier en tant que rapporteurs interne, respectivement externe. Cette acceptation m'honore d'autant plus que leurs contributions sont des références en matière de droit de la consommation.

Je tiens également à remercier sincèrement Mme Annie Rochat Pauchard, Juge au Tribunal administratif fédéral, pour l'apprentissage de la rigueur juridique et l'excellente et très agréable collaboration avec elle en ma qualité de greffier-rédacteur durant mon périple fiscal saint-gallois près la Cour I. Merci encore à Me Claire-Lise Oswald, avocate à Neuchâtel, qui m'a permis d'effectuer mon stage d'avocat dans son Etude entre 2012 et 2015.

Almost last but far from least, je tiens à remercier Me Oriane Aubert pour la relecture patiente, formelle et critique de certaines parties de mon manuscrit. Merci aussi à mon ami et associé Me Gautier Aubert pour la récente concrétisation de notre projet commun d'ouverture d'une Etude d'avocats au Landeron. Un grand merci également à Me Benoît Biedermann, M. Anaïc Cordoba, Me Julien Delaye, M. Aymeric Hêche et Me Nicolas Reding, compagnons de la route juridique mais, surtout, amis.

Je tiens encore à saluer mes autres parents et amis, collègues et personnes avec lesquels j'ai eu des échanges enrichissants et précieux et qui m'ont soutenu de près ou de loin, d'une manière ou d'une autre, ces dernières années. Vous vous reconnaîtrez !

Enfin, une pensée émue va à M. Cédric Baume et M. Bastien Durel.

La Neuveville, Neuchâtel et Le Landeron,

En mai 2020

Dario Hug

Cette thèse de doctorat a été acceptée le 22 mai 2019 par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel sur proposition du jury composé de M. le Prof. BLAISE CARRON (président), M. le Prof. CHRISTOPH MÜLLER (directeur de thèse), M. le Prof. SYLVAIN MARCHAND (rapporteur interne) et Mme la Prof. ANNE-CHRISTINE FORNAGE (Université de Lausanne, rapporteur externe).

Nous remercions M. JEAN PERRENOUD pour la mise en page du présent ouvrage, ainsi que pour son aide précieuse dans la finalisation de la version commerciale.

La législation, la jurisprudence et la doctrine ont été prises en compte jusqu'au 22 mai 2019.

Sommaire

Sommaire	XV
Table des matières	XXIII
Table des abréviations	LI
Bibliographie	LXIII
Partie introductive	1
Chapitre 1 : Fondements de la thèse	1
I. Eléments historiques	2
A. Protection du destinataire de biens et de services	2
B. Codifications fédérales du droit des obligations	4
II. Eléments dogmatiques	9
A. Théories de la volonté et de la déclaration	10
B. Théorie de la confiance	15
C. Pertinence « résiduelle » de la théorie de la volonté	18
III. Eléments de la formation du contrat	20
A. Notion	21
B. Manifestation de volonté	22
C. Accord des parties	28
D. Interprétation du contrat	33
E. Validité du contrat	48
Chapitre 2 : Justification de la thèse	51
I. Récence de la protection du consommateur	51
II. Examen de l'intérêt à la modernisation du CO	52
III. Applicabilité du CO dans les contrats internationaux	54
Première Partie : La protection du consommateur	57
Chapitre 3 : Droit de la consommation	59
I. Introduction	59
A. Notion	61
B. Etendue	62

II.	Eléments.....	72
	A. Déséquilibre entre les parties	73
	B. Règles légales protectrices	76
	C. Rôle spécifique	78
	D. Finalité de la relation consumériste.....	83
Chapitre 4 : Justification de la protection		87
I.	Introduction.....	87
II.	Souveraineté du consommateur.....	88
	A. Fondements économiques.....	88
	B. Limites	91
	C. Constat.....	96
III.	Considérations de protection du consommateur	98
	A. Notion.....	98
	B. Répartition de la responsabilité.....	101
	C. Intérêts prépondérants.....	104
Chapitre 5 : Matérialisation de la protection		119
I.	En droit suisse	119
	A. Généralités.....	119
	B. Développements	122
	C. Adaptation autonome	133
II.	En droit de l'UE	141
	A. Généralités.....	141
	B. Directives importantes	145
	C. Conceptions en droit de l'UE.....	147
Deuxième partie : Le rapport contractuel entre le consommateur et le professionnel		163
Chapitre 6 : Droit contractuel de la consommation		165
I.	Introduction.....	165
	A. Notion.....	165
	B. But	166
II.	Moyens de protection spécifiques	167
	A. Fonction.....	168
	B. Classification	170
Chapitre 7 : Conceptualisation du contrat de consommation		177
I.	Le « contrat de consommation »	177
	A. Notion.....	177
	B. Sources	179
	C. Portée.....	181

II.	Approche horizontale	185
A.	Notion	185
B.	Rattachement.....	187
C.	Rôle des parties	194
D.	Synthèse	201
III.	Approche structuraliste téléologique	203
A.	Notion	203
B.	Détermination de la finalité	208
Chapitre 8 : Identification du contrat de consommation		241
I.	Conceptions légales de la finalité	241
A.	Introduction.....	241
B.	Positive.....	242
C.	Négative	244
D.	Hybride	251
E.	Indirecte	253
II.	Qualité des parties	259
A.	Consommateur	259
B.	Professionnel	270
III.	Caractéristiques du contrat.....	276
A.	Relation entre les prestations.....	276
B.	Prestation de consommation courante	284
C.	Durée de l'engagement contractuel	290
IV.	Exemptions	290
A.	Proprement dites.....	290
B.	Improprement dites	292
C.	Relation de confiance qualifiée	296
Troisième partie : La protection du consommateur au stade de la formation du contrat		303
Chapitre 9 : Devoir d'information précontractuel		305
I.	Introduction	305
A.	Notion	305
B.	Lien avec les règles de forme	308
II.	Devoir d'information précontractuel général	309
A.	Notion	309
B.	Conditions	312
C.	Violation	328

III.	Devoir d'information précontractuel spécifique	340
A.	Notion	340
B.	Violation	341
C.	Lutte contre la concurrence déloyale	346
D.	Prescriptions de droit public	347
Chapitre 10 : Règles de forme		349
I.	Introduction	349
II.	Fonction	350
A.	Régime général	350
B.	Protection du consommateur	351
III.	Vice de forme	354
A.	Conséquence	354
B.	Finalité des règles de forme	355
C.	Aménagement direct du régime de la nullité	356
D.	Portée de la nullité pour le consommateur	358
IV.	Efficacité des règles de forme pour la protection du consommateur	360
A.	But de politique juridique	360
B.	Rapport avec d'autres moyens de protection	361
C.	Formalités	363
Chapitre 11 : Droit de révocation légal		365
I.	Introduction	365
A.	Notion	365
B.	Approche sectorielle	375
C.	Concurrences	377
II.	Nature juridique	386
A.	Caractère conditionnel du contrat	387
B.	Rattachement du droit de révocation	392
C.	Lien avec les règles sur les vices du consentement	408
III.	Éléments du droit	412
A.	Information	413
B.	Défaut d'information	415
C.	Exercice	422
D.	Effets	444
IV.	Répétition et restitution des prestations	453
A.	Fondements	453
B.	Critère de la validité initiale du contrat	455
C.	Risques de la révocation	472

Chapitre 12 : Conditions générales	487
I. Introduction	487
A. Notion	487
B. Principes.....	493
II. Validité de l'intégration.....	501
A. Notion	501
B. Processus d'intégration	502
C. Règle de l'accessibilité.....	512
D. Clause de modification unilatérale des conditions générales.....	529
E. Absence de vices du consentement	543
III. Interprétation	550
A. Notion	550
B. Types.....	550
C. Interprétation conforme à la loi	563
D. Clauses ambiguës	567
E. <i>Excursus</i> : interprétation défavorable	577
IV. Contrôle de contenu.....	591
A. Contrôle du respect des normes légales impératives	591
B. Contrôle ouvert des clauses abusives en vertu de l'art. 8 LCD.....	595
C. Contrôle de contenu occulte des clauses insolites ou inhabituelles	610
Quatrième Partie : La formation du contrat de consommation de <i>lege ferenda</i>	621
Chapitre 13 : Projets en droit suisse	623
I. Projet de loi fédérale sur le commerce électronique	623
A. Introduction.....	623
B. Offre entre présents	624
C. Offre entre absents	628
D. Services non sollicités	636
E. Offre sans engagement et offre publique.....	644
F. Droit de révocation.....	648
G. Questions particulières <i>de lege lata</i>	652
II. Projet de révision totale de la loi sur l'information des consommateurs.....	656
A. Introduction.....	656
B. Devoirs d'information	657
C. Droit de révocation.....	658
D. Conditions générales	659
III. Projet CO 2020	663
A. Introduction.....	663

B.	Conclusion du contrat	665
C.	Droit de révocation	670
D.	Conditions générales.....	678
Chapitre 14 :	Projets d'uniformisation européens	685
I.	Introduction	685
II.	Acquis Principles (ACQP)	688
A.	Introduction	688
B.	Dispositions générales	689
C.	Devoirs d'information précontractuels.....	690
D.	Conclusion du contrat	692
E.	Droit de révocation	694
F.	Clauses non négociées	696
G.	Exécution des obligations et remède en cas d'inexécution.....	696
III.	Draft Common Frame of Reference (DCFR)	697
A.	Introduction	697
B.	Dispositions générales	698
C.	Devoirs d'information.....	698
D.	Conclusion du contrat	700
E.	Droit de révocation	702
F.	Interprétation des contrats.....	703
G.	Contenu du contrat.....	703
IV.	Proposition de règlement relatif à un droit commun de la vente (CESL)	704
V.	Commentaries on European Contract Laws	705
Chapitre 15 :	Systématique d'une réglementation	
	sur la formation du contrat de consommation	707
I.	Conceptions législatives	707
A.	Approche intégrative.....	708
B.	Approche codificative (ou spécifique)	708
C.	Approche sectorielle	710
D.	Situation en Suisse ?	711
II.	Evaluation critique	712
A.	Instrumentalisation du droit	712
B.	Perte de cohérence du système juridique	715
C.	Densification normative.....	717
D.	Protection abstraite	722
E.	Appréciation	730

III.	Normes de protection du consommateur et droit général des obligations	731
A.	Stabilité et pérennité du CO	731
B.	Influences réciproques.....	734
C.	Rôle de l'art. 7 CC	736
IV.	Propositions du point de vue de la formation du contrat de consommation	737
A.	Conclusion du contrat.....	737
B.	Forme du contrat	749
C.	Vices du consentement.....	750
D.	Droit de révocation.....	751
E.	Récapitulatif	755
Conclusion		757
Index		759

Table des matières

Sommaire	XV
Table des matières	XXIII
Table des abréviations	LI
Bibliographie	LXIII
Partie introductive	1
Chapitre 1 : Fondements de la thèse	1
I. Eléments historiques	2
A. Protection du destinataire de biens et de services	2
B. Codifications fédérales du droit des obligations	4
1. Code des obligations de 1881	4
2. Code des obligations de 1911	8
II. Eléments dogmatiques	9
A. Théories de la volonté et de la déclaration	10
1. Théorie de la volonté	10
2. Théorie de la déclaration	10
3. Conception du droit suisse	11
a. Controverse	11
b. Nécessité d’une volonté extériorisée	12
B. Théorie de la confiance	15
1. Définition	15
2. Relativisation des théories de la volonté et de la déclaration	17
C. Pertinence « résiduelle » de la théorie de la volonté	18
1. Définition	18
2. Relativisation de la théorie de la confiance	19
III. Eléments de la formation du contrat	20
A. Notion	21
B. Manifestation de volonté	22
1. Définition	22

2.	Processus subjectif	22
a.	Volonté d'agir	22
b.	Volonté de déclarer	23
c.	Volonté de s'engager	25
3.	Processus objectif	25
a.	Manifestation de volonté expresse	26
b.	Manifestation de volonté tacite ou concluante	26
c.	Silence comme manifestation de volonté	26
4.	Lien avec l'interprétation du contrat	27
C.	Accord des parties	28
1.	Définition	28
a.	En général	28
b.	Offre et acceptation	29
c.	Éléments essentiels	30
2.	Effets	31
a.	Formateur	32
b.	Obligatoire	32
3.	Lien avec l'interprétation du contrat	32
D.	Interprétation du contrat	33
1.	Définition et but	33
2.	Art. 18 CO	35
a.	Principe	35
b.	Sous-principes	36
(i)	Compréhension raisonnable de la volonté commune	36
(ii)	Protection de l'intersubjectivité	38
3.	Priorité de l'interprétation subjective	40
a.	Principe	40
b.	Appréciation critique	41
(i)	Par rapport au rattachement subjectif	41
(ii)	Par rapport à la détermination judiciaire de la volonté	43
(iii)	Par rapport aux conditions générales	45
(iv)	Interprétation uniforme ?	45
4.	Lien avec la qualification du contrat	47
E.	Validité du contrat	48
1.	Définition	48
2.	Vice de forme	48
3.	Vice de l'objet	49

4.	Vices du consentement et lésion	49
a.	Erreur	50
b.	Lésion, dol et crainte fondée.....	50
Chapitre 2 : Justification de la thèse		51
I.	Récence de la protection du consommateur.....	51
II.	Examen de l'intérêt à la modernisation du CO	52
III.	Applicabilité du CO dans les contrats internationaux	54
Première Partie : La protection du consommateur		57
Chapitre 3 : Droit de la consommation		59
I.	Introduction	59
A.	Notion	61
B.	Etendue	62
1.	Transversalité.....	62
2.	Rapports avec le droit de la concurrence.....	64
a.	Généralités.....	64
b.	Convergences et divergences.....	66
c.	Double protection	67
(i)	Quantitative	68
(ii)	Qualitative	68
d.	En particulier : sanctions de nature contractuelle d'une violation de la LCD	69
(i)	Validité du contrat subséquent	69
(ii)	Rejet de la validité du contrat subséquent ?	70
II.	Eléments	72
A.	Déséquilibre entre les parties.....	73
1.	Définition.....	73
2.	Déficit informationnel.....	74
3.	Déficit structurel	74
4.	Conséquences	75
a.	Sur les rapports sociaux en général.....	75
b.	Sur la relation entre le consommateur et le professionnel.....	75
B.	Règles légales protectrices	76
1.	Définition.....	76
2.	Fonction	77
C.	Rôle spécifique.....	78
1.	Définition.....	78
2.	Fonction	81

D.	Finalité de la relation consumériste.....	83
1.	Définition	83
2.	Conséquences	84
Chapitre 4 :	Justification de la protection	87
I.	Introduction	87
II.	Souveraineté du consommateur	88
A.	Fondements économiques	88
1.	Réserve préliminaire.....	88
2.	Concept de « main invisible » selon SMITH.....	88
3.	Instruments d'intervention selon KEYNES	90
B.	Limites	91
1.	Relatives à la concurrence et au marché	92
2.	Relatives à l'information du consommateur	93
3.	Relatives à la législation et à son application	95
C.	Constat	96
III.	Considérations de protection du consommateur	98
A.	Notion	98
1.	Définition	98
2.	Origines historiques.....	99
3.	Précisions	100
B.	Répartition de la responsabilité.....	101
1.	Théorie du contrat	101
2.	Théorie de la diligence	102
3.	Théorie des coûts sociaux.....	103
C.	Intérêts prépondérants	104
1.	Santé et sécurité.....	104
2.	Intérêts économiques	106
a.	Liberté économique.....	106
b.	Parties à protéger.....	107
(i)	Consommateur	108
(ii)	Tiers	109
3.	Intérêts contractuels.....	109
a.	Liberté contractuelle	109
b.	Rétablissement de l'équité contractuelle	112
4.	Intérêts procéduraux	114
a.	Valeur litigieuse.....	114
b.	Procédure simplifiée	115

c.	Fixation des frais de procédure.....	117
Chapitre 5 : Matérialisation de la protection		119
I.	En droit suisse.....	119
A.	Généralités	119
1.	Premières évolutions.....	119
2.	Prémisses de la protection « moderne »	120
B.	Développements.....	122
1.	Après la Seconde Guerre Mondiale	122
2.	Mise en place de la protection.....	123
a.	Droit de révocation.....	124
(i)	Dispositions sur la vente par acomptes	124
(ii)	Propositions de réglementations	125
b.	Conditions générales	126
c.	Crédit à la consommation.....	128
3.	Protection constitutionnelle.....	129
a.	Art. 31 ^{sexies} aCst.	129
b.	Art. 97 Cst.	130
c.	Portée du mandat constitutionnel.....	131
C.	Adaptation autonome	133
1.	Adaptation au droit de l'UE.....	133
2.	Périodes d'adaptation.....	134
a.	Influence <i>de facto</i> du droit communautaire	135
b.	A la suite du rejet de l'accord sur l'EEE.....	136
c.	Evolutions récentes.....	137
(i)	Poursuite (relative) des rapprochements	137
(ii)	Contrat à distance	138
(iii)	Clauses abusives	139
(iv)	Autres évolutions.....	139
II.	En droit de l'UE.....	141
A.	Généralités	141
1.	Premières évolutions.....	141
2.	Adoption de la réglementation protectrice	142
3.	Concrétisation.....	143
B.	Directives importantes.....	145
C.	Conceptions en droit de l'UE	147
1.	Réalisation du marché intérieur	147

2.	Harmonisation complète.....	150
a.	Principe.....	150
b.	Impact.....	152
(i)	Sur la législation de protection du consommateur.....	152
(ii)	Sur la protection de la partie faible.....	154
3.	Lien avec les considérations de protection du consommateur.....	155
a.	Etats membres.....	155
(i)	Incidence des conceptions de l'UE.....	155
(ii)	Appréciation critique.....	156
b.	Suisse.....	157
(i)	Incidence des conceptions de l'UE.....	157
(ii)	Appréciation critique.....	160
Deuxième partie : Le rapport contractuel entre le consommateur et le professionnel		163
Chapitre 6 : Droit contractuel de la consommation		165
I.	Introduction.....	165
A.	Notion.....	165
B.	But.....	166
II.	Moyens de protection spécifiques.....	167
A.	Fonction.....	168
1.	Amélioration de l'information.....	168
2.	Instruments de défense légaux.....	169
B.	Classification.....	170
1.	Moyens relatifs à la conclusion du contrat.....	170
2.	Moyens relatifs à la forme et au contenu du contrat.....	171
3.	Moyens relatifs à la fin du contrat.....	172
4.	Moyens relatifs à la mise en œuvre des droits découlant du contrat.....	173
a.	For et droit applicable.....	173
b.	Fardeau de la preuve.....	174
(i)	Renversement.....	174
(ii)	Application des règles ordinaires.....	175
Chapitre 7 : Conceptualisation du contrat de consommation		177
I.	Le « contrat de consommation ».....	177
A.	Notion.....	177
1.	Définition.....	177
2.	Typologie.....	178
B.	Sources.....	179

C.	Portée	181
1.	En droit matériel	181
2.	En droit formel.....	182
a.	Conception généralement plus restrictive.....	182
b.	Cas particulier : culpa in contrahendo	183
II.	Approche horizontale	185
A.	Notion	185
1.	En fonction du type de contrat	185
2.	En fonction de l'objet du contrat.....	186
B.	Rattachement.....	187
1.	A la partie générale du CO.....	187
a.	Conception	187
b.	Appréciation critique.....	188
(i)	Quant à la portée générale du concept	188
(ii)	Quant à l'application de règles protectrices	189
(iii)	Quant aux personnes visées	190
2.	Au CO et aux lois sectorielles.....	191
a.	Conception	191
b.	Appréciation critique.....	192
(i)	Quant à la conception générale de la protection du consommateur	192
(ii)	Quant à l'importance des principes généraux du droit des obligations.....	193
C.	Rôle des parties	194
1.	Conception traditionnelle.....	194
2.	Conception moderne	195
3.	Neutralité du rôle des parties	197
a.	Conception	197
b.	Applications	198
c.	Proposition	200
D.	Synthèse	201
1.	Etendue et identification générale du concept.....	201
2.	Rôle des parties dans la phase d'échange des manifestations de volonté	202
III.	Approche structuraliste téléologique	203
A.	Notion	203
1.	Définition.....	203
a.	But privé de l'usage du bien ou service	203
b.	Critère économique fonctionnel	204

c.	Position du Tribunal fédéral.....	205
2.	Nature de l'analyse.....	206
a.	Finalité et interprétation du contrat.....	206
b.	Finalité et qualification du contrat.....	207
B.	Détermination de la finalité.....	208
1.	Lien avec les éléments essentiels du contrat de consommation.....	209
a.	Élément objectivement essentiel.....	210
b.	Élément subjectivement essentiel.....	210
2.	Nécessité d'une certaine objectivisation.....	211
a.	Critères objectifs et concrets.....	211
b.	Application des règles protectrices.....	213
c.	Aspect individuel et collectif de la protection.....	217
d.	Limites.....	218
e.	Développements complémentaires.....	220
(i)	Droit allemand.....	220
(ii)	CVIM.....	220
(iii)	Arrêt Gruber (CJUE).....	221
3.	Moment déterminant.....	222
a.	Au stade précontractuel.....	223
b.	Au stade de la conclusion du contrat.....	223
c.	Au stade du procès.....	224
4.	Circonstances postérieures.....	225
a.	Fondements.....	225
b.	Implications.....	227
c.	Appréciation critique.....	228
(i)	Requalification restrictive.....	228
(ii)	Utilisation de la prestation contractuelle.....	228
(iii)	Prévention d'abus potentiels.....	229
(iv)	Détermination de la « réelle et commune intention » des parties.....	230
(v)	Autres réglementations (aperçu).....	231
5.	Droit de procédure.....	232
a.	LTF.....	232
(i)	Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral.....	232
(ii)	Détermination judiciaire de la finalité.....	233
(iii)	Critère de distinction.....	235
b.	CPC.....	237

6. Finalité mixte	238
a. Limites à l'approche sectorielle	238
b. Conception restrictive par le droit formel	238
c. Critère de la prépondérance	239
Chapitre 8 : Identification du contrat de consommation	241
I. Conceptions légales de la finalité	241
A. Introduction	241
B. Positive	242
1. Définition	242
2. Manifestations	243
a. Droit matériel	243
b. Droit formel	243
3. Conséquences	244
C. Négative	244
1. Définition	244
2. Manifestations	245
a. Droit matériel	245
b. Droit formel	246
3. Conséquences	246
a. Sur la qualification du contractant	246
b. Sur la qualification de la relation contractuelle	248
D. Hybride	251
1. Définition	251
2. Manifestations	251
3. Conséquences	251
E. Indirecte	253
1. Définition	253
2. Manifestations	254
a. Au sens étroit	254
b. Au sens large	256
3. Conséquences	257
II. Qualité des parties	259
A. Consommateur	259
1. Définition constitutionnelle	259
a. Personnes et finalité visées	259
(i) Problématique	259
(ii) Protection d'intérêts économiques	261

b.	Concrétisation	262
2.	Définitions légales	263
a.	Biologique.....	264
b.	Économique	265
(i)	Large	266
(ii)	Étroite.....	267
3.	Rapport de représentation.....	268
4.	Synthèse	269
B.	Professionnel	270
1.	Absence de définition générale.....	270
2.	Questions particulières	272
a.	Personne physique ou morale.....	272
b.	Personne de droit privé ou public.....	273
(i)	Obligations légales d'assurance.....	274
(ii)	Poste.....	275
(iii)	Télécommunications	275
3.	Rapport de représentation.....	276
III.	Caractéristiques du contrat	276
A.	Relation entre les prestations	276
1.	Définition	276
2.	Questions particulières	278
a.	Contrat unilatéral : l'exemple du cautionnement.....	278
(i)	Conception	278
(ii)	Constat	279
b.	Contrat multilatéral : critère de la finalité prioritaire.....	281
(i)	Conception	281
(ii)	Constat	283
B.	Prestation de consommation courante.....	284
1.	Définition	284
2.	Lien avec le critère de la finalité.....	286
3.	Pertinence.....	287
a.	Relativisation de l'approche structuraliste téléologique	287
b.	Vecteur d'une catégorisation propre ?.....	288
C.	Durée de l'engagement contractuel.....	290
IV.	Exemptions.....	290
A.	Proprement dites	290
1.	Définition	290

2. Manifestations.....	291
a. Droit matériel	291
b. Droit formel.....	291
B. Improprement dites	292
1. Définition.....	292
2. Manifestations.....	292
a. Contrats d'assurance.....	293
b. Fourniture fréquente et régulière de certains biens ou services	293
c. Biens et services soumis à réservation dont le risque repose sur le professionnel	294
d. Autres	295
C. Relation de confiance qualifiée	296
1. Problématique.....	296
a. Approches horizontale et structuraliste téléologique	296
b. État de la question	296
2. Critères	298
a. Détermination.....	298
b. Applications	299
(i) Contrat conclu avec un avocat	299
(ii) Contrat conclu avec un médecin	300
c. Incidence	301
Troisième partie : La protection du consommateur	
au stade de la formation du contrat	303
Chapitre 9 : Devoir d'information précontractuel	305
I. Introduction	305
A. Notion	305
1. Définition.....	305
2. Fonction	306
B. Lien avec les règles de forme	308
II. Devoir d'information précontractuel général	309
A. Notion	309
1. Contexte.....	309
2. Nature de la protection.....	311
B. Conditions	312
1. Professionnel détient ou doit détenir l'information.....	314
a. Détention de l'information	314
b. Obligation raisonnable de détenir l'information	315
(i) Examen de la diligence	315

	(ii) Rapport de représentation.....	316
	(iii) Personnes morales et outsourcing.....	317
2.	Caractère reconnaissable de l'ignorance du consommateur.....	318
a.	Besoin d'information	318
	(i) Circonstances et éléments connus du consommateur	318
	(ii) Contours du besoin.....	320
b.	Reconnaissabilité	322
3.	Caractère reconnaissable de l'importance de l'information.....	323
a.	Importance de l'information	323
	(i) Dessein du consommateur.....	324
	(ii) Caractéristiques du contrat envisagé	325
b.	Reconnaissabilité	327
4.	Absence d'intérêt supérieur à la conservation de l'information	327
C.	Violation	328
1.	Généralités.....	328
a.	Obligation négative et positive.....	328
b.	Absence d'effet contractuel.....	329
2.	Sanctions civiles de nature contractuelle	330
a.	Absence de conclusion du contrat	331
	(i) Réparation de l'intérêt en principe négatif	331
	(ii) Limites	332
b.	Conclusion du contrat	333
	(i) Culpa in contrahendo	333
	(ii) Interprétation selon le principe de la confiance	334
	(iii) Vices du consentement, lésion et nullité.....	337
	(iv) Droit de révocation.....	339
III.	Devoir d'information précontractuel spécifique.....	340
A.	Notion.....	340
B.	Violation	341
1.	Généralités.....	341
2.	Sanctions civiles de nature contractuelle	343
a.	Absence de conclusion du contrat	343
b.	Conclusion du contrat	344
	(i) Culpa in contrahendo	344
	(ii) Interprétation selon le principe de la confiance	344
	(iii) Vices du consentement et lésion.....	345
	(iv) Droit de révocation.....	346

C.	Lutte contre la concurrence déloyale.....	346
D.	Prescriptions de droit public.....	347
Chapitre 10 : Règles de forme		349
I.	Introduction	349
II.	Fonction.....	350
A.	Régime général.....	350
1.	But des règles de forme.....	350
2.	Lien avec les dispositions sur le contenu et les motifs du contrat	351
B.	Protection du consommateur	351
1.	Nature abstraite et sectorielle de la protection	351
2.	Transmission d'une information	352
3.	Contrats de consommation innommés	353
III.	Vice de forme	354
A.	Conséquence	354
B.	Finalité des règles de forme.....	355
C.	Aménagement direct du régime de la nullité	356
1.	Inadaptation de la nullité absolue en matière de protection des consommateurs ?	356
2.	Cas d'application : législation sur le crédit à la consommation.....	357
D.	Portée de la nullité pour le consommateur	358
1.	Nullité totale ou partielle	358
2.	Nullité spécifique.....	359
IV.	Efficacité des règles de forme pour la protection du consommateur.....	360
A.	But de politique juridique.....	360
B.	Rapport avec d'autres moyens de protection	361
C.	Formalités	363
Chapitre 11 : Droit de révocation légal		365
I.	Introduction	365
A.	Notion	365
1.	Définition.....	365
2.	Sources	367
3.	But	369
a.	Protection de la formation de la volonté du consommateur	369
b.	Protection collective et individuelle	370
4.	Distinctions.....	372
a.	Droit de résolution et de résiliation dans la LVF	373
b.	Droits de résiliation dans la LCA	373

(i)	Violation du devoir d'information par l'assureur	373
(ii)	Contrat d'assurance sur la vie.....	374
B.	Approche sectorielle	375
1.	Incidence sur la protection générale du consommateur	375
2.	Incidence sur la forme du contrat	376
C.	Concurrences	377
1.	Entre le droit de révocation et les moyens du régime général.....	378
2.	Entre les différents droits de révocation	378
a.	Critères du rapport de spécialité.....	379
(i)	Critères généraux	379
(ii)	Spécificité des dispositions consuméristes	379
b.	Cumul et complémentarité	380
c.	Applications.....	382
(i)	Application concomitante des art. 16 LCC et 40a ss CO.....	382
(ii)	Application exclusive des art. 40a ss CO	385
(iii)	Application concomitante des art. 40a ss CO et 406e CO	385
II.	Nature juridique	386
A.	Caractère conditionnel du contrat	387
1.	Nature résolutoire.....	387
a.	Définition	387
b.	Conséquences.....	388
2.	Nature suspensive.....	389
a.	Définition	389
b.	Conséquences.....	390
B.	Rattachement du droit de révocation.....	392
1.	Offre ou acceptation	392
a.	Conception.....	392
b.	Appréciation.....	394
2.	Contrat.....	396
a.	Conception	396
b.	Appréciation.....	398
(i)	Dogmatique.....	398
(ii)	Systématique	400
(iii)	Exécution des prestations	402
(iv)	Constat	403

3.	<i>Excursus</i> : contrat à formation successive.....	405
a.	Conception	405
b.	Appréciation.....	407
C.	Lien avec les règles sur les vices du consentement	408
1.	Convergences.....	408
2.	Divergences	410
a.	Caractéristiques des règles sur les vices du consentement.....	410
(i)	Moyen de droit commun.....	410
(ii)	Règles sur l'erreur en particulier.....	411
b.	Délai d'invalidation.....	412
c.	Niveau d'analyse	412
III.	Eléments du droit.....	412
A.	Information.....	413
1.	Démarchage à domicile.....	413
2.	Courtage matrimonial	414
3.	Crédit à la consommation	414
4.	Contrat d'assurance sur la vie conclu en prestation de services transfrontière	414
B.	Défaut d'information.....	415
1.	Définition.....	415
a.	Information reçue	415
b.	Information non reçue	416
2.	Conséquences	417
a.	Information n'est pas une condition de validité du contrat.....	418
b.	Information comme condition de validité du contrat.....	418
(i)	Pertinence des règles de forme	418
(ii)	Constatation d'office de la nullité.....	420
C.	Exercice.....	422
1.	Modalités	422
2.	Délai de révocation	422
a.	Début du délai	423
(i)	Obtention d'informations ou remise du contrat	423
(ii)	Détermination	424
b.	Preuve du début du délai	425
c.	Preuve du respect du délai et de la révocation	425
d.	Fin du délai.....	427

3.	Envoi et réception de l'acte de révocation	427
a.	Théorie de la réception.....	427
b.	Rapprochements avec la théorie de la réception relative.....	428
(i)	Protection spécifique du locataire.....	428
(ii)	Lien avec la protection du consommateur	429
c.	Rapprochements avec la théorie de l'expédition	430
(i)	Fondements des développements	431
(ii)	Nature particulière de l'acte de révocation	432
4.	Péremption du droit de révocation.....	435
a.	Péremption du droit lorsque le délai de révocation a valablement commencé à courir	435
b.	Péremption du droit en l'absence de cours du délai de révocation	436
c.	Délai de péremption.....	438
(i)	Début du délai de péremption.....	439
(ii)	Limites générales	439
(iii)	Engagement financier du consommateur.....	441
(iv)	Exécution du contrat.....	441
(v)	Durée du contrat.....	442
(vi)	Motifs de l'absence d'exercice du droit.....	443
D.	Effets.....	444
1.	Principes.....	444
2.	Démarchage à domicile	446
a.	Chose	447
b.	Service	449
3.	Courtage matrimonial	450
4.	Crédit à la consommation	450
a.	Révocation avant le versement du prêt.....	450
b.	Révocation après le versement du prêt.....	450
c.	Révocation après le remboursement total ou partiel du prêt par le consommateur	451
5.	Contrat d'assurance sur la vie conclu en prestation de services transfrontière.....	452
IV.	Répétition et restitution des prestations	453
A.	Fondements.....	453
1.	Invalidation à la suite de l'exercice du droit de révocation	453
2.	ATF 137 III 243	453
a.	Faits	453
b.	Position du Tribunal fédéral.....	454

B. Critère de la validité initiale du contrat	455
1. Concept.....	455
a. Contrat non valablement venu à chef	456
b. Contrat d'abord valablement conclu et qui n'est pas attaqué ultérieurement pour des motifs liés à sa formation	456
c. Droit de révocation des art. 40a ss CO en particulier	457
2. Prescription des prétentions en restitution.....	457
3. Appréciation	458
a. Nature de l'invalidation.....	459
(i) Problématique.....	459
(ii) Théories sur l'invalidation	460
(iii) Conséquences pour la restitution des prestations	463
(iv) Proposition.....	464
b. Parallèle avec l'impossibilité subséquente.....	467
(i) Lien avec le critère de la validité initiale	467
(ii) Constat.....	468
c. Péremption du droit de révocation.....	470
(i) Lien avec la prescription de la restitution des prestations	470
(ii) Proposition.....	470
C. Risques de la révocation.....	472
1. Distinctions initiales	472
a. Risque et responsabilité.....	472
b. Risque de la prestation.....	472
c. Risque de la chose	473
d. Particularités du droit de révocation	473
2. Risques de la perte et du retard de l'acte de révocation	474
a. Risque de la perte	475
b. Risque du retard	477
3. Contrat portant sur une chose.....	479
a. Disparition avant la révocation.....	479
(i) Non imputable au consommateur	479
(ii) Imputable au consommateur	481
b. Disparition après la révocation	483
(i) Non imputable au consommateur	483
(ii) Imputable au consommateur	484
4. Prestation de service	485
a. Particularités.....	485

b.	Application analogique limitée de l’art. 402 CO.....	485
Chapitre 12 : Conditions générales		487
I.	Introduction.....	487
A.	Notion.....	487
1.	Définition	487
a.	Absence de définition légale.....	487
b.	Eléments essentiels ou secondaires	490
2.	Fonctions	491
3.	Caractéristiques	492
B.	Principes	493
1.	Application du régime ordinaire.....	494
2.	Priorité des clauses individuellement négociées.....	494
a.	Portée.....	494
b.	Justification.....	496
c.	Eléments	497
(i)	Professionnel disposé à la négociation	497
(ii)	Modification ou adoption en commun.....	498
(iii)	Exclusion des clauses préformulées	498
(iv)	Contradiction avec des clauses préformulées	499
d.	Fardeau de la preuve	499
e.	Conséquence	500
II.	Validité de l’intégration	501
A.	Notion.....	501
B.	Processus d’intégration	502
1.	Approches	502
a.	Droit suisse	502
b.	Droit de l’UE et de certains Etats membres	503
2.	Communication des manifestations de volonté.....	504
a.	Intégration expresse	505
(i)	Principe	505
(ii)	Contrats de consommation	505
b.	Intégration concluante.....	506
(i)	Principe	506
(ii)	Contrats de consommation	507
3.	Modalités de la prise de connaissance des conditions générales.....	509
a.	Intégration globale	509
(i)	Au sens formel	509

(ii) Au sens matériel	510
b. Intégration individuelle	511
C. Règle de l'accessibilité	512
1. Définition	512
a. Sources	512
b. But	513
(i) Protection du consentement du destinataire	513
(ii) Contrats de consommation	514
c. Précisions	516
(i) Limites	516
(ii) Lien avec la règle de l'insolite et la règle <i>in dubio contra stipulatorem</i>	517
(iii) Justification	518
2. Moment déterminant	519
a. Avant ou au moment de la conclusion du contrat	520
(i) Principe	520
(ii) Situation particulière au stade de l'acceptation du professionnel	522
b. Après la conclusion du contrat	523
3. Défaut d'accessibilité	524
a. Défaut d'accessibilité pertinent	524
(i) Principe	524
(ii) Evaluation	525
(iii) Preuve	526
(iv) Conséquence	527
b. Exceptionnellement : défaut d'accessibilité non pertinent	528
(i) Principe	528
(ii) Abus de droit du consommateur	528
(iii) Relations contractuelles préexistantes	528
D. Clause de modification unilatérale des conditions générales	529
1. Définition	529
2. Réserve expresse de l'utilisateur	530
a. Notion	530
(i) Droit formateur de l'utilisateur	530
(ii) Adaptation du contrat	531
b. Conditions d'admissibilité	532
(i) Motif objectif sérieux	532
(ii) Réserve suffisamment déterminée ou déterminable	534

(iii) Interdiction de l'engagement excessif	535
(iv) Exercice équitable du droit.....	536
c. Conséquences d'une modification unilatérale	537
(i) Situation au moment de la modification	537
(ii) Effets de la modification	538
3. Pas de réserve expresse de l'utilisateur.....	539
a. Offre de modification du contrat.....	540
b. Silence du consommateur	541
(i) Principe : pas d'acceptation.....	541
(ii) Clause contractuelle originaire selon laquelle le silence vaut acceptation.....	541
E. Absence de vices du consentement	543
1. Définition	543
a. Fondements	543
b. Méthodologie	543
2. Erreur	544
a. Situation du consommateur.....	544
(i) Application restrictive	544
(ii) Droit allemand.....	547
b. Situation du professionnel	547
3. Dol	548
a. Principe.....	548
b. Lien avec le devoir d'information précontractuel	548
c. Lien avec la règle de l'accessibilité.....	549
4. Crainte fondée	549
5. Cas particulier : lésion	550
III. Interprétation.....	550
A. Notion	550
B. Types	550
1. Individuelle et concrète	551
a. Principe.....	551
(i) Application des règles d'interprétation contractuelles	551
(ii) Spécificités des conditions générales.....	552
b. Incidence.....	554
(i) Pertinence des éléments individuels et concrets	554
(ii) Limites liées à l'utilisation des conditions générales.....	554

2.	Générale et abstraite.....	555
a.	Principe	555
(i)	Application des règles d'interprétation légales	555
(ii)	Conceptions	555
b.	Incidence	558
(i)	Droit des contrats.....	559
(ii)	LCD.....	561
C.	Interprétation conforme à la loi	563
1.	Définition.....	563
2.	Règle de la restriction	564
3.	Règle de la priorité.....	565
a.	Fondements	565
b.	Méthodologie	565
4.	Règle de la cohérence	566
a.	Fondements	566
b.	Méthodologie	567
D.	Clauses ambiguës	567
1.	Définition.....	567
a.	Fondements	567
b.	Méthodologie	569
2.	Conditions.....	571
a.	D'application.....	571
(i)	Clauses préformulées.....	571
(ii)	Différentes interprétations possibles	572
(iii)	Utilisateur plus expérimenté	573
(iv)	Limites.....	573
b.	D'exclusion	574
3.	Conséquences	575
a.	Sur la clause concernée	575
b.	Sur le mécanisme de contrôle des conditions générales	576
E.	<i>Excursus</i> : interprétation défavorable	577
1.	Définition.....	577
a.	Fondements	577
b.	Méthodologie	578
(i)	Lien avec la règle de la clause ambiguë.....	579
(ii)	Lien avec la réduction téléologique	580

2.	Applications	581
a.	Exonération et réduction de responsabilité.....	582
b.	Modification unilatérale du prix.....	583
c.	Droit de résiliation dans le contrat de mandat	585
d.	Validité d'un bon commercial.....	586
e.	Indication de frais au moyen d'une échelle de prix	587
3.	Appréciation.....	588
a.	Limitation de la liberté contractuelle.....	589
b.	Complication du système de contrôle des conditions générales	589
c.	Choix politique	590
IV.	Contrôle de contenu	591
A.	Contrôle du respect des normes légales impératives	591
1.	Définition	591
a.	Fondements.....	591
b.	Méthodologie	592
2.	Implications.....	592
a.	Générales	593
b.	Spéciales	593
B.	Contrôle ouvert des clauses abusives en vertu de l'art. 8 LCD	595
1.	Définition	595
a.	Fondements.....	595
(i)	Critères de contrôle spécifiques.....	596
(ii)	Nature hybride de l'art. 8 LCD.....	597
b.	Méthodologie	598
2.	Conditions	599
a.	Éléments constitutifs	599
b.	Questions particulières en lien avec la Directive 93/13/CEE et son interprétation.....	600
(i)	Quant aux modalités du contrôle	601
(ii)	Quant à l'objet du contrôle.....	602
3.	Conséquences	603
a.	Sanctions.....	603
b.	Questions particulières en lien avec les conséquences civiles de la violation de l'art. 8 LCD.....	604
4.	Applicabilité de l'art. 8 LCD aux actes notariés	605
a.	Existence de conditions générales ?	606
b.	Soumission au contrôle de l'art. 8 LCD ?	607
c.	Appréciation critique.....	608

C.	Contrôle de contenu occulte des clauses insolites ou inhabituelles	610
1.	Définition.....	610
a.	Fondements	610
b.	Méthodologie	611
c.	Précisions	612
2.	Conditions.....	613
a.	D'application.....	613
(i)	Critère subjectif	613
(ii)	Critère objectif.....	613
(iii)	Effet de surprise.....	614
b.	D'exclusion	615
3.	Conséquences	616
a.	Sur la clause concernée et le contrat.....	616
b.	Sur la protection de la partie faible ou inexpérimentée.....	617
Quatrième Partie : La formation du contrat de consommation de lege ferenda		621
Chapitre 13 : Projets en droit suisse		623
I.	Projet de loi fédérale sur le commerce électronique	623
A.	Introduction.....	623
B.	Offre entre présents	624
1.	Projet de modification de l'art. 4 al. 2 CO	624
2.	Situation actuelle	625
a.	Maintien d'une « zone grise »	625
b.	Critère de l'immédiateté et de la continuité.....	626
3.	Appréciation (renvoi).....	628
C.	Offre entre absents	628
1.	Projet de modification de l'art. 4 al. 2 Projet-CO.....	628
2.	Situation actuelle	629
a.	Transmission de l'offre entre absents	629
b.	Détermination de la durée de validité de l'offre	630
(i)	Doute sur la qualification du moyen de communication électronique	630
(ii)	Situation du consommateur-acceptant	630
3.	Appréciation	632
a.	Générale	632
b.	Propositions.....	633
(i)	Réglementation spécifique en cas d'utilisation d'un moyen de communication électronique ?.....	633
(ii)	Définition de la « manifestation de volonté électronique » ?	634

D.	Services non sollicités.....	636
1.	Projet de modification de l’art. 6a al. 4 Projet-CO.....	636
2.	Situation actuelle	637
a.	Application en dehors du commerce électronique.....	637
b.	Particularités du commerce électronique.....	638
(i)	Sollicitations multiples	638
(ii)	Renouvellement tacite après un temps d’essai.....	639
3.	Appréciation	639
a.	Spécificités de « l’envoi » d’un service non sollicité	640
b.	Lutte contre les méthodes de vente ou de publicité agressives	641
c.	Réglementation dans la LCD	642
E.	Offre sans engagement et offre publique	644
1.	Projet de modification de l’art. 7 al. 2 et 3 CO	644
2.	Situation actuelle	645
3.	Appréciation	646
a.	Effet de disponibilité limitée.....	646
b.	Réserve du caractère contraignant de l’offre par le professionnel	647
F.	Droit de révocation	648
1.	Projet de modification des art. 40a ss CO.....	648
2.	Situation actuelle	650
3.	Appréciation	651
G.	Questions particulières <i>de lege lata</i>	652
1.	Réglementation du moment de la conclusion du contrat par voie électronique ?.....	652
2.	Confirmation de commande et moment de la conclusion du contrat ?.....	654
II.	Projet de révision totale de la loi sur l’information des consommateurs.....	656
A.	Introduction	656
B.	Devoirs d’information.....	657
C.	Droit de révocation	658
D.	Conditions générales.....	659
1.	Conclusion du contrat et intégration des conditions générales	659
2.	Forme	660
3.	Interprétation	661
4.	Nullité spécifique aux contrats de consommation	661
a.	Définition du « contrat de consommation »	661
b.	Conditions de la nullité	662

III.	Projet CO 2020	663
A.	Introduction.....	663
1.	But	663
2.	Systématique.....	664
B.	Conclusion du contrat.....	665
1.	Accord des parties.....	665
2.	Offre et acceptation.....	666
a.	Offre entre présents sans délai pour accepter.....	666
b.	Envoi de choses non commandées	668
c.	Offre sans engagement et offre publique	669
d.	Acceptation tacite	670
C.	Droit de révocation.....	670
1.	Principes	671
a.	Applicabilité aux « contrats de consommation »	671
b.	Evaluation insuffisante de la prestation ou des risques y relatifs	672
c.	Rattachement au contrat	673
d.	Renonciation au droit	674
2.	Exercice du droit.....	674
a.	Manifestation de la volonté de révoquer.....	674
b.	Uniformisation du délai de révocation.....	676
c.	Dies a quo.....	676
d.	Péremption du droit	676
3.	Effets.....	677
a.	Régime de liquidation unifié	677
b.	Exclusion des dommages-intérêts.....	678
D.	Conditions générales	678
1.	Principes	678
2.	Clauses ambiguës.....	679
a.	Application large	679
b.	Examen des clauses	680
(i)	Application potentiellement limitée à une seule clause.....	680
(ii)	Lien avec l’art. 8 LCD	680
(iii)	Effets juridiques.....	681
3.	Clauses qui créent une disproportion	681
a.	Application non limitée aux contrats de consommation	681
b.	Examen des clauses	682
(i)	Conditions d’applicabilité.....	682

	(ii) Lien avec la règle de l'insolite.....	683
	(iii) Lien avec l'art. 8 LCD.....	683
	(iv) Effets juridiques	684
	Chapitre 14 : Projets d'uniformisation européens	685
I.	Introduction	685
II.	Acquis Principles (ACQP)	688
	A. Introduction	688
	1. But	688
	2. Systématique	689
	B. Dispositions générales	689
	C. Devoirs d'information précontractuels.....	690
	1. Conception	690
	2. Sanction en cas de violation	691
	D. Conclusion du contrat	692
	1. Accord des parties	694
	2. Biens et services non sollicités	694
	E. Droit de révocation	694
	F. Clauses non négociées	696
	G. Exécution des obligations et remède en cas d'inexécution.....	696
III.	Draft Common Frame of Reference (DCFR)	697
	A. Introduction	697
	1. But	697
	2. Systématique	697
	B. Dispositions générales	698
	C. Devoirs d'information.....	698
	1. Conception	698
	2. Sanction en cas de violation	699
	D. Conclusion du contrat	700
	1. Accord des parties	700
	2. Biens et services non sollicités	701
	E. Droit de révocation	702
	F. Interprétation des contrats.....	703
	G. Contenu du contrat.....	703
IV.	Proposition de règlement relatif à un droit commun de la vente (CESL)	704
V.	Commentaries on European Contract Laws	705

Chapitre 15 : Systématique d'une réglementation sur la formation du contrat de consommation

	707
I.	Conceptions législatives 707
A.	Approche intégrative 708
B.	Approche codificative (ou spécifique)..... 708
C.	Approche sectorielle..... 710
D.	Situation en Suisse ?..... 711
II.	Evaluation critique..... 712
A.	Instrumentalisation du droit..... 712
1.	Fonction de la législation 712
2.	Nécessité de l'évaluation législative 713
3.	Risque d'atteinte à la liberté contractuelle 714
B.	Perte de cohérence du système juridique..... 715
1.	Risques liés à la rationalisation législative 715
2.	Technocratisation du droit 716
3.	Assimilation au régime général..... 716
C.	Densification normative 717
1.	Sécurité juridique..... 717
2.	Domaines dynamiques 718
3.	Déréglementation..... 719
4.	Principes et définitions générales..... 720
D.	Protection abstraite..... 722
1.	Principe..... 722
2.	Justification et risques..... 723
3.	Limites..... 725
a.	Professionnels et personnes morales vulnérables 725
(i)	Attente d'une diligence accrue..... 725
(ii)	Lien avec les règles sur la lésion (art. 21 CO) 727
b.	Déséquilibre inverse 728
c.	Déséquilibre entre consommateurs..... 729
E.	Appréciation..... 730
III.	Normes de protection du consommateur et droit général des obligations 731
A.	Stabilité et pérennité du CO 731
B.	Influences réciproques..... 734
C.	Rôle de l'art. 7 CC 736
1.	Pour le régime général 736
2.	Pour le droit contractuel de la consommation 736

IV.	Propositions du point de vue de la formation du contrat de consommation.....	737
A.	Conclusion du contrat	737
1.	Offre et acceptation	737
a.	Accord des parties.....	737
b.	Offre publique.....	739
c.	Biens et services non sollicités.....	740
2.	Devoir d'information précontractuel	741
3.	Conditions générales	744
a.	Validité de l'intégration	744
b.	Interprétation.....	745
c.	Contrôle de contenu	747
B.	Forme du contrat.....	749
C.	Vices du consentement	750
D.	Droit de révocation	751
E.	Récapitulatif.....	755
Conclusion		757
Index		759

Table des abréviations

a	ancien(ne)
aAGBG	Gesetz sur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen du 9 décembre 1976 (Allemagne)
aBGB-InfoV	Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht du 9 janvier 2002 (Allemagne)
abr.	Abrogatoire
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACQP	Acquis Principles
aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
ADC	Annuaire de droit suisse de la consommation (= JKR)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (= TFUE)
aff.	affaire
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
aHWiG	Haustürwiderrufsgesetz du 1 ^{er} mai 1986
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (= PJA)
aLCD	Loi fédérale du 30 septembre 1943 sur la concurrence déloyale (RS 2 945)
aLDA	Loi fédérale du 8 décembre 1905 sur le commerce des denrées alimentaires et de divers objets usuels (RO 22 301)
aLDAI	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.0)
Allg. Einl.	Allgemeine Einleitung

aLMétr	Loi fédérale du 9 juin 1977 sur la métrologie (RS 941.20)
A.M.	Anderer Meinung
aOJ	Loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (RS 3 521)
aOSCert	Ordonnance du 12 avril 2000 sur les services de certification électronique (RS 784.103)
APH	Appellationshof
AT	Allgemeiner Teil
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BE	Berne
BezGer	Bezirksgericht
BFC	Bureau fédéral de la consommation
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch du 2 août 1896 (Allemagne)
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar
BO	Bulletin officiel
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft du 18 avril 1999 (RS 101) (= Cst.)
BW	Nieuw Burgerlijk Wetboek du 1 ^{er} janvier 1992 (Pays-Bas)
bzw.	beziehungsweise
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCFr	Code civil français du 21 mars 1804
CE	Conseil des Etats du Parlement suisse/Communauté européenne
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milani
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
CEE	Communauté économique européenne
CEMAJ	Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits (Université de Neuchâtel)

cep.	cependant
CESL	Common European Sales Law
CF	Conseil fédéral
cf.	<i>confer</i>
CFC	Commission fédérale de la consommation
CGA	Conditions générales d'affaires
CGC	Conditions générales commerciales
CGV	Conditions générales de vente
CGV-Poste	Conditions générales de la Poste « Prestations du service postal pour les clients privés »
CH	Confédération helvétique
chap.	Chapitre
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes (jusqu'au 31 novembre 2009)
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne (à partir du 1 ^{er} décembre 2009)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods du 11 avril 1980 (RS 0.221.211.1) (= CVIM)
CL	Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Lugano le 30 octobre 2007 (RS 0.275.12)
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220)
COM	Communication de la Commission européenne
COMCO	Commission de la concurrence
comp.	comparer
Conso	Consommation
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)

CPra	Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101) (= BV)
CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, conclue à Vienne le 11 avril 1980 (RS 0.221.211.1) (= CISG)
d.h.	das heisst
DC	Droit de la construction
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
DDF	Département fédéral des Finances
DFJP	Département fédéral de Justice et Police
Dig.	Digeste
DIP	Droit international privé
Dott.	Dottore
DR	Deutsches Recht
e.g.	<i>exempli gratia</i>
ECL	(Commentaries on) European Contract Laws
ECS	L'expert-comptable suisse
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EEE	Espace économique européen
ég.	également
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche du 18 août 1896 (Allemagne)
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft (= Traité instituant la Communauté européenne)
Einf.	Einführung
EKK/CFC	Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen
ERCL	European Review of Contract Law
et al.	<i>et alii</i>
EUV	Vertrag über die Europäische Union (= TUE)

ex.	exemple(s)
exc.	exception(s)
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
Fr.	Franc(s) suisse(s)
FS	Etude de faisabilité d'un droit européen des contrats réalisé à la demande de la Commission européenne
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GR	Grisons
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
HAVE	Haftung und Versicherung (= REAS)
HG	Handelsgericht
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Hrsg.	Herausgeber
HWB	Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts
i.e.	<i>Id est</i>
i.S.v/iSv	im Sinne von
insb.	insbesondere
Intro.	Introduction
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JKR	Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (= ADC)
JO	Journal officiel de l'Union européenne
JT	Journal des Tribunaux
Jug.	Jugement
KGer	Kantonsgericht (= TC)
KKG	Konsumkreditgesetz vom 23. März 2001 (RS 221.214.1) (= LCC)
KommZPO	Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung
KSchG-AU	Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz, Autriche)

KSChG-LI	Gesetz vom 23. Oktober 2002 zum Schutz der Konsumenten (Konsumentengesetz, Liechtenstein)
LAEE-NE	Loi neuchâteloise du 1 ^{er} septembre 2004 sur l'approvisionnement en énergie électrique (RSN 731.270)
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1)
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (loi sur le contrat d'assurance ; RS 221.229.1)
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels ; RS 251)
LCC	Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (RS 221.214.1) (= KKG)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LChim	Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (loi sur les produits chimiques ; RS 813.1)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LDAI	Loi fédérale du 20 juin 2014 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (loi sur les denrées alimentaires ; RS 817.0)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LET	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (loi sur l'entreprise de télécommunications ; RS 784.11)
LETC	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (RS 946.51)
LExpI	Loi fédérale du 25 mars 1977 sur les substances explosibles (RS 941.41)
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301)

Libor	London interbank offered rate
LIC	Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs (RS 944.0)
LIPC	Loi fédérale sur l'information et la protection des consommatrices et des consommateurs (avant-projet)
LLCA	Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LMétr	Loi fédérale du 17 juin 2011 sur la métrologie (RS 941.20)
LMI	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (RS 943.02)
LParl	Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur le parlement (loi sur l'Assemblée fédérale ; RS 171.10)
LPart	Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe (loi sur le partenariat ; RS 211.231)
LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (RS 232.11)
LPMéd	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (loi sur les professions médicales ; RS 811.11)
LPO	Loi fédérale du 17 décembre 2010 sur la poste (RS 783.0)
LPsy	Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (loi sur les professions de la psychologie ; RS 935.81)
LPTh	Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques ; RS 812.21)
LRFP	Loi fédérale 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (RS 221.112.944)
LSA	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (RS 961.01)
LSPr	Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (RS 942.20)
LSPro	Loi fédérale du 12 juin 2009 sur la sécurité des produits (RS 930.1)

LTC	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (RS 784.10)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110).
LVF	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3)
m.E.	meines Erachtens
ml	millilitre
MüKo	Münchener Kommentar
N	Numéro(s) marginal(aux)
n°	numéro(s)
Nachf.	Nachführungsband
ndbp	note de bas de page
NE	Neuchâtel
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	NomosKommentar
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OFCOM	Office fédéral de la communication
OFJ	Office fédéral de la justice
OG	Obergericht
OIP	Ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (RS 942.211)
OLCC	Ordonnance du 6 novembre 2002 relative à la loi fédérale sur le crédit à la consommation (RS 221.214.11)
OLG	Oberlandesgericht
OPO	Ordonnance du 29 août 2012 sur la poste (RS 783.01)
ORC	Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (RS 221.411)
OS	Ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (RS 961.011)

OSCSE	Ordonnance du 3 décembre 2004 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (RS 943.032)
OST	Ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication (RS 784.101.1)
OTV	Ordonnance du 4 novembre 2009 sur le transport de voyageurs (RS 745.11)
P	Projet
p.	page(s)
part.	particulier/particulièrement
PauRG	Pauschalreisegesetz vom 18. Juni 1993 (RS 944.3) (= LVF)
PCC	Principes Contractuels Communs
PDF	Portable Document Format
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
PJA	Pratique Juridique Actuelle (= AJP)
P-CO-LIC	Projet de modification du CO dans le cadre du projet de modification de la LIC
P-LCA-2009	Projet mis en consultation dans le cadre de la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance le 21 janvier 2009
P-LCA-2016	Projet mis en consultation dans le cadre de la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance le 6 juillet 2016
Projet-CO	Projet de modification du CO dans le contexte du projet de loi sur le commerce électronique
PPE	Propriété par étages
RDS	Revue de droit suisse (= ZSR)
REAS	Responsabilité et Assurance (= HAVE)
Rec.	Recueil de jurisprudence de la Cour de Justice
réf.	référence(s)
resp.	respectivement
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence

RG	Reichsgericht
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJN	Recueil de Jurisprudence Neuchâteloise
Rn.	Randnummer(n)
RNRF	Revue du Notariat et du Registre Foncier (= ZBGR)
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RPS	Revue pénale suisse (=ZStrR)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (= SZS)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (= SZW)
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence (= SJZ)
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois (= ZBJV)
RSN	Recueil systématique du droit neuchâtelois
s.	et suivant(e)
schweiz.	schweizerisch
SCSE	Loi fédérale du 19 décembre 2003 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (RS 943.03)
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SG	St. Gallen
SGK	St. Galler Kommentar
SHK	Stämpflis Handkommentar
SIA	Société suisse des ingénieurs et architectes
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (= RSJ)
SMS	Short Message Service
SPR	Schweizerisches Privatrecht
ss	et suivant(s)es
SSW	Schriften zum Steuer- und Wirtschaftsrecht
St.	Saint/Sankt
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (= RSAS)

SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (=RSDA)
TC	Tribunal cantonal (= KGer)
TCE	Traité instituant la Communauté Européenne signé à Rome le 25 mars 1957
TF	Tribunal fédéral
TFrais	Décret neuchâtelois du 6 novembre 2012 fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (RSN 164.1)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (= AEUV)
trad.	traduction
TUE	Traité sur l'Union Européenne (= EUV)
TVR	Thurgauische Verwaltungsrechtspflege
UE	Union européenne
ULM	ultra-léger motorisé
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (RS 241) (= LCD)
v	vor
VD	Vaud
VE	Vorentwurf
Vol.	Volume(s)
Vorbem	Vorbemerkungen
vs	<i>versus</i>
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (= RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (= RSJB)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (RS 210)
ZH	Zürich
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Zivilprozessordnung (= CPC)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (= RDS)
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (= RPS)

Bibliographie

A

ABEGGLEN Sandro, *Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft – Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung*, thèse, Berne 1995.

ABEGGLEN Sandro, *Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen – Interessenkonflikte und Chinese Walls bei Banken und Wertpapierhäusern, Privatrecht und Finanzmarktrecht*, Berne 2004 (cité : ABEGGLEN, Wissenszurechnung).

AESCHIMANN Lisa, *Rundgang durch Art. 8 UWG*, Jusletter du 1^{er} septembre 2014.

ALPA Guido, *Competition of Legal Systems and Harmonization of European Private Law – New Paths in a Comparative Perspective*, Munich 2013.

ALVAREZ Cipriano et al., *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1-149 ZPO*, Berne 2012 (cité : BK ZPO-AUTEUR).

Amstutz (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse : KKG, FusG, UWG und PauRG*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : CHK loi-AUTEUR).

ANEX Jean, *L'intérêt négatif, sa nature et son étendue*, thèse, Lausanne 1977.

ARTZ Markus, *Die « vollständige Harmonisierung » des europäischen Verbraucherprivatrechts*, in : GPR 2009, p. 171 ss.

Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow/Schindler (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874*, Bâle/Zurich/Berne 1988 (cité : AUTEUR, Commentaire Cst. 1874).

AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : AUTEUR, Petit commentaire).

B

BAIER Kirsten, *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln, Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien, England und Frankreich*, Hambourg 2004.

BALSCHKE Philipp, *Konsumvertragsrecht und E-Commerce : eine Übersicht*, Berne 2005.

BARNIKOL Michael, *Die Schutzinstrumente des schweizerischen Konsumkreditrechts*, thèse, Berne 2014.

BEATSON Jack/BURROWS Andrew/CARTWRIGHT John, *Anson's Law of Contract*, 30^e éd, Oxford 2016.

BECKER Hermann, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht 1. Abteilung : Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183*, Berne 1945 (cité : BK OR-BECKER).

BENÖHR Hans-Peter, *Der Dresdner Entwurf von 1866 und das schweizerische Obligationenrecht von 1881 – Motivationen der Redaktoren und Lösungen von 1881*, in : Peter/Stark/Tercier (édit.), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht - Le centenaire du Code des obligations*, Fribourg 1982, p. 57 ss.

BÉRENGER Frédéric, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, Aix-en-Provence 2007.

BERGER Bernhard, *Allgemeines Schuldrecht*, 2^e éd., Berne 2012.

- BIEBER Roland/EPINEY Astrid/HAAG Marcel, *Die Europäische Union – Europarecht und Politik*, 11^e éd., Baden-Baden/Bâle 2015 (cité : AUTEUR, Europäische Union).
- BIEBER Roland/MAIANI Francesco, *Précis de droit européen*, 2^e éd., Berne 2011.
- BIÉRI Laurent, *L'application du droit privé suisse reprenant de manière autonome des Directives communautaires*, AJP/PJA 2007, p. 708 ss (cité : BIERI, Droit privé suisse).
- BIERI Laurent, *L'avenir de la règle de l'insolite*, in : Rumo-Jungo/Pichon-naz/Hürlimann-Kaup /Fountoulakis (édit.), *Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Berne 2013, p. 713 ss (cité : BIERI, Règle de l'insolite).
- BIERI Laurent, *La possibilité de prendre connaissance du contenu des conditions générales*, ZSR/RDS 131/2012 I, p. 201 ss (cité : BIERI, Possibilité).
- BIERI Laurent, *Le contrôle judiciaire des conditions générales : réflexions sur le nouvel article 8 LCD*, in : Bohnet (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, CEMAJ, Bâle 2012, p. 47 ss (cité : BIERI, Réflexions).
- BIERI Laurent, *Qu'apporte le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale ?*, Jusletter du 24 octobre 2011 (cité : BIERI, Apport).
- BLOCHER Christoph, *Escorting words – 69.000 pages of federal decrees are too many : Deregulation is essential !*, in : Giger (édit.), *Increasing Flood of Legislation in a Changing Environment*, Berne 2016, p. 9 ss.
- BOCK Christian, *Irreführendes Auftreten auf dem Internet*, in : Weber/Hilty/Auf der Maur (édit.), *Geschäftsplattform Internet – Rechtliche und praktische Aspekte*, Zurich 2010, p. 317 ss.
- BOGDAN MICHAEL, *Concise Introduction to Comparative Law*, Groningen 2013.
- BOHNET François, *Actions civiles Volume I : CC et LP*, Bâle 2019 (cité : CPra I-BOHNET).

- BOHNET François, *Actions civiles Volume II : CO*, Bâle 2019 (cité : CPra II-BOHNET).
- BOHNET François, *Les clauses procédurales abusives*, in : Bohnet (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Bâle 2012, p. 63 ss (cité : BOHNET, *Clauses procédurales abusives*).
- BOHNET François, *Procédure civile*, Les abrégés, Neuchâtel 2011 (cité : BOHNET, *Procédure civile*).
- BOHNET François/MARTENET Vincent, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009.
- BOURGOIGNIE Thierry, *Le droit communautaire de la consommation : acquis et perspectives au regard de l'Europe de 1993*, Les Cahiers de droit, Volume 33, n°1, 1992, p. 231 ss (disponible sur <http://id.erudit.org/iderudit/043131ar>, consulté le 30.10.2018).
- BOUVERAT David, *Conditions générales d'affaires : perspectives législatives : étude de droit suisse à la lumière du droit communautaire et de ses applications en France et en Allemagne*, thèse, Neuchâtel 2009.
- BRACONI Andrea/CARRON Blaise, *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, 10^e éd., Bâle 2016.
- BREITSCHMID Peter/RUMO-JUNGO Alexandra, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012 (cité : CHK Loi-AUTEUR).
- BRÖNNEKE Tobias, *Widerrufsrecht und Belehrungspflichten – Rechtsdogmatische Analyse und rechtspolitische Vorschläge*, Baden-Baden 2009.
- BROX Hans/WALKER Wolf-Dietrich, *Allgemeiner Teil des BGB*, 40^e éd., Munich 2016.
- BRUDERMÜLLER Gerd/ELLENBERGER Jürgen/GÖTZ Isabelle/GRÜNEBERG Christian/HERRLER Sebastian/SPRAU Hartwig/THORN Karsten/WEIDENKAFF Walter/WIEDLICH Dietmar/WICKE Hartmut, *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 76^e éd., Munich 2017 (cité : Palandt/AUTEUR).

- BRULHART Vincent, *Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur*, in : Chappuis/Winiger (édit.), *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genève 2009, p. 201 ss.
- Brunner (édit.), *Stämpfli Handkommentar, UN-Kaufrecht-CISG*, 2^e éd., Berne 2014 (cité : SHK CISG-AUTEUR).
- BRUNNER Alexander, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, in : Kramer (édit.), *Konsumentenschutz im Privatrecht*, SPR, X, Bâle 2008, p. 111 ss (cité : BRUNNER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*).
- BRUNNER Alexander, *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht*, AJP/PJA 1992, p. 591 ss (cité : BRUNNER, *Konsumentenvertrag*).
- BRUNNER Alexander, *Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis*, ZSR/RDS 118/1999 I, p. 305 ss (cité : BRUNNER, *Kontrolle*).
- BRUNNER Alexander, *Entwicklung des schweizerischen Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, in : Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (édit.), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht*, HAVE/ REAS 2014, p. 13 ss (cité : BRUNNER, *Entwicklung*).
- BRUNNER Alexander, *Europäisches Vertragsrecht*, in : Hotz/Mathis (édit.), *Recht, Moral und Faktizität*, Festschrift für Walter Ott, Zurich 2008, p. 471 ss (cité : BRUNNER, *Europäisches Vertragsrecht*).
- BRUNNER Alexander, *Haustürgeschäfte*, in : Kramer (édit.), *Konsumentenschutz im Privatrecht*, SPR, X, Bâle 2008, p. 197 ss (cité : BRUNNER, *Haustürgeschäfte*).
- BRUNNER Alexander, *Konsumkreditrecht der Schweiz – eine Erfolgsgeschichte*, in : Bureau fédéral de la consommation (édit.), *30 ans, Article constitutionnel sur la protection des consommatrices et consommateurs*, p. 70 s. (cité : BRUNNER, *BFC*).
- BRUNNER ALEXANDER, *Konsumverträge — Begriff, Typologie und wirtschaftsrechtliche Bedeutung*, ADC/JKR, Berne 2007, p. 3 ss (cité : BRUNNER, *Konsumverträge*).

- BRUNNER Alexander, *Was ist Konsumentenrecht ?*, ADC/JKR, Berne 1995, p. 31 ss (cité : BRUNNER, *Was ist Konsumentenrecht ?*).
- Bucher (édit.), *Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Bâle 2011 (cité : CR DIP-AUTEUR).
- BUCHER Andrea/BONOMI Andreas, *Droit international privé*, 3^e éd., Bâle 2013.
- BUCHER Eugen, *Das Schweizerische Obligationenrecht – ein Markstein und ein Vorbild*, NZZ du 10.06.2006 (cité : BUCHER, *Das Schweizerische Obligationenrecht*).
- BUCHER Eugen, *Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht : wo stehen wir heute im Vertragsrecht ?*, ZSR/RDS 192/1983 II, p. 257 ss (cité : BUCHER : *Hundert Jahre*).
- BUCHER Eugen, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd. revue et augmentée, Zurich 1988 (cité : BUCHER, OR AT).
- BÜHLER Theodor/TOBLER Christa, *Produktsicherheit in der EU und in der Schweiz*, in : Heinemann/Jaag/Kellerhals/Weber (édit.), Europa Institut an der Universität Zürich, Zurich/Bâle/Genève 2011.
- BÜHRER Marc Peter, *AGB-Kollisionen, « the battle of the forms » und weitere Probleme beim Verweis auf allgemeine Geschäftsbedingungen*, thèse, Zurich 1987.
- BÜLOW Peter/ARTZ Markus, *Verbraucherprivatrecht*, 4^e éd., Munich/Landsberg/Frechen/Hambourg 2014.
- BÜRGI Christoph, *Allgemeine Versicherungsbedingungen im Lichte der neuesten Entwicklung auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, thèse, Zurich 1985.
- BÜYÜKSAGIS Erdem, *La bonne foi dans l'article 8 LCD : un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales « soi-disant » négociées ?*, AJP/PJA 2012, p. 1393 ss.
- BUZ Vedat, *Rückabwicklung gescheiterter Verträge – Kritische Bemerkungen zu Art. 79 ff. OR*, SJZ/RSJ 111/2015, p. 565 ss.

C

CALAIS-AULOY Jean/TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Paris 2015.

CANARIS Claus-Wilhelm/GRIGOLEIT Hans Christoph, *Interpretation of contracts*, in : Hartkamp/Hesselink/Hondius/Mak/du Perron (édit.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 2011, p. 587 ss.

CARBASSE Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, 2^e éd., Paris 2002.

CARNEVALE Vito, *Der Konsument als Akteur – eine behavioristische Perspektive*, in : Bureau fédéral de la consommation (édit.), 30 ans, Article constitutionnel sur la protection des consommatrices et consommateurs, p. 99 ss (cité : CARNEVALE, BFC).

CARRON Blaise, *Départ du délai pour contester un congé et théorie de la réception : une méthodologie (relativement) peu convaincante pour un résultat (absolument?) convaincant*, Newsletter Bail.ch, juillet 2014 (cité : CARRON, Départ du délai).

CARRON Blaise, *La protection du consommateur lors de la formation du contrat*, in : Carron/Müller (édit.), *Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis (contrats, sécurité des produits, actions collectives)*, Neuchâtel 2013, p. 95 ss (cité : CARRON, Protection).

CARRON Blaise, *Les transactions couplées en droit de la concurrence – analyse économique et juridique comparée*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2004 (cité : CARRON : Transactions couplées).

CHAPPUIS Benoît, *La profession d'avocat*, Tome II, La pratique du métier : De la gestion d'une étude et la conduite des mandats à la responsabilité de l'avocat, 2^e éd., Zurich 2017 (cité : CHAPPUIS, Tome II).

CHAPPUIS Christine, *Note sur le devoir d'information du donneur de licence à l'égard du preneur de licence en matière informatique*, SJ 1999 I p. 469 ss.

CHATTON Gregor T., *Les exceptions à l'assurance obligatoire des soins : quelques points de contact entre le droit public et le droit privé*, in : SZS/RSAS 2011, p. 458 ss.

CHESEL Marie-Emmanuelle, *Histoire de la consommation*, Paris, 2012.

CHOMSKY Noam, *Sur le contrôle de nos vies*, Paris 2014.

CORBOZ Bernard, *La réception du contrat par le juge – la qualification, l'interprétation et le complètement*, in : Bellanger/Chaix/Chappuis/Héritier Lachat (édit.), *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004, p. 269 ss.

CUÉNOD Bernard, *Délimitation du domaine de l'erreur dans les contrats en droit suisse des obligations*, thèse, Lausanne 1941.

D

DA FONSECA Patricia, *Le dynamisme du droit brésilien de la protection du consommateur*, *Revue québécoise de droit international*, volume 23, 2010, p. 115 ss.

DAEPPEN Oscar/REYMOND Charles, *Le Code Fédéral des Obligations (articles 1 à 551) – Interprété par la jurisprudence du Tribunal fédéral*, Zurich 1937.

DE WERRA JACQUES, *Droit des contrats : Partie générale et contrats spéciaux*, *JdT* 2015 II, p. 179 ss.

DELAYE Julien/HUG Dario, *L'art. 8 LCD : entre protectionnisme et libéralisme économique*, in : Hari (édit.), *Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique*, Genève/Zurich/Bâle, 2016, p. 371 ss (cité : DELAYE/HUG, Art. 8 LCD).

DELAYE Julien/HUG Dario, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit suisse de protection du consommateur : droit de révocation et mise en œuvre privée du droit de la concurrence*, in : Boillet/Maiani/Poltier/Rietiker/Wilson (édit.), *Influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse*, Programme doctoral en droit 2015, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 179 ss (cité : DELAYE/HUG, *Tempori servire*).

DELLI COLLI Flavio/RUSTERHOLZ Leo, *Das geplante Widerrufsrecht im E-Commerce nach OR*, *Jusletter* du 8 septembre 2014.

DEMOULIN Marie, *La passation d'une commande sur les réseaux*, in : Antoine/Cruquenaire/de Locht/Gobert/Lazaro/Leroux/Montero (édit.), *Le commerce électronique européen sur les rails ? – Analyse et propositions de mise en œuvre de la Directive sur le commerce électronique*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit n°19, Bruxelles 2001, p. 245 ss.

DESCHENAUX Henri, *Le titre préliminaire du Code civil*, Fribourg 1969.

DONAUER Daniel/MÖRI Barbara A., *Widerrufsrecht im schweizerischen Konsumentenschutz – Aktuelle Entwicklungen*, AJP/PJA 2015, p. 339 ss.

DONY Mariane, *Droit de l'Union européenne*, 6^e éd., Bruxelles 2015.

DORNIER Roger, *Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen – Art. 40a-g OR*, St. Gall 1994 (cité : DORNIER, Widerrufsrecht).

DORNIER ROGER, *Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V/1b/3, Haustürgeschäfte, Art. 40a-f OR*, Zurich 2010 (cité : ZK OR-DORNIER).

DUBEY Jacques/ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Bâle 2014.

DUPONT Anne-Sylvie, *Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance*, in : Bohnet (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, CEMAJ, Bâle 2012, p. 99 ss.

DUTOIT Bernard, *Droit de la concurrence déloyale et rapport de concurrence : un couple indissociable ? Un essai de réponse comparative*, in : Faculté de Droit et des Sciences Economiques de l'Université de Neuchâtel (édit.), *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, p. 297 ss.

E

EGGEN Mirjam, *Wenn der Postmann zweimal klingelt*, in : AJP/PJA 2015, p. 1559 ss.

EHLE Bernd/BRUNSCHWEILER André, *Schweizer AGB-Recht im Umbruch – ein rechtsvergleichender Überblick*, RIW 5/2012 p. 263 ss.

Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (édit.), *St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung*, 3^e éd., Zurich/St. Gall 2014 (cité : SGK BV-AUTEUR).

EISNER-KIEFER Andrea, *AVB und der revidierte Art. 8 UWG*, HAVE/REAS 2015, p. 28 ss.

ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne 1997 (cité : ENGEL, Traité).

ENGEL Pierre, *Cent ans de contrats sous l'empire des dispositions générales du Code fédéral des obligations*, in : ZSR/RDS 102/1983 II, p. 1 ss (cité : ENGEL, Cent ans).

ENRIQUEZ Eugène, *La marchandisation généralisée : du citoyen au consommateur*, Cahiers de recherche sociologique, n° 43, 2007, p. 23 ss.

F

FABIEN Claude, *Philosophie et efficience du droit civil*, in : Les cahiers de droit, volume 37, n° 1, 1996, p. 7 ss (disponible sur <http://id.erudit.org/iderudit/043374ar>, consulté le 30.10.2018).

FAHRNI Magda, *Explorer la consommation dans une perspective historique*, Revue d'histoire de l'Amérique française, volume 58, n°4, 2005, p. 465 ss (disponible sur <http://id.erudit.org/iderudit/012209ar>, consulté le 30.10.2018).

FASEL Urs, *Handels- und obligationenrechtliche Materialien*, Berne/Stuttgart/Vienne 2000.

FAVRE Pascal G., *Le transfert conventionnel de contrat – analyse théorique et pratique*, Fribourg 2005.

FAVRE-BULLE Xavier, *Le contrat électronique*, in : Bellanger/Chaix/Chappuis/Héritier Lachat (édit.), *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004 p. 175 ss.

FELLMANN Walter, *Aufklärung von Patienten und Haftung des Arztes*, in : Rütsche (édit.), *Medizinprodukte : Regulierung und Haftung*, Berne 2013, p. 171 ss.

- FERRERI Silvia, *The Interpretation of Contracts*, in : Schulze/Ebers/Grigoleit (édit.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tubingue 2003, p. 117 ss.
- FETSCHERIN Mark, *Consumer Protection Laws in the context of the Consumer-Company Relationship*, in : Bureau fédéral de la consommation (édit.), 30 ans, Article constitutionnel sur la protection des consommatrices et consommateurs, p. 72 ss (cité : FETSCHERIN, BFC).
- FONTAINE Marcel, *Le processus de formation du contrat dans tous ses états*, in : François/François/Christine/Héritier Lachat (édit.), *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004, p. 227 ss.
- FORNAGE Anne-Christine, *Droit de révocation et allocation des risques*, in : Meier/Papaux (édit.), *Risque(s) et droit*, Genève/Zurich/Bâle 2010, p. 487 ss (cité : FORNAGE, *Droit de révocation*).
- FORNAGE Anne-Christine, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant : étude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand*, thèse, Fribourg 2010 (FORNAGE, *Mise en œuvre*).
- FORNAGE Anne-Christine, *Le contrat d'assurance protection juridique : quelques clauses choisies*, in : Carron/Müller (édit.), 2^e Journée des droits de la consommation et de la distribution – Assurance de protection juridique, *Clauses contractuelles abusives, Nouveautés législatives et jurisprudentielles*, Neuchâtel 2016, p. 1 ss (cité : FORNAGE, *Contrat d'assurance protection juridique*).
- FRANÇOIS Gwennhaël, *Consentement et objectivation, L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, Aix-en-Provence 2007.
- FRANK Richard, *Kurzkommentar, Bundesgesetz über Pauschalreisen*, Zurich 1994.
- FUHRER Stephan, *Konsumentenschutz im Versicherungsrecht*, *Europäisches Vertragsrecht*, in : Riemer-Kafka/Rumo-Jungo (édit.), *Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit*, Festschrift für Erwin Murer, Berne 2010, p. 203 ss.

FURRER Andreas, *Der Einbezug der Allgemeinen Beförderungsbedingungen beim Kauf eines Fahrscheins*, in : Ackermann/Bommer (édit.), *Liber amicorum* Martin Vonplon, Zurich 2009, p. 139 ss (cité : FURRER, Einbezug).

FURRER Andreas, *Die Einbettung von Smart Contracts in das schweizerische Privatrecht*, *Anwaltsrevue* 2018, p. 103 ss (cité : FURRER, Smart Contracts).

FURRER Andreas/MÜLLER-CHEN Markus, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.

G

GALLI Andreas, *Rechtsgrundlagen für Informationspflichten*, in : Trüten/Baumgartner/Brunner (édit.), *Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union*, Zurich/Bâle/Genève 2017.

GARRETT Jan Edward, *Classical Vocationalism and Producers' Responsibilities*, in : Sterba/Peden (édit.), *Freedom, Equality and Social Change, Issues in Contemporary Social Philosophy*, Lewiston/Queenston 1989, p. 240 ss.

GAUCH Peter, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge*, in: Gauch/Schmid (édit.), *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht*, Zurich 2001, p. 209 ss (cité : GAUCH, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*).

GAUCH Peter, *Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht*, in : Steinauer (édit.), *Das Menschenbild im Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg*, Fribourg 1990, p. 177 ss (cité : GAUCH, *Der vernünftige Mensch*).

GAUCH Peter, *Vertrag und Parteiwille*, in : Peter/Stark/Tercier (édit.), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht - Le centenaire du Code des obligations*, Fribourg 1982, p. 343 ss (cité : GAUCH, *Vertrag und Parteiwille*).

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg, *Schweizerisches Obligationenrecht – OR Allgemeiner Teil*, 10^e éd., Band 1, Zurich 2014.

- Gauch/Schmid (édit.), *Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Einleitung, 1. Teilband, Art. 1-7 ZGB, Zurich 1998 (cité : ZK ZGB-AUTEUR).
- GEBAUER Martin, *Vollharmonisierung und Wertungs-Kohärenz der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung*, in : Gsell/Herresthal (édit.), *Vollharmonisierung im Privatrecht*, Tübingue 2009, p. 163 ss.
- Geiser/Fountoulakis (édit.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I – Art. 1-456 ZGB*, 6^e éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR).
- GIAMPAOLO Davide/HUGUENIN Claire, *Entwicklungen im schweizerischen Konsumrecht – Plädoyer für ein integrales Konsumschutzgesetz*, in : Jusletter du 8 juillet 2013.
- GIGER Hans, *Grundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag*, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Tome 5, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zurich 1982, p. 59 ss (cité : GIGER, Grundsätzliches).
- GIGER Hans, *The legislator's challenge with regards to corporate responsibility and entrepreneurial freedom*, in : Giger (édit.), *Increasing Flood of Legislation in a Changing Environment*, Berne 2016, p. 33 ss (cité : GIGER, Legislator's challenge).
- GIGER Hans, *Une protection sociale renforcée – ligne directrice du législateur pour le nouveau droit du crédit à la consommation, Les tendances de l'évolution de la législation suisse sur le crédit à la consommation*, Berne 1979 (cité : GIGER, Protection sociale).
- GILL Louis, *Le néolibéralisme*, 2^e éd., Chicoutimi, 2008 (disponible sur http://classiques.uqac.ca/contemporains/gill_louis/neoliberalisme/neoliberalisme.pdf, consulté le 30.10.2018).
- GOBET Marie-Noëlle, *L'art. 8 LCD et les clauses insolites*, ECS 8/13, p. 539 ss.
- GRÜNIG Laura Marina, *Der Konsument als homo oeconomicus ? Ökonomische Theorie im Wirtschafts- und Konsumrecht*, recht 01/2016, p. 14 ss.
- GUGGENHEIM Daniel, *Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Tome 1, La conclusion des contrats*, Genève, 1991.

GUHL Theo, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9^e éd. retravaillée par Koller/Schnyder/Druey, Zurich 2000.

GUINAND Jean, *L'offre et l'acceptation*, in : Premières journées juridiques yougoslavo-suisse, Lausanne et Fribourg 1984, p. 197 ss.

H

HADZIMANOVIC Nataša, *Auslegung und Ergänzung von Verträgen – Vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht*, ZStP 190/2006.

HAIDMAYER Barbara, *Das neue Widerrufsrecht im Telefonhandel*, SJZ/RSJ 112/2016, p. 1 ss.

HARTMANN Stephan, *Die Rückabwicklung von Schuldverträgen : kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln*, Zurich 2005 (cité : HARTMANN, Rückabwicklung).

HARTMANN Stephan, *Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung – Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht*, thèse, Fribourg 2001 (cité : HARTMANN, Informationspflichten).

HARTMANN Stephan, *Konsumentenschutzrechtliche Widerrufsrechte im schweizerischen Recht – Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung*, ZSR/RDS 127/2008 I, p. 307 ss (cité : HARTMANN, Widerrufsrechte).

HEDINGER Martin, *Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Tome 103, thèse, Bâle 2011.

Heidel/Hüsstege/Mansel/Noack (édit.), *NomosKommentar, BGB – Allgemeiner Teil/EGBGB*, 3^e éd., Baden-Baden 2015 (cité : NK BGB-AUTEUR).

HEIDERHOFF Bettina, *Europäisches Privatrecht*, 3^e éd., Heidelberg/Munich/Landsberg/Frechen/Hambourg 2012.

HEINEMANN Andreas, *Consommation et concurrence : améliorer le statut juridique des consommateurs et de leurs associations en droit des cartels*, in : Ojha/Vuilliemmin (édit.), *Le droit de la consommation dans son contexte*

- économique, CEDIDAC, Lausanne 2009, p. 45 ss (cité : HEINEMANN, Consommation et concurrence).
- HEINEMANN Andreas, *Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz*, in : Fahrländer/Heizmann (édit.), *Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung*, APARIUZ - Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zurich 2013, p. 1 ss (cité : HEINEMANN, *Rechtliche Transplantate*).
- HEISS Helmut, *Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre*, in : Grolimund/Koller/Loacker/Portmann (édit.), *Festschrift für Anton K. Schnyder*, Zurich/Bâle/Genève 2018, p. 589 ss.
- Heizmann/Loacker (édit.), *Kommentar, UWG – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Zurich/St. Gall 2018 (cité : *Kommentar UWG-AUTEUR*).
- HERBOTS Jacques H., *Interpretation of contracts*, in : Smits (édit.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2^e éd., Stockport, p. 421 ss.
- HESS Markus/RUCKSTUHL Lea, *AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG : eine kritische Auslegeordnung*, AJP/PJA 2012, p. 1188 ss.
- HEUZÉ Vincent, *La réception du droit communautaire dans le droit des Etats membres et le droit des contrats*, in : Bergé/Niboyé (édit.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruxelles 2003, p. 128 ss.
- HIGI Peter, *Allgemeine Vertragsbestimmungen – Überlegungen zu Gewöhnlichem und Ungewöhnlichem in Recht und Alltag*, in : Hotz/Mathis (édit.), *Recht, Moral und Faktizität*, Festschrift für Walter Ott, Zurich 2008, p. 495 ss.
- Hilty/Arpagaus (édit.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Bâle 2013 (cité : *BSK UWG-AUTEUR*).
- HOFFMAN E. Fritz, *Gefährliches Spiel mit der Freiheit*, in : Giger/Schluep (édit.), *Wirtschaftsfreiheit und Konsumentenschutz*, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Tome 13, Zurich 1983, p. 89 ss.

- HOHL Fabienne, *Le degré de la preuve dans les procès au fond*, in : Leuenberger (édit.), *Der Beweis im Zivilprozess – La preuve dans le procès civil*, Berne 2000, p. 127 ss (cité : HOHL, *Procès au fond*).
- HOHL Fabienne, *Le degré de la preuve*, in : Schwander/Stoffel (édit.), *Festschrift für Oscar Vogel*, Fribourg 1991, p. 125 ss (cité : HOHL, *Degré de la preuve*).
- HOLLIGER-HAGMANN Eugénie, *Gesetze allein lösen die Probleme nicht*, in : Bureau fédéral de la consommation (édit.), *30 ans, Article constitutionnel sur la protection des consommatrices et consommateurs*, p. 78 ss (cité : HOLLIGER-HAGMANN, *BFC*).
- HONSELL Heinrich, *100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht*, ZSR /RDS 130/2011 II, p. 5 ss (cité : HONSELL, *100 Jahre*).
- HONSELL Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 9^e éd., Berne 2010 (cité : HONSELL, *BT*).
- HONSELL Heinrich, *Willentheorie oder Erklärungstheorie ?*, in : Forstmoser/Honsell/Wiegand (édit.), *Mélanges en l'honneur de Hans Peter Walter*, Berne 2005, p. 335 ss (cité : HONSELL, *Willentheorie oder Erklärungstheorie*).
- HONSELL Heinrich/PIETRUSZAK Thomas, *Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Feschäftsverkehr*, AJP/PJA 2001, p. 771 ss.
- Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (édit.), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 3^e éd., Bâle 2013 (cité : BSK IPRG-AUTEUR).
- Honsell/Vogt/Schnyder/Grolimund (édit.), *Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband*, Bâle 2012 (cité : BSK VVG Nachf.-AUTEUR).
- Honsell/Vogt/Schnyder/Wiegand (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 CO*, Bâle 2015 (cité : BSK OR I-AUTEUR).
- HOWELLS Geraint, *The Scope of European Consumer Law*, ERCL 3/2005, p. 360 ss.

- HRISTIC Marianne, *Zwingende und teilzwingende Gerichtsstände des Gerichtsstandsgesetzes : unter Einbezug des internationalen Verfahrensrechts*, thèse, Zurich 2002.
- HUG Dario, *La protection du consommateur face aux nouvelles technologies de la conclusion et de l'exécution des contrats*, in : Carron/Müller (édit.), 3^e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Blockchain et Smart Contracts - Défis juridiques, CEMAJ, Bâle 2018, p. 115 ss (cité : HUG, *La protection du consommateur face aux nouvelles technologies*).
- HUG Dario, *Le consommateur en procédure civile suisse*, RJN 2018 (cité : HUG, RJN 2018).
- HUG Dario, *Whistleblowing et secrets pénalement protégés*, ZStR/RPS 131/2013, p. 1 ss (cité : HUG, *Whistleblowing*).
- HUGUENIN Claire, *Konsumentenrecht im OR im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Deregulierung*, SJZ/RSJ 91/1995, p. 417 ss (cité : HUGUENIN, *Spannungsfeld*).
- HUGUENIN Claire, *Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel – Eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR*, thèse, Berne 1984 (cité : HUGUENIN, *Vertragsmängel*).
- HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht – Allgemeiner und besonderer Teil*, 2^e éd., Zurich 2014 (cité : HUGUENIN, *Obligationenrecht*).
- HUGUENIN Claire/HERMANN Mathias/MEISE Barbara, *Europäisches Vertragsrecht und schweizerisches Obligationenrecht*, Jusletter du 8 septembre 2008.
- HUGUENIN Claire/MAISSEN Eva, *Bedingungsänderungsklauseln*, in : Fuhrer /Weber (édit.), *Allgemeine Versicherungsbedingungen Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts ?*, Zurich 2011, p. 97 ss.
- HUGUENIN Claire/MEISE Barbara, *OR 2020 : Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht ? – Eine Einführung*, SZW 2015, p. 280 ss.

Huguenin/Hilty (édit.), *Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil – Code des obligations suisse 2020, Projet relatif à une nouvelle partie générale*, Zurich/Bâle/Genève 2013 (cité : CO 2020-AUTEUR).

I

IMHOFF-SCHEIER Anne-Catherine, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, thèse, Genève 1981.

J

JÄGGI Peter, *Vertrauensprinzip und Gesetz*, in : Juristische Fakultät der Universität Basel (édit.), *Aequitas und bona fides*, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Bâle 1955, p. 145 ss.

JÄGGI Peter/GAUCH Peter/ HARTMANN Stephan, *Zürcher Kommentar – Obligationenrecht, Art. 18 OR – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge ; Simulation*, Zurich/Bâle/Genève 2014.

Jansen/Zimmermann (édit.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford 2018 (cité : ECL-AUTEUR).

JEANDIN Etienne, *La profession de notaire*, Zurich 2017.

JEANDIN Nicolas/PEYROT Aude, *Précis de procédure civile*, Genève/Zurich/Bâle 2015.

JEANPRÊTRE Raymond, *Le droit de repentir*, ZSR/RDS 98/1979 I, p. 33 ss.

JÉRÔME Julien, *Droit de la consommation*, Issy-les-Moulineaux 2015.

Jung/Spitz (édit.), *Stämpfli Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 2^e éd., Berne 2016 (cité : SHK UWG-AUTEUR).

JUNOD MOSER Dominique, *Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation – Étude de droit suisse et de droit européen*, Bâle/Genève/Munich 2001.

K

KÄLIN Olivier, *Unmöglichkeit der Leistung nach Art. 119 OR und clausula rebus sic stantibus*, recht 06/2004, p. 246 ss.

KAUFMANN Horst Albert, *Treu und Glauben im Eidgenössischen Obligationenrecht und die Rechtsprechung des Bundesgerichts bis 1889*, in : Peter/Stark/Tercier (édit.), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht – Le centenaire du Code des obligations*, Fribourg 1982, p. 91 ss.

KELLER Max, *Der Vertragswille*, SJZ/RSJ 58/1962 p. 365 ss.

KEUCHEYAN Razmig, *Ce dont nous avons (vraiment) besoin*, Le Monde diplomatique, février 2017, p. 3.

KIANIČKA Michael Martin, *Die Agentenerklärung : Elektronische Willenserklärungen und künstliche Intelligenz als Anwendungsfall der Rechts-scheinhaftung*, thèse, Zurich 2012.

KLETT Kathrin/HURNI Christoph, *Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle*, recht, 2-3/2012, Berne 2012, p. 80 ss.

KLETT Katrin, *Der Einfluss europäischen Rechts auf die schweizerische Rechtsprechung im Vertragsrecht*, recht, 06/2008, p. 227 ss.

KOHLER Emilie, *Le rôle du droit de l'Union européenne dans l'interprétation du droit suisse*, SSW, Tome 25, Berne 2015.

KOLLER Alfred, *AGB-Recht*, AJP/PJA 2016, p. 279 ss (cité : KOLLER, AGB-Recht).

KOLLER Alfred, *Der vermittelte Ehe- oder/und Lebenspartner, Bemerkungen zu Art. 406a-406h OR – ein Überblick*, in : Grolimund/Koller/Loacker/Portmann (édit.), *Festschrift für Anton K. Schnyder*, Zurich/Bâle/Genève 2018, p. 611 ss (cité : KOLLER, Art. 406a-406h).

KOLLER Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Berne 2017 (cité : KOLLER, OR AT).

- KOLLER Thomas, *Art. 8 UWG : Eine Auslageordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB*, AJP/PJA 2014, p. 19 ss (cité : KOLLER TH., 8 UWG).
- KOLLER Thomas, *Einmal mehr : Das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle*, AJP/PJA 2008, p. 943 ss (cité : KOLLER TH., Einmal mehr).
- KOLLER-TUMLER Marlis, « *Konsumkredite – eine kleine Tour d’Horizon mit Blick auch auf die EU* », in : Emmenegger (édit.), *Kreditrecht*, Bâle 2010, p. 19 ss (cité : KOLLER-TUMLER, Konsumkredite).
- KOLLER-TUMLER Marlis, *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht – zur Entstehungsgeschichte eines neuen Rechtsbegriffes*, thèse, Berne 1995 (cité : KOLLER-TUMLER, Konsumentenvertrag).
- KOLLER-TUMLER Marlis, *E-Banking und Konsumentenschutz*, in : Wiegand (édit.), *E-Banking : Rechtliche Grundlagen*, Berne 2002, p. 143 ss (cité : KOLLER-TUMLER, E-Banking).
- KOLLER-TUMLER Marlis, *Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes*, in : Kramer (édit.), *Konsumentenschutz im Privatrecht*, SPR, X, Bâle 2008, p. 1 ss (cité : KOLLER-TUMLER, Einführung).
- KOLLER-TUMLER Marlis, *Konsumentenschutz – Sonderfall Schweiz*, in : Bureau fédéral de la consommation (édit.), *30 ans, Article constitutionnel sur la protection des consommatrices et consommateurs*, p. 82 ss (cité : KOLLER-TUMLER, BFC).
- KRAMER Ernst A., « *Battle of the forms* » - *eine rechtsvergleichende Skizze mit Blick auf das schweizerische Recht*, in : Juristische Fakultät der Universität Freiburg (édit.), *Gauchs Welt : Recht, Vertragsrecht und Baurecht*, Festschrift Peter Gauch, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 493 ss (cité : KRAMER, Battle of the forms).
- KRAMER Ernst A., *Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht*, AcP 200 (2000), p. 365 ss (cité : KRAMER, Einfluss).

- KRAMER Ernst A., *Grundfragen der vertraglichen Einigung, Konsens, Dissens und Erklärungsirrtum als dogmatische Probleme des österreichischen, schweizerischen und deutschen Vertragsrechts*, thèse, Munich/Salzburg 1972 (cité : KRAMER, Grundfragen).
- KRAMER Ernst A., *Juristische Methodenlehre*, 5^e éd., Berne 2016 (cité : KRAMER, Methodenlehre).
- KRAMER Ernst A., *Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts*, ZSR/RDS 98/1979 I, p. 49 ss (cité : KRAMER, Konsumentenschutz).
- KRAMER Ernst A./SCHMIDLIN Bruno, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Berne 1986 (cité : BK OR-KRAMER ou BK OR-SCHMIDLIN).
- KRAMER Ernst. A./PROBST Thomas/PERRIG Roman, *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Berne 2016.
- KRAUS Daniel/JAAG Tobias/UMBRICHT Georg C., *L'Union européenne : ses institutions et ses relations avec la Suisse*, Quid Iuris ?, Genève 2009.
- Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (édit.), *Kommentar, OR Schweizerisches Obligationenrecht*, 2^e éd., Zurich 2009 (cité : AUTEUR, OR Kommentar).
- KROPHOLLER Jan/VON HEIN Jan, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9^e éd., Francfort-sur-le-Main 2011.
- KUONEN Nicolas, *La responsabilité précontractuelle*, thèse, Fribourg 2007 (cité : KUONEN, Responsabilité précontractuelle).
- KUONEN Nicolas, *Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du Phénix*, SJ 2014 II, p. 1 ss (cité : KUONEN, L'envol manqué).
- KUONI Anina, *Haftungsbegrenzung im schweizerischen, deutschen und englischen Recht*, thèse, Bâle 2015, Zurich/St. Gall 2015.
- KUT Ahmet/STAUBER Demian, *Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick*, Jusletter du 20 février 2012.

L

L'HEUREUX Nicole, *La protection du consommateur*, Les Cahiers de droit, volume 29, n°4, 1988, p. 1083 ss.

LACHAT David, *Le bail à loyer*, Nouvelle éd. entièrement revue et complétée, Lausanne 2008.

LANGER Dirk, *Les contrats dans le commerce électronique*, in : Ojha/Vulliemin (édit.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, CEDIDAC 2009, p. 63 ss.

LANGLOIS Simon, *Une mutation radicale : l'avènement de la société de consommation*, Cap-aux-Diamants : la revue d'histoire du Québec, n°59, 1999, p. 10 ss.

LAUER Jürgen, *Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht*, thèse, Berne 1983.

LEFEBVRE Brigitte, *La justice contractuelle : mythe ou réalité ?*, Les Cahiers de droit, volume 37, n° 1, 1996, p. 17 ss.

LEUBA Audrey, *L'interprétation des testaments*, SJ 2004 II, p. 25 ss.

LOEWENHEIM Ulrich, *Irrtumsanfechtung bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, AcP 180 (1980), p. 433 ss.

LOOS Marco B.M., *The influence of European Consumer Law on General Contract Law and the Need for Spontaneous Harmonization – On the Disturbance of the Coherence of National Contract Law and Consumer Law Under the Influence of European Law*, in : *Revue européenne de droit privé* Vol. 15 (2007), Pays-Bas 2007, p. 515 ss.

LÜSCHER Christoph, *Grundsätzliche Bemerkungen zum Urteil des BGer 4A_299/2008 vom 28. Oktober 2008 – « Gewöhnliches » zur Ungewöhnlichkeitsregel oder « Ungewöhnliches Gewöhnliches » ?*, Jusletter du 18 octobre 2010 (cité : LÜSCHER, Jusletter)

LÜSCHER Christoph, *Zur Konzeptualisierung von Verbrauchervertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und europäischen*

Verbrauchervertragsrechts – Eine Untersuchung im Schnittfeld von Vertragsrecht und Ökonomie, Baden-Baden 2011 (cité : LÜSCHER, Konzeptualisierung).

M

MADER Luzius, *L'évaluation législative – Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne 1985.

MALAUURIE Philippe/AYNÈS Laurent/STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 8^e éd., Issy-les-Moulineaux 2016.

MALLEPELL Roger, *Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die schweizerische Gesetzgebung 1993-1995*, Berne 1999.

MANES Paola, *Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577*, in : *Contratto e impresa*, Europa, n°2/1996/674, CEDAM, Padoue.

MARCHAND Sylvain, *Art. 8 LCD : un léger mieux sur le front des intempéries*, HAVE/REAS 2011, p. 328 ss (cité : MARCHAND, art. 8 LCD).

MARCHAND Sylvain, *Clauses contractuelles – Du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle 2008 (cité : MARCHAND, *Clauses contractuelles*).

MARCHAND Sylvain, *Commerce électronique : la manifestation de volonté au bout du doigt*, in : Carron/Müller (édit.), *Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis (contrats, sécurité des produits, actions collectives)*, Neuchâtel 2013, p. 1 ss (cité : MARCHAND, *Commerce électronique*).

MARCHAND Sylvain, *De l'helvético-compatibilité de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait*, AJP/PJA 1994, p. 721 ss (cité : MARCHAND, LVF).

MARCHAND Sylvain, *Droit de la consommation – le droit suisse à l'épreuve du droit européen*, Genève 2012 (cité : MARCHAND, *Droit de la consommation*).

MARTENET Vincent/HEINEMANN Andreas, *Droit de la concurrence*, Quid Iuris ?, Genève/Zurich/Bâle 2012.

- Martenet/Bovet/Tercier (édit.), *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : CR Concurrence-AUTEUR).
- Martenet/Pichonnaz (édit.), *Commentaire romand, Loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017 (cité : CR LCD-AUTEUR).
- MEDICUS Dieter/PETERSEN Jens, *Allgemeiner Teil des BGB, Lehr- und Handbuch*, 11^e éd., Heidelberg 2016.
- MEIER-HAYOZ Arthur, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag*, thèse, Zurich 1948.
- MERZ Hans, *Das schweizerische Obligationenrecht von 1881 – Übernommenes und Eigenständiges*, in : Peter/Stark/Tercier (édit.), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht - Le centenaire du Code des obligations*, Fribourg 1982, p. 3 ss (cité : MERZ, 1881).
- MERZ Hans, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erster Teilband*, SPR VI/I (cité : MERZ, SPR).
- MERZ Hans, *Vertrag und Vertragschluss*, Fribourg 1988.
- MICKLITZ Hans-W., *The EU as a Federal Order of Competences and the Private Law*, in : Azoulai (édit.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, p. 125 ss.
- MIGNON Vincent, *Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire : Analyse méthodologique comparée des droits français, allemand et suisse*, thèse, Fribourg 2010.
- MÖHLER Christine, *Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten*, thèse, Zurich 2014.
- MOORE Benoît, *Sur l'avenir incertain du contrat de consommation*, Les Cahiers de droit, Volume 49, n° 1, 2008, p. 5 ss.
- MORIN Ariane, *L'article 2 CO et la formation du contrat*, in : Piotet/Tappy (édit.), *L'arbre de la méthode et ses fruits civils – Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz*, Lausanne 2006, p. 463 ss (cité : MORIN, Art. 2 CO).

MORIN Ariane, *L'influence du droit européen sur le droit privé suisse de la consommation*, in : Ojha/Vuilliemin (édit.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, CEDIDAC 83, Lausanne 2009, p. 17 ss (cité : MORIN, Influence).

MORIN Ariane, *Les clauses contractuelles non négociées*, RDS 128/2009 I, p. 497 ss (cité : MORIN, Clauses contractuelles).

MÜLLER Christoph, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, Berne 2018 (cité : BK OR-MÜLLER).

MÜLLER Christoph, *Contrats de droit suisse*, Berne 2012 (cité : MÜLLER /AUTEUR, Contrats).

MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013 (cité : MÜLLER, Responsabilité civile).

MÜLLER Christoph/RISKE Olivier, *L'offre arnaqueuse – notamment par Internet*, in : Bohnet (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, p. 1 ss (cité : MÜLLER/RISKE, Offre arnaqueuse).

Müller-Chen/Müller/Widmer Lüchinger (édit.), *Comparative Private Law*, St. Gall 2015 (cité : AUTEUR, Comparative Law).

N

NAEGELI Walter, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, thèse, Zurich 1951.

NESTLÉ Barbara M., *Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten (nach schweizerischem, europäischem und amerikanischem Konsumentenschutzrecht)*, in : Weber/Hilty/Auf der Maur (édit.), *Geschäftsplattform Internet – Rechtliche und praktische Aspekte*, Zurich 2010, p. 249 ss.

NOBLOT Cyril, *La qualité du contractant comme critère légal de protection – essai de méthodologie législative*, Paris 2002.

NYFFELER Franz, *Die Anwendung autonom nachvollzogener Normen des EU-Rechts*, in : Aargauischer Anwaltsverband (édit.), Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zurich, 2005, p. 35 ss.

O

OFTINGER Karl, *Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände*, in : Juristische Fakultät der Universität Basel (édit.), Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Bâle 1955, p. 263 ss (cité : OFTINGER : Urkunde).

OFTINGER Karl, *Die Vertragsfreiheit*, in : La liberté du citoyen en droit suisse, Recueil du centenaire de la Constitution fédérale publié par les Facultés de Droit des Universités suisses, Zurich 1948, p. 315 ss (cité : OFTINGER, Vertragsfreiheit).

OFTINGER Karl, *Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte*, SJZ/RSJ 58/1939, p. 178 ss (cité : OFTINGER, Betrachtungen).

OFTINGER Karl, *Handelsrecht und Zivilrecht – Monismus oder Dualismus des Privatrechts und seiner Gesetzbücher*, SJZ/RSJ 50/1954, p. 153 ss (cité : OFTINGER, Handelsrecht und Zivilrecht).

OPPLIGER Damien, *Le for du consommateur au sein de la Convention de Lugano appliqué aux investissements spéculatifs des Ultrat High Net Worth Individuals – L'exemple de l'affaire Erwin Müller c/J. Safra Sarasin SA*, Jusletter du 14 septembre 2015.

P

PAISANT Gilles, *Droit communautaire de la consommation : état, problèmes actuels, chantiers*, in : Ojha/Vuillieamin (édit.), Le droit de la consommation dans son contexte économique, CEDIDAC 83, Lausanne 2009, p. 1 ss.

PATRY Robert, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, thèse, Genève, 1953.

- PERRIG Roman, *Die AGB-Zugänglichkeitsregel, das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice*, thèse, Bâle 2011 (cité : PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel).
- PERRIG Roman, *Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Zugänglichkeitsregel*, in : Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (édit.), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht*, HAVE/REAS, Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 169 ss (cité : PERRIG, HAVE).
- PERRIN Jean-François, *Le droit de choisir – Essai sur l'avènement du principe d'autonomie*, Quid Iuris ?, Bâle 2013.
- PICHONNAZ Pascal, *Impossibilité et exorbitance – Étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 199 CO et 70 CVIM)*, thèse, Fribourg 1997 (cité : PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance).
- PICHONNAZ Pascal, *La protection du consommateur en droit des contrats : le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier*, in : Thevenoz/Reich (édit.), *Droit de la consommation*, Liber amicorum Bernd Stauder, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 323 ss (cité : PICHONNAZ, Difficile équilibre).
- PICHONNAZ Pascal, *Le « consommateur » ne doit pas nécessairement être une personne physique*, in : Bureau fédéral de la consommation (édit.), 30 ans, Article constitutionnel sur la protection des consommatrices et consommateurs, p. 88 ss (cité : PICHONNAZ, BFC).
- PICHONNAZ Pascal, *Le centenaire du Code des obligations, un Code toujours plus hors du code*, ZSR/RDS 130/2011 II, p. 117 ss (cité : PICHONNAZ, Le centenaire).
- PICHONNAZ Pascal, *Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences*, DC 2012, p. 140 ss (cité : PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD).
- PICHONNAZ Pascal, *Les contrats dans le droit de la consommation*, in : Actualités du droit des contrats, CEDIDAC, 2008, p. 45 ss (cité : PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation).

- PICHONNAZ Pascal, *Les principes en droit européen des contrats : de règles communes à une compréhension partagée*, in : Besson/Pichonnaz (édit.), *Les principes en droit européen*, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 281 ss (cité : PICHONNAZ, *Les principes en droit européen des contrats*).
- PICHONNAZ Pascal, *Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation*, in : Pichonnaz/Werro (édit.) : *La pratique contractuelle 4 – Symposium en droit des contrats*, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 37 ss (cité : PICHONNAZ, *Quelques nouveautés*).
- PICHONNAZ Pascal, *Quelques réponses possibles de l'art. 8 LCD aux difficultés des conditions générales d'assurance*, in : Werro/Pichonnaz (édit.) : *Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2015 Université de Fribourg, Berne 2016, p. 203 ss (cité : PICHONNAZ, *Quelques réponses*).
- Pichonnaz/Foëx (édit.), *Commentaire romand, Code civil 1, Art. 1-359 CC*, Bâle 2010 (cité : CR CC I-AUTEUR).
- PICHONNAZ Pascal/FORNAGE Anne-Christine, *Le projet de révision de l'art. 8 LCD - Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales*, SJZ/RSJ 106/2010 p. 285 ss.
- PIEDELIEVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, Paris 2008.
- PIOTET Denis, *L'intégration de la nouvelle LCC dans le système général du droit privé et public*, in : Paisant/Dutoit/Favre-Bulle/Piotet/Stauder (édit.), *La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation*, CEDIDAC, Lausanne 2002, p. 69 ss (cité : PIOTET D., CEDIDAC).
- PIOTET Denis, *Le statut réel des marchandises envoyées sans commande*, SJZ/RSJ 89/1993, p. 149 ss (cité : PIOTET D., *Statut réel*).
- PIOTET Paul, *La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse*, Berne 1956 (cité : PIOTET P., *Formation*).
- PORTALIS Jean Etienne Marie, *Discours, rapport et travaux inédits sur le Code civil*, Paris 1884.

PROBST Thomas, *Das schweizerische Konsumentenschutzrecht im europäischen Kontext*, in : Bureau fédéral de la consommation (édit.), 30 ans, Article constitutionnel sur la protection des consommatrices et consommateurs, p. 94 ss (cité : PROBST, BFC).

PROBST Thomas, *Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht*, in : Werro/Probst (édit.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Berne 2004, p. 13 ss (cité : PROBST, Einfluss).

PROBST Thomas, *La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : un nouveau défi pour la pratique juridique en droit privé suisse*, RJN 2004, p. 13 ss (cité : PROBST, RJN).

R

RAPIN Christophe/WESSNER Pierre, *Les contrats du consommateur en Suisse*, in : *Le consommateur*, Journées colombiennes Tome LVII/2007, Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruxelles/Paris 2010, p. 229 ss.

RASELLI Niccoló, *Erklärter oder wirklicher Wille des Erblassers ?*, AJP/PJA 1999, p. 1262 ss

REHBINDER Manfred, *Zum Rechtsbegriff des Konsumenten*, in : Brunner /Rehbinder/Stauder (édit.), ADC/JKR, Berne 1995, p. 59 ss.

REICH Norbert, *Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechtes*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Munich 1994, p. 381 ss.

Reich/Micklitz/Rott/Tonner (édit.), *European Consumer Law*, 2^e éd., Cambridge 2014.

REINER Günter, *Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen*, AcP 203 (2003), p. 1 ss.

RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II – General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Munich 2009 (cité : ACQP II-AUTEUR).

REYMOND Philippe, *La cession des contrats*, CEDIDAC, Lausanne 1989.

- RISKE Olivier, *La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen, Perspectives pour l'ordre juridique suisse – Analyse historique, comparative et prospective*, thèse, Neuchâtel 2015.
- ROBERTO Vito/WALKER Marisa, *AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG*, recht 02/2014, p. 49 ss.
- ROPPO Vincenzo, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts : a Trend in European Contract Law ?*, ERCL 5/2009, p. 305 ss.
- ROSENTHAL David, *Projekt Internet – Was Unternehmen über Internet und Recht wissen müssen*, Zurich 1997.
- ROSSEL Virgile, *Manuel du droit fédéral des obligations – Code fédéral des obligations et lois spéciales s'y rattachant*, 2^e éd., Lausanne/Paris 1905 (cité : ROSSEL, 2^e éd.).
- ROSSEL Virgile, *Manuel du droit fédéral des obligations – Code fédéral des obligations et lois spéciales s'y rattachant*, 4^e éd., Lausanne/Genève 1920 (cité : Rossel, 4^e éd.).
- ROTH Wulf-Henning, *Kompetenzen der EG zur vollharmonisierenden Angleichung des Privatrechts*, in : Gsell/Herresthal (édit.), *Vollharmonisierung im Privatrecht*, Tubingue 2009, p. 13 ss.
- ROUILLER Nicolas, *Culpa in contrahendo et liberté de rompre les négociations : existe-t-il des devoirs précontractuels hors de l'obligation d'information ?*, Jusletter du 10 juillet 2006 (ROUILLER, Culpa in contrahendo).
- ROUILLER Nicolas, *Devoirs précontractuels (culpa in contrahendo) : L'identification exacte de leur violation et ses conséquences – Droit suisse et travaux d'harmonisation internationaux et européens*, Bulletin CEDIDAC n° 45 – octobre 2006, p. 1 ss (cité : ROUILLER, Devoirs précontractuels).
- ROUILLER Nicolas, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, CEDIDAC, Lausanne 2007 (cité : ROUILLER, Droit suisse des obligations).

RUSCH Arnold F., *Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle*, recht 5-6/2011, p. 170 ss (cité : RUSCH, Bankgebühren).

RUSCH Arnold F., *Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen*, AJP/PJA 2014, p. 205 ss (cité : RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen).

RUSCH Arnold F., *Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsman*, Jusletter du 28 mars 2011 (cité : RUSCH, Ein Fall)

RUSCH Arnold F./HUGUENIN Claire, *Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag*, SJW/RSDA 2008, p. 37 ss.

RÜTHERS Bernd/STADLER Astrid, *Allgemeiner Teil des BGB*, 18^e éd., Munich 2014.

RZEPECKI Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Aix-en-Provence 2002.

S

Säcker/Rixecker/Oetker (édit.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tome II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 6^e éd., Munich 2012 (cité : MüKo BGB II-AUTEUR).

Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (édit.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tome I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240 – ProstG – AGG, 7^e éd., Munich 2014 (cité : MüKo BGB I-AUTEUR).

SAUPHANOR Natacha, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, thèse, Paris 2000.

SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, avec le concours de Poillot/Aubert de Vincelles/Brunaux, *Les contrats de consommation – Règles communes*, in :Ghestin (édit.) *Traité de droit civil*, Paris 2012 (cité : SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., *Les contrats de consommation*).

SAXER Lydia, *Das Schweizerische Konsumkreditgeschäft, Sozialpolitische Aspekte der bankmässigen Konsumkreditgewährung*, thèse, Berne 1978.

- SCHAER Roland, *Modernes Versicherungsrecht – Das Privatversicherungsrecht und seine Schnittstellen zum Sozialversicherungsrecht*, Berne 2007.
- Schlechtriem/Schwenzer (édit.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf – CISG* –, 6^e éd., Munich/Bâle 2013 (cité : CISG-AUTEUR).
- SCHMELZER Mikael, *Der Konsumentenvertrag – Betrachtung einer obligationenrechtlichen Figur unter Berücksichtigung des IPR und der europäischen Rechtsanlehnung*, thèse, Coire/Zurich 1995.
- SCHMID Jörg, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014 Obligationenrecht*, ZBJV/RSJB 152/2016, p. 342 ss (cité : SCHMID, ZBJV 152/2016).
- SCHMID Jörg/STÖCKLI Hubert, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, Zurich 2010.
- SCHMID Jörg/STÖCKLI Hubert/KRAUSKOPF Frédéric, *OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016.
- SCHMIDLIN Bruno, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR*, Berne 2013 (cité : BK OR-SCHMIDLIN).
- SCHMIDLIN Bruno, *Das Schweizer Obligationenrecht 2020 – eine kritische Stellungnahme*, SJZ/RSJ 111/2015, p. 25 ss (cité : SCHMIDLIN, SJZ).
- SCHMIDLIN Bruno, *Der Vertragsabschluss nach Art. 1 OR und die Vertragsauflösung nach Art. 31 OR : Selbstverständliches, Missverständliches und neues Verständnis*, ZSR/RDS 134/2015 I, p. 107 ss (cité : SCHMIDLIN, Vertragsabschluss).
- Schmidt-Kessel (édit.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Kommentar*, Munich 2014 (cité : Commentaire CESL-AUTEUR).
- SCHMID-TSCHIRREN Christina, *Kommentar zum Art. 7 ZGB, Berner Kommentar, I/1 – Einleitung, Art. 1-9 ZGB*, Berne 2012 (cité : BK ZGB-SCHMID-TSCHIRREN).

- SCHNEGG Antoine, *Widerrufsrecht*, in : Trüten/Baumgartner/Brunner (édit.), *Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union*, Zurich/Bâle/Genève 2017.
- SCHNEIDER Albert/FICK Heinrich, *Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral des obligations et la loi sur la capacité civile*, traduit par STOECKLIN, Genève 1882 (cité : SCHNEIDER/FICK, *Commentaire populaire*).
- SCHNEIDER Albert/FICK Heinrich, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 3^e éd., 1891 (cité : SCHNEIDER/FICK, *Das Schweizerische Obligationenrecht*).
- SCHNEUWLY Andreas, *Crowdfunding aus rechtlicher Sicht*, AJP/PJA 2014, p. 1610 ss.
- SCHNYDER Anton K., *Versicherungsrecht als Konsumentenrecht*, in : Brunner/Rehbinder/Stauder (édit.), ADC/JKR, Berne 1996, p. 141 ss.
- SCHÖBI Felix, *Die neue Verbraucherkreditrichtlinie und das Konsumkreditgesetz*, Jusletter du 1^{er} septembre 2008 (cité : SCHÖBI, *Verbraucherkreditrichtlinie*).
- SCHÖBI Felix, *Konsumentenschutz : wo steht die Gesetzgebung Ende 2009 ?*, Jusletter du 9 novembre 2009 (cité : SCHÖBI, *Konsumentenschutz*).
- SCHULZER Reiner/ZOLL Fryderyk, *European Contract Law*, Baden-Baden 2016.
- SCHÜTZE Robert, *European Constitutional Law*, Cambridge 2012.
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 6^e éd., Berne 2012.
- SCYBOZ Georges, *Le contrat de garantie et le cautionnement*, Fribourg 1979.
- SIEGER Kurt, *Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung*, Zurich 1979.

SIMITIS Konstantin, *Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip ?*, Baden-Baden 1978.

Spühler/Tenchio/Infanger (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : BSK ZPO-AUTEUR).

STAUDENMAYER Dirk, *The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law*, *Journal of Consumer Policy*, 27/2004, p. 369 ss.

STAUDER Bernd, *Konsumentenschutz in der Schweiz*, AJP/PJA 1992, p. 151 ss (cité : STAUDER, Konsumentenschutz).

STAUDER Bernd, *Konsumkreditrecht*, in : Kramer (édit.), *Konsumentenschutz im Privatrecht*, SPR, X, Bâle 2008, p. 219 ss (cité : STAUDER, Konsumkreditrecht).

STAUDER Bernd, *L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats de consommation en Suisse*, in : Werro/Probst (édit.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen*, Berne 2004, p. 75 ss (cité : STAUDER, L'influence).

STAUDER Bernd, *Pacta sunt servanda et le droit de repentir des consommateurs*, SJ 1982, p. 481 ss (cité : STAUDER, Droit de repentir).

STAUDER Bernd/FAVRE-BULLE Xavier, *Extrait du Code des obligations I, Droit de la consommation*, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire romand*, Bâle 2004 (cité : CR Conso-AUTEUR).

STEHLE Bernhard, *Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien*, recht 6/2014, p. 257 ss.

STEINMARDER Georg, *Liegt dem schweiz. Obligationenrecht die Willens- oder Erklärungstheorie zugrunde ?*, SJZ/RSJ 13/1917, p. 289 ss.

STENGEL Cornelia, *Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes: Kredit und Leasing, Kredit- und Kundenkarten sowie Überziehungskredite für Konsumenten*, thèse, Zurich 2014.

STÖCKLI Hubert/AESCHIMANN Lisa, *Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung*, ZBGR/RNRF 95/2014, p. 79 ss.

SÜSSKIND Marcel, *Die vorvertragliche Informationspflicht des Versicherers gemäss Art. 3 des revidierten Versicherungsvertragsgesetzes*, HAVE/REAS 2006, p. 15 ss.

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : KommZPO-AUTEUR).

SZABÓ Konstantin, *Ergänzender Verbraucherschutz im Lauterkeitsrecht – Eine vergleichende Betrachtung in den Rechtsordnungen der Bundesrepublik Deutschland, der Schweiz und der Europäischen Union*, Francfort-sur-le-Main 2010.

T

TAMM Marina, *Verbraucherschutzrecht*, Tubingue 2011.

TERCIER Pierre, *La partie faible en droit suisse*, in : Ghestin/Fontaine (édit.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaisons franco-belges*, Paris 1996, p. 603 ss (cité : TERCIER, *La partie faible*).

TERCIER Pierre, *Les contrats spéciaux*, 2^e éd., Zurich 1995 (cité : TERCIER, *Contrats spéciaux* 1995).

TERCIER Pierre, *Quels fondements pour le contrat au XXI^e siècle ?*, in : Bellanger/Chaix/Chappuis/Héritier Lachat (édit.), *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004, p. 209 ss (cité : TERCIER, *Quels fondements*).

TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle, 2016.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2012.

TERRÉ François/SIMLER Philippe/LEQUETTE Yves, *Droit civil – Les obligations*, Paris 2013.

TERRYN Evelyn, *Le droit de rétractation, les principes de l'acquis communautaire et le projet de cadre commun de référence*, in : TerryN (édit.), *Le droit de rétractation – Une analyse de droit comparé, Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*, Bruxelles 2008, p. 121 ss.

Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, Bâle 2014 (cité : CR CO I-AUTEUR).

THOUVENIN Florent, *Art. 8 UWG : Zur Struktururierung eines strukturlosen tatbestandes*, Jusletter du 29 octobre 2012.

U

UMULISA MUSABY Elisabeth, *L'accès des consommateurs à la justice : de la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation à la procédure collective*, thèse, Lausanne 2008.

V

VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, thèse, Genève/Zurich/Bâle/Bruxelles 2006 (cité : VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*).

VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, *Le point sur les clauses abusives*, in : Ojha/Vulliemin (édit.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, CEDIDAC, 2009, p. 101 ss (cité : VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *Clauses abusives*).

VION Adrien, *L'art. 320 al. 2 CO : une règle compatible avec les dispositions sur la conclusion des contrats*, SJ 2013 II 29, p. 29 ss.

VISCHER Markus, *Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen : Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung ?*, SJZ/RSJ 108/2012, p. 177 ss (cité : VISCHER, *Freizeichnungsklauseln*).

VISCHER Markus, *Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG*, AJP/PJA 2014, p. 964 ss (cité : VISCHER, *AGB-Kontrolle*).

- VOGENAUER Stefan, *Auslegung von Verträgen*, in : Basedow/Hopt/Zimmermann (édit.), *HWB des europäischen Vertragsrechts*, Tubingue 2009, p. 134 ss (cité : VOGENAUER, *Auslegung*).
- VOGENAUER Stefan, *Interpretation of Contracts : Concluding Comparative Observations*, in : Burrows/Peels (édit.), *Contract Terms*, Oxford 2007, p. 123 ss (cité : VOGENAUER, *Interpretation*).
- VON BAR Christian/CLIVE Eric/SCHULTE-NÖLKE Hans/BEALE Hugh/HERRE Johnny/HUET Jérôme/STORME Matthias/SWANN Stephen/VARUL Paul/VENEZIANO Anna/ZOLL Fryderyk, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich 2009 (cité : VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE et al., *DCFR Outline Edition*).
- Von Bar/Clive (édit.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Munich 2009 (cité : VON BAR/CLIVE, *DCFR Full Edition Volume I-VI*).
- Von der Groeben/Schwarze/Hatje (édit.), *Europäisches Unionsrecht*, NomosKommentar, 7^e éd., Baden-Baden 2015 (cité : NK AEUV-AUTEUR).
- VON HIPPEL Eike, *Verbraucherschutz*, 3^e éd., Tubingue 1986.
- VON STAUDINGER Julius, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum BGB und Allgemeiner Teil 1, §§ 1-14 und Verschollenheitsgesetz*, Berlin 2013 (cité : Staudinger/AUTEUR).
- VON TUHR Andreas, *Ueber die Mängel des Vertragsschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht*, ZSR/RDS 15/1896, p. 278 ss (cité : VON TUHR, *Mängel*).
- VON TUHR Andreas/PETER Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Tome I, 3^e éd., Zurich 1979.
- VON VOGEL Alexander, *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht*, Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht, Tome 6, Berlin 2006.

W

Waldmann/Belser/Epiney (édit.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Bâle 2015 (cité : BSK BV-AUTEUR).

WALKER Nadia, *Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG*, thèse, St. Gall 2015.

WEATHERILL Stephen, *EU Consumer Law and Policy*, 2^e éd., Cheltenham /Northampton 2013.

WEBER Rolf H., *Deregulierung und Konsumentenschutz – Grundlagen*, in : Brunner/Rehbinder/Stauder (édit.), ADC/JKR, Berne 1996, p. 13 ss (cité : WEBER, Deregulierung).

WEBER Rolf H., *E-Commerce und Recht : rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen*, 2^e éd., Zurich 2010 (cité : WEBER, E-Commerce).

WEBER Rolf H./WOLF Christoph A., *Fragmentarische E-Commerce Gesetzgebung*, Jusletter du 18 juin 2012.

WEBER-STECHER Urs, *Internationales Konsumvertragsrecht – Grundbegriffe, Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sowie anwendbares Recht (LugÜ, IPRG, EVÜ, EGBGB)*, thèse, Zurich 1997.

WERRO Franz, *Le droit des contrats, jurisprudence fédérale choisie et annotée*, Berne 2012 (cité : WERRO, Droit des contrats).

WERRO Franz/PROBST Thomas, *La jurisprudence de la CJCE en matière de droit privé et son influence sur la pratique du droit suisse*, in : Epiney/Egbuna-Joss/Wyssling (édit.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire Suisse de droit européen 2005/2006, p. 453 ss.

WIDMER Esther, *Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG – Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken*, thèse, Zurich/St. Gall 2015.

WIEDE Andreas, *Reiserecht, Schweizer Handbuch zu den Verträgen über Reiseleistungen*, Zurich/Bâle/Genève 2014.

WIEGAND Wolfgang, *Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB)*, in : Honsell et al. (édit.), Festschrift für Ernst A. Kramer, Bâle 2004, p. 331 ss (cité : WIEGAND, *Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen*).

WIEGAND Wolfgang, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997 – Obligationenrecht*, ZBJV/RSJB 134/1998, p. 677 ss (cité : WIEGAND, ZBJV 134/1998).

WIEGAND Wolfgang, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999 und 2000 – Obligationenrecht*, ZBJV/RSJB 138/2002, p. 316 ss (cité : WIEGAND, ZBJV 138/2002).

WINDSCHEID Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, tome II, 7^e éd., Francfort-sur-le-Main 1891.

WOLF Manfred/NEUNER Jürg, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10^e éd., Munich 2012.

WYLER Rémi/HEINZER Boris, *Droit du travail*, 3^e éd., Berne 2014.

Y

YUNG Walter, *L'acceptation par le silence d'une offre de contracter*, in : Faculté de droit de Lausanne (édit.), *Mélanges Roger Secrétan*, Montreux 1964, p. 339 ss.

Z

ZIMMERMANN Reinhard, *Die Auslegung von Verträgen: Textstufen transnationaler Modellregelungen*, in : Lobinger (édit.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010, Tubingue 2010, p. 1353 ss.

ZULAUF Urs, *Bankenkommission und Konsumentenschutz – Bank- und Finanzmarktrecht zum Schutz der Konsumenten*, in : Brunner/Rehbinder/Stauder (édit.), ADC/JKR, Berne 1996, p. 121 ss.

Partie introductive

Chapitre 1 : Fondements de la thèse

La mise en œuvre d'une protection efficace du consommateur implique une **limitation ciblée, par le législateur, de la liberté contractuelle des parties**, par exemple au moyen de mécanismes d'information précontractuels ou de droits de révocation. Le but de telles interventions est de rétablir la justice contractuelle entre le consommateur et le professionnel².

1

Depuis les années 1980, le législateur suisse a adopté différentes lois spéciales tendant à la protection du consommateur. Il en résulte une réglementation sectorielle de certains contrats de consommation seulement, souvent directement **influencée par le droit de l'UE de protection du consommateur**. Parallèlement, les règles générales du CO quant à la formation du contrat sont applicables. Il se pose dès lors, d'une part, la question d'une « partie générale du droit de la consommation » et, d'autre part, celle de l'articulation entre les règles générales du CO avec les lois sectorielles de protection du consommateur. L'approche n'est pas à strictement parler comparée, même si l'analyse de l'influence des droits de l'UE et de celui de nos voisins, ainsi que des projets d'uniformisation (ACQP, DCFR et ECL) est en la matière incontournable pour le droit suisse.

2

Afin de bien cerner la matière, nous proposons en particulier un aperçu des fondements de la protection du consommateur en droit suisse, une présentation de la notion de « contrat de consommation », ainsi qu'une analyse du processus de formation de la volonté du consommateur et du professionnel (devoirs d'information précontractuels, processus d'offre et d'acceptation de l'offre et droits de révocation). Nous commencerons par aborder des **éléments historiques** (I) d'ordre général, des éléments dogmatiques (II) et des éléments de la formation du contrat (III). Nous justifierons encore notre étude (IV), avant d'entrer dans le vif du sujet avec la présentation de la « protection du consommateur » (Première partie).

3

² RAPIN/WEISSNER, N 54.

I. Éléments historiques

- 4 Les éléments historiques présentés concernent la protection du destinataire de biens et de services (A) et les codifications fédérales du droit des obligations (B).

A. Protection du destinataire de biens et de services

- 5 En Europe, les prémisses de la protection du « consommateur » remontent probablement au **Moyen-Âge**³. C'est à partir de cette période que les premières prescriptions – rudimentaires – pour des contrôles de qualité de biens et services, ainsi que sur la pureté et la maîtrise du prix de produits alimentaires furent édictées⁴. Le rôle de ces règles restait alors principalement de protéger les « consommateurs » contre l'usure et la lésion⁵. Ces considérations relèvent aujourd'hui du droit « commun » (art. 157 CP et 21 CO).
- 6 La fabrication de grandes quantités d'objets de consommation courante n'aurait toutefois débuté qu'à **partir des années 1850**⁶. Pour l'Allemagne, l'*Abzahlungsgesetz* de 1894 représenta l'une des premières lois spéciales de protection des consommateurs⁷. Aux Etats-Unis, la consommation « marchande » se serait par ailleurs mise en place dans les années 1910⁸. Durant

³ CARBASSE, N 75 en réf. aux anciennes communautés de métiers dont la contrepartie du monopole était d'assurer la qualité des produits et la protection du consommateur. Pour l'auteur, il s'agit dès lors de « *l'origine lointaine de l'actuel droit de la consommation* ». Pour un autre aperçu historique, Staudinger/KANNOWSKI, Vorbem zu §§ 13,14 N 1 ss.

⁴ TAMM, p. 181, qui mentionne le « *Rheinheitsgebot für Bier in der Bayrischen Landesordnung* » de 1516 ou encore « *die hessische Verordnung über Viehhandel, Fleisch- und Brotpreise* » de 1527.

⁵ TAMM, p. 180 s.

⁶ FAHRNI, p. 466 et JULIEN, N 2, ce dernier auteur précisant qu'à partir de cette période, certains grands magasins ouvrent à Paris, comme en particulier les Galeries Lafayette (1893). Cf. ég. CHESSEL.

⁷ BÜLOW/ARTZ, N 43 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 11 ; KRAMER, Konsumentenschutz, p. 58 et les réf. citées ; TAMM, p. 181. Cf également l'énumération de SIMITIS, p. 79, qui précise, toujours pour l'Allemagne, que les efforts pour mettre en place une loi sur la surveillance des assurances remontaient à 1869 déjà. En lien avec le Projet de Dresde, BENÖHR, p. 58 s.

⁸ FAHRNI, p. 466 : « *au cours du XX^e siècle – époque de régimes fordistes, de salaires plus élevés, de vacances payées et d'États-providence structurés, du moins en partie, par la pensée keynésienne et donc par la reconnaissance officielle de la nécessité de la consommation – de nombreux citoyens européens et nord-américains ont pu se permettre, pour la première fois,*

les deux premières décennies du XX^e siècle, on constata, particulièrement en Allemagne, une prolifération des termes contractuels standardisés. Ces développements conduisirent à la qualification de l'interprétation, non plus en tant que question de fait, mais comme une question de droit⁹.

Vers la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, les considérations des législateurs restaient toutefois celles de la protection du consommateur dans **l'assouvissement de ses besoins primaires**. A suivre LANGLOIS, « *consommer n'était pas encore devenu une façon de vivre* » et « *la consommation était au début du siècle le plus souvent liée à la production tant artisanale que domestique et les objets, d'abord achetés pour leur utilité* »¹⁰. L'approche « moderne » de protection des consommateurs ne se concrétisa que plus tard, à partir de la fin de la Seconde Guerre Mondiale. On vit alors se multiplier l'offre et la demande de biens et services¹¹ ce qui favorisa le développement de l'économie de consommation¹². Parallèlement, cette période correspondait à la montée des premiers mouvements de consommateurs¹³.

Ce ne fut toutefois qu'après la fin de la Seconde Guerre Mondiale qu'une économie de consommation « moderne » s'imposa progressivement tant en Suisse qu'à l'étranger¹⁴. L'accroissement du pouvoir d'achat des ménages et les progrès techniques réalisés dans le cadre de la conservation, du stockage et de la distribution à large échelle des marchandises permirent et stimulèrent le développement d'une **économie de consommation moderne** telle que nous la connaissons aujourd'hui¹⁵.

Ces transformations entraînèrent d'importantes évolutions par rapport au modèle contractuel initial du CO (égalité des parties contractuelles). Elles furent

d'acheter des biens au-delà du strict nécessaire » ; LANGLOIS, p. 10, qui précise que cette évolution a eu lieu un peu plus tard au Québec.

⁹ VOGENAUER, Interpretation, p. 7 ; ECL-VOGENAUER, Introduction before art. 5:101, N 25.

¹⁰ LANGLOIS, p. 11.

¹¹ FF 1986 II 360, 364. CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 1 ; EPINEY, Europäische Union, p. 591 indique que « *der rechtliche Schutz der Interessen des Verbrauchers und des Käufers von Waren sowie des Empfängers von Dienstleistungen ist in den westlichen Industriestaaten seit den 1950er-Jahren bevorzugter Gegenstand von Reformbemühungen* » ; VON HIPPEL, p. 3.

¹² PIEDELIÈVRE, N 1.

¹³ FF 1986 II 360, 364 et 367.

¹⁴ Par ex. pour le Québec, LANGLOIS, p. 12.

¹⁵ FF 1983 II 1037, 1038 ss. Comp. BARNIKOL, p. 7, qui affirme que les années 1950 représentent une période clé pour l'émergence de la conception moderne de protection du consommateur. Nous approfondissons certains de ces développements dans notre présentation de la matérialisation de la protection du consommateur (*infra* N 330 ss).

de plusieurs ordres¹⁶ : (1) la société de production exclusivement artisanale disparut (2) ; les conditions générales ne pouvaient pas (plus) être négociées, le consommateur ne les acceptant pas devant purement et simplement renoncer à la conclusion du contrat (« *take it or leave it* ») ; (3) de nouvelles méthodes de distribution – souvent plus agressives – se développèrent ; et (4) la volonté du consommateur ne fut dès lors plus l’expression d’un consentement libre, éclairé et réfléchi.

- 10 Initialement, la notion de « consommateur » comme on l’entend aujourd’hui (*infra* N 728 ss) ne s’envisageait donc ni dans le CO de 1881, ni dans celui de 1911. Dans une optique de présentation plus générale, cela nous amène à rappeler ces deux **codifications fédérales du droit des obligations** (B).

B. Codifications fédérales du droit des obligations

1. Code des obligations de 1881

- 11 En 1881, la Confédération adopta l’ancien et premier Code des Obligations¹⁷. Il entra en vigueur le **1^{er} janvier 1883** et marqua le début d’un véritable droit des obligations suisse unifié¹⁸. Auparavant, ce droit relevait exclusivement des droits et codes cantonaux¹⁹. Les évolutions intervenues peu de temps avant l’adoption de l’aCO de 1881/83 témoignent d’un lien très étroit entre le CO et le BGB, en particulier, par la prise en compte, par WALTHER MUNZINGER, du Projet de Dresde (1866). Le BGB a ainsi la même tradition scientifique que le CO²⁰. L’influence du Projet de Dresde se vérifie également pour le BGB²¹.
- 12 Historiquement, les anciennes codifications civiles cantonales et fédérale sont par ailleurs **à situer dans le mouvement de codification survenu** entre l’adoption du *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756 et le CC de

¹⁶ STAUDER, Droit de repentir, p. 485.

¹⁷ FF 1881 III 73.

¹⁸ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 125 ss traite également des acquis du CO de 1881 ; ROSSEL, 4^e éd., p. 11.

¹⁹ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 126.

²⁰ BUCHER, Hundert Jahre, p. 272 et 351 s. Pour la communauté scientifique suisse, cela signifie que l’observation de la doctrine du BGB relative au droit des obligations n’est pas qu’un droit, mais une véritable obligation. Ainsi, le BGB est un instrument comparatif de premier choix. Comp. ENGEL, Cent ans, p. 48 « au premier rang ».

²¹ HONSELL, 100 Jahre, p. 10.

1907²². Dans ce contexte, le premier projet de droit des obligations²³ établi en 1871 par MUNZINGER se fondait donc tant sur des dispositions des droits allemand et autrichien que sur le Code Napoléon²⁴ ou encore sur le *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*²⁵. Plus généralement, les influences sur le CO de 1881 restent par ailleurs très diverses²⁶ ; celle du Projet de Dresde de 1866 – adopté six jours seulement avant le déclenchement de la Guerre austro-prussienne (juin à août 1866²⁷) – demeure importante²⁸.

En particulier, le Projet de Dresde érigeait la facilité et la sécurité des transactions (« *Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs* ») ainsi que l'autonomie de la volonté (« *Autonomie des Willens* ») comme deux des trois piliers de la codification²⁹. Pour ses rédacteurs, **la liberté contractuelle devait prévaloir**, le législateur n'étant autorisé à intervenir que si des intérêts manifestement prépondérants l'imposaient (« [...] *wenn erheblich höhere Rücksichten dieses geböten* »)³⁰. Le troisième pilier du Projet était la défense individuelle, par les sujets de droit, de leurs propres intérêts (« *Wahrnehmung der eigenen Interessen* »)³¹.

Quant à la justification de ces trois piliers, il s'agissait de la confiance des rédacteurs dans le bon fonctionnement et la transparence du marché (sur le concept de « main invisible », *infra* N 241 ss). Ces derniers étaient ainsi considérés comme suffisamment garantis, notamment en raison des nouveaux moyens de transport, de la presse et d'une concurrence de moins en moins limitée à un seul endroit géographique³². Le contrat consensuel (« *Konsensualkontrakt* ») fit également son apparition au détriment du contrat

²² BENÖHR, p. 57.

²³ Pour une présentation de tous les projets ayant mené à l'adoption du CO de 1881, FASEL. PICHONNAZ, Le centenaire, p. 127 s. mentionne aussi les projets successifs de MUNZINGER (1869 et 1871) et FICK (1875, 1877 et 1879).

²⁴ Pour des informations complémentaires sur le Code Napoléon, PICHONNAZ, Le centenaire, p. 121, en part. ndbp 5.

²⁵ BENÖHR, p. 57 ; OFTINGER, Handelsrecht und Zivilrecht, p. 155 ; SCHNEIDER/FICK, Das schweizerische Obligationenrecht, p. 11.

²⁶ Pour une présentation détaillée, PICHONNAZ, Le centenaire, p. 126.

²⁷ https://fr.wikipedia.org/wiki/Guerre_austro-prussienne#C3.89pilogue_et_cons.C3.A9quenes (consulté le 30.10.2018).

²⁸ BENÖHR, p. 58 ss ; ROSSEL, 4^e éd., p. 12 s.

²⁹ BENÖHR, p. 60 ss et 87.

³⁰ BENÖHR, p. 63 et, en lien avec la liberté de la forme, p. 69 : « *die Dresdner Redaktoren stellten hingegen das Prinzip der Formfreiheit an die Spitze* ».

³¹ BENÖHR, p. 63 ss.

³² BENÖHR, p. 65 et 87.

réel (« *Realkontrakt* »)³³. Dans l'ensemble, la tendance du Projet de Dresde était plutôt celle de **réduire la protection de la partie contractante économiquement, socialement et intellectuellement plus faible** au profit d'une forte responsabilisation individuelle³⁴.

- 15 Dans le CO de 1881, le principe de la liberté de la forme fut en particulier repris (comp. art. 9 aCO et 11 CO, *infra* N 998), avec néanmoins certaines **restrictions supplémentaires par rapport à la réglementation du Projet de Dresde**³⁵. Des considérations plus « sociales » apparaissent quoi qu'il en soit dans l'aCO, notamment l'obligation pour l'employeur, en cas de service de l'employé vivant dans son ménage, de prendre à sa charge les frais de nourriture et de traitement médical (art. 341 aCO)³⁶. On renonça toutefois à intégrer les contrats d'assurance dans l'aCO – qui l'étaient cependant dans le *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* (§ 1704 ss) et le Projet de Dresde (art. 894 ss) –, tout en soulignant la nécessité de la mise en place d'un certain contrôle étatique pour lesdits contrats³⁷. L'aCO reste donc considéré comme étant (un peu³⁸) plus bienveillant à l'égard du débiteur que le Projet de Dresde³⁹. Comme pour le Projet de Dresde, l'unification du droit fédéral des obligations visait à favoriser les échanges commerciaux dans notre pays, tout en ne s'appliquant pas uniquement aux échanges entre commerçants⁴⁰. En Suisse, dans les années 1860, les premières velleités d'une codification unifiée au niveau fédéral visaient ainsi l'élaboration d'un Code du commerce⁴¹.

³³ BENÖHR, p. 65 et 71.

³⁴ BENÖHR, p. 87.

³⁵ BENÖHR, p. 82.

³⁶ Disposition reproduite chez FASEL, p. 1328. BENÖHR, p. 85.

³⁷ BENÖHR, p. 86 et ndbp 195 ; SCHNEIDER/FICK, Das schweizerische Obligationenrecht, p. 16.

³⁸ BENÖHR, p. 89, en conclusion : « [...] und dass das Schweizerische Obligationenrecht nur eine schwache Neigung zu einem Verstärkten Individualschutz zeigte. Trotzdem waren die Kommission des Ständerats und die Kommentatoren der Überzeugung, dass im Schweizerischen Obligationenrecht von 1881 <die Forderung der Billigkeit vollständig zu Ihrem Recht gelangt sei> ». Moins nuancé, PICHONNAZ, Le centenaire, p. 128 : « au contraire, le Code fédéral des obligations [de 1881] apparaissait dans un contexte marqué par un plus grand interventionnisme étatique qui tendait au progrès social et à la protection des plus faibles. Cela s'en ressent d'ailleurs sur quelques-unes de ses dispositions qui visent à une certaine justice sociale » avec les réf. citées.

³⁹ BENÖHR, p. 88, qui indique notamment que les prescriptions de forme sont plus strictes dans l'aCO et qui fournit également l'ex. de la possibilité, pour le juge, de réduire une clause pénale excessive.

⁴⁰ OFTINGER, Handelsrecht und Zivilrecht, p. 155 ; PICHONNAZ, Le centenaire, p. 127.

⁴¹ ROSSEL, 4^e éd., p. 9 s.

Le souci des rédacteurs du Code de 1881 était d'**éviter que le peuple suisse ne soit soumis à des lois particulières**⁴². On considérait alors que l'adoption et le développement d'un « *Standesrecht* » – comme l'est notamment l'adoption d'un code spécifique pour les commerçants – contredisait non seulement les institutions républicaines, mais également le principe démocratique, ainsi que l'égalité de traitement entre les sujets de droit⁴³. La voie choisie fut donc celle d'un « Code unique », c'est-à-dire une conception qualifiable de « moniste » du droit civil suisse⁴⁴. En réalité, il semblerait cependant que la motivation de ce choix était plus prosaïque que dogmatique : l'adoption de l'aCO se fondait sur une norme constitutionnelle évoquant la compétence de légiférer de la Confédération « *sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change)* »⁴⁵.

16

Le choix d'un Code unique semble quoi qu'il en soit avoir fait ses preuves. La conception insiste sur le caractère universel de l'ordre juridique privé et cherche à prévenir le danger de la prise en compte d'intérêts particuliers uniquement, et ce, au détriment de l'intérêt général⁴⁶. Du point de vue de la protection du consommateur se pose la question de l'opportunité, ou non, de soumettre une certaine catégorie de personnes à une législation particulière. Dans l'affirmative, il convient encore de s'interroger sur la manière dont cette spécificité peut être appréhendée, de sorte à garantir la cohérence de l'ensemble du droit civil ; la démarche n'est pas une sinécure⁴⁷.

17

⁴² BK OR-MÜLLER, Einleitung in das OR N 65 ss ; OFTINGER, Handelsrecht und Zivilrecht, p. 156.

⁴³ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 127 s.

⁴⁴ BK OR-MÜLLER, Einleitung in das OR N 66 ; OFTINGER, Handelsrecht und Zivilrecht, p. 154 s. évoque certes un dualisme entre le droit commercial et le droit civil, avant d'indiquer qu'il ne s'agit pas du même dualisme que celui résultant d'un code civil et d'un code du commerce, pour conclure que la Suisse poursuit néanmoins la voie moniste : « *Monistisch ist die schweizerische Ordnung neben dieser formellen Vereinheitlichung aber auch insoweit, als sie zudem in materieller Hinsicht für den in andern Ländern als zivil- oder handelsrechtlich gesondert geordneten Bereich in zahlreichen Fällen eine einheitliche Regelung kennt: für die Rechtsgeschäfte, namentlich Verträge, wovon sogleich mehr* ».

⁴⁵ OFTINGER, Handelsrecht und Zivilrecht, p. 156. Pour des approfondissements, ROSSEL, 4^e éd., p. 10 s.

⁴⁶ OFTINGER, Handelsrecht und Zivilrecht, p. 162 s.

⁴⁷ Sur le rôle plus libre de la doctrine par rapport à la jurisprudence, KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 73 : « *es ist das Privileg der Wissenschaft, unabhängig davon allgemeine Richtighkeitsüberlegungen anzustellen* ».

2. Code des obligations de 1911

- 18 Pour l'essentiel, l'actuel CO du 30 mars 1911 **se fonde sur l'aCO de 1881** (*supra* N 11 ss)⁴⁸.
- 19 **Par rapport à l'aCO 1881**, le CO de 1911 reconnaît cependant la lésion en tant que cause de rescision du contrat et, en particulier, fixe expressément le principe de la liberté contractuelle dans la loi (art. 19 CO)⁴⁹. Certaines matières, traitées dans l'aCO, sont également intégrées au CC, comme par exemple les règles sur la capacité civile ou encore les dispositions sur la possession, sa protection et le transfert de la propriété mobilière⁵⁰. Le 18 décembre 1936, finalement, la refonte totale de l'aCO se conclut par la révision – mise de côté lors de l'adoption du CO de 1911 – des art. 552 ss CO⁵¹. Cette intégration confirma la voie d'un Code unique⁵².
- 20 Le CO de 1911 **ne représente dès lors pas une codification entièrement autonome**⁵³. Il appartient à un tout, qu'il forme en conjonction avec le CC de 1907⁵⁴, ce depuis l'adoption par le peuple et les cantons de la modification de l'art. 64 aCst. en date du 13 novembre 1898. Cette modification transmet la compétence de légiférer pour l'ensemble du droit civil en mains de la Confédération (principe de l'unification totale de la législation civile)⁵⁵. Systématiquement, il est vrai que la numérotation spécifique du CO, non seulement de ses dispositions, mais également dans le Recueil systématique, relativise cette harmonie⁵⁶.
- 21 **L'art. 7 CC** exprime un lien matériel indéniable entre le CC et le CO⁵⁷. Pour certains auteurs, la disposition énoncerait une « *vérité d'évidence* »⁵⁸. Il convient tout de même de reconnaître qu'elle permet de clarifier et de fixer

⁴⁸ BK OR-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 3.

⁴⁹ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 133.

⁵⁰ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 133.

⁵¹ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 132 ss.

⁵² OFTINGER, Handelsrecht und Zivilrecht, p. 155.

⁵³ BK OR-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 62 ss. Comp. BK OR-KRAMER, Allg. Einl., N 1 : « *die Kodifikation des nicht im aOR geregelten Zivilrechts (in Gestalt des ZGB) machte dann auch eine Revision des aOR notwendig* ».

⁵⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 13 ss ; PICHONNAZ, Le centenaire, p. 129.

⁵⁵ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 129 ; ROSSEL, 4^e éd., p. 11.

⁵⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 10 s. ; BK OR-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 62 ; PICHONNAZ, Le centenaire, p. 129 s.

⁵⁷ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 129.

⁵⁸ DESCHENAUX, p. 48 ; CR CC I-FOËX, art. 7 N 1 ; BK ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, art. 7 N 4 ss. Plus nuancé, ROSSEL, 4^e éd., p. 12 citant FF 1904 IV 1 et p. 16 s.

expressément dans la loi la relation entre la partie générale du droit des obligations et les autres matières du droit civil⁵⁹. Aussi, la période actuelle se caractérise-t-elle par une tendance à une certaine décodification⁶⁰. Dans ce contexte, l'art. 7 CC est une norme de coordination (« *Koordinationsnorm* ») utile entre le CC, le CO et les lois spéciales⁶¹.

Depuis l'adoption de l'aCO 1881 et, par la suite, du CO – ainsi qu'en particulier après la Seconde Guerre Mondiale (*infra* N 339 ss) – on constata une montée du **droit privé social** ; les considérations sociales n'étaient cela dit pas étrangères au législateur lors de l'adoption du CC et du CO⁶². Ces développements sont liés à un changement de perception quant à la protection de la partie faible, qu'il s'agisse du locataire, du travailleur ou, précisément, du consommateur. Elles s'accompagnent souvent de la prolifération de lois spéciales hors du Code⁶³. Particulièrement en matière de protection du consommateur, le point culminant de ces développements reste l'adoption du paquet Swisslex consécutivement au rejet de l'EEE (*infra* N 376 ss)⁶⁴.

Avant d'approfondir ces évolutions et développements (*infra* N 331 ss), il nous paraît nécessaire de rappeler des **éléments dogmatiques** (II) fondamentaux du droit contractuel.

II. Eléments dogmatiques

Les éléments dogmatiques présentés concernent les théories de la volonté et de la déclaration (A), la théorie de la confiance (B) et la pertinence, que nous qualifions de « résiduelle », de la théorie de la volonté (C).

⁵⁹ DESCHENAUX, p. 47 et 50 ; CR CC I-FOEX, art. 7 N 2.

⁶⁰ KRAMER, Methodenlehre, p. 98 s.

⁶¹ CHK ZGB-BREITSCHMID, art. 7 N 1 ; KRAMER, Methodenlehre, p. 94 ss ; ZK ZGB-LIEBER, art. 7 N 6, 27 et, plus nuancé, N 29.

⁶² BK OR-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 40 ss. Comp. BK OR-KRAMER, Allg. Einl., N 5 ss.

⁶³ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 136 s.

⁶⁴ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 137 ss.

A. Théories de la volonté et de la déclaration

1. Théorie de la volonté

- 25 La théorie de la volonté (« *Willenstheorie* », « *will theory* » ou « *theory of intention* »⁶⁵) **reconnaît immédiatement** l'acte juridique en tant qu'effet de la volonté des parties. Elle se caractérise par le fait qu'elle érige le phénomène interne de la volonté comme élément central⁶⁶.
- 26 En application de cette théorie, l'acte juridique consacrant une **discrepance entre la volonté et la déclaration** de cette volonté est nul⁶⁷. Dès lors, le contrat n'est pas conclu lorsqu'il ne recouvre pas une volonté réciproque « réelle » des parties⁶⁸.

2. Théorie de la déclaration

- 27 La théorie de la déclaration (« *Erklärungstheorie* », « *theory of expression* » ou « *theory of declaration* »⁶⁹) insiste sur la **communication de la volonté**⁷⁰. Elle n'en observe que les manifestations extérieures⁷¹. La personne qui émet la déclaration est dès lors liée par celle-ci et doit pleinement en assumer les conséquences du point de vue de l'effet obligatoire du contrat (*infra* N 96)⁷².
- 28 Cette théorie conduit à une approche (trop) formaliste⁷³, le sens du contrat étant toujours et exclusivement déduit de la **signification objective d'un mot**

⁶⁵ ECL-VOGENAUER, art. 5:101 N 4.

⁶⁶ MEIER-HAYOZ, p. 23 ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 143.

⁶⁷ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 65 ss et 118 ss ; BK OR-KRAMER, art. 1 N 39 ; STEINMARDER, p. 289.

⁶⁸ GUGGENHEIM, p. 117. Comp. CR CO I-DESSEMONDET, art. 1 N 7.

⁶⁹ ECL-VOGENAUER, art. 5:101 N 4.

⁷⁰ STEINMARDER, p. 289 ; Palandt/ELLENBERGER, Einf v § 116 N 2/3 ; VON TUHR, Mängel, p. 279.

⁷¹ GUGGENHEIM, p. 115 s. ; MEIER-HAYOZ, p. 23 s.

⁷² STEINMARDER, p. 289, qui considère toutefois que théorie de la déclaration et théorie de la confiance désignent la même chose. Pour le droit allemand, Palandt/ELLENBERGER, Einf v § 116 N 2/3.

⁷³ Sur l'interprétation strictement littérale, OFTINGER, Betrachtungen, p. 183, qui renvoie à l'adage inscrit dans la Table VI de la Loi des Douze Tables : « *cum exum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* ».

(interprétation abstraite-littérale)⁷⁴. En outre, l'intention réelle de la partie manifestant sa volonté n'est alors pas déterminante⁷⁵.

Quelle est la **conception du droit suisse** (3) ?

29

3. Conception du droit suisse

a. Controverse

La prédominance, soit de la théorie de la volonté, soit de la théorie de la déclaration, reste **éminemment controversée**, en particulier depuis la seconde moitié du XIX^e siècle⁷⁶. C'est également le cas ailleurs en Europe⁷⁷. Le législateur fédéral n'a pas tranché la controverse, ni lors de l'adoption de l'aCO de 1881 (*supra* N 11 ss), ni lors de celle de l'actuel CO de 1911 (*supra* N 18 ss)⁷⁸.

30

Cette lutte dogmatique ne serait peut-être ni utile, ni même **susceptible de réponse définitive**⁷⁹, aucune théorie n'étant d'application intégrale⁸⁰. Sans avoir la prétention de trancher cette controverse, il demeure important de garder à l'esprit les débats inhérents aux théories de la volonté et de la déclaration. Ces débats seraient tout de même la cause – à tout le moins « en surface » – d'une scission importante entre les systèmes de droit civil et ceux largement influencés par le droit anglais⁸¹.

31

Cela dit, et quelle que soit la conception dogmatique suivie, l'élément de rattachement est **nécessairement une volonté extériorisée** (b)⁸².

32

⁷⁴ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 65, 116 s. et 143 ; Comp. BK OR-KRAMER, art. 1 N 39.

⁷⁵ CR CO I-DESSEMONTET, art. 1 N 7.

⁷⁶ Pour un aperçu de la controverse, PATRY, p. 16 ss et ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 183 ss.

⁷⁷ VOGENAUER, Auslegung, p. 136.

⁷⁸ BK OR-KRAMER, art. 1 N 40 ; LEUBA, p. 27. Plus affirmatif, ROSSEL, 4^e éd., p. 30.

⁷⁹ STEINMARDER, p. 291 : « *wir kommen zum Resultat, dass dem OR weder die Willenstheorie noch die Erklärungstheorie oder Vertrauensstheorie zugrunde liegt. Das Gesetz hat weder für die eine noch für die andere Theorie Partei nehmen wollen und darum dem Begriff <Willensäußerung> eine klare Bestimmung nicht gegeben* ».

⁸⁰ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 116 ; VON TUHR, Mängel, p. 279 : « *keine der beiden Theorien kann in voller Konsequenz durchgeführt werden* ». Présentant une approche complémentaire, ECL-VOGENAUER, art. 5:101 N 6 s.

⁸¹ ECL-VOGENAUER, art. 5:101 N 4 et 6 pour des similitudes dans le résultat interprétatif.

⁸² BK OR-MÜLLER, art. 18 N 51 et sa réf. à une citation de VON SAVIGNY et N 83 ; PICHONNAZ, Le centenaire, p. 148 ss évoque, en tant que point de départ, une « volonté à interpréter ». En

b. Nécessité d'une volonté extériorisée

- 33 Dans le contexte de l'interprétation contractuelle (*infra* N 100 ss), une compréhension littérale de la loi⁸³ plaiderait a priori **plutôt en faveur de l'admission de la théorie de la déclaration**, théorie que l'on semble pouvoir directement rattacher et déduire de la formulation de l'art. 1 CO⁸⁴. La disposition évoque en effet la « manifestation concordante des volontés »⁸⁵. L'élément de la manifestation indique en tout cas que la volonté doit être extériorisée, ce qui relativise la pertinence de la théorie de la volonté du strict point de vue de la conclusion du contrat⁸⁶. Cela étant, sous l'angle de la théorie de la volonté également, cette dernière doit nécessairement être communiquée pour être juridiquement observable⁸⁷.
- 34 Faute d'être reconnaissable, le recours à la **volonté « interne » serait rejeté** par le droit positif, abstraction faite des règles sur les vices du consentement (*infra* N 145 ss)⁸⁸. Sur la base d'une stricte application de la théorie de la volonté, il est d'ailleurs contradictoire de considérer que l'intention du déclarant dicte exclusivement les termes du contrat ; cela revient à désavouer les fondements mêmes de la théorie de la volonté, en reconnaissant, pour ainsi dire,

lien même avec l'interprétation d'une lettre manuscrite exprimant des dernières volontés, ATF 117 II 142, consid. 2a : « *Si l'interprète n'a pas à rechercher le sens qu'un destinataire ou un intéressé peut lui attribuer (ATF 109 II 406 consid. 2b, 108 II 282 consid. 4a), ce n'est néanmoins pas la volonté intime du testateur que le juge doit restituer, c'est la volonté déclarée, qui a reçu une expression dans l'acte (DESCHENAUX, La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral, Fribourg 1948, p. 88)* ». Comp. ECL-VOGENAUER, art. 5:101 N 5 s.

⁸³ Sur l'interprétation littérale-grammaticale en tant que « *starting point* » de toute interprétation, KRAMER, Methodenlehre, p. 61.

⁸⁴ VON TUHR, Mängel, p. 280 s. : « *fragt man sich nun, welche der beiden Theorien dem O.R. zu Grunde liegt, oder richtiger gesagt, zur Auslegung des Gesetzes dienlicher ist, so glaube Ich der Erklärungstheorie den Vorzug geben zu müssen* ». Plus nuancé, STEINMARDER, p. 291.

⁸⁵ Comp. OG ZH LB150011 du 15.09.2015, consid. 5.3 (identité entre les droits suisse et allemand sur la question de la conclusion du contrat : « *mit dem <wirklichen Willen> gemäss § 133 BGB [l'arrêt retient que cette disposition correspond à l'art. 18 CO] ist aber nicht der innere Wille der Erklärenden gemeint. Massgebend ist die sog. normative Auslegung, indem sich die Auslegung nach dem richtet, wie die Erklärung vom Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden musste* »).

⁸⁶ BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 23-27 N 38.

⁸⁷ VON TUHR, Mängel, p. 279 : « *allerdings muss der Wille um rechtlich in Betracht zu kommen, geäussert sein* ». Pour le droit allemand, REINER, p. 14 s.

⁸⁸ OFTINGER, Betrachtungen, p. 190 s. *Contra* PICHONNAZ, Le centenaire, p. 148 : « *l'art. 1^{er} du Code des obligations souligne le rôle central de la volonté interne [...]* ».

une primauté absolue à la volonté du déclarant par rapport à celle du destinataire⁸⁹. Si, par hypothèse, la volonté de ce dernier est de ne pas se lier, ou de se lier autrement que ne le souhaite le déclarant, la théorie de la volonté est potentiellement confrontée à ses limites. L'admission, d'une part, de la volonté de l'un des partenaires et, d'autre part, de la négation de celle de l'autre constitue un obstacle logique que la théorie de la volonté – du moins dans son acceptation stricte – ne parvient pas à surmonter.

HONSELL précise encore que si le droit allemand poursuit certes *ex lege* la théorie de la volonté (§ 133 BGB⁹⁰), la théorie de la déclaration (§ 157 BGB) se serait néanmoins imposée en pratique⁹¹. Plus précisément, une méthode d'interprétation objective-concrète y prévaudrait⁹². A l'inverse, le droit suisse poursuivrait *ex lege* la théorie de la déclaration (*supra* N 27 s.), alors que **la théorie de la volonté se serait finalement imposée**⁹³. Dans les premières décennies consécutives à l'adoption de l'aCO de 1881 (*supra* N 11 ss), le TF, ainsi qu'une majorité doctrinale, retenaient pourtant la théorie de la déclaration comme fondement du droit suisse des obligations⁹⁴.

Lorsque le législateur retient que le déclarant comprend les termes écrits d'après leur signification usuelle – ce qui est particulièrement le cas en matière d'interprétation de testaments – il y a présomption que ce qui est voulu et ce qui est déclaré concorde⁹⁵. *A contrario*, il nous paraît possible de considérer que,

⁸⁹ Pour ces développements CANARIS/GRIGOLEIT, p. 594 : « *This is to say that even the advocates of a strict will theory cannot argue that the intention of the declaring party determines the terms of the contract even if it could not have been recognised by the addressee. Doing so would mean to disregard the intention of the latter and would therefore be contradictory to its own premise* ».

⁹⁰ Critiques, MEDICUS/PETERSEN, N 320 : « § 133 betont allzu einseitig den Willen des Erklärenden ».

⁹¹ HONSELL, Willentheorie oder Erklärungstheorie, p. 341. Comp. ECL-VOGENAUER, Introduction before art. 5:101, N 13.

⁹² BK OR-MÜLLER, art. 18 N 54.

⁹³ PIOTET P., Formation du contrat, p. 168. RASELLI, p. 1263 : « *das in Art. 18 Abs. 1 OR verkörperte Willensprinzip [...]* ». Plus nuancé, BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 23-27 N 38 : « *das Gesetz hat keine Entscheidung getroffen, steht aber von vornherein dem Vertrauensprinzip offen [...]*. Sur les développements lors de l'adoption de l'art. 1 CO, STEINMARDER, p. 291.

⁹⁴ STEINMARDER, p. 290 avec l'état de la controverse en 1917 (également en droit allemand), donc y compris dans les premières années suivant l'adoption du CO.

⁹⁵ ATF 131 III 106, consid. 1.2 = JdT 2005 I 334. RASELLI, p. 1263. Comp. en lien avec des relations personnelles étroites, ATF 99 II 103, consid. 3 : « *s'agissant d'une convention rédigée par un juriste, dans un cadre familial où régnaient l'entente et la confiance, on doit présumer que ces expressions ont été utilisées à bon escient et comprises dans leur sens* ».

singulièrement en cas de **manifestation de volonté soumise à réception**⁹⁶, l'art. 18 CO⁹⁷ ne se base pas sur la théorie (stricte) de la volonté⁹⁸. Il retient seulement la priorité de la volonté réelle commune divergente par rapport aux « déclarations et dénominations inexactes »⁹⁹.

37 L'art. 18 CO retiendrait ainsi la **priorité de la volonté des parties, déterminée par des indices objectifs et concrets**, mais non pas celle de la théorie stricte de la volonté. Sous l'angle de la conclusion et de l'interprétation du contrat, la priorité revient dès lors à l'intersubjectivité (*infra* N 112 ss) plutôt qu'à la volonté interne de l'une des parties. Conformément à la théorie « des deux niveaux »¹⁰⁰, des divergences entre la volonté intime d'une partie et sa signification ont seulement une incidence sur la validité du contrat, notamment par le recours aux règles sur les vices du consentement (sur la pertinence résiduelle de la théorie de la volonté, *infra* N 47 ss)¹⁰¹.

38 La « théorie de la volonté » paraît artificielle, pour ne pas dire représenter un vestige textuel des idées de la Renaissance quant à la suprématie de la volonté et de la liberté personnelles¹⁰². Elle doit pourtant rester valable si on la comprend comme la **priorité de l'intersubjectivité** (cf. art. 18 CO : « *réelle et commune intention* », *infra* N 112 ss), mais rejetée si elle se rattache à la volonté intime d'une personne sous l'angle de la conclusion et de l'interprétation du contrat¹⁰³. Le CO serait d'ailleurs structuré autour du concept de protection de

propre par le cocontractant, qui n'apparaît nullement comme un néophyte en affaires (RO 48 II 229) ».

⁹⁶ Comp. RASELLI, p. 1263 : « während im Bereich des Vertragsrechts, aber auch einseitiger empfangsbedürftiger Willenserklärungen das Willensprinzip im Vertrauensprinzip ein Korrektiv erfährt, liegt es in der Natur der einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung, dass es bei der subjektiven, willensorientierten Auslegung zu bleiben hat und keine Auslegung nach dem am Erklärungsempfänger orientierten Vertrauensprinzip stattfindet. Es ist nur auf die Optik des Erklärenden abzustellen ».

⁹⁷ L'affirmation suppose donc que l'on reconnaisse ici à l'art. 18 CO le caractère de « norme fondamentale » du droit des obligations, cf. cep. *infra* N 112 ss.

⁹⁸ *Contra*, RASELLI, p. 1263.

⁹⁹ Comp. BK OR-MÜLLER, art. 18 N 119 ss.

¹⁰⁰ Cette théorie retient que, dans un premier temps, le contrat est conclu par la réunion de deux ou plusieurs manifestations de volonté concordantes. Dans un second temps – ou précisément niveau – l'une des parties peut toutefois contester cette conclusion en invoquant, en particulier, un vice du consentement.

¹⁰¹ CANARIS/GRIGOLEIT, p. 594. Comp. ATF 129 III 320, consid. 6.2 = JdT 2003 I 331.

¹⁰² VOGENAUER, *Interpretation*, p. 3 s.

¹⁰³ Pour des développements similaires, mais pour finalement nier la pertinence de la théorie stricte de la déclaration, STEINMARDER, p. 291.

la volonté des parties¹⁰⁴, ce qui doit cependant être distingué des modalités de détermination de ladite volonté par l'interprète.

En cas de lacune du contrat quant aux points secondaires, le tribunal la comble tenant compte de la nature de l'affaire (cf. art. 2 al. 2 CO). Il se rattache alors à la volonté hypothétique des parties et s'interroge sur ce qu'elles auraient convenu si elles avaient elles-mêmes réglé la question¹⁰⁵. Dans la formation du contrat, le tribunal appréhende donc la lacune par un traitement objectif (« extérieur ») en vue de déterminer la volonté hypothétique de chaque partie.

Ainsi, l'élément de rattachement de l'interprétation contractuelle (*infra* N 100 ss) est inévitablement une volonté extériorisée. Dans ce contexte, la **théorie de la confiance** (B) dispose d'une fonction primordiale.

B. Théorie de la confiance

1. Définition

MEIER-HAYOZ apporte des éléments de réponse pour la gestion de la théorie de la volonté, de la théorie de la déclaration et de la théorie de la confiance (« *Vertrauenstheorie* »). Il précise que, si la théorie de la déclaration est certes expressément exclue par la lettre de l'art. 18 CO, on ne saurait pour autant en déduire que cette disposition fonderait plutôt la théorie de la volonté, ou même la théorie de la confiance¹⁰⁶. L'auteur parvient à la conclusion que le **droit positif suisse réalise en grande partie la théorie (le principe) de la confiance**, notamment dans la partie générale du droit des obligations¹⁰⁷.

Pour le droit des contrats, l'affirmation résulte à notre sens déjà de l'art. 2 CC, qui fixe l'exigence de bonne foi également pour le CO (art. 7 CC ;

¹⁰⁴ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 152.

¹⁰⁵ MORIN, Art. 2 CO, p. 465.

¹⁰⁶ MEIER-HAYOZ, p. 130 s. Comp. STEINMARDER, p. 291.

¹⁰⁷ MEIER-HAYOZ, p. 203 : « *das Vertrauensprinzip ist im positiven schweizerischen Recht weitgehend – aber noch nicht durchgehend verwirklicht* ». Cf. ég. JÄGGI, p. 145 : « *diesen als Vertrauensprinzip bezeichneten Satz hält das schweizerische Recht nirgends ausdrücklich fest. Trotzdem anerkennen ihn Lehre und Rechtsprechung* ». Comp. BK OR-MÜLLER, art. 18 N 89 ; OFTINGER, Urkunde, p. 263 ; BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 23-27 N 39 : « *die schweizerische Lehre bevorzugt die Bezeichnung Vertrauensprinzip* » ; STEINMARDER, p. 290 : « [...] obgleich das Bundesgericht in seinem Urteil ganz ausdrücklich betont, dass es sich schon unter der Herrschaft des alten OR zur Vertrauenstheorie bekannt hat ».

comp. ég. art. 1 CO¹⁰⁸). En pratique, la nécessité de distinctions subtiles entre théories de la volonté et de la déclaration s'avère minime¹⁰⁹. En Suisse, comme en Allemagne d'ailleurs¹¹⁰, la **théorie de la confiance s'applique régulièrement et largement**¹¹¹ ; elle permet de trancher « objectivement » le sens et le contenu des déclarations des parties, en fonction des circonstances du cas d'espèce (cf. le concept d'« interprétation objective-concrète »)¹¹².

- 43 La fonction de la théorie de la confiance peut donc être considérée comme **primordiale**¹¹³. Si la nature propre de cette théorie reste discutée¹¹⁴, il est indéniable qu'elle lie – unifie – celles de la déclaration et de la volonté, par les tempéraments qu'elle apporte à chacune d'elles. La théorie de la confiance présente néanmoins des liens plus étroits avec la théorie de la déclaration, soit

¹⁰⁸ OFTINGER, Urkunde, p. 264 : « *unbestrittenermassen beherrscht das Vertrauensprinzip den Vertragsabschluss gemäss Art. 1 OR und die Auslegung* ». Contra, JÄGGI, p. 147 : « *das hievor Gesagte weist darauf hin, dass Art. 1 Abs. 1 OR das Vertrauensprinzip nicht enthält, auch nicht implizit* ».

¹⁰⁹ HONSELL, Willentheorie oder Erklärungstheorie, p. 341.

¹¹⁰ Pour la reprise du principe de la confiance en droit allemand, CUÉNOD, p. 16.

¹¹¹ BSK OR I-SCHWENZER, Vor Art. 23-31 N 1 : « *nach der das Schweizer Recht klar beherrschenden Vertrauenstheorie [...]* ».

¹¹² OFTINGER, Urkunde, p. 264.

¹¹³ ATF 87 II 234, consid. 3 : « *diese Behauptung entspricht den für die Auslegung von Verträgen massgebenden Grundsätzen. Nach der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes anerkannten Vertrauenstheorie sind Willenserklärungen Vertragsschliessender so auszulegen, wie sie nach Treu und Glauben von der Gegenpartei verstanden werden durften [...]* » ; ATF 69 II 319, consid. 3 : « *[...] da nach der Vertrauenstheorie, die im schweizerischen Rechtsbereich gilt, eine Vertragspartei sich ihre Willenserklärung so entgegenhalten lassen muss, wie sie nach Treu und Glauben im Verkehr von der Gegenpartei aufgefasst werden durfte [...]* » ; ATF 59 II 372 consid. 3. BK OR-MÜLLER, art. 18 N 89 ; PICHONNAZ, Le centenaire, p. 152 ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 188.

¹¹⁴ ATF 57 II 284, consid. 1 : « *[...] nicht nur dass der Vertrag vom Gesichtspunkt der dem Obligationenrecht zu Grunde liegenden Erklärungs- oder Vertrauenstheorie aus als gültig zu stande gekommen zu gelten hat [...]* », ATF 52 II 215, consid. 5. DAEPPEN/REYMOND, p. 24 : « *théorie de la déclaration de volonté (Erklärungstheorie ou Vertrauenstheorie) [...]* » ; ROSSEL, 4^e éd., p. 30 s. ; STEINMARDER, p. 289 ss. Contra, MEIER-HAYOZ, p. 25 : « *es (i.e. le principe de la confiance) fasst damit Elemente des Erklärungsprinzips und des Willensprinzips zu einer neuen Einheit zusammen* ». Plus nuancé, CUÉNOD, p. 14 ss considère que la « *Vertrauenstheorie* » est une théorie propre qui s'oppose tant à la théorie de la déclaration qu'à celle de la volonté, en se rattachant à la volonté reconnaissable. L'auteur parvient à la conclusion que « *[...] la <Vertrauenstheorie> consiste à tenir compte de toute volonté juridique reconnaissable* ».

celle qui ne se concentre pas sur la seule volonté du déclarant¹¹⁵. Le recours à la « confiance » insiste sur le sens que pouvait et devait raisonnablement donner le destinataire de la déclaration, plutôt que la conception purement interne de l'une des parties¹¹⁶. L'intention d'être juridiquement liée se détermine ainsi en fonction des déclarations ou de la conduite d'une partie, telle qu'elle pouvait raisonnablement être comprise par l'autre¹¹⁷.

2. Relativisation des théories de la volonté et de la déclaration

La reconnaissance de correctifs nécessaires à la théorie de la déclaration et à la théorie de la volonté revient à confirmer l'importance de la théorie de la confiance comme **fondement de la théorie contractuelle en droit positif suisse**¹¹⁸. Le principe de la confiance encadrerait et délimiterait même le principe de la fidélité contractuelle¹¹⁹. Pour reprendre *a contrario et mutatis mutandis* PIOTET, on pourrait dès lors considérer que le droit suisse est régi par le système de la déclaration allégée, exceptionnellement par la théorie de la volonté renforcée (art. 23 ss CO), tous deux nécessairement et précisément tempérés par le principe de la confiance¹²⁰.

Pour la Suisse, pour peu que l'on ne reconnaisse pas un fondement dogmatique propre à la théorie de la confiance, on pourrait imaginer un recours dogmatique

44

45

¹¹⁵ Comp. MEIER-HAYOZ, p. 23 s., pour qui le principe de la déclaration est purement objectif, en ce sens qu'il ne tient compte ni de ce qu'a voulu dire le déclarant, ni de la manière dont cette déclaration a été comprise par le destinataire de la déclaration.

¹¹⁶ VON TUHR/PETER, p. 287 s. Comp. GUGGENHEIM, p. 110 ss.

¹¹⁷ ECL-CHRISTANDL, art. 2:102 N 1 et 3.

¹¹⁸ CUÉNOD, p. 19 ss en lien avec les art. 1 et 2 CO ; PATRY, p. 18 : « *La doctrine et la jurisprudence unanimes admettent maintenant que le droit contractuel suisse est dominé par une théorie intermédiaire appelée Système de la confiance ou Vertrauensheorie* ».

¹¹⁹ ATF 59 II 372, consid. 3 : « [...] dass auch der Grundsatz der Vertragstreue im höhern Prinzip von Treu und Glauben seine Schranke finden muss ».

¹²⁰ PIOTET P., Formation, p. 49 et, en part., p. 135 : « *en résumé, la conclusion du contrat est régie en droit suisse par le système de la volonté complété par la théorie de l'apparence efficace ; mais, quand celle-ci s'applique, la victime d'une erreur essentielle dans la déclaration peut annuler le contrat* ». Comp. GAUCH, Vertrag und Parteiwille, p. 365 : « *die bisherigen Ausführungen haben aufgezeigt, dass wirklicher Parteiwille und objektive Kriterien zusammenspielen, wenn es um Abschluss und Inhalt des Vertrages geht. Bei aller Objektivierung hat auch der wirkliche Wille der Parteien seinen Platz im Vertragsrecht behalten [...]* ».

à la « théorie de la déclaration allégée » (« *abgeschwächte Erklärungstheorie* »). Elle insisterait sur la compréhension du destinataire¹²¹. La pertinence de cette qualification se discute si l'on retient que la théorie de la déclaration et la théorie de la confiance sont de parfaits synonymes¹²², ce qui ne nous paraît toutefois pas être le cas (*supra* N 41). L'interprétation contractuelle moderne se caractériserait quoi qu'il en soit par une certaine **prise de liberté par rapport à une dogmatique stricte**¹²³.

46 Cela étant, et peut-être même plus que la théorie de la déclaration¹²⁴, la **théorie de la volonté** conserve une **pertinence « résiduelle »**¹²⁵(C).

C. Pertinence « résiduelle » de la théorie de la volonté

1. Définition

47 La volonté interne (« intime ») reste, en principe¹²⁶, directement **pertinente sous l'angle des vices du consentement** (art. 23 ss CO), soit dans le cadre de l'examen de la validité du contrat¹²⁷. Sous cet angle, la finalité concerne effectivement la base subjectivement nécessaire du contrat en tant que « pure »¹²⁸ volonté interne du contractant, en particulier du consommateur¹²⁹. L'examen de la finalité particulière du contrat de consommation (*infra* N 584 ss) ne reçoit en revanche pas de traitement spécifique, les

¹²¹ STEHLE, p. 261 ; STEINMARDER, p. 291 : « *die Erklärungs- oder Vertrauens Theorie eignet sich besser als Ausgangspunkt für Wissenschaft und Gesetzgebung als die Willenstheorie, da sie von der äusserlich wahrnehmbaren Tatsache der Erklärung ausgeht und nicht vom Willen, der nicht immer klar erkannt und bewiesen werden kann* ». VON TUHR/PETER, p. 299 s. Pour une analyse similaire, mais sous l'angle du principe de la confiance en tant que catégorie propre, CUÉNOD, p. 15. *Contra*, STEINMARDER, p. 289 et 291, qui considère que théorie de la déclaration et théorie de la confiance désignent la même chose.

¹²² STEINMARDER, p. 289 ss : « *daher auch der Name Vertrauens Theorie für die Erklärungs Theorie* ».

¹²³ VOGENAUER, *Auslegung*, p. 136.

¹²⁴ Pour une critique de la théorie de la déclaration, MEIER-HAYOZ, p. 35 ss.

¹²⁵ Le constat d'une « pertinence résiduelle » de la théorie de la volonté ne signifie évidemment pas que l'autonomie de la volonté des parties soit résiduelle.

¹²⁶ Sous réserve des cas abusifs, comme la réserve mentale ou la simulation, CUÉNOD, p. 21 s.

¹²⁷ SCHMIDLIN, *Vertragsabschluss*, p. 111 s., 114 et 116 ss.

¹²⁸ BK OR-SCHMIDLIN, art. 23/24 N 93, qui rappelle que, même sous l'angle de l'erreur qualifiée sur les motifs (« *Grundlagenirrtum* »), des représentations cachées et éloignées (*causae remotae*) de l'errans ne sont pas pertinentes.

¹²⁹ CR CO I-MORIN, art. 1 N 74.

conditions d'application étant celles fixées par les règles sur l'erreur (not. art. 24 al. 1 ch. 2 CO).

L'approche selon la théorie des deux niveaux (*supra* N 37) clarifie la relation entre l'interprétation du contrat et celle de l'examen de la validité de l'accord sous l'angle des règles sur les vices du consentement¹³⁰. Conformément à la théorie de la confiance, le **défaut de volonté intime non raisonnablement perceptible par l'autre partie ne remet dès lors pas en cause la validité de l'accord**. L'invalidation exige bien plus la réunion d'autres conditions légales comme le sont précisément les règles sur les vices du consentement (art. 23 ss CO) et, en particulier, celles sur l'erreur¹³¹.

48

2. Relativisation de la théorie de la confiance

La première et plus importante relativisation qu'implique la théorie de la volonté pour la théorie de la confiance résulte de la distinction à opérer entre, **d'une part, la manifestation de volonté soumise à réception et, d'autre part, celle qui ne l'est pas** (sur la manifestation de volonté, *infra* N 57 ss)¹³². Normativement, il convient de décider quelle partie supporte le risque de l'interprétation de la manifestation de volonté, respectivement de celle du contrat. Si la manifestation de volonté est soumise à réception, le risque pèse plutôt sur le déclarant (« *sorgfältige Auslegung nach dem Empfängerhorizont* »). Lorsqu'elle n'est pas soumise à réception (ex. acte pour cause de mort), le destinataire ne mérite en principe aucune protection particulière¹³³. Ce dernier doit alors se laisser imputer la seule volonté du déclarant.

49

En cas d'erreur, la loi permet à l'une des parties de remettre en cause la validité du contrat en raison d'une divergence entre sa volonté et la manifestation de celle-ci¹³⁴. L'art. 31 CO constituerait en quelque sorte la concrétisation ou, à tout le moins, une réminiscence forte de la théorie de la volonté¹³⁵. Les règles

50

¹³⁰ VON TUHR/PETER, p. 299 s. cités par STEHLE, p. 261. Pour le lien entre l'accord normatif selon l'art. 1 CO et les règles sur l'erreur, BK OR-MÜLLER, art. 1 N 212. BK OR-KRAMER, art. 1 N 133 ss précise que l'accord normatif ne peut être attaqué qu'en cas d'erreur essentielle.

¹³¹ MEIER-HAYOZ, p. 25.

¹³² MEDICUS/PETERSEN, N 322, qui rappellent que cette distinction est même beaucoup plus adéquate que celle entre, d'une part, la manifestation de volonté et, d'autre part, le contrat.

¹³³ MEDICUS/PETERSEN, N 323.

¹³⁴ STEINMARDER, p. 291.

¹³⁵ GAUCH, *Der vernünftige Mensch*, p. 187 : « *die Variante der Nicht-Geltung, die der Irrende wählen kann, entspricht einerseits dem Gedankengut der Willentheorie* ».

sur les vices du consentement conservent donc un **rattachement fort à la théorie de la volonté**. A cette affirmation, on peut rétorquer que si le CO poursuivait effectivement la stricte théorie de la volonté, les règles sur les vices du consentement seraient superflues, car le contrat serait tout bonnement inexistant en cas de vice de la volonté¹³⁶.

- 51 La possibilité pour l'un des contractants de se fonder sur son erreur – sa volonté « interne » – **relativise tout de même la portée de la théorie de la confiance** (voire de la théorie de la déclaration selon la conception choisie¹³⁷)¹³⁸. Les aspects liés à la protection de la confiance demeurent néanmoins importants dans ce contexte également (cf. art. 24 al. 1 ch. 4, 25 al. 1 CO et 26 CO)¹³⁹, ne serait-ce que par les conditions restrictives posées pour un recours aux règles sur l'erreur¹⁴⁰. Sous l'angle des règles sur les vices du consentement, il reste donc également ardu de retenir, de façon péremptoire, la prédominance de l'une des théories contractuelles (*supra* N 9 ss).
- 52 Après cet exposé succinct d'éléments dogmatiques, nous présentons les **éléments de la formation du contrat** (III).

III. Eléments de la formation du contrat

- 53 Les éléments de la formation du contrat présentés concernent la notion (A) même de cette phase contractuelle, la manifestation de volonté (B), l'accord des parties (C), l'interprétation du contrat (D) et la validité de ce dernier (E).

¹³⁶ STEINMARDER, p. 291.

¹³⁷ STEINMARDER, p. 291.

¹³⁸ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 116; BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 23-27 N 157. Comp. BK OR-KRAMER, art. 1 N 134.

¹³⁹ BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 23-27 N 164.

¹⁴⁰ ATF 43 II 775, consid. 2 : « *denn das Gesetz verlangt nicht bloss den Irrtum über einen Sachverhalt, der für den Irrenden die notwendige Voraussetzung seiner Erklärung bildete, sondern über solche Verhältnisse, die er <nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Grundlage des Vertrages betrachten> durfte* ». MEIER-HAYOZ, p. 202 s. ; VON TUHR/PETER, p. 298. En lien avec l'erreur dans la déclaration, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 812 : « *zur Feststellung des Irrtums muss das Vertrauensprinzip (Rn. 206 ff.) herangezogen werden* ».

A. Notion

En droit suisse des obligations, la **formation du contrat est régie par** les art. 1 à 31 CO et 40a-40f CO¹⁴¹ ; cela vaut également pour le contrat de consommation (*infra* N 484 ss)¹⁴². Les art. 32-40 CO sont artificiellement rattachés à cette thématique et les art. 40a-f CO traitent spécialement de la conclusion de certains contrats de consommation¹⁴³. 54

La formation du contrat¹⁴⁴ définit le **processus général de venue à chef du contrat et la détermination de son contenu**. Les règles concernant les modalités et le moment de la conclusion du contrat sont à cet égard d'importance fondamentale, bien qu'elles divergent encore sensiblement entre le droit continental et la *common law*¹⁴⁵. La conception moderne de cette phase se caractérise par un processus moins formaliste que d'après la conception traditionnelle (offre, acceptation, caractère contraignant des manifestations de volonté, etc.) ; la formation suppose désormais l'examen de l'ensemble du processus allant des informations et déclarations précontractuelles, jusqu'à la correction ultérieure de « l'accord » en vertu, le cas échéant, de l'exercice d'un droit de révocation (*infra* N 1049 ss)¹⁴⁶. 55

Différents éléments composent la « formation du contrat »¹⁴⁷ : la **manifestation de volonté** (B), l'accord des parties (C), l'interprétation du contrat (D) et la validité du contrat (E). 56

¹⁴¹ TERCIER/PICHONNAZ, N 468 ss. Comp. CARRON, Protection, N 3 pour qui les art. 1 à 40f CO régissent la « formation du contrat ».

¹⁴² CARRON, Protection, N 30 ss.

¹⁴³ TERCIER/PICHONNAZ, N 468.

¹⁴⁴ Sous l'angle de la CVIM, la « formation du contrat » ne concerne pas la validité du contrat (art. 4 let. a), mais plus spécifiquement l'échange de l'offre et de l'acceptation (art. 14 ss). Comp. art. art. II.-4:103 DCFR et II.-4:201 ss DCFR.

¹⁴⁵ Du point de vue des ordres juridiques de tous les Etats européens et du droit privé de l'UE, SCHULZE/ZOLL, p. 111.

¹⁴⁶ SCHULZE/ZOLL, p. 113.

¹⁴⁷ Vraisemblablement un peu plus large, WERRO, Droit des contrats, p. 63 ss mentionne la conclusion du contrat, les règles qui permettent de pallier l'absence d'accord ou de déterminer le sort des prestations échangées, la révocation du contrat ainsi que les règles de forme et leur portée. Comp. la structure des art. 1112 ss Code civil français.

B. Manifestation de volonté

1. Définition

57 La manifestation de volonté (« *Willenserklärung* », « *Willensäußerung* ») est la déclaration privée d'une personne, dirigée en vue de la **réalisation d'une conséquence donnée**, à savoir la création, la modification ou la fin d'un droit ou d'un rapport juridique¹⁴⁸. Elle est le processus de communication sociale par lequel le déclarant extériorise et transmet à une autre partie – le destinataire¹⁴⁹ – sa volonté d'obtenir une conséquence juridique (« *Gestaltungswille* »)¹⁵⁰.

58 La manifestation de volonté se forme de deux éléments : une volonté « interne » et sa phase d'extériorisation¹⁵¹. Toute manifestation de volonté implique dès lors un **processus subjectif** (a) et un processus objectif (b).

2. Processus subjectif

59 S'agissant du processus subjectif de la manifestation de volonté, on distingue entre la **volonté d'agir** (a), la volonté de déclarer (b) et la volonté de s'engager (c). La présentation de ce « processus interne » ne doit pas faire perdre de vue que seule une volonté manifestée vers l'extérieur reste susceptible d'interprétation en vue de déployer des effets juridiques (pour la distinction entre théorie de la volonté et théorie de la déclaration, *supra* N 25 ss)¹⁵².

a. Volonté d'agir

60 La volonté d'agir (« *Handlungswille* ») définit la **maîtrise consciente et volontaire de ses propres intentions** par une personne, et ce, en vue d'obtenir

¹⁴⁸ BROX/WALKER, N 82 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 168 ; PICHONNAZ, Le centenaire, p. 147 ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 20 s. ; VON TUHR/PETER, p. 174. Comp. déjà la définition de la manifestation de volonté du « *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* » (Première partie, Titre 4, § 1) de 1794 : « *die Willenserklärung ist eine Aeußerung dessen, was nach der Absicht des Erklärenden geschehen, oder nicht geschehen soll* ».

¹⁴⁹ ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 21.

¹⁵⁰ ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 21 ss.

¹⁵¹ BROX/WALKER, N 83.

¹⁵² BROX/WALKER, N 84.

un résultat juridique déterminé et librement souhaité (« *bewusster Willensakt* »)¹⁵³.

Cette volonté fait notamment **défaut** lorsqu'une personne prend la main d'un vieillard gravement malade, l'amenant ainsi à signer le testament alors qu'il s'y oppose (*vis absoluta*)¹⁵⁴. La volonté d'agir est également inexistante en cas d'hypnose, d'inconscience (peu importe les causes), d'un simple mouvement de réflexe ou encore de somnambulisme¹⁵⁵.

Ces situations doivent être distinguées de celles où le déclarant est amené, **par une tromperie ou par une menace**, à émettre une manifestation de volonté (*vis compulsiva*)¹⁵⁶. La volonté d'agir du déclarant existe alors « pleinement », seule sa volonté de s'engager (*infra* N 67 ss) étant viciée. Cette question s'analyse en lien avec la validité du contrat (*infra* N 138 ss), non pas sous l'angle de sa conclusion.

L'absence de volonté d'agir implique l'inexistence de la manifestation de volonté¹⁵⁷.

b. Volonté de déclarer

La volonté de déclarer (« *Erklärungswille* », « *Geltungswille* » ou « *Erklärungsbewusstsein* »¹⁵⁸) est l'intention du déclarant de **communiquer au destinataire** sa volonté de s'engager (*infra* N 67 ss)¹⁵⁹. Elle représente, autrement dit, le dessein du déclarant que sa manifestation de volonté (*supra* N 57) – sous la forme d'un comportement socialement typique – soit reconnue comme étant juridiquement constitutive¹⁶⁰. Il n'est en revanche pas nécessaire que la volonté de déclarer porte sur un rapport juridique concret et

¹⁵³ BROX/WALKER, N 84.

¹⁵⁴ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 16.

¹⁵⁵ RÜTHERS/STADLER, § 17 N 7.

¹⁵⁶ RÜTHERS/STADLER, § 17 N 7.

¹⁵⁷ *Contra*, BROX/WALKER, N 84 ss, en part. le schéma en p. 47, qui considère que la manifestation de volonté n'est pas inexistante mais qu'elle peut être attaquée. Faisant état de la controverse quant à l'existence de la manifestation de volonté, RÜTHERS/STADLER, § 17 N 8.

¹⁵⁸ BROX/WALKER, N 85 ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 17 ; RÜTHERS/STADLER, § 17 N 8.

¹⁵⁹ BROX/WALKER, N 85 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 172 ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 24 s.

¹⁶⁰ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 17.

déterminé ; il suffit que la volonté de déclarer apparaisse comme juridiquement constitutive¹⁶¹.

- 65 **L'absence de volonté de déclarer** implique l'inexistence de la manifestation de volonté¹⁶². Le principe de la confiance (*supra* N 41 ss) exige cependant de n'admettre cette inexistence que restrictivement¹⁶³, au risque de vider le caractère obligatoire des conventions (*pacta sunt servanda*¹⁶⁴) de sa substance. Une application restrictive se justifie également par la nécessité de garantir la sécurité et la prévisibilité des conventions privées, lesquelles ne doivent pas pouvoir être trop aisément remises en question.
- 66 En cas de défaut de la volonté de déclarer, la **manifestation de volonté ne peut ainsi pas être remise en question par le déclarant**¹⁶⁵, sauf si celui-ci, de bonne foi, ne sait pas ou ne doit pas savoir que, par son comportement, il déclare un élément juridiquement relevant (« *etwas rechtlich Erhebliches erklärt* »)¹⁶⁶. Il faut, en outre, que la confiance du destinataire ne soit pas digne de protection. Tel est le cas si le destinataire sait ou doit savoir que la volonté de déclarer de l'autre partie fait défaut¹⁶⁷.

¹⁶¹ RÜTHERS/STADLER, § 17 N 8, qui donnent l'ex. d'une personne qui, dans la hâte, appose sa signature au bas d'une offre de vente (situation objective), mais qui croit ainsi signer le contrat de travail d'un nouvel employé (situation subjective). Les auteurs fournissent ensuite l'ex. de la personne signant l'offre de vente (situation objective) en croyant répondre à une invitation pour un anniversaire (situation subjective). En particulier dans ce dernier cas, la personne n'est pas consciente qu'elle entreprend une action juridiquement relevante.

¹⁶² RÜTHERS/STADLER, § 17 N 8. Dès lors, si dans une vente aux enchères de vin, l'acceptation doit intervenir par le fait de saisir brièvement le lobe de son oreille droite, on ne saurait opposer cette règle particulière au « déclarant » qui ne peut ni ne doit en avoir connaissance (ex. il n'est pas un habitué). Dans ce contexte, c'est habituellement le bras levé qui vaut déclaration d'acceptation. Comp. BK OR-MÜLLER, art. 1 N 17 et 160.

¹⁶³ Comp. ATF 126 III 375, consid. 2e/aa : « *il importe peu que l'auteur de la déclaration n'ait pas saisi la portée de ce qu'il disait, dès lors que le destinataire ne pouvait pas s'en apercevoir* ».

¹⁶⁴ STAUDER, Droit de repentir, p. 484, qui rappelle que l'adage « est sans conteste un principe fondamental du droit privé » avant de préciser que le CO n'y fait pourtant aucune mention expresse (comp. art. 1134 Code civil français).

¹⁶⁵ Pour le droit allemand, BROX/WALKER, N 84 ss, en part. le schéma en p. 47.

¹⁶⁶ RÜTHERS/STADLER, § 17 N 8 s.

¹⁶⁷ RÜTHERS/STADLER, § 17 N 12, qui donnent l'ex. de la personne qui, tout en faisant signer aux hôtes une carte d'anniversaire pendant une soirée, y adjoint un bulletin de commande pour l'un de ses livres en espérant qu'il soit signé par des personnes non attentives. Il n'y a alors pas de manifestation de volonté de la personne ayant le cas échéant signé le bulletin de commande.

c. Volonté de s'engager

La volonté de s'engager (« *Geschäftswille* », « *Rechtsfolgewille* » ou « *vertraglicher Bindungswille* »¹⁶⁸) définit **l'intention actuelle et définitive d'une personne de créer, de modifier ou de terminer une situation juridique concrète et déterminée**¹⁶⁹. 67

L'absence de volonté de s'engager n'implique pas nécessairement l'inexistence de la manifestation de volonté¹⁷⁰. Si une personne a, d'une part, la volonté d'agir (*supra* N 60 ss) et, d'autre part, la volonté de déclarer (*supra* N 64 ss), mais qu'elle se trompe au moment de communiquer sa décision ou quant à l'état de fait véritable, elle peut éventuellement **contester la validité du contrat** (*infra* N 138 ss) aux conditions des art. 23 à 27 CO¹⁷¹. 68

Le **droit de révocation** dont bénéficie parfois le consommateur (*infra* N 1049 ss) représente à cet égard un cas particulier de vice touchant à sa volonté de s'engager définitivement avec le professionnel. 69

3. Processus objectif

La volonté de s'engager (*supra* N 67 ss) **se concrétise** par son extériorisation. Elle s'entend comme l'action par laquelle le déclarant communique sa volonté vers l'extérieur, au moyen d'un comportement socialement perceptible par les autres sujets de droit¹⁷². 70

On **distingue traditionnellement** entre la manifestation de volonté soumise à réception (« *empfangsbedürftige Willenserklärung* ») et celle non soumise à réception (« *nicht empfangsbedürftige Willenserklärung* »)¹⁷³. Cette distinction détermine si, pour être valable, la déclaration doit, ou non, être adressée à un destinataire en particulier¹⁷⁴. La façon de transmettre la déclaration peut par 71

¹⁶⁸ ATF 137 III 539, consid. 4.1 = JdT 2013 II 274 et JdT 2012 II 256 ; ATF 116 II 695, consid. 2a s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 171a ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 18 ; VON TUHR/PETER, p. 158.

¹⁶⁹ BROX/WALKER, N 86 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 171 ; RÜTHERS/STADLER, § 17 N 12 ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 23.

¹⁷⁰ RÜTHERS/STADLER, § 17 N 12 : « *der Geschäftswille gehört nicht zu den notwendigen Bestandteilen einer Willenserklärung* ».

¹⁷¹ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 18. Pour le droit allemand, BROX/WALKER, N 84 ss, en part. le schéma en p. 47 ou RÜTHERS/STADLER, § 17 N 12.

¹⁷² BROX/WALKER, N 88 ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 18.

¹⁷³ KOLLER, OR AT, N 3.29 ss ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 65 ss.

¹⁷⁴ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 65.

ailleurs être médiate (« *mittelbare Willensäusserung* ») et immédiate (« *unmittelbare Willensäusserung* »)¹⁷⁵. Cette seconde distinction se fonde sur le décalage temporel, ou non, qui peut exister entre l'expression de la volonté et sa prise de connaissance par le destinataire¹⁷⁶. Dans les deux cas, il va de soi que la volonté doit toujours être nécessairement extériorisée pour être perceptible¹⁷⁷.

- 72 En s'intéressant plus particulièrement à la forme de la manifestation de volonté¹⁷⁸, on distingue encore entre celle qui est **expresse** (a), tacite ou concluante (b). Se pose, enfin, la question de la portée du silence (c).

a. Manifestation de volonté expresse

- 73 En présence d'une manifestation de volonté expresse, la volonté de s'engager du déclarant est **directement extériorisée** (ex. par la parole ou la signature)¹⁷⁹.

b. Manifestation de volonté tacite ou concluante

- 74 La manifestation de volonté tacite ou concluante représente un comportement **non exprès** du déclarant par lequel il exprime néanmoins directement sa volonté de s'engager (ex. une personne monte sur un manège sans dire mot ou se gare dans un parking payant)¹⁸⁰.

c. Silence comme manifestation de volonté

- 75 Le silence d'une personne **exclut en principe sa volonté de s'engager**¹⁸¹.
- 76 Ce n'est que si en raison, **soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances**, l'autre partie ne devait pas s'attendre à une réaction, que le

¹⁷⁵ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 60 ss.

¹⁷⁶ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 60.

¹⁷⁷ Comp. BK OR-MÜLLER, art. 1 N 66.

¹⁷⁸ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 32.

¹⁷⁹ BROX/WALKER, N 89.

¹⁸⁰ BROX/WALKER, N 90 ; RÜTHERS/STADLER, § 17 N 3.

¹⁸¹ Arrêt du TF 4A_75/2015 du 09.06.2015, consid. 4.1 ; arrêt du TF 4A_231/2010 du 10.08.2010, consid. 2.4.1 et les réf. citées. BROX/WALKER, N 91 ; Palandt/ELLENBERGER, Einf v § 116 N 7.

silence d'une personne est susceptible de constituer une véritable manifestation de volonté (cf. art. 6 CO).

L'art. 6a CO postule en outre que l'envoi d'une **chose non commandée** n'est pas considéré comme une offre (al. 1) et que le destinataire n'est pas tenu de renvoyer la chose ni de la conserver (al. 2), sauf en cas d'erreur manifeste et où l'expéditeur doit être averti. Pour le droit suisse (comp. § 241a BGB), on pourrait y voir le rattachement légal – en soi superflu – du principe général selon lequel le silence du consommateur opposé au professionnel ne vaut pas acceptation¹⁸².

77

4. Lien avec l'interprétation du contrat

Il existe un **lien très étroit** – pour ne pas dire flou¹⁸³ – entre la détermination de l'existence des manifestations de volonté, du consentement des parties, du contrat et de son contenu¹⁸⁴. L'interprétation contractuelle vise ainsi à déterminer la signification des déclarations des parties contractantes, de même que les effets légaux qui naissent de ces déclarations¹⁸⁵.

78

En tant que telle, l'interprétation (*infra* N 100 ss) **doit être distinguée de la qualification du contrat**. Cette dernière représente une application (plus directe) de la loi par l'interprète et reste entièrement indépendante de la volonté des parties.

79

La doctrine rappelle que le contenu des manifestations de volonté est en pratique **souvent objectivé, malgré la subsidiarité du principe de la confiance dans**

80

¹⁸² Pour le droit allemand, RÜTHERS/STADLER, § 17 N 25.

¹⁸³ Dans ce sens, au sujet de l'interprétation objective, CORBOZ, p. 275 : « [...] le Tribunal fédéral n'a jamais voulu emprisonner le juge dans un carcan méthodologique ».

¹⁸⁴ ATF 141 III 407, consid. 4.2 : « pour qualifier un bonus dans un cas d'espèce, il faut interpréter les manifestations de volonté des parties (cf. art. 1 CO) » ; arrêt du TF 4A_80/2013 du 30.07.2013, consid. 2.2 : « der Inhalt bzw. das Zustandekommen eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR) ». HUGUENIN, Obligationenrecht, N 246 ss et 27 ss ; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 24 ; BK OR-KRAMER, art. 1 N 101 ; CHK OR-KUT, art. 18 N 1 ; MEIER-HAYOZ, p. 131 ; SCHMIDLIN, Vertragsabschluss, p. 112 ; BSK OR I-WIEGAND, art. 18 N 10 ; CR CO I-WINIGER, art. 18 N 3 et 12. Pour le droit allemand, MEDICUS/PETERSEN, N 319 : « wie soll dann die Auslegung des Vertrages von derjenigen der ihn bildenden Willenserklärungen abweichen können ? ».

¹⁸⁵ HERBOTS, p. 421 (trad. libre) ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 17 ; VOGENAUER, Interpretation, p. 3.

l'interprétation du contrat d'après la conception majoritaire actuelle¹⁸⁶. En cas de litige, il n'est en effet souvent plus possible de déterminer ce que voulaient et/ou ont effectivement compris les parties¹⁸⁷. Les critères servant d'indices au tribunal au stade de l'interprétation subjective demeurent par ailleurs déterminants sous l'angle de l'interprétation objective du contrat également¹⁸⁸.

81 Le second élément de la « formation du contrat » est l'**accord des parties** (C).

C. Accord des parties

1. Définition

a. En général

82 La notion d'« accord des parties » (aspect volontaire¹⁸⁹) se réfère au **contenu minimal** que doivent contenir leurs déclarations respectives afin que le contrat naisse (cf. art. 1 CO)¹⁹⁰. Pour la conclusion du contrat, la loi exige un consentement extérieur (« *äusserer Konsens* »)¹⁹¹, c'est-à-dire perceptible et reconnaissable ; il suffit que tel soit le cas entre les parties (*infra* N 108 ss). Le contrat est ainsi réputé parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une façon concordante, chacune exprimé leur volonté (art. 1 al. 1 CO)¹⁹².

83 On parle d'**accord de fait** (« *tatsächlicher Konsens* ») si les volontés « internes » des parties concordent. Le principe de la confiance ne trouve alors pas application, en ce sens que l'interprète n'aurait pas à y recourir pour protéger la compréhension raisonnable du destinataire¹⁹³. Si la volonté de l'une des parties au moins diverge mais que, selon le principe de la confiance, l'interprète considère les déclarations comme étant objectivement

¹⁸⁶ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 316 et 346 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 196.

¹⁸⁷ HONSELL, Willentheorie oder Erklärungstheorie, p. 346 ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 18 ; KOLLER, OR AT, N 6.04.

¹⁸⁸ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 59 ; BK OR-KRAMER, art. 18 N 71. Comp. ATF 140 III 86 consid. 4.1 (imputation au représenté des déclarations du représentant).

¹⁸⁹ TERCIER/PICHONNAZ, N 471.

¹⁹⁰ CARRON, Protection, N 6 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 224 s.

¹⁹¹ STEINMARDER, p. 289.

¹⁹² Arrêt du TF 4A_431/2013 du 10.01.2014, consid. 2.2.

¹⁹³ Comp. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 309 ss.

concordantes, il retiendra néanmoins l'existence d'un accord entre elles¹⁹⁴. On parle alors d'**accord de droit** (« *normativer Konsens* »)¹⁹⁵. La limite est qu'une déclaration, même interprétée selon le principe de confiance, ne peut pas se voir attribuer un sens qu'aucune des parties n'avait envisagé¹⁹⁶.

La conclusion du contrat entraîne la **naissance d'une relation légale**. Elle établit des droits et des obligations spécifiques entre les parties¹⁹⁷.

84

b. Offre et acceptation

L'offre est la **proposition ferme de contracter** que présente une personne – l'offrant ou le pollicitant – à une autre. Son destinataire peut soit accepter l'offre, soit la refuser, soit encore formuler une contre-proposition constituant, le cas échéant, une nouvelle offre. Schématiquement, l'accord des parties se forme précisément par la conjonction d'une offre d'un côté et d'une acceptation de l'autre (cf. art. 3 ss CO ; comp. § 151 BGB¹⁹⁸, art. 1113 CCfr. et art. 1326 CCit.). En règle générale, « l'offre » constitue ainsi la manifestation de volonté initiale, suivie de celle que l'on qualifie « d'acceptation »¹⁹⁹.

85

Le contrat résulte de la conjonction de deux ou plusieurs manifestations de volonté dont le contenu concorde et qui émanent de deux ou plusieurs personnes²⁰⁰. Cette union²⁰¹ représente ou est susceptible de représenter **tant un prélude nécessaire à l'accord des parties que son véritable point de départ**. Une offre n'est, en effet, pas nécessairement le résultat de négociations contractuelles, mais peut les précéder ou être émise simultanément à l'acceptation²⁰². Dans ce contexte, le critère déterminant reste la volonté de

86

¹⁹⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 315 ss.

¹⁹⁵ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 205 ss.

¹⁹⁶ Arrêt du TF 4A_340/2011 du 13.09.2001, consid. 3.1. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 352 s.

¹⁹⁷ SCHULZE/ZOLL, p. 111.

¹⁹⁸ RÜTHERS/STADLER, § 19 N 1.

¹⁹⁹ BROX/WALKER, N 165.

²⁰⁰ BROX/WALKER, N 165.

²⁰¹ Comp. HUGUENIN, Obligationenrecht, N 204 ss ; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 3 N 1 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 363 ss ; KOLLER, OR AT, N 7.07 s. ; BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 3-10 N 25 ss, art. 3 N 38 ss considèrent tous que l'offre et l'acceptation ne représentent pas chacun un acte juridique unilatéral, mais font partie intégrante du contrat en tant qu'acte juridique bilatéral.

²⁰² Arrêt du TF 4C.409/2006 du 31.10.2007, consid. 4.1. ZK OR-JÄGGI, art. 3 N 32 ; BK OR-MÜLLER, art. 3 N 8 ss ; RÜTHERS/STADLER, § 19 N 1.

conclure des parties, en particulier l'existence d'une offre ferme du pollicitant (« *Abschlusswille* »)²⁰³.

- 87 Le contrat **n'est pas conclu** si l'acceptation ne couvre pas l'offre, en particulier si elle en rejette des éléments ou la modifie²⁰⁴. Un accord sur tous les éléments essentiels est susceptible d'entraîner la conclusion du contrat (art. 2 al. 1 CO ; *infra* N 88 s.). Une simple demande d'éclaircissements (« *Rückfrage* ») de la part du destinataire n'enlève en principe pas à l'offre son caractère contraignant²⁰⁵. Si, en droit suisse, l'offre et l'acceptation sont irrévocables et contraignantes pour la partie qui les émet²⁰⁶, ce principe serait néanmoins de droit dispositif²⁰⁷.

c. Eléments essentiels

- 88 À défaut d'accord sur les éléments essentiels du contrat, les manifestations de volontés réciproques et concordantes des parties (cf. art. 1 al. 1 CO) **ne se concrétisent pas**²⁰⁸.
- 89 En tant que norme structurant la formation et, partant, l'ensemble du droit des contrats, l'art. 2 al. 1 CO précise les règles sur l'accord de fait et l'accord de droit (*supra* N 83). La disposition prescrit le contenu minimal (nécessaire) que doit contenir ledit accord, à savoir les **points objectivement et subjectivement essentiels du contrat**²⁰⁹. Les premiers forment le noyau du contrat, alors que les seconds sont des points qui, sans être objectivement essentiels, représentent néanmoins une condition *sine qua non* à la conclusion du contrat²¹⁰.
- 90 Quels sont les **effets** (2) de l'accord des parties ?

²⁰³ BK OR-MÜLLER, art. 3 N 13 s.

²⁰⁴ Arrêt du TF 4A_431/2013 du 10.01.2014, consid. 2.2. ENGEL, p. 192 et 201.

²⁰⁵ Arrêt du TF 4C.409/2006 du 31.10.2007, consid. 4.1.

²⁰⁶ Arrêt du TF 4A_649/2011 du 01.12.2011, consid. 3.2.2. HUGUENIN, *Obligationenrecht*, N 261. FONTAINE, p. 229, qui précise que l'offre est également irrévocable en droits allemand (§ 145 BGB [« *Bindung an den Antrag* »]) et belge, alors qu'elle est par principe révocable en droit français (MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, N 474) et en *common law*.

²⁰⁷ HUGUENIN, *Obligationenrecht*, N 263.

²⁰⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 330.

²⁰⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 331 ; MORIN, Art. 2 CO, p. 463 s. et 473.

²¹⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 332 ss ; KOLLER, OR AT, N 6.18 ss ; MORIN, Art. 2 CO, p. 464.

2. Effets

Une fois conclu, le contrat devient **obligatoire pour les parties** (« *pacta sunt servanda* », comp. ULPEN D 2.14.1, « *nihil tam congruum est fidei humanae quam ea quae inter eos placuerunt servare* »²¹¹), sous réserve des possibilités légales (comp. art. 9 CO²¹²) ou conventionnelles d’y mettre fin. La conclusion du contrat crée ainsi un rapport légal entre les parties, lequel fait naître des droits et obligations spécifiques et réciproques²¹³.

91

En **droit contractuel de la consommation** (*infra* N 443 ss), l’approche diffère quelque peu. Le législateur octroie à la partie faible certains droits formateurs, particulièrement au stade de la conclusion du contrat, pour le cas où les outils classiques du droit des contrats sont considérés comme insuffisants à assurer un libre consentement²¹⁴. L’impératif de protection est donc parfois en mesure de relativiser la force obligatoire des déclarations de volonté et du contrat. Le droit de révocation en est la principale manifestation (*infra* N 1049 ss).

92

Les effets liés à la conclusion du contrat ne doivent **pas être confondus avec** l’exigence d’une manifestation concordante et réciproque des volontés (art. 1 al. 1 CO, *supra* N 82) ; cette dernière ne les implique pas forcément²¹⁵. La concordance d’une offre et d’une acceptation n’implique donc pas que le contrat déploie automatiquement des effets²¹⁶. Le contrat n’est dès lors parfait – et ne déploie définitivement ses effets – que si les manifestations de volonté des parties sont concordantes et réciproques, et s’il ne souffre d’aucun vice (condition légale supplémentaire, vice de forme, de l’objet ou du consentement, *infra* N 138 ss)²¹⁷.

93

²¹¹ BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 23-27 N 156, qui traduit cette tournure ainsi : « *nichts entspricht menschlicher Treue besser, als das zu halten, was die Parteien miteinander ausgemacht haben* ».

²¹² ZK OR-DORNIER, Vorbemerkungen zu Art. 40a-40f N 1, qui, à juste titre, considère que l’art. 9 CO est certes un « droit de révocation », mais plutôt fondé sur le droit contractuel que sur la protection du consommateur.

²¹³ SCHULZE/ZOLL, p. 111.

²¹⁴ FORNAGE, Droit de révocation, p. 490 s. Du point de vue de la forme et du contenu du contrat, MARCHAND, Droit de la consommation, p. 39 : « *Cette réglementation déroge au principe général du droit des contrats selon lequel un accord sur les éléments subjectivement et objectivement essentiels du contrat est suffisant pour que celui-ci soit conclu (art. 2 CO)* ».

²¹⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 230 ss donnent l’ex. de la nécessité d’obtenir l’accord du conjoint de la caution (art. 494 CO).

²¹⁶ MORIN, Art. 2 CO, p. 467 ss.

²¹⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 233.

94 S'agissant des effets du contrat, on distingue entre l'effet **formateur** (a) et l'effet obligatoire (b).

a. Formateur

95 L'effet formateur du contrat (« *Gestaltungswirkung des Vertrags* ») désigne le fait que la réalité juridique est organisée conformément aux manifestations de volonté concordantes et réciproques des parties. Celles-ci s'entendent **pour créer, modifier, terminer un droit ou un rapport juridique déterminé**²¹⁸. C'est l'aspect « objectif » des effets du contrat.

b. Obligatoire

96 L'effet obligatoire du contrat (« *Bindungswirkung des Vertrags* ») désigne le fait que les parties **sont juridiquement liées à leurs manifestations de volonté** réciproques et concordantes²¹⁹. C'est l'aspect « subjectif » des effets du contrat.

3. Lien avec l'interprétation du contrat

97 Le processus d'interprétation – et même de qualification (sur la distinction, *infra* N 135 ss) – du contrat suppose, **du moins théoriquement, qu'un contrat ait été préalablement conclu** (art. 1 CO)²²⁰. Les parties doivent être tombées d'accord sur les éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat (art. 2 al. 1 CO)²²¹. A défaut d'accord sur ces éléments, l'interprétation n'est pas

²¹⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 231.

²¹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 232 ; HEIDERHOFF, N 290 : « *der von den Parteien unter Nutzung ihrer Vertragsfreiheit geschlossene Vertrag entfaltet Bindungswirkung* » ; RÜTHERS/STADLER, § 19 N 1.

²²⁰ Nuancé, BK OR-MÜLLER, art. 18 N 17 ss. *Contra*, pour le droit allemand, MEDICUS/PETERSEN, N 437 : « *Vorrang gegenüber der Feststellung eines offenen oder versteckten Dissenses hat aber stets die Auslegung [...]* ».

²²¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 321 : « *der Vertragschluss setzt nach Art. 1 Abs. 1 voraus, dass die Parteien sich nicht nur übereinstimmend den Abschlusswillen erklären, sondern die übereinstimmenden Willenserklärungen sich ausserdem auf alle wesentlichen Vertragspunkte erstrecken [...]* » et N 1274.

nécessaire, si ce n'est éventuellement en tant qu'étape préalable conduisant au constat d'un dissentiment²²².

Comme pour la manifestation de volonté (*supra* N 57 ss), il faut se garder d'un **schématisme trop rigide**²²³. En pratique, tout examen d'une volonté extériorisée suppose une interprétation, afin de déterminer les effets juridiques à lui reconnaître. La détermination de la volonté d'agir d'une personne – en soi à rattacher à la manifestation de volonté (*supra* N 60 ss) – s'effectue par interprétation. De même, la conclusion qu'il y a conjonction entre une offre et une acceptation – en soi à rattacher à l'accord des parties (*supra* N 82 ss) – suppose une interprétation de ces deux manifestations de volonté²²⁴.

En gardant à l'esprit ces connexions étroites, nous évoquons désormais **l'interprétation du contrat (D)**.

D. Interprétation du contrat

1. Définition et but

L'interprétation est l'**élément central de tout régime de droit contractuel**²²⁵. Sur la question de l'interprétation contractuelle, les différences entre *common law* et droits de tradition romano-civiliste s'estompent même progressivement, voire même ne seraient pas aussi significatives qu'on pourrait le penser de prime abord²²⁶. Le droit suisse des obligations ne connaît toutefois

²²² Relevant le cas de figure d'une interprétation préalable au constat de l'absence d'accord normatif, BK OR-MÜLLER, art. 18 N 21. Pour le dissentiment en général, BK OR-MÜLLER, art. 1 N 222. Pour le droit allemand, RÜTHERS/STADLER, § 18 N 2.

²²³ Pour le droit allemand, comp. RÜTHERS/STADLER, § 19 N 4 : « *der Erklärende muss also mit Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswillen handeln. Dies ist ggf. im Wege der Auslegung festzustellen* ». Comp. MEDICUS/PETERSEN, N 313 : « *als der Auslegung vorrangig kann man wohl am ehesten die Fragen nach Abgabe und Zugang der Willenserklärung bezeichnen* ».

²²⁴ Comp. BROX/WALKER, § 11 N 244.

²²⁵ ECL-VOGENAUER, Introduction before art. 5:101, N 2.

²²⁶ HERBOTS, p. 422. Pour une présentation, malgré tout, de certaines différences entre les droits anglais et français et allemand, VOGENAUER, Interpretation, p. 2. Comp. ECL-VOGENAUER, Introduction before art. 5:101, N 6 : « [...] *that all national and transnational contract law regimes in Europe build on a long-established and shared tradition with regard to the interpretation of contracts* ».

pas de norme légale expresse et directe relative à l'interprétation des contrats²²⁷. Les principes applicables (ex. priorité de l'interprétation subjective sur l'interprétation objective, complètement du contrat²²⁸) sont essentiellement de nature prétorienne et se déduisent principalement de l'art. 18 CO, voire de l'art. 2 al. 2 CO²²⁹.

- 101 Le but de l'interprétation est la **recherche des effets juridiques correspondant au contenu des déclarations faites par les parties**. Ils résultent des textes, des termes ou du comportement par lesquels les parties ont exprimé leurs manifestations de volonté²³⁰. En cas de manifestation de volonté soumise à réception²³¹, son destinataire comprend généralement le sens qu'a voulu lui donner le déclarant²³². Si tel n'est pas le cas, la démarche interprétative doit précisément permettre d'identifier le sens à reconnaître à cette déclaration²³³.
- 102 En cas de litige²³⁴, l'interprétation cherche ainsi à identifier la « volonté concordante des parties »²³⁵. En l'absence de litige, elle existe généralement d'elle-même (directement *supra* N 101)²³⁶. L'interprète doit quoi qu'il en soit rechercher et **déterminer l'intersubjectivité** (« *subjektive Willensübereinstimmung* »²³⁷) de la convention, afin d'en donner le sens et la portée, tels que les parties pouvaient et devaient la comprendre²³⁸. Cette obligation « d'investigation » constitue la face complémentaire du principe *pacta sunt*

²²⁷ ROSSEL, 4^e éd., p. 58 : « [...] notre Code ne contient sur ce point que les règles très générales du début de l'art. 18 [...] ». Comp. art. 1281 ss du Code civil espagnol.

²²⁸ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 426 ss.

²²⁹ ECL-VOGENAUER, Introduction before art. 5:101, N 11 ; CO 2020-VOGT, art. 32 N 1.

²³⁰ ATF 85 II 97, consid. 1.

²³¹ Cela ne signifie pas que l'interprétation ne joue aucun rôle en cas de manifestation de volonté non soumise à réception, cas dans lequel la confiance du destinataire ne mérite cependant aucune protection particulière, RÜTHERS/STADLER, § 18 N 15.

²³² JÄGGI, p. 146.

²³³ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 17 ; RÜTHERS/STADLER, § 18 N 1.

²³⁴ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 17 : « *Durch Auslegung (Interpretation; < interprétation >) des Vertrags ermittelt das Gericht den Inhalt des Vertrags, sofern und soweit dieser Inhalt zwischen den Prozessparteien streitig ist* ».

²³⁵ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 314.

²³⁶ Comp. DAEPPEN/REYMOND, p. 33 : « *ce n'est pas la volonté réelle des parties, qui est déterminante, mais bien la volonté qu'elles ont manifestée [...]* ».

²³⁷ RÜTHERS/STADLER, § 18 N 13.

²³⁸ ENGEL, Traité, p. 240. Comp. SCHMIDLIN, Vertragsabschluss, p. 112 : « *der Ausdruck subjektiv und objektiv übereinstimmend Gewolltes ist daher mit Vorsicht zu gebrauchen, weil es gar nicht um den subjektiven Willen des einzelnen Vertragspartners geht, sondern um den subjektiven Erklärungssinn, den beide Parteien gemeinsam der Konsenserklärung beilegen* ».

servanda ; il ne s'impose pas seulement aux parties, mais aussi au tribunal²³⁹. Cela étant, le sens déterminé par l'interprétation reste parfois susceptible de s'imposer aux parties, à savoir même s'il ne correspond pas nécessairement à leur(s) volonté(s) « intime(s) »²⁴⁰.

Une **volonté commune divergente du sens objectif des termes utilisés**²⁴¹ peut 103
par ailleurs résulter du comportement des parties ou des circonstances dans lesquelles sont intervenues les déclarations²⁴². Pour déterminer l'objet et le contenu d'un contrat, le tribunal doit alors identifier la « réelle et commune intention » des parties, généralement sur la base d'indices (cf. art. 18 al. 1 CO ; comp. § 133 BGB²⁴³)²⁴⁴.

L'interprète s'appuyera en premier lieu sur l'**art. 18 CO** (2). 104

2. Art. 18 CO

a. Principe

En droit suisse, l'art. 18 CO constitue la **base légale générale pour l'interprétation des contrats**²⁴⁵. Il concrétiserait l'importance de la réelle et commune intention des parties, en privilégiant la volonté véritable par rapport aux expressions et dénominations « inexactes » qu'elles ont pu utiliser, volontairement ou non (comp. PAPINIEN Dig. 50, 16, 219 : « *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* » et art. 1156 CCfr : « *on doit dans les conventions rechercher qu'elle a été la réelle et commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens* 105

²³⁹ STAUDER, Droit de repentir, p. 482.

²⁴⁰ Comp. ATF 59 II 372, consid. 3 (pour la priorité du principe de confiance sur la fidélité contractuelle).

²⁴¹ Comp. ATF 39 II 50, consid. 4 : « *es fragt sich nun, ob trotz all'dem die wörtliche Auslegung der streitigen Vertragsklausel den <übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien> wiedergebe, auf den es nach Art. 16a (Art. 18 rev.) OR ankommt* ».

²⁴² VON TUHR/PETER, p. 286.

²⁴³ HONSELL, Willenstheorie oder Erklärungstheorie, p. 341.

²⁴⁴ Arrêt du TF 4C.100/2003 du 20.06.2003, consid. 2.2.

²⁴⁵ CR CO I-WINIGER, art. 18 N 5 et 11. L'auteur précise que l'art. 18 CO est la norme centrale d'interprétation pour l'ensemble du droit civil (N 3).

littéral des termes »)²⁴⁶. La disposition s'applique également à d'autres actes juridiques bilatéraux ou unilatéraux (procuration, résiliation, décision, etc.)²⁴⁷.

106 **D'après la jurisprudence du TF**, face à un litige concernant l'interprétation d'une clause contractuelle (« *Auslegungsstreit* »), le tribunal doit tout d'abord s'efforcer de rechercher la réelle et commune intention des parties ; il ne doit pas s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Constituent des indices, non seulement la teneur des déclarations de volonté – écrites ou orales –, mais également le contexte général établissant quelles étaient, à l'époque, les conceptions des parties. La recherche de cette volonté « réelle » est qualifiée d'interprétation subjective (*infra* N 118 ss). Pour le cas où cette volonté réelle ne peut être déterminée, le tribunal doit recourir à l'interprétation normative (ou objective d'après le principe de confiance)²⁴⁸.

107 Nous pensons que l'art. 18 CO contient deux **sous-principes** (b).

b. Sous-principes

108 Le premier sous-principe déduit de l'art. 18 CO est la **compréhension raisonnable de la volonté commune** (i), le second la protection de l'intersubjectivité (ii).

(i) Compréhension raisonnable de la volonté commune

109 L'art. 18 CO ne contient aucune règle précise décrivant la manière de déterminer la volonté des parties²⁴⁹. En se référant à la recherche de la réelle intention des parties, l'art. 18 al. 1 CO prescrirait seulement le **recours à d'autres moyens d'interprétation que la seule volonté interne** (« *il y a lieu de rechercher* » et « *sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes* »)²⁵⁰. Il ne serait dès lors pas tout à fait exact, sur la seule base de

²⁴⁶ ATF 105 II 16, consid. 3a. OFTINGER, *Auslegung*, p. 181 ; VOGENAUER, *Interpretation*, p. 3 ; CR CO I-WINIGER, art. 18 N 1.

²⁴⁷ OFTINGER, *Auslegung*, p. 181 s.

²⁴⁸ Pour tous les autres, arrêt du TF 4A_152/2017 du 02.11.2017 consid. 4.1 avec les réf. citées.

²⁴⁹ GAUCH, *Vertrag und Parteiwille*, p. 359.

²⁵⁰ SCHMIDLIN, *Vertragsabschluss*, p. 112 : « *vom Vorrang des Willens vor dem Vertrauen findet sich keine Spur* [i.e. à l'art. 18 CO] » ; STEHLE, p. 258 : « *diese Rechtsprechung überzeugt*

l'art. 18 CO, de mettre sur un pied d'égalité la réelle et commune intention avec la volonté « véritable » ou « intime »²⁵¹. A cet égard, il est significatif de souligner que le texte de l'art. 20 du Projet CO 2020, relatif à l'interprétation et au complètement du contrat, reprend ce concept de réelle et commune intention des parties. Aussi, ses commentateurs ne s'affranchissent-ils pas entièrement du concept de « volonté réelle des parties »²⁵².

La manière dont cette **volonté est extériorisée et peut être comprise par le cocontractant, et même le tiers**, reste quoi qu'il en soit décisive²⁵³. Les développements de VON TUHR/PETER pour une proposition de définition de la volonté réelle (« *wirklicher Wille* ») vont dans ce sens. La volonté au sens de l'art. 18 al. 1 CO correspondrait à ce qu'une partie a pu et dû comprendre, en fonction des circonstances connues ou qu'elle aurait dû connaître au moment de la prise de connaissance de la déclaration de volonté de l'autre²⁵⁴. Or, c'est uniquement cet aspect de l'art. 18 CO qui devrait être généralisé.

Le rôle du tribunal doit être celui de **protéger l'intersubjectivité (ii)**²⁵⁵.

nicht. Denn Art. 18 Abs. 1 OR verlangt nicht, dass man den inneren Willen der Parteien feststellt ».

²⁵¹ HADZIMANOVIC, p. 87 ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 118.

²⁵² CO 2020-VOGT, art. 20 N 3.

²⁵³ SCHMIDLIN, Vertragsabschluss, p. 112 ss ; STEHLE, *passim*, qui considère que l'on ne peut véritablement déterminer la volonté interne d'une personne morale, ni si une telle volonté existe même réellement. De manière pragmatique, pour la détermination de la volonté d'une personne morale, le TF considère qu'il faut rechercher la volonté réelle de la majorité de l'organe ayant pris la décision, sans égard au but visé par une minorité (ATF 76 II 346, consid. 4a = JdT 1951 I 522 cité in : SCYBOZ/GILLIÉRON/BRACONI/CARRON, ad art. 18 CO, p. 18).

²⁵⁴ ATF 90 II 449, consid. 3 : « les déclarations adressées à une personne déterminée doivent être interprétées d'après le sens que le destinataire pouvait raisonnablement leur attribuer en le considérant comme réellement voulu, sur la base de l'attitude antérieure du déclarant. En règle générale, on admettra que le destinataire devait se fonder sur les circonstances qu'il connaissait ou qu'il aurait dû connaître au moment où la déclaration lui a été faite [...] ». CUÉNOD, p. 31 : « c'est ainsi qu'il faut comprendre les termes <réelle intention> à l'art. 18 CO » ; VON TUHR/PETER, p. 287 s.

²⁵⁵ Comp. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 314 : « in diesem Sinn lässt sich die Übereinstimmung der wirklichen Willen auch als <regulatives Leitmotiv> der juristischen Konsenslehre bezeichnen ».

(ii) *Protection de l'intersubjectivité*

- 112 Au fil du temps et des interprétations doctrinales et prétoriennes, l'art. 18 CO a été doté d'une **portée supérieure à sa portée véritable**²⁵⁶.
- 113 Les buts réels de la disposition sont **plus limités**²⁵⁷, à savoir : (1) interdire un comportement ambigu des parties²⁵⁸ (2) régler les questions spécifiques de la *falsa demonstratio non nocet* et de la simulation²⁵⁹ – initialement même dans le contexte systématique de la forme des contrats²⁶⁰ – et, partant (3) protéger la bonne foi objective (cf. art. 2 CC) en vue de préserver la loyauté des affaires²⁶¹.
- 114 Le texte de l'art. 18 al. 1 CO ne réglerait d'ailleurs **que deux situations pathologiques** dans le contexte de l'interprétation contractuelle : lorsque la volonté commune des parties et leurs déclarations interprétées sur la base du principe de confiance ne concordent pas. La volonté commune prend alors le pas sur la volonté mal déclarée. En revanche, la disposition ne se prononcerait

²⁵⁶ MEIER-HAYOZ, p. 130 : « so kam es, dass aus dem Wortlaut (i.e. de l'art. 18 CO) vieles herausgezaubert wurde, was absolut nicht darin steht ». Cf cep. déjà ATF 10 I 267, consid. 2 (en lien avec l'art. 16 aCO en tant que « Auslegungsregel »). En ce sens exact, ATF 41 II 631, consid. 1 : « diese Gesetzesbestimmung [i.e. art. 18 CO], die namentlich dann von praktischer Bedeutung ist, wenn es sich, wie hier, um die Frage der Rechtsgültigkeit eines Vertrages handelt, bezieht sich allerdings ihrem Wortlaute nach nur auf solche Fälle, in denen <aus Irrtum> oder zu Simulationszwecken eine dem wirklichen Vertragswillen nicht entsprechende Bezeichnung oder Ausdrucksweise gewählt wurde ». Comp. HONSELL, Willenstheorie oder Erklärungstheorie, p. 340.

²⁵⁷ Dans le même sens déjà, MEIER-HAYOZ, p. 130 : « nur eine kleine Gruppe von Autoren vertritt die m.E. richtige Auffassung, dass Art. 18 lediglich einen Spezialfall aus dem weiten Gebiet der Interpretation regle. In Art. 18 wird einzig der Fall berührt, wo der Wille der beiden Kontrahenten einerseits und ihre generell verstandenen Erklärungen andererseits nicht übereinstimmen ». Dans ce sens, ATF 41 II 631, consid. 1 cité in : DAEPPEN/REYMOND, p. 33.

²⁵⁸ SCHMIDLIN, Vertragsabschluss, p. 115 s.

²⁵⁹ En lien avec l'art. 16 aCO, qui correspond à l'art. 18 CO, ROSSEL, 2^e éd., p. 41 : « [...] la simulation tombe sous le coup de l'article 16 » et p. 57.

²⁶⁰ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 72. Comp. FF 1880 I 115, 140 ss et FASEL, p. 1052 s.

²⁶¹ MEIER-HAYOZ, p. 199 : « der Erklärungsempfänger muss und darf einer Willensäußerung also den Sinn beimessen, den sie für ihn als loyalen Kontrahenten hat ». Sur la notion de bonne foi objective et sa distinction par rapport à celle de bonne foi subjective, TERCIER/PICHONNAZ, N 90 ss. La bonne foi objective (art. 2 CC) vise des critères de comportement objectifs que chacun doit respecter dans un but d'honnêteté, de loyauté et de respect d'autrui. La bonne foi subjective (art. 3 CC), en revanche, vise le sentiment d'une personne d'agir correctement malgré l'existence d'une irrégularité juridique ; RISKE, N 482 ss.

pas sur la situation où une partie n'exprime qu'imparfaitement sa volonté ou lorsque la déclaration n'est pas comprise de manière exacte par l'autre²⁶².

En tant que disposition consacrant une exception – une volonté réelle et commune divergente du sens objectif des mots –, l'art. 18 CO **ne saurait en revanche être d'application extensive au point d'écarter le principe ancré à l'art. 1 CO** selon lequel seul le consentement tel qu'« extériorisé » est relevant pour la conclusion du contrat²⁶³. Du point de vue de l'art. 1 CO, la conclusion du contrat ne suppose, en effet, pas la conjonction des volontés internes des parties, mais uniquement celle de leurs manifestations de volonté²⁶⁴. L'affirmation ne préjuge pas de la remise en question, mais dans un second temps, de la validité du contrat sous l'angle des règles sur les vices du consentement, dans le but de protéger la volonté de l'un des contractants, ce en application de considérations relatives à la théorie de la volonté (sur la pertinence « résiduelle » de la théorie de la volonté, *supra* N 47 ss)²⁶⁵.

Aussi, l'art. 18 CO n'implique-t-il en réalité la **protection d'aucune confiance des parties**. La disposition s'applique précisément lorsque seules des expressions ou dénominations sont inexactes, mais que les parties se sont malgré tout comprises (comp. art. 24 al. 3 CO qui serait plutôt une règle relative au consentement [« *Konsensregel* »]²⁶⁶)²⁶⁷. Il s'agit donc véritablement de préserver l'intersubjectivité. Le principe même d'une interprétation – certes subsidiaire – fondée sur le principe de la confiance (interprétation objective), en application de l'art. 18 CO, et réaffirmé de jurisprudence constante (*infra* N 118 ss), paraît dès lors suprenant. On ne saurait cependant voir dans nos développements la conclusion de la prédominance de la théorie de la volonté (*supra* N 25 s.)²⁶⁸ ; notre souci reste bien plus de relever certaines incohérences liées à une conception « en cascade » de la démarche interprétative. Nous y reviendrons (*infra* N 130 ss).

²⁶² BK OR-MÜLLER, art. 18 N 74 et 98. Comp. BK OR-KRAMER, art. 18 N 82.

²⁶³ HONSELL, Willenstheorie oder Erklärungstheorie, p. 335 et 340.

²⁶⁴ OFTINGER, Auslegung, p. 190 s.

²⁶⁵ Comp. HONSELL, Willenstheorie oder Erklärungstheorie, p. 340.

²⁶⁶ ATF 116 II 685, consid. 2b/bb.

²⁶⁷ Pour nos développements, BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 23-27 N 158 : « *das Vertrauensprinzip stösst dort an Grenzen, wo es kein Vertrauen zu schützen gibt. Dies trifft zu, wenn sich die Parteien lediglich in der Erklärung irren, in der Sache aber einig sind, eine Regel, die in Art. 18 OR ihren Platz gefunden hat* ».

²⁶⁸ MEIER-HAYOZ, p. 130 s.

- 117 Quel est précisément ce concept de **priorité de l'interprétation subjective** (3) ?

3. Priorité de l'interprétation subjective

a. Principe

- 118 La jurisprudence et la doctrine majoritaire suisses retiennent la priorité de l'interprétation selon la **volonté réelle des parties** (interprétation subjective ou empirique²⁶⁹), par rapport à l'interprétation de bonne foi (art. 2 CC)²⁷⁰ d'après le principe de la confiance (interprétation objective ou normative)²⁷¹. L'interprétation subjective vise la **détermination de la volonté interne (« intime »)** des parties²⁷². Elle relève des faits, que le TF ne revoit que sous l'angle strict de l'arbitraire²⁷³. L'interprétation objective, laquelle relève en revanche du droit, s'intéresse à la façon dont le destinataire de la manifestation de volonté pouvait et devait la comprendre d'après l'ensemble des circonstances concrètes²⁷⁴.
- 119 Par rapport au principe de la priorité de l'interprétation subjective, le paradigme de l'interprétation objective n'est pas la volonté interne (« intime »), mais la **réelle et commune intention des parties**, dont l'analyse suppose nécessairement un rattachement plus objectif²⁷⁵. Ce paradigme ne signifie pas qu'il faille mettre de côté la véritable volonté des parties au détriment de considérations purement objectives et abstraites. L'antagonisme entre les conceptions subjective (basée sur les intentions des parties) et objective

²⁶⁹ En droit allemand, WOLF/NEUNER, § 35 N 22 ss (« *das empirisch Gewollte* »).

²⁷⁰ ATF 111 II 291, consid. 2b : « *faute de constatation quant à la volonté interne des parties, leur contrat doit être interprété selon les règles de la bonne foi* ».

²⁷¹ Par ex. ATF 131 III 606, consid. 4.1 et ATF 131 III 467, consid. 1.1 = JdT 2006 I 43. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 314 et 356 ss ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 59 ss ; SCHWENZER, N 33.02 ; STEHLE, p. 258 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 195 et 948a.

²⁷² ATF 122 III 106, consid. 5a = JdT 1997 I 98. BK OR-MÜLLER, art. 18 N 59 ; STEHLE, p. 258.

²⁷³ ATF 140 III 264, consid. 2.3. ; arrêt du TF 4A_159/2014 du 18.06.2014, consid. 4.5. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 365.

²⁷⁴ ATF 132 III 626, consid. 3.1. = JdT 2007 I 423 ; arrêt du TF 4A_512/2015 du 14.04.2016, consid. 4.2. STEHLE, p. 258.

²⁷⁵ ECL-VOGENAUER, art. 5:101 N 3.

(focalisée sur des signes de communication externes) se retrouve dans l'Histoire²⁷⁶. La priorité de l'une sur l'autre serait même changeante²⁷⁷.

La priorité de l'interprétation subjective exige une **appréciation critique** (b). 120

b. Appréciation critique

Nous procéderons à une appréciation critique²⁷⁸ **par rapport au rattachement subjectif** (i) que consacre l'interprétation subjective, par rapport à la détermination judiciaire de la volonté (ii) et par rapport aux conditions générales (iii). Nous conclurons en mentionnant l'approche de l'interprétation dite uniforme (iv). 121

(i) Par rapport au rattachement subjectif

En droit suisse des obligations, la priorité serait reconnue à la théorie de la volonté²⁷⁹, par le truchement du concept d'interprétation subjective²⁸⁰. En tant que consécration de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté, la prééminence de la volonté des parties est effectivement un principe fondamental. Par ses fondements même, l'interprétation « subjective » renvoie pourtant inévitablement à la détermination d'une volonté interne²⁸¹, en tant que 122

²⁷⁶ CANARIS/GRIGOLEIT, p. 593 ; VOGENAUER, Interpretation, p. 8 ; ECL-VOGENAUER, art. 5:101 N 4. Comp. PAULUS Dig. 32. 25.1 : « *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* », soit (trad. libre) « *lorsqu'il n'existe pas d'ambiguïté dans les mots, la question de la volonté ne se pose pas* » avec PAPINIEN Dig. 50, 16, 219 *supra* N 105.

²⁷⁷ CANARIS/GRIGOLEIT, p. 593. Pour le droit suisse, BK OR-MÜLLER, art. 18 N 47.

²⁷⁸ Pour une critique générale historique, grammaticale, dogmatique, pratique, systématique et de politique juridique, BK OR-MÜLLER, art. 18 N 70 ss.

²⁷⁹ ATF 123 III 35, consid. 2b = JdT 1997 I 322 : « *im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen* » ; arrêt du TF 4A_574/2013 du 15.05.2013, consid. 3.1. ; arrêt du TF 5A_88/2012 du 07.06.2012, consid. 3.1 ; arrêt du TF 4A_627/2011 du 08.03.2012, consid. 3.3 ; arrêt du TF 4A_683/2011 du 06.03.2011, consid. 5.1 ; arrêt du TF 4C.24/2000 du 28.03.2000, consid. 3a.

²⁸⁰ Critique envers une application et une priorisation directe de la théorie de la volonté sur la base de la seule lettre de l'art. 18 CO, MEIER-HAYOZ, p. 130.

²⁸¹ Comp. PICHONNAZ, Le centenaire, p. 151, mais qui relativise néanmoins la portée sur l'interprétation contractuelle résultant du choix du concept de « volonté interne » par rapport à « l'apparence efficace ».

processus éminemment subjectif²⁸², et, partant, à la théorie de la volonté²⁸³. Or, l'interprète recourt toujours à des éléments objectifs (extérieurs) pour déterminer l'intention « subjective » des parties (*supra* N 33 ss)²⁸⁴.

- 123 Cette priorisation a des conséquences pratiques immédiates ; elle entraîne peut-être une certaine confusion entre le principe même érigeant en dogme intangible²⁸⁵ la volonté des parties et les conséquences judiciaires, en particulier procédurales, de cette volonté²⁸⁶. En effet, les moyens judiciaires mis en œuvre pour constater la « réelle et commune intention » des parties résultent **inévitavelmente de critères de rattachement extérieurs** (par ex. la manifestation de la volonté, le comportement perceptible pour l'interprète, les mots utilisés, etc.)²⁸⁷. De façon illustrative, dans une affaire certes soumise au droit allemand, l'Obergericht du canton de Zurich a récemment retenu que la volonté réelle des parties, au sens du § 133 BGB (qui correspond d'après ce tribunal à l'art. 18 CO), n'était en réalité pas une volonté interne (« *innerer Wille* »)²⁸⁸.

²⁸² ATF 140 III 75, consid. 3.2.2 (« *volonté intime* ») ; ATF 123 III 129, consid. 3c (« *volonté interne* ») ; ATF 81 II 577, consid. 3 (« *fatto interno* ») ; ATF 70 II 31, consid. 2a (« *innern Tatbestandes* ») ; ATF 69 II 319 (« *inneren Willens* »).

²⁸³ CANARIS/GRIGOLEIT, p. 594 : « *with respect to this function of <objective> interpretation, one can draw a certain parallel to the dispute between the will theory and the theory of declaration [...]* ».

²⁸⁴ VOGENAUER, *Interpretation*, p. 4.

²⁸⁵ Comp. au sujet du droit français VOGENAUER, *Interpretation*, p. 4 : « *the French approach is therefore <subjective> in terms of ideology and rhetoric, rather than in substance* ».

²⁸⁶ VOGENAUER, *Auslegung*, p. 136 : « *praxisrelevante Nachwirkungen hat der Theoriestreit (i.e. entre l'interprétation subjective et objective) fast nur noch im Hinblick auf den prozessualen Charakter der Vertragsauslegung [...]* ».

²⁸⁷ GAUCH, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*, p. 237 : « *die richterliche Auslegung der Verträge stellt nur dort auf den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen ab, wo ein solcher Wille prozessual feststeht. In den übrigen (weit häufigeren) Fällen greift der Richter zur objektiven Auslegung und entscheidet normativ, was von den Parteien als vereinbart gilt* ».

²⁸⁸ OG ZH LB150011 du 15.09.2015, consid. 5.3 : « *nach § 133 BGB ist (entsprechend Art. 18 OR) bei der Auslegung von Willenserklärungen <der wirkliche Wille zu erforschen>, und es ist nicht <an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften>. Mit dem <wirklichen Willen> gemäss § 133 BGB ist aber nicht der innere Wille der Erklärenden gemeint. Massgebend ist die sog. normative Auslegung, indem sich die Auslegung nach dem richtet, wie die Erklärung vom Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden musste* ».

(ii) Par rapport à la détermination judiciaire de la volonté

Les tentatives de rattachement et de référence à un processus subjectif mènent potentiellement à **des incohérences procédurales**. Du point de vue de l'interprète, il serait peu convaincant de distinguer entre, d'une part, la détermination de la volonté interne des parties en tant que question de fait et, d'autre part, l'interprétation objective des déclarations de volonté en tant que question de droit²⁸⁹. 124

PICHONNAZ – sans toutefois remettre fondamentalement en question la distinction – relève tout de même qu'il n'y a **pas de véritable différence de nature entre les interprétations subjective et objective**²⁹⁰ ; dogmatiquement, elle résulte peut-être d'une séparation artificielle entre la conception « subjective » de l'interprétation des manifestations de volonté (notamment de l'offre et de l'acceptation) et celle, « objective », du contrat comme un tout, alors qu'il n'est que – mais tout de même ! – le résultat de la conjonction desdites manifestations²⁹¹. 125

L'interprétation conduit quoi qu'il en soit à objectiver les déclarations et, partant, les « intentions » des parties²⁹². La nécessité d'un rattachement à une manifestation extérieure de cette volonté est largement reconnue par la doctrine²⁹³. L'ordre juridique ne peut en effet raisonnablement observer une volonté de s'engager que si, et dans la mesure, où elle a été communiquée vers l'extérieur²⁹⁴. La véritable volonté « intime » **n'est jamais déterminable, ou** 126

²⁸⁹ BSK OR I-WIEGAND, art. 18 N 14. A noter que l'arrêt de l'OG ZH dont il vient d'être question (*supra* N 123) reprend les considérations procédurales développées par le TF, malgré un paradigme semble-t-il différent. Comp. BK OR-KRAMER, art. 18 N 74 ss et 201 s.

²⁹⁰ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 150 s.

²⁹¹ Dans ce sens, ECL-VOGENAUER, Introduction before art. 5:101, N 14.

²⁹² Très clair, OFTINGER, Betrachtungen, p. 200 : « *aus der uralten, auf die römischen Juristen zurückgehenden Tendenz heraus, möglichst an einen, wenn auch noch so hypothetischen Parteiwillen anzuknüpfen, lieben es die Gerichte und die juristischen Schriftsteller vielfach, wie bei der Auslegung, so auch bei der Ergänzung der Rechtsgeschäfte den Eindruck hervorzurufen, die Lösung fusse auf einem wirklichen Parteiwillen. Das kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass jeder Parteiwille zur leeren Fiktion geworden ist. Es sollte deshalb klar erkannt und die Erkenntnis nicht durch metaphorische Heranziehung des Parteiwillens verhüllt werden, dass der Richter ausschliesslich nach objektiven Kriterien arbeitet, und insbesondere, wo er eine allgemeingültige Lösung trifft, gestützt auf ZGB Art. 1 die Neuschöpfung eines Rechtssatzes vornimmt* ».

²⁹³ GAUCH, Vertrag und Parteiwille, p. 350 et les réf. citées.

²⁹⁴ SCHMIDLIN, Vertragsabschluss, p. 109 s. ; VON TUHR, Mängel, p. 279 et 284.

alors uniquement par indices²⁹⁵, ce qui revient dans tous les cas à objectiver l'analyse. Seule est identifiable la volonté commune des parties, ou celle de l'un des contractants, telle qu'elle pouvait et devait être comprise de bonne foi suivant les circonstances concrètes. L'unique subjectivité (ou subjectivité résiduelle) est ainsi celle de l'interprète appelé à analyser et à qualifier le comportement et les déclarations des partenaires contractuels, en décidant du sens à leur donner selon son propre jugement de valeur²⁹⁶. Cela vaut aussi sous l'angle des vices du consentement ; c'est alors seulement le critère de rattachement de l'analyse – à savoir spécifiquement la volonté interne de l'un des contractants – qui varie. Les éléments de preuve dont dispose le tribunal appelé à juger de l'existence d'un tel vice ne demeurent également que des moyens indirects de détermination de la volonté.

127 Une conception strictement subjective de l'interprétation ne paraît donc ni idéale, ni même praticable. Chacun des contractants pourrait du reste toujours **affirmer « ce qui l'arrange »**²⁹⁷. Or, il est discutable que l'un des contractants soit ainsi livré à l'autre sur la question du contenu du contrat et de sa finalité (cf. art. 27 al. 2 CC)²⁹⁸. Les cas litigieux sont en outre précisément ceux où l'intention des parties n'est, volontairement ou non, pas claire²⁹⁹.

²⁹⁵ Comp. HG ZH 110112-O du 03.04.2013, consid. 2.2.1 : « für die Lösung des Einzelfalles ist das Abstellen auf den wirklichen Willen mehr oder weniger belanglos. An die Stelle des inneren Willens, den ohnehin niemand kennt, tritt nach Treu und Glauben das Verständnis eines redlichen Vertragspartners [...] ». En droit pénal (faux témoignage, art. 307 CP), ATF 93 IV 58 : « seraient par conséquent des faits, les gestes, le comportement d'une partie lors de la conclusion d'un contrat, les paroles qu'elle prononce ; en revanche sa volonté interne, que l'on déduit d'événements observables, serait non un fait, mais une vue de l'esprit. Il est exact que les phénomènes psychiques - sentiments, volontés, intentions, etc. - échappent aux sens. Ils ne sont pas, comme tels, susceptibles de constatations. C'est à l'aide de règles d'expérience que le particulier, comme le juge, les infère de gestes, de paroles, d'attitudes ». CUÉNOD, p. 15 s. ; BK OR-KRAMER, art. 18 N 16 ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 85 s. ; MEIER-HAYOZ, p. 66 ; SCHMIDLIN, Vertragsabschluss, p. 114.

²⁹⁶ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 360 ; GAUCH, Auslegung, Ergänzung und Anpassung, p. 212 : « [...] da jeder Betrachter das Vergangene bloss aus seiner eigenen und jetzigen Sicht erkennt » et p. 240 ss. Comp. BK OR-MÜLLER, art. 18 N 85.

²⁹⁷ GAUCH, Auslegung, Ergänzung und Anpassung, p. 215 : « sie [la partie] korrigiert die Vergangenheit und glaubt, gewollt zu haben, was sie jetzt wollen würde oder wollen müsste, um den Streit zu gewinnen ». OFTINGER, Betrachtungen, p. 185 : « [...] denn immer dort, wo die eine Partei ein Interesse hätte an einer von der Auffassung der Gegenpartei abweichenden Auslegung, stünden sich zwei angeblich widersprechende Meinungen gegenüber, von denen jede als die dem <wirklichen> Willen entsprechende angepriesen würde ».

²⁹⁸ STEHLE, p. 259.

²⁹⁹ HERBOTS, p. 426.

(iii) *Par rapport aux conditions générales*

Les limites décrites pour l'interprétation subjective valent tout particulièrement pour les **conditions générales** (*infra* N 1423 ss). Souvent, leur contenu ne dépend que de la volonté de l'une seule des parties, celle de leur utilisateur³⁰⁰. Si elles sont rédigées par un tiers, mais proposées par un des contractants, il arrive même qu'elles ne reflètent la « volonté intime » d'aucune d'entre elles. L'aspect volitif cède alors le pas face à la standardisation des échanges sociaux. 128

Pour reprendre le constat déjà fait à l'époque par CUÉNOD, l'essence contractuelle tend dans ce contexte à être **sacrifiée au détriment de la forme de l'extériorisation des manifestations de volonté**³⁰¹. Il est vrai, on pourrait argumenter que la volonté des parties couvre moins le contenu des conditions générales, que le fait de soumettre le contrat à de telles clauses. Ce constat n'évite cependant pas de déterminer le contenu contractuel en fonction de la volonté des parties, au risque de parvenir à une interprétation abstraite – normative – du contrat, ce qui n'est pas admissible (comp. *infra* N 1640 ss). 129

(iv) *Interprétation uniforme ?*

Une partie de la doctrine critique la distinction entre l'interprétation subjective et l'interprétation objective. Il n'existerait qu'**un seul et même type interprétation, à vocation objectivée**³⁰² **et concrète**, même si deux manières de l'appréhender ou de la qualifier resteraient effectivement envisageables³⁰³. Ce courant évoque également la nécessité d'une interprétation contractuelle uniforme (« *einheitliche Vertragsauslegung* »). 130

³⁰⁰ HUGUENIN, Obligationenrecht, N 279 et 283 ; STEHLE, p. 258.

³⁰¹ CUÉNOD, p. 15.

³⁰² OFTINGER, Betrachtungen, p. 186.

³⁰³ STEHLE, p. 261 et les réf. doctrinales citées où sont évoquées la « *modifizierte Willenstheorie* » et la « *abgeschwächte Erklärungstheorie* » pour qualifier ce que représenterait le compromis paradigmatique qu'il conviendrait d'adopter en vue d'une application de l'interprétation objective uniforme selon les art. 1 et 18 CO et 2 CC ; VON TUHR/PETER, p. 299 s. Dans le même sens de compromis, PIOTET P., Formation, p. 133 ss et, en part., p. 134 : « *il apparaît d'emblée que seule la combinaison du système de la volonté et de la théorie de l'apparence efficace peut expliquer et coordonner les solutions particulières du code* ».

- 131 La théorie propose une interprétation du contrat fondée sur la **conjonction des art. 1, 18 CO ainsi que 2 CC**³⁰⁴. L'art. 1 al. 1 CO fixe l'objet de l'interprétation, à savoir les manifestations de volonté, l'art. 1 al. 2 CO rappelle la nécessité d'observer les déclarations des parties et leur comportement³⁰⁵, l'art. 2 CC postule l'interprétation conforme à la bonne foi et, enfin, l'art. 18 CO impose au tiers ou au tribunal d'analyser les déclarations de la manière la plus concrète possible, en fonction de l'ensemble des circonstances³⁰⁶.
- 132 Les **art. 23 ss CO** complètent ce triptyque en permettant à la partie dont la volonté interne – intime – ne correspond pas à la compréhension du contrat selon le principe de la confiance, dans certaines situations légalement prévues, de le remettre en cause.
- 133 L'approche permet peut-être de concrétiser le mandat constitutionnel de correction du **déséquilibre consumériste** dans le contexte de l'interprétation normative³⁰⁷. On peut toutefois y opposer le fait qu'un éventuel déséquilibre entre parties pourrait de toute manière devoir être observé dans le contexte général de l'interprétation contractuelle³⁰⁸. En outre, cette interprétation ne doit pas être confondue avec l'interprétation générale et abstraite des conditions générales (« *Grundsatz der einheitlichen Auslegung der allgemeinen Geschäftsbedingungen* », *infra* N 1640 ss)³⁰⁹. A sa différence, l'interprétation contractuelle uniforme n'écarte pas les éléments concrets du cas d'espèce, mais vise à harmoniser la conception dogmatique et théorique de l'interprétation du contrat, singulièrement celle des contrats de consommation. Elle devrait au surplus permettre d'observer des éléments subséquents à la conclusion du contrat, notamment le comportement ultérieur des parties (sur les circonstances postérieures à la conclusion du contrat de consommation, *infra* N 627 ss).

³⁰⁴ MEIER-HAYOZ, p. 131 : « *die gesetzliche Normierung der Vertragsentstehung muss – zumindest indirekt – stets zum Auslegungsproblem Stellung nehmen. So müssen Art. 1 und 23 ff. – unter einem bestimmten Gesichtspunkt betrachtet – genau so wie Art. 18 als auf gewisse Fälle zugeschnittene Auslegungsregeln angesehen werden* ». L'auteur conclut en affirmant que « *Vielleicht führt uns ihre gemeinsame Betrachtung dazu, das allen zugrunde liegende, allgemeine Auslegungsprinzip zu finden* » ; STEHLE, p. 261.

³⁰⁵ ENGEL, Traité, p. 235, qui rappelle que l'interprétation du contrat est un cas particulier de l'interprétation des volontés en général. Pour le lien étroit entre les art. 1 et 18 CO et 7 CC, CR CO I-WINIGER, art. 18 N 3.

³⁰⁶ STEHLE, p. 261.

³⁰⁷ BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 137 en réf. à ZR 88/1989 p. 86.

³⁰⁸ Comp. BK OR-MÜLLER, art. 18 N 140, N 149 ss (« *Interessenlage der Parteien* ») et N 175.

³⁰⁹ Au sujet de cette problématique, KRAMER/PERRIG/PROBST, N 240 ss ; CR LCD-Pichonnaz, art. 8 N 82 ; SHK UWG-PROBST, art. 8 N 204.

Quel est le **lien** entre l'interprétation et la **qualification du contrat** (4) ?

134

4. Lien avec la qualification du contrat

Qualifier un contrat revient à « lui donner un nom »³¹⁰, à le subsumer dans la catégorie d'un contrat nommé ou innommé, ce qui **ne constitue toutefois pas un problème directement lié à l'interprétation du contrat, mais relevant plutôt de l'application du droit**³¹¹. Ces deux éléments sont toutefois liés car, pour qualifier un contrat, le tribunal doit nécessairement passer par une phase interprétative³¹². Aussi, le TF n'hésite-t-il pas à affirmer que la dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique, tout en se référant à l'art. 18 CO³¹³.

135

L'opération de qualification juridique, qui relève du droit³¹⁴, n'a généralement de sens que si l'application d'une norme impérative est envisagée ou si, pour le cas où la convention des parties est incomplète, il y a lieu de rechercher une disposition supplétive³¹⁵. L'opération déploie en outre une **fonction importante en matière de protection du consommateur**. Elle consiste à décider si un état de fait donné entre dans le champ d'application d'une ou de plusieurs règle(s) légales protectrice(s) (*infra* N 211), ce qui doit cependant être distingué de la détermination de la finalité du contrat de consommation (sur la distinction entre qualification du contrat et détermination de la finalité, *infra* N 580 ss).

136

Le dernier élément de la formation **du contrat** est l'examen de sa **validité** (E).

137

³¹⁰ La dénomination du contrat par les parties n'est pas déterminante en tant que telle, mais elle peut être un indice de sa qualification, MARCHAND, *Clauses contractuelles*, p. 84 s.

³¹¹ HERBOTS, p. 423, qui rappelle que la *common law* ne connaît pas la problématique de la qualification du contrat. La loi n'est pas basée sur une typologie contractuelle (ex. prêt, vente, entreprise, etc.) comme le connaissent les droits de tradition romano-civiliste ; ROSSEL, 4^e éd., p. 51.

³¹² HERBOTS, p. 423 ; VON TUHR/PETER, p. 290.

³¹³ Arrêt du TF 4A_592/2016 du 16.03.2017 consid. 2.1.

³¹⁴ ATF 131 III 217, consid. 3.

³¹⁵ CORBOZ, p. 270 cité in : arrêt du TC VD Jug/2015/30 du 08.07.2015, consid. III.a et SJ 2003 I 313, consid. 2.2.

E. Validité du contrat

1. Définition

- 138 Une fois l'accord des volontés établi par interprétation (*supra* N 100 ss)³¹⁶, il convient de vérifier sa validité (aspect légal³¹⁷). L'accord est considéré comme **valide si le contrat ne présente pas** de vice de forme (art. 11 ss CO), si son objet est possible, licite ou n'est pas contraire aux mœurs (art. 19 et 20 CO). En outre, le consentement des parties, ou de l'une d'entre elles, ne doit pas être vicié (art. 21 ss CO)³¹⁸.
- 139 On distingue entre le **vice de forme** (2) et le vice de l'objet (3), ainsi que les vices du consentement et la lésion (4).

2. Vice de forme

- 140 Du point de vue de la validité du contrat, **l'art. 2 al. 3 CO réserve les dispositions légales régissant la forme**³¹⁹.
- 141 En principe, les règles de forme **ne s'appliquent qu'aux points objectivement essentiels du contrat, ainsi qu'aux points subjectivement essentiels qui ne sortent pas de son cadre naturel** (cf. art. 2 al. 1 CO)³²⁰. Un vice de forme (art. 11 al. 2 CO) ne peut pas exister pour des points secondaires (cf. art. 2 al. 2 CO), subjectivement essentiels qui sortent du cadre naturel du contrat³²¹ ou qui améliorent la position de l'une des parties dans l'intérêt de laquelle la protection de la forme est instituée³²².
- 142 **La règle de forme ne détermine pas l'interprétation du contrat mais la validité de l'acte juridique**³²³. Lorsque le contenu du contrat a été déterminé par interprétation (*supra* N 100 ss), il reste nécessaire de vérifier si le contenu

³¹⁶ Comp. MEDICUS/PETERSEN, N 317 : « *geradezu einen deutlichen Vorrang hat die Auslegung gegenüber der Anfechtbarkeit, insbesondere wegen Irrtums (§§ 119,120)* ».

³¹⁷ TERCIER/PICHONNAZ, N 473.

³¹⁸ CARRON, Protection, N 7.

³¹⁹ MORIN, art. 2 CO, p. 468.

³²⁰ MORIN, art. 2 CO, p. 468.

³²¹ MORIN, art. 2 CO, p. 468.

³²² Comp. ATF 125 III 131, consid. 4b (en lien avec l'amélioration de la position de la caution).

³²³ ATF 121 III 118 consid. 4b/bb = JdT 1995 I 274.

contractuel a été exprimé d'une manière suffisante au regard de l'exigence de forme en cause³²⁴.

3. Vice de l'objet

Le vice de l'objet **renvoie à son illicéité** (art. 19 et 20 al. 1 CO), à **son impossibilité ou à sa contrariété aux mœurs** (art. 20 al. 1 CO) ; ceux-ci affectent la validité du contrat³²⁵. 143

Ces restrictions sont établies dans un but de protection d'intérêts privés et d'intérêts publics. La validité de l'accord peut ainsi être remise en question **indépendamment du fait que le vice touche un point essentiel³²⁶ ou secondaire**. Cette distinction conserve néanmoins son importance s'agissant de l'étendue de l'invalidité (nullité partielle ou totale)³²⁷. 144

4. Vices du consentement et lésion

L'application des règles sur les vices du consentement et la lésion (art. 21 ss CO) ne s'envisage que s'il y a eu échange des manifestations de volonté et que le **contrat est conclu**. 145

Si le contrat n'est pas conclu, c'est-à-dire si les exigences de l'art. 1 CO ne sont pas satisfaites, il est **superflu** d'invoquer les règles sur les vices du consentement – en particulier l'erreur – et la lésion. Si l'art. 1 CO cherche en effet à vérifier l'inexistence d'un vice dans la déclaration de la volonté, les règles sur les vices du consentement concernent, en revanche, l'examen de la formation de la volonté interne à l'origine de la convention³²⁸. 146

Il est significatif de mentionner que le **droit de l'UE** ne connaît actuellement pas de règles tombant sous la catégorie traditionnelle des défauts du consentement (« *defects in consent* » ; cf. cep. art. II.-7:101(I)(a) et II.-7:201 DCFR)³²⁹. Des règles similaires sont cela dit prévues à l'art. 11 de la Directive sur le commerce électronique, en lien avec l'obligation de prévoir des moyens 147

³²⁴ Arrêt du TF 4A_164/2010 du 06.07.2010 consid. 4.1.

³²⁵ MORIN, art. 2 CO, p. 469.

³²⁶ Pour un ex. d'application de l'art. 20 al. 2 CO, même si la nullité porte sur un point essentiel, ATF 107 II 216, consid. 3a = JdT 1982 I 66 cité in : BRACONI/CARRON ad art. 20 al. 2 CO.

³²⁷ MORIN, art. 2 CO, p. 469 s.

³²⁸ Pour ces développements, ROSSEL, 4^e éd., p. 31 et 59 ss.

³²⁹ SCHULZE/ZOLL, p. 160.

techniques appropriés de détecter et de corriger les erreurs de saisie (comp. art. 3 al. 1 let. s ch. 3 LCD).

a. Erreur

- 148 La règle selon laquelle le contrat est conclu lorsqu'il y a accord sur les éléments objectivement et subjectivement essentiels (art. 2 al. 1 CO) implique, *a contrario*, que l'accord ne peut être invalidé **que pour cause d'erreur essentielle** (art. 23 et 24 CO)³³⁰. Il s'agira soit des points essentiels pour *l'errans* (art. 24 al. 1 ch. 1 à 3 CO), soit de la base objectivement et subjectivement nécessaire à son engagement (art. 24 al. 1 ch. 4 CO)³³¹.

b. Lésion, dol et crainte fondée

- 149 En matière de lésion (art. 21 CO), de dol (art. 28 CO) ou de crainte fondée (art. 29 et 30 CO), les **exigences quant à la remise en question de l'accord sont moindres par rapport à l'erreur** (*supra* N 148). Pour invalider le contrat, il suffit que la victime démontre qu'elle ne l'aurait pas conclu ou qu'elle l'aurait conclu avec un contenu différent sans l'exploitation de sa faiblesse par l'autre partie, une tromperie intentionnelle respectivement une menace sérieuse de la part de celle-ci³³².
- 150 Après cette présentation des éléments de la formation du contrat, mais avant d'approfondir la protection du consommateur, il s'agit de **justifier** (Chapitre 2) la rédaction de la présente thèse.

³³⁰ MORIN, art. 2 CO, p. 468.

³³¹ MORIN, art. 2 CO, p. 468.

³³² MORIN, art. 2 CO, p. 468 : « *Le fait que la lésion, le dol ou la crainte fondée puissent être invoqués même s'ils n'ont pas un caractère objectivement causal se justifie par le caractère particulièrement répréhensible du comportement du cocontractant qui a provoqué ce vice en portant intentionnellement atteinte à l'intégrité du consentement de l'autre partie* ».

Chapitre 2 : Justification de la thèse

Nous osons penser que trois motifs principaux justifient notre thèse : la **récence de la protection du consommateur** (I), l'examen de l'intérêt à la modernisation du CO (II) et l'applicabilité du CO dans les contrats internationaux (III). Nous en traiterons succinctement à ce stade, dans la mesure où ces arguments se retrouveront souvent en filigrane tout au long de notre étude.

151

I. Récence de la protection du consommateur

Le droit de la protection du consommateur reste une matière juridique relativement jeune (*infra* N 330 ss). Pour certains, elle ne disposerait **pas encore d'une assise dogmatique solide** autre que celle – relativement vague – de la nécessité de protéger la personne acquérant ou utilisant des biens ou des services à des fins privées³³³. A cela s'ajoute que ce droit s'est développé d'une manière rapide et « pragmatique » – pour ne pas dire désordonnée – au travers d'interventions ponctuelles uniquement plutôt que de réflexions d'ordre plus fondamental à l'aune des principes généraux du droit des contrats³³⁴. Il est quoi qu'il en soit établi que le droit contractuel de la consommation (*infra* N 443 ss) entend mettre en place des règles nouvelles en vue d'assurer, d'une part, la qualité du consentement du consommateur et, d'autre part, la qualité du contenu contractuel³³⁵.

152

Le droit européen et celui de l'UE déploient en outre une **influence substantielle sur la manière dont le législateur suisse réglemente** les relations entre consommateurs et professionnels³³⁶. Or, les considérations de

153

³³³ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 96.

³³⁴ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 96.

³³⁵ BÉRENGER, N 28.

³³⁶ Comp. BRUNNER, *Europäisches Vertragsrecht*, p. 492 : « Für unsere Nachwuchs-Juristen ist die Auseinandersetzung mit dem Europäischen Vertragsrecht unverzichtbar. Das gleiche gilt

l'UE ne sont pas nécessairement les mêmes que celles du droit suisse des obligations (*infra* N 408 ss), ce qui est susceptible d'engendrer des conflits, voire des incohérences au niveau interne. L'acquis communautaire en droit des contrats concernerait d'ailleurs (très) souvent la protection du consommateur³³⁷. Récemment, surtout au niveau européen, en particulier par le truchement du récent « *Commentaries on European Contract Laws* » (ECL, *infra* N 2125 ss), on relève une tendance à la fixation du droit (contractuel) de la consommation au sein des règles générales du droit des obligations. Or, il convient d'étudier comment se positionnent désormais les règles suisses sur la formation du contrat à cet égard, ce qui fonde l'**examen** de l'éventuel **intérêt à la modernisation du CO (II)**.

II. Examen de l'intérêt à la modernisation du CO

154 L'actuelle partie générale du CO se fonde encore (très) largement **sur sa forme originelle** datant de 1881, respectivement de 1911 (*supra* N 8 ss). Au fil des années, des développements importants sont pourtant intervenus du point de vue de la conclusion des contrats en masse, notamment ceux conclus avec des consommateurs (*infra* N 330 ss).

155 La question d'une **loi générale de protection des consommateurs** s'était en outre posée au début des années 1980, en lien avec l'adoption de l'art. 31^{sexies} aCst.³³⁸. La Commission fédérale de la Consommation avait alors été chargée d'établir un avant-projet de loi de protection des consommateurs³³⁹. Il y avait en effet déjà des « normes de protection des consommateurs » éparpillées dans la législation suisse³⁴⁰. A la suite de ces démarches, les art. 6a³⁴¹ et 40a ss CO sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 1991, de même que la LIC, le 1^{er} mai 1992³⁴². Dans le contexte des réflexions relatives à la protection du consommateur, l'on ne saurait négliger l'importance des règles générales du droit des obligations, particulièrement des art. 1 à 18 CO, nonobstant la

für die Aufgabe der Lehre, Gesetzgebung und Rechtsprechung offen, unvoreingenommen und kritisch zu begleiten. Das ist eine faszinierende Aufgabe. Machen wir uns an die Arbeit ! ».

³³⁷ HEUZÉ, p. 129.

³³⁸ KOLLER-TUMLER, p. 117.

³³⁹ KOLLER-TUMLER, p. 117.

³⁴⁰ KOLLER-TUMLER, p. 117 et les différentes lois citées en ndbp 131.

³⁴¹ FF 1986 II 360, 392 pour le commentaire en lien avec l'art. 6a CO.

³⁴² KOLLER-TUMLER, p. 119.

présence d'instruments de protection spécifiques (*infra* N 452 ss)³⁴³. Pour BRUNNER, les réflexions sur un droit général ou une partie générale du droit contractuel de la consommation représentent ainsi « *eine Kernfrage des Konsumentenrechts* »³⁴⁴.

L'intérêt de l'étude de la modernisation du CO a non seulement été confirmée par la doctrine³⁴⁵ dans le cadre du Projet CO 2020, mais elle est également sollicitée par les rédacteurs de ce même projet. Ceux-ci ont affirmé que « *Der Entwurf soll auch und gerade zum Anlass genommen werden, einen Diskurs über die Aussage- und Überzeugungskraft des geltenden schweizerischen Privatrechts anzustossen* »³⁴⁶. Ou encore, « *Die Schöpfer von OR 2020 wünschen sich, mit dem vorliegenden Entwurf einen Dialog in Gang zu setzen, der alle betroffenen Kreise umfasst und schliesslich in einen politischen Prozess – das offizielle Gesetzgebungsverfahren – mündet* »³⁴⁷. De même, la doctrine admet que, d'un point de vue systématique, des dispositions supplémentaires sont nécessaires en particulier pour le contrat de consommation³⁴⁸. SCHMIDLIN rappelle également cet intérêt³⁴⁹. ENGEL, il y a un peu plus de 30 ans, affirmait encore que « *nos Codes sont des codes ouverts au changement, c'est-à-dire qu'ils sont susceptibles d'être remis sur le métier, amendés, si possible améliorés* »³⁵⁰ ou « *en d'autres termes, dans le domaine contractuel, il s'agirait de centrer l'étude sur des questions essentiellement techniques, par exemple : la formation du contrat [...]* »³⁵¹.

Le 31 janvier 2018, le Conseil fédéral a néanmoins estimé qu'il n'est **pas nécessaire de réviser la partie générale du CO**. Il a notamment retenu qu'un tel projet est « *extrêmement étendu et ambitieux* »³⁵², malgré l'existence d'une proposition concrète – « prête à l'emploi » – sous la forme du Projet CO 2020 (*infra* N 1979 ss). Il nous paraît dès lors toujours intéressant d'étudier³⁵³ les

³⁴³ ROPPO, p. 349 pour qui la discussion quant à l'intégration du droit contractuel de la consommation dans le droit contractuel général doit devenir « *a fully European discussion* ».

³⁴⁴ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 592 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 15.

³⁴⁵ Par ex. BUZ, p. 565.

³⁴⁶ HUGUENIN/MEISE, p. 300.

³⁴⁷ CO 2020-HUGUENIN/HILTY, Einleitung vor Art. 1 ff., N 8.

³⁴⁸ CR CO I-THÉVENOZ/WERRO, Introduction générale, N 9.

³⁴⁹ SCHMIDLIN, p. 34.

³⁵⁰ ENGEL, Cent ans, p. 35.

³⁵¹ ENGEL, Cent ans, p. 97.

³⁵² <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-69649.html> (consulté le 30.10.2018).

³⁵³ GAUCH, Auslegung, Ergänzung und Anpassung, p. 243 s. : « *Blicke ich auf meine Ausführungen zurück, so scheint mir, dass in der Zukunft noch vieles zu tun bleibt. Eine junge*

considérations de protection du consommateur à l'aune de la partie générale du CO en vue, le cas échéant, de proposer certaines évolutions moins ambitieuses, mais peut-être non moins utiles. Comme l'a en effet écrit PROBST, « *Der gesetzgeberische Elan von Swisslex ist in der Schweiz seit einiger Zeit erlahmt und das schweizerische Konsumentenschutzrecht steht heute eher in einer Phase gradueller Stagnation* » et « *Damit dürfte nun die Zeit gekommen sein, um vom « legislatorischen Pointillismus » Abschied zu nehmen und sich grundlegendere Gedanken zur Entwicklung des schweizerischen Privatrechts und des Konsumentenschutzes zu machen* »³⁵⁴. En d'autres termes, il s'agit peut-être de faire preuve, d'une part, de plus de pragmatisme, d'autre part, de revenir aux sources de la théorie contractuelle, avec désormais le recul nécessaire.

158 Enfin, toujours du point de vue de l'intérêt à la modernisation du CO, il convient également d'observer les **velléités d'uniformisation du droit civil et des contrats au niveau européen**. Ce phénomène, dont l'issue est toujours incertaine – en particulier s'agissant de l'adoption définitive d'un Code civil européen – demeure vraisemblablement d'actualité³⁵⁵. Il s'agit donc d'y porter l'attention qui se doit, en comparant l'état actuel du CO avec les propositions internationales les plus significatives (not. ACQP, DCFR, CESL et ECL). Par leur portée comparative large, ces textes contiennent des pistes d'interventions diverses, s'agissant tout particulièrement de la formation du contrat passé avec un consommateur. Nous aurons l'occasion d'y revenir en fin de thèse (*infra* N 2049 ss).

III. Applicabilité du CO dans les contrats internationaux

159 L'examen de la formation des contrats de consommation sous l'angle de la partie générale du droit suisse des obligations doit également être mis en lien avec le constat selon lequel le CO joue « **un rôle important** comme droit

Generation von Vertragsrechtlern muss sich <an der Schwelle zum einundzwanzigsten Jahrhundert> erneut mit den Grundlagen und den Regelungsgrundsätzen ihres Rechtsgebietes auseinander setzen, getragen von der kritischen Einsicht, dass alle Regeln (auch die Formeln, welche die Lehrbücher zieren) menschliche Erfindungen und dementsprechend änderbar sind. Wer diese Einsicht verdrängt und den Weg zur Wissenschaft macht <wie Hunde, die mit ihren Herrn spazieren gehen> (<hundertmal dasselbe vorwärts und rückwärts>), mag vielleicht zu Ehren kommen, bleibt trotz allem Vor- und Rückwärts aber stehen » et « Nur eines ist sicher: Ohne neue Impulse drohen uns Monotonie und Langeweile ».

³⁵⁴ PROBST, BFC, p. 98.

³⁵⁵ Comp. RISKE, N 315 ss.

applicable dans les contrats internationaux »³⁵⁶. Or, les règles de protection des consommateurs possèdent un caractère interventionniste en faveur d'une partie faible³⁵⁷. L'adoption de nouvelles règles protectrices pourrait également avoir pour conséquence que « *le débat sorte de son cadre* » en entraînant la multiplication des règles impératives et/ou des possibilités de remettre en cause les contrats (ex. art. 8 LCD et 210 CO), dans des domaines ne relevant pas (plus) nécessairement de la protection des consommateurs³⁵⁸.

L'insertion de règles impératives dans la réglementation relative à la conclusion, à la forme et à l'interprétation des contrats, doit dès lors être **soigneusement évaluée**³⁵⁹. Le risque est sinon de nuire à l'attractivité du droit suisse et du CO pour des partenaires internationaux³⁶⁰ étant à la recherche d'un droit clair, lisible et prévisible.

160

³⁵⁶ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 125.

³⁵⁷ Mettant en avant le risque d'une protection trop forte de la partie faible, GAUCH, *Vertrag und Parteiwille*, p. 366 : « *Soweit eine Krise des Vertragsrechts tatsächlich besteht, ist sie gewiß keine Krise der Privatautonomie, sondern eine solche ihrer Beschränkung. Das aber ist eine <Dauerkrise>, weil es keine Kriterien gibt, die das Verhältnis von persönlicher Freiheit und sozialer Bindung ein für allemal <richtig> festlegen. Vielleicht wird sich eines Tages sogar die Frage stellen: Wer schützt den Starken vor dem geschützten Schwachen ?* ».

³⁵⁸ MARCHAND, *Droit de la consommation*, p. 67.

³⁵⁹ MARCHAND, *Droit de la consommation*, p. 38.

³⁶⁰ MARCHAND, *Droit de la consommation*, p. 67.

Première Partie :
La protection du consommateur

Chapitre 3 : Droit de la consommation

Notre présentation du droit de la consommation commencera par une **introduction** (I). Nous traiterons ensuite des quatre éléments de ce droit (II).

161

I. Introduction

La consommation marque la **fin du processus économique**³⁶¹. Elle se définit en rapport avec la production et la distribution de biens et services, lesquels interviennent en amont³⁶². Dans le contexte d'un système global (de plus en plus) fondé sur une économie libérale de marché, l'acte de consommation en représente non seulement le but, mais également le moteur³⁶³. Sans pouvoir approfondir ici la question tant politique qu'idéologique de la pertinence d'un tel système, ainsi que celle de la capacité à assurer sa pérennité, en particulier écologique – débats indispensables et à terme inéluctables pour les juristes – force est de constater que le système consumériste demeure actuellement (encore) dominant.

162

Cette large reconnaissance du système à l'échelle nationale (cf. art. 1 LCart) et internationale entraîne certaines difficultés. Elles sont notamment d'ordre terminologique et conceptuel, s'agissant de la délimitation même du droit de la consommation et sont, en particulier, à remettre sur le compte d'une approche économique marquée de la matière, laquelle est inévitablement large³⁶⁴. Les **avis sont divers** s'agissant de la définition du droit de la consommation, de sa qualification, de son étendue ou même de l'identification du « consommateur »

163

³⁶¹ PROBST, BFC, p. 94.

³⁶² CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 17 et GRÜNIG, p. 14, qui rappellent que le terme consommer, du latin « *consummare* », signifie accomplir ou achever. Cf. ég. FAHRNI, p. 465 s.

³⁶³ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 13.

³⁶⁴ RHINOW, Commentaire Cst. 1874, art. 31^{sexies} N 3 : « *théoriquement, la thématique de la protection des consommateurs est illimitée : tous les domaines dans lesquels le particulier, en tant que consommateur final, paraît digne d'être protégé constituent des aspects virtuels de la protection des consommateurs* ».

(sur les définitions du consommateur, *infra* N 728 ss)³⁶⁵. Le droit de la consommation est ainsi régulièrement considéré comme appartenant³⁶⁶ au droit économique ou, au contraire, comme l'incluant³⁶⁷. On rencontre également la conception selon laquelle il se définirait par rapport au droit privé général³⁶⁸ ou représenterait une branche du droit privé (spécial³⁶⁹) social³⁷⁰.

164 Sans trancher la controverse, on constate qu'une majorité de relations contractuelles **se retrouve aujourd'hui dans le droit privé spécial** ; cela lui confère une importance accrue³⁷¹. Elle est confirmée par l'adoption de règles matérielles (cf. art. 257c CO) ou formelles spécifiques (cf. art. 32 CPC). Sur ce point, le droit de la consommation rejoint d'autres branches du droit privé spécial, à l'instar du droit du bail ou du travail. A leur différence, toutefois, il se caractérise par une intégration parfois (plus) directe au sein des règles générales du CO (cf. art. 6a CO et 40a ss CO)³⁷².

165 S'il existe un certain consensus quant au but du droit de la consommation – la protection d'un destinataire final, en principe privé, de biens ou de services – sa portée et son étendue restent plus difficilement identifiables de manière définitive. Il nous paraît dès lors utile de fournir au lecteur notre conception de la **notion** (A) de « droit de la consommation ». Nous poursuivrons avec la présentation de son étendue (B).

³⁶⁵ ENGEL, Cent ans, p. 75 ; GRÜNIG, p. 14. Péjorativement, pour le droit allemand, SIMITIS, p. 78 s. et 82 : « *der Konsument ist, bei aller Vorliebe für seine Erwähnung, keine juristisch relevante Grösse und erst recht existiert kein Verbraucherrecht* ».

³⁶⁶ BRUNNER, Was ist Konsumentenrecht ?, p. 33 s. et 42 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 14 ; RAPIN/WESSNER, N 5 ; REICH, p. 381 : « [...] *das <Wirtschaftsrecht des Europäischen Bürgers schlechthin>* » ; WEBER, Deregulierung, p. 26 ; WEBER-STECHER, p. 3 et les réf. citées.

³⁶⁷ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 13.

³⁶⁸ BRUNNER, Was ist Konsumentenrecht ?, p. 42.

³⁶⁹ TAMM, p. 120 ss analyse de manière approfondie la question en droit allemand dans une partie intitulée « *Verbraucherschutzrecht und der Streit um das Sonderprivatrecht* ».

³⁷⁰ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 592 et 598 ; BRUNNER, Konsumverträge, p. 8 ; BSK IPRG-BRUNNER, art. 120 N 2 ; BSK BV-UHLMANN, art. 97 N 7. Dans le même sens, BOURGOIGNIE, p. 241 ; ENGEL, Cent ans, p. 19 ; MÜLLER, Contrats, N 99 ; PICHONNAZ, Le centenaire, p. 136 ; REHBINDER, p. 67. Pour le droit allemand, BÜLOW/ARTZ, N 23.

³⁷¹ FONTAINE, p. 231.

³⁷² HUGUENIN/MEISE, p. 287 s.

A. Notion

Le droit de la consommation (« *Konsumrecht* »³⁷³, « *Konsumentenrecht* ») est un **ensemble de règles protectrices**, de droit privé ou de droit public, dont le but est la protection des personnes physiques, plus rarement des personnes morales (cf. art. 2 al. 3 LVF), dans la satisfaction de leurs besoins « privés » (personnels ou familiaux), à savoir étrangers à une activité artisanale, commerciale, libérale, industrielle ou professionnelle³⁷⁴. La partie qui fournit ces biens et services – habituellement qualifiée de « professionnel » ou de « fournisseur » – agit à des fins généralement lucratives, dans le cadre d’une activité artisanale, commerciale, libérale, industrielle ou professionnelle³⁷⁵.

166

Le but du droit de la consommation est la **protection du destinataire final – généralement privé – de biens ou services**³⁷⁶. Ses règles fixent, d’une part, le cadre normatif dans lequel s’inscrit la consommation de biens ou de services et, d’autre part, ont vocation à corriger abstraitement une situation présumée de déséquilibre entre le consommateur et le professionnel³⁷⁷. Lorsqu’il intervient en faveur du consommateur, le constat du législateur est triple³⁷⁸ :

167

1. Le consommateur est en **position de faiblesse**,
2. La loi **doit protéger** la partie faible, et
3. Les outils du **droit civil classique sont insuffisants** pour assurer cette protection.

Ce constat représente la **base de la justification normative** à l’adoption de normes relevant du droit de la consommation et, plus spécifiquement, du droit contractuel de la consommation (*infra* N 443 ss). Il ne faut pas perdre de vue que ces délimitations ne sont pas toujours aussi strictes qu’elles y paraissent. Ainsi, on rencontre des normes du « droit de la consommation » qui protègent également des personnes n’agissant pas nécessairement à des fins privées (cf. art. 2 al. 3 LVF). Par ailleurs, la loi se réfère parfois à la notion d’« utilisateurs » (cf. art. 1 al. 2, 3 al. 1 et 3 et 8 al. 5 LETC).

168

Quelle est l’**étendue** (B) du droit de la consommation ?

169

³⁷³ BRUNNER, Konsumverträge, p. 7.

³⁷⁴ TERCIER/PICHONNAZ, N 537.

³⁷⁵ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 592 et les réf. citées.

³⁷⁶ BARNIKOL, p. 7.

³⁷⁷ CARRON, Protection, N 21 ss ; FETSCHERIN, BFC, p. 72.

³⁷⁸ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 19.

B. Etendue

1. Transversalité

170 Le droit de la consommation est transversal³⁷⁹. Il est pluridisciplinaire, vaste³⁸⁰ et concerne de nombreux domaines du droit, qu'il s'agisse de droit matériel ou de droit formel. Les normes qui le régissent ne ressortent pas uniquement au droit privé, mais également au droit public³⁸¹. Le domaine est **intrinsèquement complexe**³⁸², de sorte qu'il s'agirait effectivement plutôt d'un amas de règles juridiques protectrices disparates que d'un cadre normatif strictement délimité³⁸³. Le législateur helvétique a en outre renoncé à une codification harmonisée et systématique du droit de la consommation³⁸⁴. L'on ne saurait pourtant automatiquement en déduire qu'une approche plus « ordonnée » du droit de la consommation est la panacée à la gestion de sa complexité.

171 L'étendue et le caractère hybride du droit de la consommation **découlent de ses buts divers et variés** (notamment l'information du consommateur, la protection de sa sécurité, de sa santé et de ses intérêts économiques ; *infra* N 293 ss)³⁸⁵. Leur multiplicité, et précisément leur caractère transversal, rendent plus ardue une classification en fonction des catégories traditionnelles – plus ou moins strictes et délimitées – que sont le droit civil, le droit pénal et le droit administratif³⁸⁶. De nombreux acteurs interviennent également dans

³⁷⁹ TAMM, p. 58 ss rappelle l'internationalité marquée du droit de la consommation.

³⁸⁰ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 15 ; PIEDELIÈVRE, N 27 ; SAUPHANOR, N 47.

³⁸¹ FF 1999 III 2879, 2893. KRAMER, Konsumentenschutz, p. 50 ; WEBER, Deregulierung, p. 27 ; WEBER-STECHER, p. 9 ; ZULAUF, p. 123.

³⁸² RAPIN/WESSNER, N 1.

³⁸³ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 13, qui évoque un « *syncrétisme mâtiné* » ; WEBER, Deregulierung, p. 27 et les réf. citées.

³⁸⁴ BARNIKOL, p. 11 s. ; BSK IPRG-BRUNNER, art. 120 N 3 ; RAPIN/WESSNER, N 5 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 537 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 247 ss. La France connaît un Code de la Consommation depuis 1993 (JULIEN, N 5). Le Québec adopta en 1978 une Loi sur la protection des consommateurs (MOORE, p. 7). En Allemagne, de nombreuses normes de protection du consommateur sont intégrées dans le BGB (cf. en part. § 13 et 346 ss). L'Italie dispose d'un « *Codice del Consumo* », alors que le Liechtenstein et l'Autriche ont adopté un « *Konsumentenschutzgesetz* ». A noter que la Turquie, le Mexique (« *Ley federal de protección al consumidor* ») et le Brésil (« *Código de Defesa do Consumidor* », DA FONSECA, p. 116) disposent également de législations protectrices plus systématisées.

³⁸⁵ TAMM, p. 58.

³⁸⁶ TAMM, p. 58.

l'élaboration du droit de la consommation³⁸⁷. Il serait très difficile, voire impossible, de définir avec précision et de manière définitive ce qu'il recouvre exactement³⁸⁸.

L'une de ses caractéristiques fondamentales est en tout cas qu'il **se propage et s'intègre dans toutes les matières du droit**, dans le but de corriger ou de prévenir des excès constatés ou potentiels au détriment d'une partie faible : le consommateur³⁸⁹. Ces difficultés doivent être gardées à l'esprit, y compris si l'on opte pour une approche fondée sur le droit des obligations, en particulier, le droit des contrats (sur la systématique d'une réglementation de protection du consommateur, *infra* N 2128 ss).

Relèvent notamment, en tout ou en partie, du droit de la consommation (dans son sens le plus large) : le droit des obligations³⁹⁰, particulièrement le droit des contrats³⁹¹ (ex. art. 40a ss CO, LCC, LVF), le droit de la lutte contre les cartels et de la concurrence déloyale (LCart, LCD ; *infra* N 175 ss), le droit administratif (ex. LDAI, LPTh), le droit pénal (ex. art. 23 ss LCD)³⁹², le droit de procédure civile (ex. art. 32 CPC), le droit international privé (ex. art. 118 et 120 LDIP et 15 CL). On peut en outre mentionner le droit bancaire, le droit de l'environnement et des produits pharmaceutiques et alimentaires³⁹³, les règles ayant pour but de permettre au consommateur de se comporter en acteur éclairé

³⁸⁷ Le DFJP s'occupe du CO, le SECO de la LCD (cf. art. 10 al. 3 let. b LCD, PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 224) et de la LCart, le BFC de la LIC et l'OFCom de la LTC. Le BFC prône une concentration des compétences en matière de protection des consommateurs, <https://www.konsum.admin.ch/bfk/fr/home/themen/sekretariat-ekk/dokumentation.html> (consulté le 30.10.2018).

³⁸⁸ PIEDELIÈVRE, N 1.

³⁸⁹ Pour le droit français, PIEDELIÈVRE, N 27.

³⁹⁰ HUGUENIN, Spannungsfeld, p. 417.

³⁹¹ FF 2006 2483, 2489 (Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 21 octobre 2005 [time-sharing en matière immobilière]) : « *sur le modèle de la directive, la commission propose des mesures relevant du droit de la consommation. Dans cette optique, les propositions concernent le droit des contrats* ». Comp. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 13.

³⁹² CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 16, qui précisent que le droit pénal a une place importante dans le droit de la consommation ; SAUPHANOR, N 57.

³⁹³ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 592 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 13 s. et 33 ss. Pour le droit français, PIEDELIÈVRE, N 8 et 27. Pour le droit allemand, SIMITIS, p. 21 ss étudie de nombreux domaines en lien avec la protection du consommateur, notamment le droit des cartels, le droit des denrées alimentaires ou encore le droit des produits thérapeutiques.

sur le marché (ex. LMétr et LIC)³⁹⁴, ainsi que les normes sur la sécurité et la responsabilité du fait des produits (LSPro, LRFP).

- 174 Avant d'approfondir les quatre éléments fondamentaux du droit de la consommation (II), nous rappellerons les **rappports** qu'il entretient **avec le droit de la concurrence** (2)³⁹⁵. Ces deux matières se caractérisent par des fondements économiques marqués³⁹⁶ ; elles s'entrecroisent régulièrement, notamment dans la mesure où le but – la finalité – du système économique reste l'acte de consommation (*supra* N 162).

2. Rapports avec le droit de la concurrence

a. Généralités

- 175 La concurrence peut³⁹⁷ se définir comme la **lutte entre les opérateurs économiques** (les concurrents), qui tentent de s'attirer les faveurs des acheteurs dans le but d'accroître chacun leur part de marché³⁹⁸. Pour MARTENET et HEINEMANN, la concurrence s'entend comme « *une situation de marché dans laquelle les opérateurs économiques s'efforcent d'établir des liens commerciaux avec des acheteurs ou des fournisseurs, en proposant des conditions apparaissant plus favorables que celles des autres opérateurs actifs sur le même marché* »³⁹⁹. Les textes réglementant la concurrence (cf. art. 101 al. 1 TFUE) ne la définissent généralement que par les restrictions qui lui sont apportées (définition indirecte)⁴⁰⁰.
- 176 Une concurrence accrue impliquerait un risque (plus) élevé d'« *effets secondaires* » au détriment du consommateur⁴⁰¹ en tant que destinataire final

³⁹⁴ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 61.

³⁹⁵ La question de la protection du consommateur par le droit de la concurrence est un sujet éminemment vaste qu'il ne nous est pas possible de traiter en profondeur dans notre étude axée sur le droit contractuel de la consommation. Nous nous limiterons par conséquent à insister sur certaines généralités qui nous paraissent incontournables. Pour des approfondissements, MARTENET/HEINEMANN, p. 32 ss et SZABÓ.

³⁹⁶ MARTENET/HEINEMANN, p. 17 ss présentent des notions fondamentales d'économie pour le droit de la concurrence.

³⁹⁷ MARTENET/HEINEMANN, p. 27, qui constatent « [...] *qu'aucune définition de la concurrence n'a jamais fait l'unanimité* ».

³⁹⁸ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 8.

³⁹⁹ MARTENET/HEINEMANN, p. 28.

⁴⁰⁰ MARTENET/HEINEMANN, p. 27.

⁴⁰¹ FF 1993 I 757, 762.

privé de biens et services. Pour qu'elle intervienne à son avantage, et soit efficace⁴⁰², la garantie d'une libre concurrence et la transparence du marché seraient à ce titre fondamentales⁴⁰³. La concurrence serait alors en mesure de **concrétiser le principe de la souveraineté du consommateur** (« *Konsumenten-souveränität* », *infra* N 293 ss)⁴⁰⁴. Autrement dit, le droit de la concurrence appartient au droit de la consommation pris dans son sens le plus large⁴⁰⁵. Directement ou indirectement, les deux domaines visent en effet la protection du consommateur⁴⁰⁶. Si le lien entre les deux droits paraît indéniable pour une partie de la doctrine⁴⁰⁷, il n'en demeure pas moins ambigu pour d'autres⁴⁰⁸. Une réponse définitive, pour autant qu'utile, s'avère par conséquent hasardeuse.

Certains auteurs, particulièrement de droit français, proposent de qualifier le résultat de la conjonction du droit de la consommation et du droit de la concurrence comme le « **droit du marché** »⁴⁰⁹. Les deux branches auraient pour but de garantir un fonctionnement optimal du marché, l'une sous l'angle de la protection du consommateur, l'autre du point de vue du respect de la liberté et de la loyauté de la concurrence⁴¹⁰. A l'intérieur même du droit de la consommation, il serait en outre possible d'isoler les règles relatives à la santé, la sécurité et, parfois, à l'information. En visant toutes les personnes

177

⁴⁰² MARTENET/HEINEMANN, p. 32 et 34 ; BSK BV-UHLMANN, art. 97 N 32.

⁴⁰³ HEINEMANN, Consommation et concurrence, p. 45 et 60 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 10 ; WEBER, Deregulierung, p. 30.

⁴⁰⁴ WEBER, Deregulierung, p. 37.

⁴⁰⁵ Les Préambules de la LCart et de la LCD se réfèrent expressément à l'art. 97 al. 1, respectivement à l'art. 97 al. 1 et 2 Cst. relatifs à la protection des consommateurs. MARTENET/HEINEMANN, p. 34, ndbp 70.

⁴⁰⁶ DUTOIT, p. 312 : « [...] *dans la société contemporaine, la protection des concurrents ne peut plus être dissociée de celle des consommateurs* » ; MARTENET/HEINEMANN, p. 32 ss ; HEINEMANN, Consommation et concurrence, p. 47 ; VON HIPPEL, p. 27, qui indique, qu'en tant que branche du droit certes autonome, le droit de la concurrence serait néanmoins l'un des moyens permettant la mise en œuvre de la protection du consommateur.

⁴⁰⁷ HEINEMANN, Consommation et concurrence, p. 45 s. ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 13 s. ; SZABÓ, *passim*. Pour la doctrine française, CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 17, qui considèrent le droit de la concurrence comme étant une discipline voisine du droit de la consommation tout en admettant « *qu'il existe, à la frontière entre les deux matières, un ensemble de règles qui appartient à l'une aussi bien qu'à l'autre* » ; PIEDELIÈVRE, N 32 ; SAUPHANOR, N 47.

⁴⁰⁸ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 7.

⁴⁰⁹ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 17 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 2.

⁴¹⁰ SAUPHANOR, N 48.

indistinctement, et non pas exclusivement les consommateurs⁴¹¹, ces règles rallieraient directement le droit du marché⁴¹², tout en relevant généralement du droit public⁴¹³.

178 Il paraît opportun de présenter certaines **convergences et divergences** (b) entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence.

b. Convergences et divergences

179 Le droit de la consommation cible les relations entre les consommateurs et les professionnels. Il concerne l'acte de consommation. Le droit de la concurrence s'intègre, en revanche, dans le processus de production et de distribution des biens et services ; **le premier se situe en aval du processus économique, le second en amont**⁴¹⁴. Cela étant, le droit de la lutte contre la concurrence déloyale – dont la finalité est tridimensionnelle⁴¹⁵ – contient des prescriptions présentant des similitudes avec le processus civil de la formation d'un contrat. On pense tout particulièrement à la phase de « l'offre » (ex. art. 3 al. 1 let. s LCD ; sur les sanctions de nature contractuelle en cas de violation de la LCD, *infra* N 190 ss)⁴¹⁶.

180 Comme le droit de la consommation, le droit de la concurrence **ne peut être rattaché sans équivoque au droit public ou au droit privé**⁴¹⁷. Leur mise en œuvre demeure néanmoins différente. L'application de la législation contre les cartels relève d'une autorité administrative (la COMCO) et des comportements déloyaux peuvent être sanctionnés pénalement (cf. art. 23 LCD). Quant au droit de la consommation, il dispose d'un rôle préventif plutôt que répressif⁴¹⁸ même

⁴¹¹ SAUPHANOR, N 9 et 48.

⁴¹² PIEDELIÈVRE, N 32; SAUPHANOR, N 48.

⁴¹³ Pour le droit allemand, TAMM, p. 59, qui apporte sur ce point une précision utile en relevant que « *es geht hier um staatliches <Schadenspräventionsrecht>* ». Sur l'intervention « en amont » des normes contraignantes, particulièrement celles relatives à la sécurité et l'hygiène, ENGEL, Cent ans, p. 38.

⁴¹⁴ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 7.

⁴¹⁵ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, Clauses abusives, p. 111, qui mentionne la protection des concurrents, des consommateurs et de la concurrence loyale en tant que fondement essentiel du système économique.

⁴¹⁶ PICHONNAZ, BFC, p. 93, qui affirme même que « *le droit contractuel de la consommation n'est finalement que l'autre face du droit de la concurrence* ».

⁴¹⁷ CARRON, Transactions couplées, N 420 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 18 : « [...] *oder sie gehören nach ihrem Gesamthalt teils zum öffentlichen, teils zum privaten Recht* ».

⁴¹⁸ PIEDELIÈVRE, N 34.

si l'on rencontre, il est vrai, des normes pénales tendant à la protection de certains types de « consommateurs » (cf. art. 325^{bis} CP [protection des locataires] et 23 LCD).

La notion de concurrence n'est toutefois pas limitée aux acheteurs-consommateurs en tant que destinataires finaux privés de biens et services (comp. *supra* N 175). Elle vise également les acheteurs-professionnels et même, plus généralement, **l'ensemble des acteurs du marché**. Dans ce contexte, le jeu de la libre concurrence (sur le concept de « main invisible » en lien avec la souveraineté du consommateur, *infra* N 241 ss) augmenterait, d'une part, la quantité et favoriserait, d'autre part, la qualité et la garantie du prix le plus bas possible des biens et des services proposés⁴¹⁹. 181

Le droit de la concurrence, singulièrement le droit de la **lutte contre les cartels**, concerne encore plus spécifiquement les rapports entre entreprises (cf. art. 2 al. 1 LCart). Il ne permet pas au consommateur la mise en œuvre civile de ses droits, mais octroie uniquement une telle possibilité aux entreprises (cf. art. 2 et 12 LCart)⁴²⁰. Le rôle du consommateur y est médiat – pour ne pas dire secondaire – ce qui nuance *de lege lata* l'apport de ce domaine pour la protection du consommateur. La protection conférée au consommateur par ce biais n'est donc souvent qu'indirecte⁴²¹. 182

La **protection** qu'offre le droit de la concurrence est **double** (c)⁴²². 183

c. Double protection

La protection de la concurrence peut être **quantitative** (i) ou qualitative (ii). 184

⁴¹⁹ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 8 ; VON HIPPEL, p. 27.

⁴²⁰ DELAYE/HUG, *Tempori servire*, p. 184 : « à défaut de participer au processus de concurrence, le consommateur n'est pas légitimé à agir par le biais des actions civiles de l'art. 12 LCart. Il ne peut donc pas obtenir la réparation de son préjudice par cette voie ».

⁴²¹ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 7.

⁴²² HEINEMANN, *Consommation et concurrence*, p. 46 : « cela dit, le droit des cartels à lui seul ne suffit pas. La concurrence doit être protégée non seulement au niveau quantitatif mais aussi au niveau qualitatif. C'est le rôle du droit de la concurrence déloyale d'assurer des rapports loyaux entre les entreprises et vis-à-vis des consommateurs ». MARTENET/HEINEMANN, p. 33 s. Prudents quant à cette distinction, CR LCD-PICHONNAZ/MARTENET, Introduction générale, N 20.

(i) *Quantitative*

185 La protection quantitative de la concurrence est assurée **par le droit de la lutte contre les cartels** (droit de la concurrence « *stricto sensu* »)⁴²³.

186 En droit suisse, cette protection est assurée par la LCart. Son but est de préserver le consommateur d'**entraves à la concurrence résultant d'ententes ou de concentrations illicites d'entreprises**⁴²⁴. La loyauté des comportements et des pratiques économiques ne sont en revanche pas des éléments directement visés par cette réglementation⁴²⁵. La réglementation quantitative de la concurrence vise exclusivement les rapports entre les entreprises⁴²⁶ ; la protection du consommateur y demeure donc toujours (très) indirecte.

(ii) *Qualitative*

187 La protection qualitative de la concurrence est assurée **par le droit de la lutte contre la concurrence déloyale** (LCD). De près ou de loin, la réglementation concerne les relations entre les entreprises et les destinataires finaux, qu'ils soient privés ou professionnels. Certains aspects de la protection qualitative se retrouvent néanmoins dans la partie générale du CO aux art. 6a et 7 al. 3 CO⁴²⁷.

188 Depuis l'adoption de la première LCD en 1943 (*infra* N 335), le législateur reconnaît le **caractère tridimensionnel**⁴²⁸ – fournisseurs, clients et collectivité – de la protection conférée par le droit de la lutte contre la concurrence déloyale⁴²⁹. La protection qualitative du consommateur peut donc être directe (ex. art. 9 al. 1 et 10 al. 1 LCD). La LCD vise par exemple à préserver le consommateur contre la tromperie (ex. art. 3 al. 1 let. i LCD) et contre la

⁴²³ MARTENET/HEINEMANN, p. 45 ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 14 ss.

⁴²⁴ HEINEMANN, Consommation et concurrence, p. 45 s.

⁴²⁵ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 14.

⁴²⁶ DELAYE/HUG, *Tempori servire*, p. 180 et 184.

⁴²⁷ Comp. HONSELL/PETRUSZAK, p. 772 et ROSSEL, 4^e éd., p. 39.

⁴²⁸ SHK UWG-PROBST, art. 8 N 232 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*, p. 295 : « *par la finalité tridimensionnelle qu'elle poursuit, la LCD assure une protection efficace du consommateur en réprimant les actes constitutifs de concurrence déloyale risquant de mettre en péril un processus de décision libre, informé et réfléchi* ».

⁴²⁹ KRAMER, *Konsumentenschutz*, p. 61 s. ; DUTOIT, p. 297 ss ; SZABÓ, p. 179. Ces auteurs relativisent pourtant tous l'incidence pratique de la protection conférée au consommateur par l'aLCD ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 73 *in fine*.

conclusion d'un contrat contre sa volonté (ex. art. 3 al. 1 let. s LCD)⁴³⁰. Si la LCD comporte des volets civil, pénal et administratif, on la rattache généralement au droit privé, nonobstant le fait qu'elle soit également liée au droit public. Certaines de ses dispositions se superposent quoi qu'il en soit avec le droit civil, singulièrement le droit des obligations⁴³¹.

On peut imaginer deux manières d'appréhender ces recoupements ; cette thématique rejoint la question des **sanctions de nature contractuelle d'une violation de la LCD** (d).

189

d. En particulier : sanctions de nature contractuelle d'une violation de la LCD

S'agissant des sanctions de nature contractuelle d'une violation de la LCD, on peut distinguer entre la conception fondée sur le principe de **la validité du contrat subséquent** (i) et celle la rejetant (ii).

190

(i) *Validité du contrat subséquent*

Certes, la protection du consommateur et la préservation de la loyauté de la concurrence sont des objectifs distincts. Cela étant, ils sont parfois susceptibles d'être atteints par les mêmes moyens⁴³². Dans un contexte de recoupements réciproques entre le droit de la lutte contre la concurrence déloyale et le droit des contrats⁴³³, une partie de la doctrine soutient le principe de la validité du

191

⁴³⁰ HEINEMANN, Consommation et concurrence, p. 46. Pour des développements plus conséquents, BSK UWG-HILTY, art. 1 N 107 ss, en part. N 118. Pour le droit allemand, TAMM, p. 60.

⁴³¹ CR LCD-PICHONNAZ, Introduction générale, N 80.

⁴³² KUONEN, Envol manqué, p. 3 en réf. à l'arrêt CJUE, 15.03.2012, aff. C-453/10, PERENICOVÁ et PERENIC, N 37 ss, en part. N 43 « *la constatation du caractère déloyal d'une pratique commerciale constitue un élément parmi d'autres sur lequel le juge compétent peut fonder son appréciation du caractère abusif des clauses d'un contrat en vertu de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 93/13* » et N 44 « *cet élément n'est cependant pas de nature à établir automatiquement et à lui seul le caractère abusif des clauses litigieuses. En effet, il appartient à la juridiction de renvoi de se prononcer sur l'application des critères généraux énoncés aux articles 3 et 4 de la directive 93/13 à une clause particulière qui doit être examinée en fonction de toutes les circonstances propres au cas d'espèce* ».

⁴³³ SHK UWG-PROBST, art. 8 N 232, qui évoque un « *Spannungsverhältnis* » entre la perspective du droit des contrats et celle du droit de la lutte contre la concurrence déloyale.

contrat subséquent (« *Grundsatz der Gültigkeit des Folgevertrages* »); un contrat conclu en violation des dispositions de la LCD réglementant des aspects de la conclusion du contrat (cf. art. 3 LCD ; « *Vertragsanbahnung* ») **ne serait pas nul au sens de l’art. 20 CO, lequel vise le contenu du contrat**⁴³⁴. La nullité au sens l’art. 20 CO concernerait dès lors uniquement le contenu du contrat, mais pas les circonstances de sa conclusion⁴³⁵.

192 En suivant la conception de la validité du contrat subséquent, il faut retenir la **possibilité d’une invalidation pour vices du consentement** (art. 23 ss CO), laquelle n’exclut pas non plus la sanction du comportement sous l’angle, y compris pénal, de la LCD (cf. art. 9 ss et 23 LCD)⁴³⁶. L’utilité pratique des actions civiles au sens des art. 9 ss LCD reste toutefois à démontrer⁴³⁷.

193 D’une certaine manière, en se rapportant directement au contenu des conditions générales, l’**art. 8 LCD** consacre une exception notable au principe de la validité du contrat subséquent. En effet, la majorité de la doctrine admet que le non-respect de cette disposition entraîne – directement – la nullité de la clause abusive (*infra* N 1798 ss).

(ii) Rejet de la validité du contrat subséquent ?

194 Pour des motifs de protection du consommateur, le principe de la validité du contrat subséquent (directement *supra* N 191 ss) **ne saurait toutefois être généralement suivi**. Dans la mesure où la violation d’une règle à caractère précontractuel de la LCD est illicite (cf. art. 2 LCD), cette dernière s’étend également à la manifestation de volonté du consommateur (offre ou acceptation) qui y est causalement liée et dirigée en vue de la conclusion du contrat (comp. art. L132-10 Code de la consommation français pour les sanctions

⁴³⁴ *Contra*, CR LCD-CARRON/WERRO, art. 3 al. 1 let. k N 22. Pour des développements sur le principe de la validité du contrat subséquent, BSK UWG-BÜHLER, art. 3 Abs. 1 let. s N 46 ; BSK UWG-FRICK, art. 4a N 68 ; SHK UWG-JUNG, Einleitung, N 15.

⁴³⁵ BSK UWG-FRICK, art. 4 N 38.

⁴³⁶ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 5 et art. 3 al. 1 let. h N 12 (en lien avec la crainte fondée, art. 29 s. CO). Comp. arrêt du TF 6B_1074/2016 du 20.07.2017, consid. 2.2.1 : « *Unter dem Gesichtspunkt der Verkaufsmethode spielt es schliesslich (strafrechtlich) keine Rolle, ob der von den Kunden unterzeichnete Vertrag zivilrechtlich infolge Willensmangel anfechtbar oder mangels Konsens gar nicht zustande gekommen ist (vgl. Urteil 6S.677/2001 vom 16. März 2002 E. 4b/cc)* ».

⁴³⁷ BSK UWG-BÜHLER, art. 3 al. 1 let. s N 41 ss ; CR LCD-WERRO/CARRON, art. 3 al. 1 let. p N 41.

civiles en cas de pratique commerciale agressive⁴³⁸)⁴³⁹. Un recours aux règles sur les vices du consentement devient alors superflu (comp. directement *supra* N 192), le contrat n'étant jamais venu à chef⁴⁴⁰.

Le rejet du principe de la validité du contrat subséquent **offre une meilleure protection au consommateur**. En particulier, il n'a pas à démontrer les conditions d'application des vices du consentement. Le tribunal devrait par ailleurs constater d'office la nullité du contrat⁴⁴¹, sanction devant être rapprochée de celle de l'inefficacité des clauses abusives en cas de violation de l'art. 8 LCD relatif – il est vrai – au contenu du contrat plutôt qu'à sa conclusion.

La recherche de la sanction civile de nature contractuelle adaptée dépend vraisemblablement **de la nature de l'obligation** mise à charge du professionnel. Lorsque la règle lui impose un comportement déterminé (cf. art. 3 al. 1 let. s LCD), la conséquence de la nullité n'est pas aussi adaptée que si la loi en interdit un⁴⁴². Les conséquences civiles de la violation d'un devoir d'information de la LCD seraient ainsi à déterminer au cas par cas⁴⁴³. Une partie de la doctrine considère dès lors à juste titre, qu'en cas de violation de l'art. 3 al. 1 let. s LCD, la sanction n'est pas la nullité du contrat, mais qu'un

⁴³⁸ La teneur de cette disposition est la suivante : « le contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale agressive mentionnée aux articles L. 121-6 et L. 121-7 est nul et de nul effet ».

⁴³⁹ CR LCD-WERRO/CARRON, art. 3 al. 1 let. p N 39 ss et art. 3 al. 1 let. s LCD N 39 et les réf. citées. Comp. art. 8 al. 2 § 2 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs (contrat à distance conclu par voie électronique) : « si le professionnel ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande ». Contra arrêt du TF 6B_1074/2016 du 20.07.2017, consid. 2.2.1 : « der Vorinstanz ist ferner zuzustimmen, dass es auf die zivilrechtliche Gültigkeit des Vertrages ebenso wenig ankommt, wie auf das Motiv der Zahlung. So oder anders bezweckten die Bemühungen des Beschwerdegegners keinen Vertragsabschluss, sondern dessen Erfüllung. Sie stellen daher keine Verkaufsmethode dar. Dass die Strafbarkeit nach Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG keinen Vertragsschluss voraussetzt, führt zu keinem andern Ergebnis. Gleichwohl muss die Bemühung, um als Verkaufsmethode gelten zu können, auf den Vertragsabschluss gerichtet und geeignet sein, unmittelbar zu einem solchen zu führen. Ist hingegen, wie vorliegend, ein Vertragsabschluss bereits erfolgt, kann die anschliessende Bemühung nicht mehr darauf abzielen ».

⁴⁴⁰ Contra, BSK UWG-FRICK, art. 4a N 68 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 9 N 152.

⁴⁴¹ ATF 129 III 209, consid. 2.2 = JdT 2003 I 623. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 681.

⁴⁴² SAUPHANOR-BROUILAUD et al., Les contrats de consommation, N 282. Comp. VASELLA, UWG Kommentar, art. 3 al. 1 let. s et al. 2, N 58, qui rejette la nullité du contrat civil en cas de violation de l'art. 3 al. 1 let. s LCD. Plaidant pour la nullité du contrat subséquent, CR LCD-WERRO/CARRON, art. 3 al. 1 let. s N 39.

⁴⁴³ BSK UWG-BÜHLER, art. 3 al. 1 let. s N 46 s. ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 151 pour les conséquences sur la conclusion d'un contrat d'un comportement déloyal.

recours aux règles sur les vices du consentement et à la responsabilité précontractuelle doit rester possible⁴⁴⁴.

- 197 Dans ce prolongement, on rappelle qu'il demeure discuté de savoir si le **constat du caractère abusif** (art. 8 LCD) d'une clause contenue dans des conditions générales entraîne la nullité ou la réduction de celle-ci (*infra* N 1798 ss). La doctrine majoritaire plaide en faveur de la nullité partielle des conditions générales, c'est-à-dire l'exclusion de la clause déclarée abusive⁴⁴⁵. C'est également la position de la CJUE⁴⁴⁶, ainsi que celle que semble suivre le TF⁴⁴⁷. Le principal argument en faveur de la nullité est que la réduction de la clause octroierait une échappatoire à l'utilisateur des conditions générales⁴⁴⁸, ce qui serait contraire à la lettre et l'esprit de l'art. 8 LCD⁴⁴⁹.
- 198 Malgré son caractère diffus, le droit de la consommation s'identifie généralement au travers de quatre **éléments** (II).

II. Eléments

- 199 Quatre éléments ressortent de la définition du droit de la consommation proposée (*supra* N 166 ss) ; ils **permettent de le circonscrire**. Ces éléments se retrouveront projetés tout au long de notre thèse et en constituent sa toile de fond, son « *leitmotiv* ». Ils identifient et justifient l'intervention du législateur en faveur du consommateur, en même temps qu'ils en constituent les garde-fous devant la limiter et l'encadrer.
- 200 Ces quatre éléments fondent la **protection abstraite** du consommateur (pour une évaluation critique, *infra* N 2173 ss). Cela implique que la protection s'applique également au consommateur qui n'en aurait pas besoin⁴⁵⁰, voire

⁴⁴⁴ CARRON, Protection, N 76 ; KUT/STAUBER, N 75 ; MÜLLER/RISKE, Offre arnaqueuse, N 90 ; VASELLA, UWG Kommentar, art. 3 al. 1 let. s et al. 2 N 58 ; WEBER/WOLF, N 46.

⁴⁴⁵ DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 391 ss avec les réf. citées.

⁴⁴⁶ CJUE, 14.06.2012, BANCO ESPANOL DE CRÉDITO, aff. C-618/10, N 68 ss.

⁴⁴⁷ Arrêt du TF 4A_404/2008 du 18.12.2008, consid. 5.6.3.2.1 (présentation des positions doctrinales).

⁴⁴⁸ Sur l'absence d'effet préventif de la réduction en cas de nullité partielle sous l'angle du régime général, CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19, 20 N 104 s.

⁴⁴⁹ BIERI, Réflexions, p. 57. *Contra* MARCHAND, 8 LCD, p. 331, qui considère que l'adaptation de la clause est plus favorable au consommateur que la nullité. Sur la controverse au sujet de la conséquence de la violation de l'art. 8 LCD, DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 393.

⁴⁵⁰ CARRON, Protection, N 29 ; HUGUENIN, Spannungsfeld, p. 420 ; OPPLIGER, p. 7 s. ; Staudinger/KANNOVSKI, § 13 N 41.

même qui ne le souhaiterait pas⁴⁵¹. Un tel mécanisme est cependant justifié par la portée collective du droit de la consommation, lequel vise souvent moins l'individu qu'un groupe de personnes structurellement désavantagées⁴⁵².

On identifie le **déséquilibre entre les parties** (A), les règles protectrices (B), le rôle spécifique des parties (C) et la finalité particulière de la relation consumériste (D).

201

A. Déséquilibre entre les parties

1. Définition

Par son caractère de masse et sa diversité technique et juridique, la consommation est susceptible d'entraîner une **péjoration des intérêts du consommateur**⁴⁵³. Ce dernier est alors réputé souffrir d'un déséquilibre⁴⁵⁴, qu'il convient de corriger⁴⁵⁵. Le rétablissement de l'équité contractuelle (ou matérielle, *infra* N 315 ss) passe par la correction normative ou judiciaire de ce déséquilibre⁴⁵⁶.

202

La correction d'un déséquilibre entre deux ou plusieurs personnes représente ainsi souvent le **but principal** d'une réglementation consumériste ; il fonde généralement les trois autres éléments. Sans la situation de déséquilibre

203

⁴⁵¹ En lien avec la correction d'une clause « abusive », CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 173.

⁴⁵² KOLLER-TUMLER, E-Banking, p. 160.

⁴⁵³ SGK-JACOBS, art. 97 Cst. N 2 ; CARRON, Protection, N 21 ss ; PICHONNAZ, difficile équilibre, p. 328 s. ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 139 (en lien avec les conditions générales) ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 5.

⁴⁵⁴ CJUE, 29.10.2015, BBVA, aff. C-8/14, N 17 ; CJUE, 27.02.2014, POHOTOVOSTĚ, aff. C-470/2012, N 39 ; CJUE, 21.03.2013, RWE VERTRIEB, aff. C-92/11, N 41 ; CJUE, 14.03.2013, AZIZ, aff. C-415/11, N 44 ; CJUE, 27.06.2000, OCÉANO GRUPO EDITORIAL, aff. jointes C-240/98 et C 244/98, N 25. HAIDMAYER, p. 2 s.

⁴⁵⁵ La correction de ce déséquilibre sera en principe normative, mais pas nécessairement (ex. auto-régulation des branches économiques, refus des consommateurs d'acheter certains biens ou services, etc.).

⁴⁵⁶ FF 2014 893, 897 au sujet de l'introduction, en droit suisse, d'un droit de révocation pour les transactions à distance : « *en introduisant un droit de révocation pour les transactions à distance, la commission vise à renforcer d'une manière simple la position des consommateurs, en veillant à l'équilibre des intérêts entre les parties au contrat* ». BARNIKOL, p. 8 s. ; CARRON, Protection, N 21 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 13 ; PERRIN, p. 291 ; TERCIER /PICHONNAZ, Le droit des obligations, N 538 ; VON HIPPEL, p. 21 ss.

caractéristique au droit de la consommation, il ne serait en effet (souvent) pas nécessaire d'adopter des règles légales protectrices (*infra* N 211 ss), de reconnaître un rôle spécifique aux parties (*infra* N 218 ss) ou encore de s'intéresser à la finalité de la relation consumériste (*infra* N 228 ss).

204 On identifie un **déficit informationnel** (2) et un déficit structurel (3).

2. Déficit informationnel

205 Le déficit informationnel (asymétrie de l'information) résulte de la **spécialisation des tâches et des connaissances spécifiques du professionnel par rapport au consommateur**⁴⁵⁷. Il doit être mis en lien avec les concepts économiques d'asymétrie de l'information (« *Informationsasymmetrie* »), d'ignorance rationnelle (« *rationale Unwissenheit* ») et de rationalité limitée (« *eingeschränkte Rationalität* »)⁴⁵⁸.

3. Déficit structurel

206 Le déficit structurel (asymétrie du pouvoir de négociation) résulte de la **position économique et juridique inégale des parties à la relation de consommation**⁴⁵⁹. Le besoin accru de protection s'explique par le rôle (la fonction) économique des parties⁴⁶⁰. L'approche traduit la prémisse selon laquelle le consommateur est la partie faible à la relation et se trouve, partant, dans une position d'infériorité par rapport au professionnel⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 599 ; CARRON, Protection, N 22 ; HARTMANN, Informationspflichten, N 25 ss ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 14 et 20.

⁴⁵⁸ HEINEMANN, Rechtliche Transplantate, p. 25.

⁴⁵⁹ CARRON, Protection, N 23 ; RAPIN/WESSNER, N 24. Au sujet de la LCA, TERCIER, La partie faible, p. 613 indique que « la loi devait à l'origine protéger l'assuré contre le <professionnalisme> de l'assureur ».

⁴⁶⁰ FORNAGE, Mise en oeuvre, N 23 ss qui présente par ailleurs l'approche conjoncturelle, laquelle s'attache aux circonstances concrètes entourant le contrat, tout en concluant qu'une approche combinée – structurelle et conjoncturelle – s'impose pour délimiter « avec suffisamment d'acuité le besoin accru de protection du consommateur contractant » (N 41).

⁴⁶¹ FORNAGE, Mise en oeuvre, N 23, 33 et 39.

4. Conséquences

a. Sur les rapports sociaux en général

La domination de l'un des partenaires contractuels et la réticence des sujets de droit à entrer en relation sont **préjudiciables**, non seulement à l'économie, mais également à la paix sociale⁴⁶². Ce déséquilibre est en outre susceptible de porter atteinte au processus démocratique ; la fixation unilatérale, et à large échelle, de conditions contractuelles dérogeant au droit dispositif écarte régulièrement des règles légales observant a priori équitablement les intérêts de chaque contractant, particulièrement ceux de la partie faible (sur la thématique des conditions générales, *infra* N 1423 ss).

207

b. Sur la relation entre le consommateur et le professionnel

Dans le processus d'acquisition de biens et de services, le déséquilibre informationnel et structurel se manifeste **quant au niveau de connaissance du consommateur et quant à son pouvoir de négociation**. Généralement, le professionnel est ainsi en mesure de dicter au consommateur ses propres conditions, en ne lui laissant souvent d'autre choix que de renoncer à la fourniture du bien ou du service pour les cas où il ne les accepterait pas⁴⁶³. Le déséquilibre est ainsi exacerbé par le constat pratique du « *take it or leave it* », habituellement envisagé en lien avec les conditions générales (*infra* N 1439)⁴⁶⁴. La relation consumériste⁴⁶⁵ se caractérise, autrement dit, par la difficulté pour

208

⁴⁶² Suite à de graves émeutes dans de nombreuses villes aux États-Unis dans les années 1960, une commission d'enquête parvint à une constatation intéressante. Elles étaient, du moins en partie, dues à l'exaspération de consommateurs socialement faibles face à des produits défectueux, des prix élevés, un accès difficile aux sources de crédit ainsi que la méconnaissance des droits en cas de litige, VON HIPPEL, p. 5 et les réf. citées ainsi que LEFEVBRE, p. 21. Pour une approche – historiographique – de la consommation en lien avec des émeutes populaires dans le cours de l'Histoire, FAHRNI, p. 466. Pour une approche plus sociologique de la consommation, ENRIQUEZ.

⁴⁶³ BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 2.

⁴⁶⁴ HUGUENIN, Obligationenrecht, N 283 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 244 ; MORIN, Influence, p. 19. Cf déjà OFTINGER, Vertragsfreiheit, p. 329 : « *die Vertragsfreiheit der inhaltlichen Gestaltung besteht hier faktisch nicht ; man besitzt nur die Freiheit, den Vertrag als ein gegebenes Klischee einzugehen oder darauf zu verzichten, und diese Freiheit ist häufig aufgehoben, indem die Verhältnisse einen zum Vertragsschluss zwingen* ».

⁴⁶⁵ Pour le droit brésilien, DA FONSECA, p. 130 ss évoque la notion de « relation de consommation », en précisant que ce concept est plus large que le contrat de consommation,

le consommateur – voire selon les domaines l'impossibilité – de choisir avec qui il s'engage, ainsi que de négocier les éléments contractuels. La seule option qui subsiste est souvent le refus pur et simple de contracter⁴⁶⁶.

209 L'existence d'un déséquilibre entre parties n'est pourtant pas l'apanage des contrats de consommation. Les différentes révisions dont a fait l'objet le Code des obligations depuis son adoption ont souvent été effectuées « *suivant un patron taillé en deux parties : le contractant réputé faible en face du contractant réputé fort* »⁴⁶⁷. L'importance de ce déséquilibre resterait néanmoins **plus significative** dans le domaine de la consommation (de masse) où le consommateur est amené à contracter avec une multitude de partenaires contractuels spécialisés, pour des besoins élémentaires et courants, qu'ils soient réels ou artificiels⁴⁶⁸.

210 La correction de ce déséquilibre intervient – ou est supposée intervenir (sur les limites à la protection, *infra* N 251 ss) – au travers des **règles légales protectrices** (B).

B. Règles légales protectrices

1. Définition

211 Le second élément intrinsèque à la définition du droit de la consommation est l'existence de règles légales protectrices. Le législateur adopte un ensemble de **prescriptions impératives ou semi-impératives**, dont le but est l'amélioration de la position juridico-économique du consommateur⁴⁶⁹. En d'autres termes, la finalité commune de ces règles est la protection du consommateur⁴⁷⁰. Le droit de la consommation se caractérise ainsi par une primauté des règles légales (ou

en ce sens qu'il inclut des moments antérieurs et postérieurs au contrat. Nous y ajouterons que la relation de consommation (au sens large) n'est pas nécessairement de nature contractuelle (cf. art. 2 LRFP) ou directe (ex. prescriptions relatives à l'admission de médicaments).

⁴⁶⁶ LEFEBVRE, p. 20.

⁴⁶⁷ ENGEL, Cent ans, p. 18.

⁴⁶⁸ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 600.

⁴⁶⁹ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 15, qui évoque, comme intervention du législateur, l'adoption de normes semi-impératives.

⁴⁷⁰ RHINOW, Commentaire Cst. 1874, art. 31^{sexies} N 5 : « *entendue au sens étroit du terme, la protection des consommateurs ne recourt qu'à des moyens de nature défensive* » ; SAUPHANOR, N 5 et 11 : « *le droit de la consommation tend à chaque fois à satisfaire à un but de protection du consommateur* ».

étatiques) sur les règles conventionnelles (ou privées), ce qui constitue un paradigme inverse au droit « commun » des contrats⁴⁷¹.

Quelle est la **fonction** (2) des règles légales protectrices ?

212

2. Fonction

Les règles légales protectrices ressortent au droit matériel et au droit de procédure⁴⁷². Leur fonction est **généralement préventive** ; en amont, elles visent une protection efficace et effective des droits du consommateur⁴⁷³. L'un des inconvénients majeurs de la relation consumériste reste, en effet, la réticence du consommateur à exiger le respect de ses droits ou à agir en justice en cas de litige⁴⁷⁴.

213

Qu'elles soient de nature administrative, civile ou pénale, ces règles poursuivraient par ailleurs **deux objectifs principaux** (comp. *infra* N 293 ss)⁴⁷⁵ : la protection de la sécurité et de la santé du consommateur⁴⁷⁶, ainsi que celle de ses intérêts économiques⁴⁷⁷, voire de ceux de tiers⁴⁷⁸. Un rôle protecteur important revient également à la défense de ses intérêts procéduraux⁴⁷⁹ et politiques⁴⁸⁰.

214

⁴⁷¹ TERCIER/BIERI/CARRON, N 15 ss et 33 ss présentent les règles conventionnelles et les règles étatiques, ainsi que la primauté des premières sur les secondes.

⁴⁷² PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 61.

⁴⁷³ BARNIKOL, p. 9 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 142.

⁴⁷⁴ Ce constat renvoie à la problématique de l'efficacité du droit (civil en particulier), FABIEN, p. 14.

⁴⁷⁵ BOURGOIGNIE, p. 242 rappelle qu'une politique de la consommation efficace suppose des interventions multiples, individuelles et collectives, en faveur du consommateur.

⁴⁷⁶ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 60.

⁴⁷⁷ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 60 s.

⁴⁷⁸ ATF 120 Ia 299, consid. 3 où le TF rappelle que l'un des intérêts publics principaux d'une réglementation (à l'époque encore cantonale) du crédit à la consommation – en particulier d'un taux d'intérêt maximal – est l'égalité de traitement entre les divers créanciers du consommateur appelé à rembourser un tel crédit, à savoir en particulier la collectivité publique pour les impôts, l'assureur-maladie pour les primes d'assurance-maladie et le bailleur pour le loyer. Cf. ég. FF 1999 III 2879, 2915.

⁴⁷⁹ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 61. Pour une analyse en profondeur sur la défense des intérêts procéduraux du consommateur, nous renvoyons à l'excellente thèse de FORNAGE, Mise en œuvre.

⁴⁸⁰ CARRON, Protection, N 17, qui, en ndbp, mentionne qu'il s'agit alors « des mécanismes permettant la participation et la représentation des consommateurs dans les processus législatif et administratif ».

- 215 Un courant doctrinal rejette par ailleurs l'affirmation selon laquelle le droit de la consommation serait une branche du droit concrétisant exclusivement des mécanismes de protection en faveur du consommateur. En réalité, il tendrait bien plus à **réglementer les relations entre les consommateurs et les professionnels**⁴⁸¹. Cette approche « neutre » a peut-être l'avantage d'insister sur le fait que la législation consumériste doit préserver les intérêts de chacune des parties, plutôt que ceux du consommateur exclusivement.
- 216 En revanche, il nous paraît excessif de retenir que les expressions « protection du consommateur » (« *Konsumentenschutz* ») ou « droit de la protection du consommateur » (« *Konsumentenschutzrecht* ») sont connotées négativement, dans le sens de la seule prise en considération des intérêts du consommateur⁴⁸². Le besoin d'une protection est non seulement ancré à l'art. 97 Cst. (*infra* N 261 s.), mais demeure également indispensable d'un point de vue économique et social. Il reste quoi qu'il en soit exact que le droit de la consommation, en améliorant la position factuelle et juridique du consommateur face au professionnel, possède *in fine* un **caractère interventionniste marqué en faveur de la partie faible**⁴⁸³.
- 217 Le troisième élément du droit de la consommation est le **rôle spécifique (C)**.

C. Rôle spécifique

1. Définition

- 218 Le droit de la consommation se fonde, troisièmement, sur le rôle spécifique endossé par ses acteurs. L'un agit en tant que consommateur, traditionnellement

⁴⁸¹ WEBER-STECHER, p. 2 ss.

⁴⁸² WEBER, *Deregulierung*, p. 26, qui relève que la notion de protection des consommateurs aurait potentiellement une connotation « victimologique ». Dans le même sens, WEBER-STECHER, p. 2 ss. En réalité, les développements législatifs en matière de protection du consommateur tendent pourtant à démontrer que les milieux professionnels parviennent régulièrement à imposer leur position, par ex. le rejet d'un droit de révocation en matière de contrat conclu sur Internet (*infra* N 1057). Les craintes d'une péjoration de leurs intérêts du seul fait de l'utilisation d'un terme « connoté » n'est donc a priori pas pertinent. Au contraire, le mandat de protection de la partie faible continue vraisemblablement à contrebalancer efficacement la position des professionnels, contribuant à favoriser le consensus social et les solutions médianes, au bénéfice – idéalement – de toutes les parties concernées.

⁴⁸³ TAMM, p. 66 : « *es geht beim Verbraucher(schutz)recht um nichts anderes als Protektion, d.h. um Schutz eines bestimmten Marktteilnehmers* ».

une personne physique, l'autre comme professionnel, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale (sur l'identification du contrat de consommation en fonction de la qualité des parties, *infra* N 727 ss)⁴⁸⁴. HUGUENIN le rappelle : « *Konsumentenrecht ist Rollenrecht* »⁴⁸⁵. Le **besoin accru de protection du consommateur se manifeste** dans le rôle des parties, ce qui renvoie à l'approche dite structurelle de la protection développée par la doctrine⁴⁸⁶. L'identification du consommateur repose ici sur la prémisse qu'il est (toujours) la partie faible au contrat et qu'il convient, partant, de le protéger dans les rapports contractuels ou extracontractuels envisagés, noués ou entretenus avec les « professionnels »⁴⁸⁷.

Le rôle spécifique des parties implique que **chacun(e) est potentiellement consommateur(e)** suivant la relation et le contexte concrets dans lesquels elle agit⁴⁸⁸. En matière contractuelle, cela amène PICHONNAZ à affirmer que le contrat de consommation est principalement défini par ses acteurs⁴⁸⁹. Par rapport au droit général des obligations, le droit de la consommation se caractérise par le recours à des qualifications personnelles spécifiques ; là où le premier évoque le « créancier » ou le « débiteur », le second qualifie les parties de « consommateur » (utilisateur) ou de « professionnel » (fournisseur)⁴⁹⁰. Cette manière de désigner la partie faible reste propre au droit privé spécial⁴⁹¹.

219

⁴⁸⁴ BÜLOW/ARTZ, N 9 s. ; HEIDERHOFF, N 188 ; SCHMELZER, p. 61 : « *der Konsumentenvertrag kann als junges Beispiel für das rollenorientierte Recht dienen* ».

⁴⁸⁵ KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 11 ; HUGUENIN, Spannungsfeld, p. 420. Pour le droit allemand, MEDICUS/PETERSEN, N 48 : « *es geht hier also um die Rolle, in der ein Mensch gerade auftritt [...]* ».

⁴⁸⁶ FORNAGE, Mise en œuvre, N 23 ss.

⁴⁸⁷ BÉRENGER, N 2 ; FORNAGE, Mise en œuvre, N 25 ; MOORE, p. 8 : « [...] *il se dégage toutefois un consensus selon lequel le droit de la consommation se distingue par son rôle de protection du consommateur* ».

⁴⁸⁸ CJUE, 03.09.2015, COSTEA, aff. C-110/14, N 20 : « *dans le même temps, il convient de rappeler qu'une seule et même personne peut agir en tant que consommateur dans le cadre de certaines opérations et en tant que professionnel dans d'autres* ». FABIEN, p. 9 : « *la mobilité sociale, l'interaction des personnes, la diversité des rôles feront sans doute vivre à une même personne des situations successives de force ou de faiblesse dans les actes de la vie civile* » ; HARTMANN, Informationspflichten, N 24. Pour le droit allemand, BÜLOW/ARTZ, N 22 et Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 41.

⁴⁸⁹ BARNIKOL, p. 10 ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 38 s.

⁴⁹⁰ LÜSCHER, Konzeptualisierung, N 3.

⁴⁹¹ LÜSCHER, Konzeptualisierung, N 4.

- 220 Plus encore que pour les autres branches du droit privé spécial, le rôle des parties à la relation consumériste s'avère cependant plus variable⁴⁹² (ou interchangeable⁴⁹³), plus éphémère et plus impersonnel⁴⁹⁴. En droit du bail ou en droit du travail⁴⁹⁵, ce rôle – le bailleur, le locataire, l'employeur ou le travailleur – est généralement mieux déterminé⁴⁹⁶. Souvent, le rapport juridique y concerne d'ailleurs une prestation contractuelle (plus) clairement délimitée par les règles protectrices, à savoir en particulier la cession de l'usage d'une chose contre un loyer pour le contrat de bail⁴⁹⁷ et la prestation personnelle en faveur d'un employeur pour le droit du travail. En droit de la consommation, les **types de prestations contractuelles envisageables sont en revanche plus hétérogènes**.
- 221 Le droit de la consommation vise en outre la **satisfaction de besoins multiples**. La plupart du temps, ces besoins ne sont pas primaires, mais secondaires ou même superflus⁴⁹⁸. Une autre caractéristique importante de l'économie de consommation moderne est ainsi qu'elle ne tend plus uniquement à

⁴⁹² Un « professionnel » peut tout à fait endosser le rôle de « consommateur » dans une autre relation contractuelle. Par ex., un courtier en assurances qui conclut un contrat de crédit à la consommation pour ses besoins privés. Une telle interchangeabilité est plus difficilement concevable en droit du bail ou du travail, du moins à court terme.

⁴⁹³ ENGEL, Cent ans, p. 37 s. : « *des magasins à <grandes surfaces> aux voyages organisés en passant par les assurances, les loisirs et les enseignements programmés, le sujet de droit est un homme ou une femme quelconque, interchangeable, qui contracte selon des schémas préétablis, préemballés, <unidimensionnels>* », avant d'y apporter une nuance liée à l'accroissement de la population et à l'élévation du niveau de vie.

⁴⁹⁴ Cela n'empêche pas que certaines relations consuméristes puissent s'inscrire dans la durée, à l'instar d'un contrat d'assurance-vie. Précisément compte tenu du déséquilibre entre parties, le consommateur n'a cependant généralement pas la même « conscience » d'un contrat d'assurance que celle qu'il peut avoir d'un contrat de bail ou de travail.

⁴⁹⁵ Nos affirmations ne doivent pas être envisagées trop strictement pour le droit du bail en particulier. Si un privé contracte avec une caisse de pensions propriétaire d'un parc immobilier, une relation de bail peut répondre à la typologie consumériste. On retrouve donc ici certaines difficultés à délimiter sans équivoque le domaine du droit de la consommation, qui est « horizontal » ou « englobant ».

⁴⁹⁶ LÜSCHER, Konzeptualisierung, N 2 « [...] *scheint es sich bei den Phänomenen von Miet- und Arbeitsverhältnissen im Vergleich zum Phänomen von Verbraucher-Nicht-Verbraucherverhältnis um klarer fass-, ab- und eingrenzbare sozioökonomische Erscheinungen zu handeln* ».

⁴⁹⁷ LÜSCHER, Konzeptualisierung, N 847.

⁴⁹⁸ ENGEL, Cent ans, p. 60 en ndbp 89.

l'assouvissement des besoins essentiels (ex. nourriture, habits, chauffage, etc.) des consommateurs⁴⁹⁹.

Quelle est la **fonction** (2) du rôle spécifique des parties ?

222

2. Fonction

Le rôle endossé par les parties est un **prérequis à la mise en œuvre de la protection** du consommateur, cette dernière étant en effet conditionnée par la réunion de critères spécifiques⁵⁰⁰. Au constat d'un rôle spécifique, reconnu normativement, la loi attache des conséquences déterminées (ex. art. 40a ss et 210 al. 4 let. b CO et 8 LCD). Pour que la protection s'applique, la personne que la loi entend protéger doit ainsi revêtir la qualité de consommateur, telle que définie par les règles légales protectrices applicables (*supra* N 211).

223

Le rôle reconnu – vérifié –, l'application de la protection est **abstraite** (« *typisierte Schutzbedürftigkeit* »⁵⁰¹)⁵⁰². Il suffit donc que la personne revête la qualité légale de consommateur, indépendamment d'un besoin effectif de protection⁵⁰³ (*supra* N 200 et *infra* N 2173 ss). En d'autres termes, les instruments protecteurs spécifiques s'appliquent également au consommateur qui n'en aurait pas besoin, voire même qui ne le souhaiterait pas, par exemple en raison de sa fortune, de son expérience⁵⁰⁴ ou de ses connaissances

224

⁴⁹⁹ FORNAGE, Mise en œuvre, N 26, indique que : « [...] *l'objectif poursuivi par le professionnel ne réside pas dans la satisfaction des besoins du consommateur, mais dans la création de nouveaux besoins* ». Cet élément peut d'ailleurs s'illustrer avec la téléphonie mobile. Le besoin de communication est certes un besoin essentiel des individus, mais qui ne se concrétise pas nécessairement au travers de la communication à distance, au moyen de procédés techniques. Cependant, avec le temps et l'usage, et selon l'état d'évolution technique de la société, ces services deviennent essentiels (statut *de facto* primaire du besoin).

⁵⁰⁰ BÜLOW/ARTZ, N 54.

⁵⁰¹ REICH, p. 389.

⁵⁰² CARRON, Protection, N 29 et 184.

⁵⁰³ ATF 133 III 295, consid. 7.2 = JdT 2008 I 160 : « *la question de savoir si une personne revêt la qualité de consommateur doit être examinée en fonction de sa position dans la relation contractuelle concrète, en relation avec sa nature et son but, et non pas en fonction de la position subjective de cette personne* ». SGK BV-HETTICH, art. 97 N 5.

⁵⁰⁴ OG ZH NP160023 du 30.09.2016, consid. 5 : « *dass die Klägerin eine erfahrene Konsumentin sei und deshalb keinen Schutz benötige, wie die Beklagte geltend macht (act. 30 S. 11), ändert nichts daran, dass neben den sachlichen auch die persönlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Bestimmungen über Haustürgeschäfte erfüllt sind* ».

juridiques⁵⁰⁵, commerciales ou techniques⁵⁰⁶. Paradoxalement, le droit de la consommation ne protège pas nécessairement la partie faible⁵⁰⁷. Contrairement au droit civil traditionnel, lequel se fonde sur le « *mythe de l'égalité abstraite des contractants* »⁵⁰⁸, on pourrait donc affirmer que le droit de la consommation se caractérise par la fiction d'une inégalité entre contractants ou, plus largement, entre les parties à la relation consumériste⁵⁰⁹.

225 En lien avec le droit de l'UE, HEIDERHOFF rappelle par ailleurs à juste titre qu'il serait **erroné de considérer les consommateurs comme un groupe social distinct**⁵¹⁰. Cette qualité dépend en réalité plutôt de la fin poursuivie par chacun(e). Le consommateur, en tant que personne physique, conclut à des fins privées, le professionnel à des fins qui entrent dans son activité commerciale, industrielle ou professionnelle⁵¹¹. Du point de vue de l'application des règles légales protectrices, ce qui importe n'est pas tant le besoin concret de protection du consommateur, que la finalité privée de l'acte de consommation⁵¹². Il est vrai, qu'analysés sous cet angle, la finalité de la relation consumériste (*infra* N 228 ss) et le rôle spécifique des parties semblent se confondre, ce qui reste pleinement valable lorsqu'on applique ces considérations au droit suisse.

226 TERCIER précise encore que la protection du consommateur est justifiée par une situation de faiblesse conjoncturelle. Cette protection s'expliquerait par la nature du contrat conclu, et non par une situation personnelle particulière liée à

⁵⁰⁵ Pour l'application, à un avocat, de dispositions protectrices lorsqu'il conclut un contrat de crédit garanti par une hypothèque constituée sur un immeuble appartenant à son cabinet d'avocat, CJUE, 03.09.2015, COSTEA, aff. C-110/14.

⁵⁰⁶ CARRON, Protection, N 29 ; HUGUENIN, Spannungsfeld, p. 420 ; KOLLER-TUMLER, E-Banking, p. 160 ; OPPLIGER, p. 7 s.

⁵⁰⁷ REICH, p. 389.

⁵⁰⁸ FF 2005 4709, 4736 : « le CO en particulier est basé sur la prémisse de deux personnes négociant le contrat sur une base d'égalité ; il ignore les rapports de consommation qui sont caractérisés par un déséquilibre structurel entre les deux parties ». En droit français, SAUPHANOR, N 54.

⁵⁰⁹ Pour le droit allemand, BÜLOW/ARTZ, N 6, qui relèvent que « *das disparitätsausgleichende Gesetz fragt nicht, ob der in privater Motivation handelnde Nachfrager im konkreten Einzelfall des Vertragschlusses unterlegen ist, sondern typisiert Sachverhalte, deren Störungseigenschaft unterstellt, also unwiderleglich vermutet wird* ». Comp. en lien avec le droit de révocation, SCHULZE/ZOLL, p. 175 mais qui évoquent une « *presumption* ».

⁵¹⁰ HEIDERHOFF, N 188. Comp. BÜLOW/ARTZ, N 54 : « [...] *der Verbraucherbegriff des §13 [i.e. BGB] ist frei von personenbezogenen bzw. rollensoziologischen Elementen und schafft keine personenbezogene bzw. gesellschaftlich abzugrenzende Personengruppe* ».

⁵¹¹ BÜLOW/ARTZ, N 54 ; SAUPHANOR, N 6 ss.

⁵¹² HEIDERHOFF, N 202.

la qualité (ou l'absence de qualités) de la personne protégée⁵¹³. Si la protection découle effectivement d'une situation de faiblesse reconnue abstraitement, elle demeure tout autant motivée par une situation personnelle particulière, dans le sens de l'endossement d'un rôle personnel spécifique par les parties, tel que défini par les normes protectrices. Une personne n'est quoi qu'il en soit jamais « un consommateur ». Elle agit uniquement « en tant que consommateur », dans le cadre d'une relation juridique spécifique où le législateur estime appropriée une intervention légale en sa faveur⁵¹⁴. Le droit de la consommation **appréhende donc plutôt une fonction économique⁵¹⁵, qu'une catégorie de personnes**. En cela, il se distinguerait, notamment, du droit du travail⁵¹⁶.

Quelle est la **finalité de la relation consumériste** (D) ?

227

D. Finalité de la relation consumériste

1. Définition

Le quatrième élément inhérent au droit de la consommation est la **finalité particulière** de la relation prospective ou actuelle entre le consommateur et le professionnel (sur l'approche structuraliste téléologique, *infra* N 570 ss ; sur la qualité des parties, *infra* N 727 ss).

228

Le **consommateur** agit à des fins principalement privées ou étrangères à une activité artisanale, commerciale, industrielle, libérale ou professionnelle⁵¹⁷. Pour que la protection s'envisage, il ne doit pas nécessairement avoir consommé le bien ou le service ; il suffit parfois qu'il envisage leur acquisition ou qu'il soit même seulement potentiellement sollicité à cette fin (ex. règles contre les

229

⁵¹³ TERCIER, La partie faible, p. 608 ; Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 16.

⁵¹⁴ HEIDERHOFF, N 188.

⁵¹⁵ REICH, p. 389 : « *es geht also dem Gemeinschaftsrecht nicht um den konkreten sozialen Schutz des <Schwächeren>, sondern um die ökonomische Rolle, die eine Person auf dem Markt einnimmt und der eine typisierte Schutzbedürftigkeit entspricht* ».

⁵¹⁶ SAUPHANOR, N 6.

⁵¹⁷ BÜLOW/ARTZ, N 62, qui se réfèrent au § 13 BGB, dont la teneur est la suivante : « *Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können* ».

pratiques commerciales abusives, cf. art. 3 al. 1 let. q LCD), y compris de manière potentielle (cf. art. 3 al. 1 let. n LCD)⁵¹⁸.

230 Quant au **professionnel**, il agit à des fins lucratives et dans le cadre d'une activité artisanale, commerciale, industrielle, libérale ou professionnelle⁵¹⁹. Il propose au consommateur la fourniture d'un bien ou d'un service, ce dans le contexte d'une activité répétée, organisée – peu importe l'étendue et la qualité effectives de cette organisation – et tendant généralement à la réalisation d'un gain ou d'un revenu⁵²⁰. La réalisation effective d'un bénéfice n'est cependant pas nécessaire⁵²¹.

231 Quelles sont les **conséquences** (2) de cette finalité ?

2. Conséquences

232 La finalité que poursuit chaque partie à la relation consumériste doit être soigneusement distinguée⁵²². Compte tenu de la fin (très) généralement lucrative poursuivie par le professionnel, il dispose souvent d'une organisation dont le but est, **sinon de faire un profit, du moins d'éviter les pertes**⁵²³. Ces caractéristiques influent inévitablement sur l'établissement et l'exercice de la relation avec le consommateur. Cela dit, le consommateur peut également poursuivre une fin lucrative, laquelle n'exclut donc pas l'application de la

⁵¹⁸ Comp. pour le droit brésilien, DA FONSECA, p. 136 : « *en procédant de façon préventive, le législateur [brésilien] a reconnu comme étant un consommateur la personne n'ayant pas consommé* ».

⁵¹⁹ BARNIKOL, p. 8.

⁵²⁰ Arrêt du TC GR ZB-05-29 du 16.08.2005, consid. 3a : « *die Beschwerdeführerin bestellte die kosmetischen Produkte für den Privatgebrauch und es steht auch ohne Zweifel fest, dass die Beschwerdegegnerin, als Betreiberin einer Schönheitsfarm, die Produkte zur Gewinnerzielung verkaufte* ».

⁵²¹ BÜLOW/ARTZ, N 79.

⁵²² FORNAGE, Mise en œuvre, N 26 : « [...] *tandis que l'une s'arrête à la valeur d'usage d'un bien, l'autre s'attache à la valeur d'échange de celui-ci* ».

⁵²³ BÜLOW/ARTZ, N 79, qui précisent même que, selon la jurisprudence du BGH, l'intention du professionnel de faire des pertes n'est pas un obstacle à l'application de la réglementation consumériste (« *ein professionnell handelnder Verkäufer ist auch dann Unternehmer im Sinne des § 14 BGB und somit Adressat des Verbraucherprivatrechts, wenn er nicht Gewinne erzielen, sondern Verluste machen möchte* »). Cf. ég. la vision d'ensemble de la législation des Etats membres de l'UE proposée par VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I, p. 101 s. de laquelle il ressort que l'intention de faire un profit n'est pas déterminante, cela en particulier au motif que certaines Directives incluent expressément les entités publiques dans leur champ d'application. Cf. ég. HEIDERHOFF, N 189 et DA FONSECA, p. 136.

protection, sauf si l'activité est répétée et régulière, à savoir précisément en mesure d'écarter la finalité privée⁵²⁴.

Certaines relations sont plus ambiguës et, partant, difficiles à classer. On pense notamment aux contrats à **fin mixte** (« *mixed purpose contracts* », *infra* N 659 ss⁵²⁵). Le contrat n'entre alors qu'en partie dans le cadre de l'activité privée du « consommateur ». En d'autres termes, la finalité du contrat s'inscrit aussi, partiellement ou principalement, dans le cadre d'une activité artisanale, commerciale, industrielle, libérale ou professionnelle⁵²⁶. Face à ce type de relations, le critère de la prépondérance permet de trancher en faveur de l'une ou l'autre sphère d'activité, étant précisé que l'approche par le droit formel est plus restrictive (comp. *infra* N 661 ss et 811 ss). Dès lors, nonobstant l'utilisation du critère de la finalité dans une optique générale, l'approche demeure étroitement tributaire de chaque conception protectrice sectorielle. Si la part d'utilisation privée du bien ou du service acquis est prépondérante, l'interprète peut néanmoins légitimement envisager qu'il est face à un contrat de consommation⁵²⁷. En présence d'une disposition de procédure, il doit être plus prudent, l'approche consacrée demeurant plus restrictive qu'en droit matériel, en particulier en raison du critère de la prestation de consommation courante (*infra* N 811 ss).

Il convient à ce stade de **justifier la protection** adoptée en faveur du consommateur (Chapitre 4).

⁵²⁴ Sur la notion de consommateur de l'art. I.-1:105 DCFR, VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I p. 92 : « *the definition of consumer also covers cases where the consumer intends to make a profit, e.g. by later reselling the goods bought, unless this person does so on a regular basis* ».

⁵²⁵ VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I, p. 94.

⁵²⁶ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 42, qui donne l'ex. d'un professeur achetant un ordinateur portable lui servant également à des fins professionnelles (ex. préparation d'examens).

⁵²⁷ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 598 ; BÜLOW/ARTZ, N 71 ; HEIDERHOFF, N 203 ss ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 18 ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 42 s. Staudinger/KANNOVSKI, § 13 N 45 ss.

Chapitre 4 : Justification de la protection

Après une **introduction** (I), notre présentation de la justification de la protection du consommateur abordera la question de la souveraineté du consommateur (II), ainsi que celle des considérations protectrices du législateur (III).

235

I. Introduction

La correction d'un déséquilibre structurel et informationnel entre les parties à la relation de consommation constitue une importante justification à l'intervention du législateur en faveur du consommateur (« *Konsumentenschutzgedanke* », *infra* N 273 ss)⁵²⁸. Les considérations étatiques sont sociales et ont pour but la **protection de la partie faible** ; elles se concrétisent par l'adoption de règles impératives ou semi-impératives dont le respect s'impose aux parties ; le professionnel est particulièrement visé ici⁵²⁹, mais également – certes dans une moindre mesure – le consommateur, notamment par le mécanisme de la protection abstraite.

236

L'**effet des considérations protectrices** du législateur helvétique est immédiat (comp. *infra* N 434 ss). Cela signifie que lesdites considérations justifient directement l'adoption de normes protectrices. Leur portée est en outre négative, en ce sens qu'elles impliquent une immixtion dans la libre concurrence⁵³⁰ et la liberté contractuelle. Des motivations similaires se retrouvent dans les droits nationaux des Etats membres de l'UE⁵³¹. En revanche, l'UE impose aux législateurs respectifs de ces derniers d'autres considérations

237

⁵²⁸ BRUNNER, Konsumverträge, p. 7 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 35.

⁵²⁹ RISKE, N 165.

⁵³⁰ HEIDERHOFF, N 183 ne traite pas directement du « *Konsumentenschutzgedanken* », mais dont les développements mettent en lumière la motivation des législateurs des Etats membres et de l'UE au moment d'élaborer une législation protectrice des consommateurs ; RISKE, N 165, qui précise que les droits nationaux, particulièrement en matière contractuelle, ont plutôt tendance à offrir un cadre supplétif aux conventions des parties.

⁵³¹ HEIDERHOFF, N 183.

principales, à savoir particulièrement la réalisation du marché intérieur (*infra* N 408 ss)⁵³².

- 238 Il est important de rappeler le principe de la **souveraineté du consommateur** (II), ainsi que les considérations à la source de sa protection (III).

II. Souveraineté du consommateur

A. Fondements économiques

1. Réserve préliminaire

- 239 La présentation du concept de « souveraineté du consommateur » suppose en réalité une approche plus économique que juridique. Les deux théories économiques que nous évoquons ci-après ne peuvent pourtant être traitées que sous forme de résumés et d'exposés (très) succincts ici, pour ne pas dire imparfaits. Aussi succincte soit-elle, la présentation de ces « **lignes directrices** » nous paraît néanmoins incontournable, afin de saisir les fondements économiques à l'intervention normative en faveur du consommateur. Il faut donc considérer cette partie pour ce qu'elle est : une modeste sensibilisation – établie par un juriste pour la suite de son exposé juridique – de deux pensées économiques jugées importantes du point de vue de la présentation de la souveraineté du consommateur.
- 240 Nous proposons d'aborder le **concept de « main invisible » selon SMITH** (2) et les instruments d'intervention selon KEYNES (3).

2. Concept de « main invisible » selon SMITH

- 241 Le concept de souveraineté du consommateur (« *Konsumentensouveränität* ») se fonde tout d'abord sur les développements d'ADAM SMITH, lesquels remontent à la fin du XVIII^e siècle⁵³³. Sa théorie s'inscrit dans le cadre du modèle libéral classique de la concurrence et prône l'autorégulation de

⁵³² SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 2.

⁵³³ SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776). La conception du consommateur n'est pas encore véritablement celle d'une personne dont le besoin de protection est reconnu. Le terme « consommateur » renvoie alors simplement au destinataire des biens de production.

l'économie de marché par des **choix rationnels – critiques – de la part des destinataires de biens et services**⁵³⁴.

Le marché serait ainsi **guidé** par une « main invisible » laquelle, par le libre jeu de l'offre et de la demande, conduirait à la mise en place d'un marché équilibré, ainsi qu'à un approvisionnement et à une distribution optimaux des biens et services⁵³⁵. La réalisation de cet équilibre supposerait l'autonomie privée de la volonté, laquelle serait l'unique moyen pour l'individu d'assouvir l'intégralité de ses besoins⁵³⁶.

D'après SMITH, les consommateurs dirigeraient le marché en fixant, par une demande « éclairée », les pertes et les profits des fournisseurs et des commerçants (« *Steuerungsfunktion der Konsumentennachfrage* »)⁵³⁷. La recherche individuelle du profit amènerait naturellement chaque consommateur à opérer le choix le plus avantageux pour la société et la croissance économique générale⁵³⁸. Comme ultime élément de la chaîne de production, **le consommateur aurait le pouvoir de décider** quels produits, quels services et quelles innovations auront du succès, ainsi que de fixer le prix des prestations⁵³⁹.

Les principes énoncés par SMITH auraient façonné la pensée économique, en particulier jusqu'à la Grande Dépression des années 1930 (ou crise économique des années 1930)⁵⁴⁰. Depuis le XIX^e siècle, et jusqu'à lors, leur application conduisit au **rejet de toute intervention ou réglementation étatiques** (« *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même* »)⁵⁴¹. Plus récemment, l'émergence de la conception néolibérale aurait entraîné un retour à ce libéralisme classique, en s'en démarquant néanmoins par une implantation dans une économie mondialisée, par opposition à locale ou régionale⁵⁴². De nos jours, les courants doctrinaux rejetant un interventionnisme étatique demeurent présents⁵⁴³.

⁵³⁴ KRAMER, Konsumentenschutz, p. 50 s. ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 1.

⁵³⁵ HONSELL, 100 Jahre, p. 23 ; MARTENET/HEINEMANN, p. 18 s.

⁵³⁶ HONSELL, 100 Jahre, p. 23.

⁵³⁷ KRAMER, Konsumentenschutz, p. 51.

⁵³⁸ CARNEVALE, BFC, p. 100 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 9.

⁵³⁹ HEINEMANN, Consommation et concurrence, p. 45.

⁵⁴⁰ GILL, p. 12.

⁵⁴¹ HONSELL, 100 Jahre, p. 23 et les réf. citées.

⁵⁴² GILL, p. 12 s.

⁵⁴³ Voir en particulier les contributions de BLOCHER et GIGER, Legislator's challenge, dans le recueil intitulé « *Increasing Flood of Legislation in a Changing Environment* ».

- 245 Dans ce prolongement, la pensée de JOHN MAYNARD KEYNES (*infra* N 247 ss) appréhende – exprimé de façon très sommaire – les imperfections pratiques résultant de l'idée de l'existence d'une « main invisible ». En droit de la consommation, la conception selon laquelle les processus mercantiles sont à eux seuls suffisants pour assurer une protection efficace du consommateur ne serait effectivement pas (plus) viable⁵⁴⁴. Les considérations théoriques de SMITH relatives à la souveraineté du consommateur, sa fonction de moteur pour l'offre de biens ou services et sa position de garant d'une économie équilibrée comportent, en d'autres termes, d'importantes limites pratiques (*infra* N 251 ss).
- 246 C'est le lieu de rappeler les **instruments d'intervention selon Keynes** (3).

3. Instruments d'intervention selon KEYNES

- 247 Dans un contexte de marché inévitablement imparfait⁵⁴⁵, la réglementation et le contrôle de l'activité économique privée constituent des **mesures interventionnistes**⁵⁴⁶. Comme l'a décrit KEYNES en 1936 (« *la théorie générale de l'emploi et de la monnaie* »), le recours à de tels instruments d'intervention directe viserait toutefois à stimuler la croissance et à corriger l'économie de marché⁵⁴⁷.
- 248 L'intervention du législateur serait une manière de **concrétiser** la théorie keynésienne, en tant que variante du libéralisme⁵⁴⁸ et non un courant anticapitaliste⁵⁴⁹. La référence à cette théorie est susceptible de questionner

⁵⁴⁴ HONSELL, 100 Jahre, p. 24 ss et le rappel de l'expression de ROGER GARAUDY « *le renard libre dans un poulailler libre* » ; FETSCHERIN, BFC, p. 76.

⁵⁴⁵ ROPPO, p. 341.

⁵⁴⁶ GILL, p. 14, qui rappelle que la réglementation et le contrôle de l'activité économique privée font partie des mesures interventionnistes s'étant imposées dans le prolongement de la théorie de KEYNES.

⁵⁴⁷ CARNEVALE, BFC, p. 102 : « *aus keynesianischer Sicht ist einem Marktversagen (wenn der Markt die Ressourcen nicht effizient zuzuteilen vermag) mit bestimmten geld- und haushaltspolitischen Massnahmen beizukommen* » ; GILL, p. 14 s. rappelle que les instruments développés par KEYNES ont joué un rôle important dans le développement de l'extension des services publics et la prise en main étatique de secteurs considérés comme essentiels au développement économique (ex. production automobile).

⁵⁴⁸ Par opposition au protectionnisme, FABIEN, p. 12.

⁵⁴⁹ GILL, p. 17 : « *si les défenseurs du néolibéralisme sont des incondtionnels d'un rôle déterminant, voire exclusif, à attribuer au marché et à la concurrence et se présentent ainsi comme les meilleurs défenseurs du capitalisme, il faut toutefois se garder de voir le keynésianisme comme un courant anticapitaliste, qui serait voué à la destruction du capitalisme en raison du rôle économique élargi qu'il confie à l'État. Le keynésianisme, au*

l'argument selon lequel, en matière de protection des consommateurs, une intervention législative accrue aurait des conséquences uniquement négatives pour le marché (ex. augmentation des coûts pour les professionnels et les consommateurs)⁵⁵⁰. C'est vraisemblablement en ce sens qu'il faut comprendre HUGUENIN quand elle affirme que le renouvellement d'une économie de marché ne passe pas nécessairement par une déréglementation⁵⁵¹. Cette dernière n'est au demeurant qu'une autre manière – à notre avis complémentaire – d'envisager les relations entre les consommateurs et les professionnels ; la déréglementation n'a cependant pas un sens neutre, l'absence de réglementation restant aussi une manière d'envisager ces relations. Autrement dit, la déréglementation est tout autant susceptible de fonder un choix de politique juridique, au même titre que le choix d'une intervention accrue en faveur de la partie faible.

La mise en place d'une législation de protection du consommateur traduit quoi qu'il en soit l'échec du concept éminemment théorique de souveraineté du consommateur fondée sur l'existence d'une « main invisible » (*supra* N 241 ss). Le recours à la pensée de KEYNES fournit donc peut-être une **base théorico-économique** permettant de justifier l'intervention du législateur en vue de la correction du déséquilibre informationnel et structurel dont il est réputé souffrir par rapport au commerçant (*supra* N 205 s.). Il s'agit ainsi de préserver, au mieux, la souveraineté du consommateur ou, du moins, de fixer des limites contraignantes à certains dérives ou abus pouvant résulter de l'hégémonie absolue d'un marché entièrement dérégulé.

Cet examen ne doit jamais écarter les **limites** (B) pratiques, potentielles ou constatées, de la « souveraineté » du consommateur⁵⁵².

B. Limites

Les limites à la souveraineté du consommateur sont principalement de trois ordres⁵⁵³. Elles sont **relatives à la concurrence et au marché** (1), à

contraire, est une variante du libéralisme, une variante « douce » face à la variante radicale néolibérale ».

⁵⁵⁰ BLOCHER, p. 9 ss, en part. p. 13 ; GIGER, *Legislator's challenge*, *passim*.

⁵⁵¹ HUGUENIN, *Spannungsfeld*, p. 419 s. : « *durch Deregulieren soll nicht nur Freiraum geschaffen, sondern auch erhalten werden. Gerade dafür reicht aber ein blosses Streichen von Normen nicht, sondern es bedarf allenfalls sogar zusätzlicher Normen* ».

⁵⁵² KRAMER, *Konsumentenschutz*, p. 50. Très pessimiste, CHOMSKY, p. 46 s. : « *le producteur règne ; les consommateurs en sont réduits à se défendre comme ils peuvent* ».

⁵⁵³ GIGER, *Protection sociale*, p. 19 s. ; RHINOW, *Commentaire Cst. 1874*, art. 31^{sexies} N 15.

l'information du consommateur (2), ainsi qu'à la législation et à son application (3).

1. Relatives à la concurrence et au marché

- 252 Les restrictions de la concurrence liées à **l'existence de cartels** et à la maîtrise du marché par les fournisseurs de biens et services empêchent la souveraineté du consommateur de se déployer pleinement dans l'économie de marché⁵⁵⁴.
- 253 En 1979, KRAMER rappela que l'une des raisons principales pour l'échec de l'auto-régulation du marché reste que les consommateurs **peinent à s'organiser collectivement**⁵⁵⁵. En Suisse, ces limites subsistent de nos jours, au sein même de la législation contre les cartels, où la loi ne permet pas au consommateur d'intervenir, y compris collectivement, pour exiger la mise en œuvre de ses droits⁵⁵⁶. Ces limites doivent en revanche être nuancées du point de vue de la lutte contre la concurrence déloyale. A certaines conditions, la loi accorde au consommateur une action d'ordre collectif (cf. art. 9 et 10 LCD).
- 254 L'une des conséquences principales **du rôle généralement secondaire du consommateur**, parfois même d'acteur exclusivement passif, est que la production de biens ou de services ne suit pas (plus) nécessairement ses besoins véritables. Ceux-ci sont alors dictés par les producteurs et par la publicité⁵⁵⁷, ce qui renvoie à la question de l'évolution – contrôlée ou non – de ces « besoins » par la partie sise du côté de l'offre⁵⁵⁸. Une économie de consommation moderne ne se fonde ainsi plus exclusivement sur les besoins primaires des consommateurs, ou alors seulement de manière médiate. Ce n'est souvent qu'ultérieurement, à savoir lorsque le sentiment de nécessité relatif à un bien ou à un service de consommation s'est imposé à large échelle, qu'ils acquièrent un statut qu'on pourrait qualifier de « quasi-primaire » ou de « primaire *de facto* »⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ OFTINGER, Vertragsfreiheit, p. 328 s. ; KRAMER, Konsumentenschutz, p. 52 ; SCHWENZER, N 25.05.

⁵⁵⁵ KRAMER, Konsumentenschutz, p. 52 ; VON HIPPEL, p. 4.

⁵⁵⁶ DELAYE/HUG, Tempori servire, p. 189 ss ; HEINEMANN, Consommation et concurrence, p. 47 et 60.

⁵⁵⁷ Moins affirmatif sur l'influence incitative de la publicité sur l'autonomie de la personne, ENGEL, Cent ans, p. 59.

⁵⁵⁸ KRAMER, Konsumentenschutz, p. 52 s.

⁵⁵⁹ KEUCHEYAN, *passim*.

Les relations économiques modernes se caractérisent également par une certaine anonymité (impersonnalité), inhérente à leur caractère de masse et à la multitude des cocontractants et acteurs impliqués⁵⁶⁰. La capacité du consommateur « isolé », individuel, à influencer sur le marché paraît alors inévitablement restreinte. Par ailleurs, les interactions avec des **groupes relationnels secondaires** ont tendance à se substituer à celles avec les groupes relationnels primaires (ex. famille, relations « *face-to-face* »), encore majoritaires au début du XX^e siècle⁵⁶¹. Ces changements socio-économiques ont rendu nécessaires des interventions autres que celles basées sur le seul droit de la concurrence (au sens large, comp. *supra* N 177)⁵⁶². Au niveau contractuel, l'adoption de moyens de protection spécifiques s'inscrit dans ce contexte (*infra* N 452 ss).

255

Il ne faut pourtant pas en déduire que le consommateur serait fatalement et inévitablement une « victime » du marché. Des expériences en **théorie comportementale** indiqueraient que des biais d'analyse et de décision se retrouvent non seulement dans le chef du consommateur, mais lui sont même imputables. Par commodité, paresse, désintérêt ou apparente complexité du domaine, il n'est pas rare qu'il renonce à une offre financièrement plus avantageuse, malgré un choix possible entre plusieurs, voire même de nombreux concurrents. On mentionnera les cas illustratifs du changement d'assureur-maladie (s'agissant de la prime obligatoire) ou de l'opérateur de téléphonie ou d'Internet, alors même que les options de comparaison et de changement de fournisseur sont largement disponibles et n'impliqueraient pas d'effort significatif pour le consommateur⁵⁶³.

256

D'autres limites sont **relatives à l'information du consommateur** (2).

257

2. Relatives à l'information du consommateur

Une seconde **limite importante** résulte – non sans un certain paradoxe – de la volonté bien intentionnée du législateur d'améliorer l'information du consommateur⁵⁶⁴.

258

⁵⁶⁰ FORNAGE, Droit de révocation, p. 491.

⁵⁶¹ SCHMELZER, p. 59.

⁵⁶² HEINEMANN, Consommation et concurrence, p. 46.

⁵⁶³ CARNEVALE, BFC, p. 105 ss.

⁵⁶⁴ Pour une présentation détaillée des problèmes et de solutions à apporter, ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, Introduction before art. 2:401, N 28 ss.

- 259 La **rationalité du consommateur peut ainsi être remise en question** par la multiplication des devoirs d'information à charge du professionnel, et parfois même pour des motifs propres au consommateur⁵⁶⁵. Ce dernier ne se soucierait en effet que peu des informations et indications fournies sur les biens ou services acquis et il ne les comprendrait pas⁵⁶⁶. Particulièrement sur Internet, le flot d'informations le submergerait et il n'en prendrait jamais ou alors uniquement que très rarement (effectivement) connaissance⁵⁶⁷.
- 260 Même un consommateur alerte ne parviendrait **pas à saisir la véritable portée** des indications mises à sa disposition. Il serait noyé par une vague d'informations inutiles, peu claires et parfois même contradictoires⁵⁶⁸. La taille de l'écriture, la lisibilité ou encore la signification obscure de nombreux termes impliqueraient que l'information recherchée du consommateur ne lui bénéficierait pas autant que ne le souhaiteraient les personnes et organisations soucieuses de sa protection⁵⁶⁹. La transmission d'une information, y compris dans un document contractuel, ne garantit effectivement pas encore une prise de connaissance réfléchie⁵⁷⁰.

⁵⁶⁵ SIMITIS, p. 97 ss ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 14. L'un des moyens expérimentaux pour étudier la rationalité du comportement des consommateurs est la perspective comportementale (« *behavioral perspective* »), CARNEVALE, BFC, p. 102 ss.

⁵⁶⁶ CARRON, Protection, N 104.

⁵⁶⁷ CARRON, Protection, N 104 ; BIERI, Possibilité, p. 206 ; MARCHAND, Commerce électronique, N 35 ; WEBER, E-Commerce, p. 359 ; WEBER, Deregulierung, p. 58, qui évoque le « *Kassandra-Effekt* ». Cf. ég. Synthèse de la procédure de consultation relative à l'avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique, p. 91.

⁵⁶⁸ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 77, qui parle de « *Uninformation infolge von Überinformation* » ; KOLLER-TUMLER, E-Banking, p. 155 s. Pour le droit allemand, MEDICUS/PETERSEN, N 49 : « *die Sinnhaftigkeit eines solchen Informationsmodells gelangt freilich an ihre Grenzen, wenn der Verbraucher mit Informationen in einem Maße überflutet wird, das seine Entscheidungsfreiheit tendenziell eher verringert als vergrößert wird* ».

⁵⁶⁹ HOLLIGER-HAGMANN, BFC, p. 78 s. et 80 : « *er (i.e. le consommateur) ist gelegentlich lesefaul, teilweise sogar Analphabet und weil er vielfach sogar beratungsresistent ist, höchstens an einzelnen der ihm von den Gesetzen gebotenen Entscheidungshilfen und Schutzvorkehrungen interessiert. Dafür hat er eine Menge anderer Motive jenseits der rationalen Konsumentenschutzüberlegungen – wie Prestige, Neid oder Seelentrost –, die er unüberlegt, dringend und à tout prix befriedigen möchte, und die sich überhaupt nicht als Gegenstand fürsorglicher Legiferierung eignen* ».

⁵⁷⁰ ATF 139 III 345, consid. 4.4 = JdT 2014 II 182 (litige entre deux sociétés) ; arrêt du TF 4A_47/2015 du 02.06.2015, consid. 5.4.1 : « *so ist auch nicht ausgeschlossen, dass wenn sich die betreffende Klausel im Vertragsdokument selbst befindet, diese durch den Vertragspartner, der den Vertrag unterzeichnet, nicht gelesen wird (BGE 139 III 345 E. 4.4 S. 349, im Zusammenhang mit einer Gerichtsstandsklausel nach LugÜ)* ».

Un **devoir d'information précontractuel** ne garantit donc pas que le consommateur prenne la « bonne » décision, à savoir celle que le législateur considère comme préservant au mieux ses intérêts juridiques et économiques. Un tel devoir vise donc uniquement à assurer qu'il dispose des outils nécessaires à la formation libre et éclairée de sa volonté⁵⁷¹. Le consommateur ne bénéficie que rarement du choix de son partenaire contractuel. En conséquence, il est souvent contraint de contracter avec un seul et même professionnel ou type de professionnel(s). Aussi bonne soit-elle, l'information du consommateur ne pallie alors jamais au déséquilibre dont il souffre par rapport à son vis-à-vis⁵⁷².

261

Cela étant, et malgré des limites constatées parfois substantielles, il **demeure important** que l'utilisateur des conditions générales – en particulier – recherche, d'une part, une concordance terminologique étroite entre le vocabulaire légal et conventionnel et, d'autre part, fournisse, impose ou confirme un effort de clarté, de précision et de simplicité dans la rédaction des clauses⁵⁷³. Ces éléments maximisent les chances de compréhension des termes contractuels par le consommateur. La transparence, qui doit notamment être garantie par l'accessibilité des conditions générales avant la conclusion du contrat (*infra* N 1507 ss), facilite également un contrôle externe, notamment par les associations protectrices et de consommateurs (cf. art. 9 et 10 LCD⁵⁷⁴).

262

La troisième catégorie de limites sont celles qui sont **relatives à la législation et à son application** (3).

263

3. Relatives à la législation et à son application

Une troisième limite pratique à la souveraineté du consommateur résulte de la législation protectrice elle-même⁵⁷⁵, plus précisément de son application et de son contrôle par les autorités étatiques. Elle est induite par la quantité de lois adoptées pour protéger le consommateur. La multiplication des lois **nuirait à**

264

⁵⁷¹ HARTMANN, Informationspflichten, N 27 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 155.

⁵⁷² HARTMANN, Informationspflichten, N 27.

⁵⁷³ ENGEL, Cent ans, p. 51 et p. 58 où l'auteur précise que, dans les années 1980, on a déjà constaté un effort de clarté et de rationalité dans la rédaction des conditions générales dans certaines branches professionnelles, notamment dans le domaine bancaire.

⁵⁷⁴ L'art. 89 CPC, relatif à l'action des organisations, ne permet qu'une action en interdiction, en cessation ou en constatation d'une atteinte à la personnalité des membres d'un groupe. Pour des approfondissements sur le consommateur en procédure civile suisse, HUG, RJN 2018.

⁵⁷⁵ ENGEL, Cent ans, p. 52 : « *lui (i.e. à la loi) demander plus que la sauvegarde du jeu ouvert et régulier de la concurrence, c'est s'illusionner sur ses pouvoirs* ».

leur efficience et serait, partant, inutile. Cette méthode manquerait donc le but d'une amélioration concrète de la position du consommateur⁵⁷⁶.

- 265 Volontairement ou non, de nombreux professionnels **ne respecteraient d'ailleurs que peu ou pas du tout l'intégralité des prescriptions légales ou réglementaires** protectrices. Pour garantir une protection efficace, il serait pourtant essentiel d'intervenir et d'insister auprès des fournisseurs, en vue d'obtenir le respect effectif des nombreuses prescriptions adoptées par le législateur. Dans ce contexte, il serait également utile de leur expliquer ces nombreuses prescriptions. Or, on ne discernerait aucune volonté politique ou publique en ce sens, par manque de moyens ou d'intérêt de l'Etat⁵⁷⁷.
- 266 Pour peu que l'on considère le droit matériel comme insatisfaisant, ce serait ainsi plutôt dans le cadre de l'analyse de la densité normative, de la cohérence⁵⁷⁸ entre les textes légaux et de la systématique **qu'il serait utile d'intervenir**. Le but est de simplifier et d'optimiser la compréhension des normes protectrices par l'ensembles des acteurs concernés. En d'autres termes, il n'est effectivement pas toujours avisé de multiplier les normes légales impératives. Un angle complémentaire – mais néanmoins substantiel – d'intervention reste quoi qu'il en soit l'adoption et le développement d'aménagements procéduraux en faveur du consommateur.
- 267 Les trois limites présentées ci-dessus appellent un **constat (C)**.

C. Constat

- 268 De prime abord, un large consensus existe quant à la nécessité, à la légitimité et à l'opportunité, pour le législateur, d'intervenir en faveur du consommateur. Face à la densification normative et à la multiplication des normes protectrices, ainsi qu'aux ingérences du droit de la consommation dans l'autonomie privée des parties, certains auteurs **soutiennent néanmoins une dérégulation**. Leurs principaux arguments sont le risque d'une perte collective de liberté et de prospérité par la mise à charge de coûts disproportionnés aux entreprises, ce sous couvert de l'amélioration de la position factuelle et juridique du consommateur⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ HOLLIGER-HAGMANN, BFC, p. 79.

⁵⁷⁷ HOLLIGER-HAGMANN, BFC, p. 79 s.

⁵⁷⁸ Pour le souci de cohérence entre l'art. 6a CO et les principes des droits réels, PIOTET D., Statut réel.

⁵⁷⁹ BLOCHER, p. 9 ss ; GIGER, Legislator's challenge, *passim*.

Force est cependant de constater que le droit suisse des obligations, surtout en comparaison internationale et, plus particulièrement, européenne, garde « **une confiance un peu excessive dans les forces du marché qui disciplinent la liberté contractuelle** »⁵⁸⁰. Or, comme l'écrivait déjà OFTINGER en 1948, « *die Wirklichkeit hat sich weit von der idealen Vorstellung der älteren Rechtswissenschaft entfernt, wonach der Vertrag das Erzeugnis des allmählich, durch Überlegungen und Verhandlungen, entstehenden Konsenses zweier sich gleichberechtigt gegenüberstehenden Parteien sei* »⁵⁸¹. L'on ne peut qu'acquiescer à cette constatation, laquelle demeure d'actualité. Il est significatif de relever à cet endroit que le droit de l'UE aurait précisément tendance à s'écarter des modes « traditionnels » de la conclusion du contrat. Le but est d'observer les évolutions technologiques (ex. Internet, moyens de communication à distance), de même que la généralisation des contrats de masse et la standardisation des échanges contractuels⁵⁸².

269

Une situation – somme toute encore relativement – nouvelle exige quoi qu'il en soit un traitement original et d'éventuels aménagements législatifs⁵⁸³. Le défi est de l'inscrire dans la continuité des principes fondamentaux du droit privé. La difficulté de la tâche réside dans la **recherche d'un équilibre** entre, d'une part, la conservation des acquis du droit des obligations suisse, c'est-à-dire sa simplicité, sa lisibilité, son style, son élasticité et sa flexibilité⁵⁸⁴ et, d'autre part, une protection efficace et précise du consommateur observant les intérêts légitimes des professionnels également. Des considérations liées au rapprochement des législations, notamment pour des motifs de rationalité économique, doivent nécessairement encadrer la réflexion.

270

Nonobstant des critiques parfois justifiées et des limites pratiques parfois importantes, l'intervention normative en faveur du consommateur demeure indispensable. Elle est un acquis de la protection sociale pour une large part de la population, sinon son ensemble, étant donné la diversité des rôles envisageables dans la société moderne (sur le rôle spécifique, *supra* N 218 ss). Il nous paraît qu'il incombe à la loi de garantir un standard de protection minimal, en incitant au besoin les professionnels à limiter des comportements ou des pratiques abusifs, et seulement en dernier recours par le spectre de la menace d'une sanction pénale (comp. art. 23 LCD). Le jeu des **différents**

271

⁵⁸⁰ CR CO I-THÉVENOZ/WERRO, Introduction générale, N 9.

⁵⁸¹ OFTINGER, Vertragsfreiheit, p. 330.

⁵⁸² SCHULZE/ZOLL, p. 112.

⁵⁸³ SCHULZE/ZOLL, p. 112 : « *in this respect it is necessary to take account of the modern reality of contract practice in which contracts are (in contrast to the traditional model) often not the result of individual negotiations between the parties* ».

⁵⁸⁴ HONSELL, 100 Jahre, p. 17 s.

niveaux de protection – droit pénal, droit administratif et droit civil – soutient alors un système protecteur devant être aussi efficient et proportionné que possible. La liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté doivent néanmoins rester les fondements du système, ne serait-ce que pour garantir ces principes pour le consommateur lui-même, étant précisé que les intérêts du professionnel ne doivent pas être négligés non plus.

272 La présentation des **considérations de protection du consommateur** (III) à la source de l'intervention du législateur est donc non seulement pertinente, mais également nécessaire.

III. Considérations de protection du consommateur

A. Notion

1. Définition

273 Les considérations de protection du consommateur (« *Konsumentenschutzgedanke* »⁵⁸⁵) désignent la volonté du législateur d'individualiser et de conceptualiser la catégorie socio-économique de personnes qualifiées de « consommateurs » (pour les définitions *infra* N 728 ss). Le but est de protéger certains de leurs intérêts spécifiquement identifiés. Ces considérations sont sous-jacentes, voire même consécutives, au constat de limites pratiques à la souveraineté du consommateur (*supra* N 251 ss). Elles ont une **portée à la fois politique et normative** et impliquent que le législateur décide si le déséquilibre présumé entre les consommateurs et les professionnels « mérite » d'être corrigé et, dans l'affirmative, dans quelle mesure⁵⁸⁶.

274 Quelles sont les **origines historiques** (2) de ces considérations ?

⁵⁸⁵ Le terme allemand paraît plus adéquat que la notion de « considérations protectrices ». En français, la notion de « *Konsumentenschutzgedanke* » se rapprocherait également de celles de « prise en considération des consommateurs », « intention de protéger les consommateurs » ou, précisément, « considérations de protection des consommateurs ».

⁵⁸⁶ Comp. BÜLOW/ARTZ, N 11 : « *treten Personen in ihrer Rolle als Verbraucher und Unternehmer in rechtsgeschäftlichen Kontakt, kann es zu einer Störung von Vertragsparität kommen. Ob diese Störung hinnehmbar ist oder ausgleichender, vom Konzept der unterstellten Existenz von Privatautonomie abweichender Regelungen bedarf, ist eine Bewertung, die politischer Art und der Bewertung durch den Rechtsanwender entzogen ist* ».

2. Origines historiques

La doctrine admet assez largement⁵⁸⁷ que le « *Konsumentenschutzgedanke* » trouve sa source originelle dans un discours du 15 mars 1962 du président des Etats-Unis **JOHN F. KENNEDY** à l'intention du congrès national américain⁵⁸⁸. La première phrase de l'allocution contenait la célèbre expression selon laquelle « *consumers, by definition, includes us all* »⁵⁸⁹ : nous sommes tous des consommateurs. Pour la première fois, quatre droits fondamentaux des consommateurs furent spécifiquement affirmés : le droit à la sécurité, le droit à l'information, le droit de choisir et le droit d'être entendu⁵⁹⁰. 275

Le constat du président KENNEDY est exact d'un point de vue socio-économique et politique. La protection du consommateur ne sert pas uniquement les intérêts de certains groupes sociaux, mais elle doit servir ceux de l'ensemble de la population⁵⁹¹. L'affirmation ne permet cependant pas d'appréhender entièrement les contours de la notion de « consommateur », en particulier dans une optique contractuelle⁵⁹². En effet, les notions de « **consommateur** » et de « **contractant** » ne doivent pas être confondues, ni assimilées sans distinction. Le risque est d'appliquer extensivement la protection imposée par le droit contractuel de la consommation à l'ensemble du droit civil. Si le consommateur est généralement un contractant, tout contractant n'est donc pas nécessairement un consommateur envisagé en tant que partie faible⁵⁹³. 276

Dans les années qui suivirent directement la Seconde Guerre Mondiale (*infra* N 339 ss), en accord également avec les considérations ayant conduit à l'affirmation de KENNEDY en 1962, **l'essor d'une économie de production et de consommation de masse** poussa le législateur helvétique à adopter des lois et des dispositions légales spécifiques de protection (souvent contractuelle) du 277

⁵⁸⁷ BARNIKOL, p. 7 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 11 s. ; STAUDER, Konsumentenschutz, p. 151.

⁵⁸⁸ Il s'agit du « *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest* ». Le document est publié dans son intégralité dans l'ouvrage de réf. en droit allemand de VON HIPPEL, p. 281 ss.

⁵⁸⁹ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 56 ; SCHMELZER, p. 39. Dans le même sens, dans une approche historiographique, FAHRNI, p. 469 s. évoque l'évolution de la notion de « citoyens-consommateurs » aux Etats-Unis et au Canada à partir des années 1930.

⁵⁹⁰ VON HIPPEL, p. 282.

⁵⁹¹ BARNIKOL, p. 7 s.

⁵⁹² KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 12.

⁵⁹³ NOBLOT, N 430.

consommateur⁵⁹⁴. Ce fut également à partir des années 1960 qu'on vit proliférer des exigences de forme en droit des contrats, singulièrement pour des motifs de protection du consommateur⁵⁹⁵. Entre les années 1960 et 1970, l'ordre juridique reconnut ainsi peu à peu le consommateur comme étant sujet de droit relevant d'une catégorie particulière de personne à protéger, similairement au travailleur⁵⁹⁶.

278 Il sied de **préciser** (3) les considérations de protection du consommateur.

3. Précisions

279 Depuis toujours, les rapports économiques se caractérisent – faut-il le rappeler – par une offre d'un côté et une demande de l'autre. La production et la distribution de biens et services par des entreprises (individuelles ou collectives) et leur utilisation (consommation) par des ménages privés n'est évidemment pas apparue suite à l'émergence du « *Konsumentenschutzgedanken* ». Ce processus mercantile serait bien plus une **constante** tant historique que géographique⁵⁹⁷.

280 L'existence d'une partie plus faible que l'autre semble **inhérente à toute relation contractuelle**⁵⁹⁸ ; elle résulte des caractéristiques personnelles, professionnelles et sociales de chacun⁵⁹⁹. Si celles-ci contribuent à la richesse des échanges économiques et sociaux, elles n'en sont pas moins des facteurs qui se traduisent parfois, dans le cas concret, en des rapports de force complexes et inégaux. Ces inégalités se manifestent particulièrement quant au pouvoir de

⁵⁹⁴ FF 1986 II 360, 364 s. citant la loi fédérale de 1962 concernant la vente par acomptes et la vente avec paiements préalables (art. 226a-226m, 227a-227i et 228 aCO). En 1985, le BFC a en outre établi une liste recensant plus de 20 textes légaux fédéraux protégeant les intérêts des consommateurs sur le plan fédéral. PROBST, BFC, p. 94 ; PERRIN, p. 53 ss s'interroge sur l'existence d'un « *nouvel <ordre public> contractuel* » ; STAUDER, Konsumentenschutz, p. 151.

⁵⁹⁵ ECL-HOSEMANN, art. 2:101 (2) N 14.

⁵⁹⁶ GIGER, Protection sociale, p. 9.

⁵⁹⁷ BRUNNER, Konsumverträge, p. 7 s.

⁵⁹⁸ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 1 précisent qu'un déséquilibre a toujours existé, en particulier déjà en droit romain et dans l'ancien droit. L'ancien droit regroupe une large période historique allant du haut Moyen-Âge (XI^e siècle) à la révolution française (1789). A ce sujet, CARBASSE, N 53 ss. Comp. OFTINGER, Vertragsfreiheit, p. 327 : « *seit jeher hat sich – um einen Fall zu nennen – der ökonomisch Schwächere dem Willen des Stärkeren anpassen müssen, war also in diesem Sinn unfrei* ».

⁵⁹⁹ BERGER, N 173 ; LEFEBVRE, p. 19.

négociation, d'anticipation ou encore du point de vue de la liberté de contracter de l'une des parties.

Ce qui distingue les considérations de protection du consommateur est qu'elles impliquent, en amont, un **jugement de valeur quant à l'opportunité et quant à la nécessité d'intervenir en faveur de la partie faible**. Le législateur doit, en d'autres termes, déterminer si et pour quelles raisons une immixtion contraignante dans les relations entre les professionnels et les consommateurs se justifie et, dans l'affirmative, dans quelle mesure⁶⁰⁰. Conformément à un principe fondamental de la légistique, et dans ce prolongement, il lui incombe également de décider jusqu'à quel point la loi doit régler des questions de détail ou observer les cas particuliers⁶⁰¹. 281

Au sens large, les considérations de protection du consommateur peuvent se manifester au travers de trois théories de la **répartition de la responsabilité** (B). 282

B. Répartition de la responsabilité

Trois théories précisent dans quelle mesure peut se répercuter la **responsabilité contractuelle et/ou extracontractuelle** des professionnels à l'égard des consommateurs⁶⁰². Le législateur est susceptible de les appliquer alternativement ou cumulativement, de façon directe ou implicite, selon la concrétisation légale envisagée (loi générale, loi sectorielle, disposition protectrices spécifiques, etc.)⁶⁰³. 283

S'agissant de la répartition de la responsabilité (au sens large), on peut distinguer entre la **théorie du contrat** (1), la théorie de la diligence (2) et la théorie des coûts sociaux (3). 284

1. Théorie du contrat

Conformément à la théorie du contrat (« *Vertragstheorie* », « *teoria del contratto* », « *contract theory* »), la relation consumériste s'appréhende 285

⁶⁰⁰ BRUNNER, Konsumverträge, p. 7.

⁶⁰¹ BUCHER, Hundert Jahre, p. 270 précise que ce choix est souvent implicite, voire inconscient.

⁶⁰² FETSCHERIN, BFC, p. 72 ss : « [...] *three distinct theories of producers' responsibility to consumers* ».

⁶⁰³ Notre affirmation est volontairement large. Elle vise à insister sur trois manières permettant au législateur d'envisager « ses » considérations de protection du consommateur.

« contractuellement », à savoir selon la conception élevant en dogme fondamental⁶⁰⁴ la liberté personnelle des parties. Quelle que soit la relation envisagée, les parties sont réputées se trouver sur un **pied d'égalité** et s'engager chacune en connaissance de cause pour parvenir à un rapport réciproque loyal. Les règles de comportement à caractère général, comme l'interdiction d'exploiter la gêne, la faiblesse ou l'inexpérience d'une partie (cf. art. 21 CO), de lui fournir des informations trompeuses ou les prescriptions techniques à charge du fournisseur sont seules pertinentes⁶⁰⁵. La théorie concerne la mise en place de « conditions-cadres » permettant au marché et aux transactions d'intervenir et de se dérouler dans un contexte de limitation et de sanction d'abus.

286 La théorie du contrat admet la plus grande part de responsabilité pour le consommateur. Elle poursuit une **logique d'individualisme marqué** ⁶⁰⁶. En substance, le destinataire final de biens et services, qu'il soit privé ou professionnel, reste un contractant « comme les autres »⁶⁰⁷. Dans un contexte de globalisation, où l'externalisation des tâches est répandue, les matières premières d'origines diverses et les risques des produits pour la santé et la sécurité potentiellement multiples, le recours à la théorie du contrat ne paraît pas (plus) suffisant. Dans les faits, le déséquilibre informationnel et structurel ne permet souvent pas de considérer le consommateur comme étant l'égal du professionnel⁶⁰⁸.

2. Théorie de la diligence

287 La théorie de la diligence (« *Sorgfaltstheorie* », « *teoria della diligenza* » « *due care theory* ») reconnaît le déséquilibre entre le consommateur et le professionnel. Ce dernier est réputé disposer de connaissances supérieures s'agissant des produits qu'il offre à la consommation ; il assume à cet égard une position similaire à celle d'un **garant** et il lui revient de veiller à ce que les biens et services ne nuisent pas au consommateur. La responsabilité de la conformité et de la sécurité des biens et services est ainsi mise à charge du professionnel, dans la mesure où il a une compétence et une expertise que le consommateur n'a pas⁶⁰⁹.

⁶⁰⁴ RAPIN/WESSNER, N 19.

⁶⁰⁵ FETSCHERIN, BFC, p. 72.

⁶⁰⁶ RAPIN/WESSNER, N 19.

⁶⁰⁷ FETSCHERIN, BFC, p. 72.

⁶⁰⁸ FETSCHERIN, BFC, p. 73 s.

⁶⁰⁹ FETSCHERIN, BFC, p. 72 s.

La notion de diligence ne correspond cependant pas à celle que l'on rencontre parfois en droit civil. Dans ce dernier contexte, elle décrit et évalue les soins nécessaires, ainsi que le respect des règles de l'art par une personne, physique ou morale, dans la préservation des biens absolus d'autrui (cf. art. 55 al. 1 CO) ou l'exécution d'une prestation contractuelle déterminée (cf. art. 257f al. 3 CO). La théorie de la diligence, en revanche, impute abstraitement une responsabilité accrue au professionnel⁶¹⁰. Le but semble être celui de **compenser les avantages résultant des particularités de la relation consumériste**. En dehors d'un cas concret, le professionnel bénéficie de l'économie de masse dans une mesure supérieure au consommateur (ex. baisse des coûts de production, marché plus étendu, etc.). Des exigences accrues de la part de l'ordre juridique représenteraient précisément la contrepartie à des avantages qu'il peut tirer de cette situation.

288

3. Théorie des coûts sociaux

La théorie des coûts sociaux (« *Sozialkostentheorie* », « *teoria dei costi sociali* », « *social costs theory* ») postule que le professionnel **supporte l'ensemble des coûts et des risques** découlant d'un défaut du produit (bien ou service) offert ou mis sur le marché⁶¹¹. La responsabilité vaut même si ces défauts ne pouvaient être évités ou même envisagés par le professionnel. Lors de la fixation du prix d'un bien ou d'un service, il est réputé observer – ou à tout le moins être en mesure de le faire – l'intégralité des risques potentiels. Sous réserve des limites légales, telles que les prescriptions relatives aux ententes sur les prix, il reste néanmoins libre de répartir ces risques.

289

La théorie des coûts sociaux admet la plus grande part de responsabilité à la charge du professionnel ; il s'agirait de l'exact opposé du capitalisme de laissez-faire⁶¹². Contrairement à la théorie de la diligence, laquelle présente *mutatis mutandis* des similitudes avec une présomption réfragable, la théorie des coûts

290

⁶¹⁰ Par ex. OG ZH NP160023 du 30.09.2016, consid. 8 : « *die Beklagte räumt ein, dass sie die Klägerin darüber nicht orientierte, weil sie nie auf die Idee gekommen wäre, dass ein Haustürgeschäft vorliegen könnte. Ihre Auffassung, deshalb treffe sie keine Orientierungspflicht (act. 30 S. 11), geht fehl* ». Le professionnel est ainsi – abstraitement – réputé connaître la nature de la relation contractuelle fondant, le cas échéant, l'application des règles protectrices.

⁶¹¹ Critique ENGEL, Cent ans, p. 30 : « *le risque du producteur ne doit pas disparaître au profit de la sécurité généralisée et aveuglement protectrice du client. Il faut plaider pour une théorie de la solidarité équilibrée de manière à laisser à l'initiative et à la responsabilité privées leur vocation de progrès* ».

⁶¹² FETSCHERIN, BFC, p. 73.

sociaux se rapprocherait donc plutôt d'une **fiction de responsabilité ou d'une responsabilité objective aggravée**⁶¹³. Le seul constat d'une position abstraite de force implique que le professionnel supporte l'ensemble des risques potentiels et réels. Les bénéfices qu'il tire de son activité sont supposés justifier, respectivement compenser, une telle sévérité à son égard de la part de la collectivité.

291 Ces différentes conceptions et les restrictions qu'elles impliquent exigent de garder constamment à l'esprit que la mise en place de règles protectrices impératives, de droit privé ou de droit public, entraîne une **intervention dans les droits et les obligations des parties**, particulièrement ceux de la partie forte. Traduit dans le « langage constitutionnel », cela revient à n'admettre l'intervention étatique que si, premièrement, elle se fonde sur une base légale, deuxièmement, qu'elle est justifiée par un intérêt public, troisièmement, qu'elle reste proportionnée et, enfin, qu'elle ne viole pas l'essence même du droit ou de la liberté concernés (art. 36 Cst.)⁶¹⁴.

292 Quels sont les **intérêts prépondérants** (C)⁶¹⁵ pris en considération par le législateur dans son équation ?

C. Intérêts prépondérants

293 Une législation de protection du consommateur vise à préserver sa **santé et sa sécurité** (1), ses intérêts économiques (2), sa liberté contractuelle (3), ainsi que ses intérêts procéduraux (4)⁶¹⁶.

1. Santé et sécurité

294 La protection de la santé et de la sécurité du consommateur représente une composante essentielle du droit de la consommation. Elle **prime la liberté**

⁶¹³ Sur le concept, en droit de la responsabilité civile extracontractuelle, de « responsabilité objective aggravée », MÜLLER, Responsabilité civile, N 19.

⁶¹⁴ Comp. ATF 136 I 197, consid. 4.4.1.

⁶¹⁵ La loi retient parfois directement que la protection des consommateurs doit, en elle-même, être considérée comme un intérêt important (ex. art. 4 al. 4 let. e LETC).

⁶¹⁶ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 60 s. Cf. ég. Recommandation de la CFC au CF concernant la protection des consommateurs par un renforcement des sanctions pénales, du 5 novembre 2002, p. 3.

économique⁶¹⁷ et est notamment concrétisée par des prescriptions sur le contrôle des denrées alimentaires, des médicaments, des produits, de certains services, des objets courants ou en matière de sécurité des moyens de transport⁶¹⁸.

D'après la CFC, la sécurité et la santé des consommateurs relèvent d'un **intérêt supérieur** et pourraient justifier une violation du travailleur de son obligation de garder certains faits confidentiels (art. 321a al. 4 CO)⁶¹⁹. Dans l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction pénale de la divulgation d'un secret protégé (cf. art. 162 CP) par un lanceur d'alerte (« *Whistleblower* »), cet intérêt pourrait éventuellement conduire à nier la condition de l'intérêt objectif au maintien du secret pour son maître⁶²⁰.

Il est vrai que les prescriptions relatives à la santé et à la sécurité ne relèvent pas nécessairement du droit de la consommation *stricto sensu*. Compte tenu de la fonction préventive générale de ces règles, elles ne visent pas toujours exclusivement les « consommateurs », mais **l'ensemble des utilisateurs en tant que personnes physiques**⁶²¹. Ces normes relèvent ainsi d'un ensemble qu'on pourrait qualifier de « droit du marché », naissant de la conjonction entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence (*supra* N 177). Le constat rappelle certains liens étroits pouvant exister entre les buts de la protection du « consommateur » et celle de l'« utilisateur » au sens le plus large⁶²².

Lorsque l'intention du législateur est de préserver la santé et de la sécurité des personnes, il opte parfois pour une définition biologique de la personne à protéger (*infra* N 744 s.)⁶²³. La loi ne distingue alors généralement plus entre la

⁶¹⁷ FF 1986 II 360, 405 : « *il est indéniable cependant que les prescriptions visant à protéger le consommateur contre les atteintes à sa santé ou à sa sécurité ou à garantir la bonne foi en affaires priment le principe de la liberté du commerce et de l'industrie* ».

⁶¹⁸ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 60.

⁶¹⁹ Prise de position de la CFC du 22.02.2006 sur la proposition d'introduire une protection pour le « sonneur d'alarme » (*Whistleblower*), <https://www.konsum.admin.ch/bfk/fr/home/themen/sekretariat-ekk/stellungnahmen.html> (consulté le 30.10.2018). Le 21 septembre 2018, le CF a par ailleurs adopté un message additionnel sur la révision partielle du CO envisagée, <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html> (consulté le 30.10.2018).

⁶²⁰ HUG, *Whistleblowing*, p. 12 s.

⁶²¹ PICHONNAZ, BFC, p. 88 : « *si l'on entend protéger la santé du consommateur, ce dernier doit nécessairement être une personne physique* ».

⁶²² PICHONNAZ, BFC, p. 88, qui rappelle que l'art. 118 Cst. (protection de la santé) n'utilise pas le terme de « consommateurs » ou de « consommatrices ».

⁶²³ UMULISA MUSABY, p. 27.

personne agissant à des fins privées ou dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale⁶²⁴. La protection de l'utilisateur **en référence à la protection de la santé** de « l'homme » est alors visée (cf. art. 1 et 8 LDAI). Parfois, la loi recourt à la notion plus neutre « d'être humain » (art. 1 al. 1 LPTh et 1 LChim ; cf. ég. art. 7 al. 2 let. b LDAI « consommation humaine »). La définition biologique peut également se déduire du but protecteur de la norme (cf. art. 8a al. 1 LExpl). Des considérations similaires se retrouvent en matière de responsabilité civile du fait des produits où la loi vise, notamment, à indemniser le « consommateur » – l'utilisateur – en cas de mort et de dommage corporel dus à un produit défectueux (art. 1 al. 1 let. a LRFP).

2. Intérêts économiques

a. Liberté économique

298 La liberté économique⁶²⁵ est garantie par l'art. 27 Cst.⁶²⁶. Elle **comprend** le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice et elle protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la réalisation d'un gain ou d'un revenu⁶²⁷.

299 Fondamentalement, une réglementation protectrice **porte atteinte à la liberté économique des personnes concernées**, donc aussi à celle du consommateur⁶²⁸. L'art. 97 al. 1 Cst. ne permet, cela dit, aucune dérogation au principe de la liberté économique (cf. art. 94 al. 4 Cst.)⁶²⁹ ; seules des restrictions peuvent y être apportées.

⁶²⁴ SAUPHANOR, N 9 et les réf. citées.

⁶²⁵ La notion de liberté économique a remplacé celle de liberté du commerce et de l'industrie utilisée dans l'ancienne constitution fédérale du 29 mai 1874 (FF 1997 I 1, 307).

⁶²⁶ BSK BV-UHLMAN, art. 27 N 1.

⁶²⁷ FF 1997 I 1, 176 ; ATF 136 I 197, consid. 4.4.1 ; ATF 131 I 333, consid. 4 ; ATF 118 Ia 175, consid. 1 = JdT 1994 I 643.

⁶²⁸ FF 1999 III 2879, 2915, qui relève que la révision de la loi sur le crédit à la consommation porterait de nouvelles atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie.

⁶²⁹ SGK BV-HETTICH, art. 97 N 8.

Jusqu'à ce jour, le législateur⁶³⁰ et le TF⁶³¹ ont par ailleurs refusé de considérer la **liberté de consommation** (« *Konsumfreiheit* ») comme un élément constitutif de la liberté économique⁶³². Le consommateur ne dispose donc pas d'un droit à consommer librement, qu'il pourrait faire valoir à l'égard de l'Etat⁶³³. Autrement dit, la demande n'est en tant que telle pas protégée. 300

Quelles sont les **parties à protéger** (b) ? 301

b. Parties à protéger

Dans l'esprit du droit de la consommation, la protection du professionnel n'est souvent que (très) secondaire. Pour autant, cela ne signifie pas que ses intérêts doivent être sacrifiés au profit d'une protection absolue des intérêts du consommateur. Cela étant, la préservation des intérêts du consommateur reste évidemment (très) généralement la motivation pour l'adoption de règles ressortant du droit de la consommation. 302

Lorsque le législateur vise la protection d'intérêts économiques, il désigne parfois également des personnes morales comme « consommateurs ». Pour déterminer si la protection consumériste s'applique, il est alors nécessaire qu'il **définisse et précise les motifs de la protection**. Des personnes morales pourraient donc bénéficier de la protection de l'art. 97 Cst.⁶³⁴, malgré la teneur de cette disposition *a priori* limitée aux personnes physiques (*infra* N 730 ss). Dans ce prolongement, on mentionnera la conception de la protection du professionnel en situation de faiblesse, à l'instar d'une PME ou, plus particulièrement, d'une Start-Up (contrats asymétriques, *infra* N 2158 et 2183 ss). 303

Les restrictions à la liberté économique tendent à protéger le **consommateur** (i) et, parfois, les tiers (ii). 304

⁶³⁰ FF 1997 I 1, 178.

⁶³¹ ATF 102 Ia 104, consid. 7. Comp. ATF 134 I 214, consid. 3.

⁶³² *Contra*, MORIN, La liberté contractuelle, p. 17 s. et RHINOW, Commentaire Cst. 1874, art. 31^{sexies} N 6.

⁶³³ RHINOW, Commentaire Cst. 1874, art. 31^{sexies} N 6.

⁶³⁴ PICHONNAZ, BFC, p. 88.

(i) *Consommateur*

- 305 Particulièrement en matière contractuelle, le législateur accorde la **priorité à la protection directe des intérêts économiques du consommateur**⁶³⁵. Deux moyens généraux existent pour atteindre ce but⁶³⁶ : garantir son information et intervenir dans le déséquilibre structurel entre parties. Les lois fédérales visant ces buts sont la LCart, la LMI, la LCC, la LCD, la LMétr, la LIC ou encore la LVF⁶³⁷. PICHONNAZ rappelle en outre que la protection des intérêts économiques du consommateur est « *garantie par une concurrence efficace des opérateurs économiques [...] et par des règles permettant au consommateur de se comporter en opérateur éclairé sur le marché [...]* »⁶³⁸.
- 306 Cela étant, l'objectif du législateur n'est pas nécessairement toujours la protection des intérêts économiques du consommateur. Par exemple, l'envoi de choses non commandées concerne normalement des choses de peu de valeur, soit où **les risques économiques sont (plus) négligeables**. L'art. 6a CO préserverait ainsi en premier lieu la sécurité du droit⁶³⁹. Il convient toutefois d'éviter d'en déduire que la faible valeur d'une chose ou d'un service impliquerait nécessairement une dépriorisation des intérêts économiques du consommateur, en particulier du point de vue de la qualité à laquelle peut s'attendre le consommateur⁶⁴⁰. Même de faibles montants sont susceptibles de les mettre en danger, particulièrement s'il s'agit d'**engagements fréquents et répétés**. La notion même de « faible valeur » reste relative. D'un point de vue procédural, pour limiter les sources d'insécurité juridique liées à la détermination d'une valeur pertinente s'agissant de l'application de la protection⁶⁴¹, on pourrait envisager un seuil maximal ; en-dessous, on présumerait⁶⁴² l'existence d'un contrat portant sur une prestation de consommation courante.

⁶³⁵ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 62.

⁶³⁶ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 62 s.

⁶³⁷ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 61.

⁶³⁸ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 60 s.

⁶³⁹ FF 1986 II 360, 392.

⁶⁴⁰ Partageant cet avis, FORNAGE, Mise en œuvre, N 1332 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 65. Comp. ATF 132 III 268, consid. 2.2.3 = JdT 2006 I 564.

⁶⁴¹ CPC-HALDY, art. 32 CPC N 9 et la réf. citée.

⁶⁴² Pour cette proposition, PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 53. Cet auteur préconise comme valeur-seuil le montant de Fr. 80'000.- (cf. art. 7 al. 1 let. e LCC).

(ii) *Tiers*

De par l'omniprésence du consommateur en tant que destinataire de biens et de services dans un système économique de masse, la **garantie et la protection de sa solvabilité**⁶⁴³ sont des intérêts importants pour les tiers également. Il s'agit parfois de préserver des intérêts économiques n'étant pas nécessairement ceux du consommateur uniquement⁶⁴⁴, mais pouvant être ceux de tiers, qu'il s'agisse d'un contractant direct ou d'autres acteurs privés ou étatiques.

307

La protection du rôle « charnière » du consommateur se justifie dans la mesure où il est appelé à **conclure de nombreux contrats**, avec différentes personnes et en vue de satisfaire des besoins multiples et hétérogènes (sectorisation des besoins). En cas de mauvaise situation financière du consommateur, ce n'est souvent pas un seul partenaire contractuel qui est ou risque d'être touché. A cela s'ajoutent l'intérêt financier non négligeable de l'Etat à imposer des personnes solvables⁶⁴⁵, ainsi que la prévention de dépenses publiques en cas d'endettement du consommateur⁶⁴⁶.

308

3. Intérêts contractuels

a. Liberté contractuelle

En tant qu'aspect de la liberté personnelle⁶⁴⁷, la liberté contractuelle (« *Vertragsfreiheit* ») est un élément constitutif de la liberté économique

309

⁶⁴³ La lutte contre le surendettement demeure un intérêt important, mais qui se rattache directement à la protection des intérêts du consommateur. Sur le risque du surendettement, MAR-CHAND, Droit de la consommation, p. 210 ss.

⁶⁴⁴ Implicite, ATF 120 Ia 299 consid. 3b : « [...] *l'expérience montre cependant que beaucoup d'individus et de familles sont excessivement chargés par des crédits à la consommation ; par conséquent, ils ne peuvent plus remplir leurs obligations, sinon à l'égard des établissements de crédit, du moins dans d'autres domaines comme les impôts, les primes de caisse-maladie, les loyers ; ils doivent alors réduire leurs dépenses d'entretien au minimum vital pendant tout un temps pour assainir leur situation financière* ».

⁶⁴⁵ Selon les statistiques 2013 de l'OFS « endettement des ménages privés et rapport à l'argent », près de 23% de la population ayant au moins un type de crédit (notion relativement large retenue) aurait au moins un arriéré d'impôt, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/revenus-consommation-et-fortune/endettement.html> (consulté le 30.10.2018).

⁶⁴⁶ ATF 139 III 201, consid. 2.5.3 = JdT 2016 II 240.

⁶⁴⁷ ENGEL, Cent ans, p. 35.

garantie par l'art. 27 Cst.⁶⁴⁸. La liberté contractuelle **relève de l'autonomie de la volonté**⁶⁴⁹. Elle englobe notamment la liberté de conclure un contrat, le choix du cocontractant, de modifier le contrat ou d'y mettre fin, de la forme (cf. art. 11 CO) ou encore du contenu (cf. art. 19 CO), y compris du droit applicable⁶⁵⁰. Les moyens employés pour contracter peuvent également être déterminés par les parties. Ainsi, la conclusion d'un contrat par la voie électronique ou, plus généralement, par les nouveaux moyens de communication, est également garantie⁶⁵¹.

310 La liberté contractuelle n'est **jamais illimitée**, les normes la limitant s'interprétant toutefois restrictivement⁶⁵². Le droit public et le droit privé (cf. art. 19 et 20 CO) proscrivent certains comportements ou, au contraire, en imposent aux particuliers⁶⁵³. Contrairement à ce que semble parfois implicitement retenir le TF, il nous paraît que le principe même de la liberté contractuelle ne disparaît pas durant les relations contractuelles⁶⁵⁴. Le contrat représente bien plus la consécration de cette liberté, laquelle « survit » à la conclusion du contrat et se voit octroyer certains aménagements du fait, soit de l'autonomie des parties, soit de l'ordre juridique. En arrière-plan, le principe demeure.

⁶⁴⁸ ATF 136 I 197, consid. 4.4.1. BSK BV-UHLMANN, art. 27 N 10 ss. Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 112, qui rappellent que la liberté de conclure et la liberté de contenu du contrat sont à la source du principe de la liberté contractuelle valant en droit primaire de l'UE.

⁶⁴⁹ SCHWENZER, N 25.02.

⁶⁵⁰ ATF 131 I 333, consid. 3.2. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 618a ; MORIN, La liberté contractuelle, p. 15 ss ; OFTINGER, Vertragsfreiheit, p. 316.

⁶⁵¹ KIANIČKA, p. 24 s.

⁶⁵² ATF 138 III 669, consid. 3.1 (relatif à l'art. 417 CO). OFTINGER, Vertragsfreiheit, p. 323 : « *deshalb dürfen die Schranken nicht ein Übermass erreichen ; sie müssen vielmehr die Ausnahme bilden und die Freiheit – die Vertragsfreiheit im besonderen – die Regel darstellen* ». Pour le droit de l'UE, en lien avec la Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives, Conclusions de l'avocat général MISCHO du 28.06.2001, IDEALSERVICE, aff. jointes C-541/99 et C-542/99, N 16.

⁶⁵³ ATF 135 I 233, consid. 5.4 ; ATF 123 V 324, consid. 3b : « *die Rechtsordnung kennt zahlreiche Schranken, die die Vertragsfreiheit in dieser oder jener Hinsicht einschränken, namentlich durch Kontrahierungspflichten, die regelmässig auch den Inhalt des abzuschliessenden Vertrages beschlagen, ohne dass der gestützt darauf abzuschliessende Vertrag seinen privatrechtlichen Charakter verlieren würde* ».

⁶⁵⁴ Dans ce sens, arrêt du TF 4A_198/2016 du 07.10.2016, consid. 4.1 (droit du bail) : « *le bail est en effet un contrat qui n'oblige les parties que jusqu'à l'expiration de la période convenue ; au terme du contrat, la liberté contractuelle renaît et chacun a la faculté de conclure ou non un nouveau contrat et de choisir son cocontractant* ».

Dans ce prolongement, on mentionnera tout de même que la constatation d'un accord normatif (comp. *supra* N 83) consacre, en soi, déjà une certaine entorse au principe de l'autonomie de la volonté⁶⁵⁵. La **protection de la confiance** impose parfois de retenir des conséquences juridiques ne correspondant pas, ou pas en tous points, à la volonté de l'une des parties⁶⁵⁶. L'autonomie de la volonté proscriit toutefois de donner aux déclarations des parties et/ou à leur contrat un sens que ni l'une ni l'autre n'a voulu⁶⁵⁷. Il reste en revanche admissible d'accorder à une déclaration, non seulement un sens divergent de la volonté interne du déclarant, mais même de lui imputer une intention juridique, si la protection de la confiance du destinataire l'exige⁶⁵⁸. Le déclarant doit alors contester la validité du contrat pour cause d'erreur⁶⁵⁹.

311

Dans un arrêt rendu récemment en matière de **droit du travail** (gratification, art. 322d CO), le TF considère par ailleurs qu'une restriction à la liberté contractuelle des parties n'est plus justifiée par le besoin de protection de l'employé, à partir du moment où celui-ci perçoit un très haut revenu⁶⁶⁰. Ce précédent est intéressant pour le droit de la consommation également. On pourrait en tirer des parallèles avec l'interprétation de certaines règles protectrices (par ex. art. 15 CL), à savoir lorsque le besoin de protection n'est manifestement pas (plus) donné⁶⁶¹. En interprétation de la CL, le TF applique peut-être d'ores et déjà des considérations similaires pour nier la qualité de consommateur à l'acquéreur d'une voiture de luxe⁶⁶².

312

Le **droit du bail** permet également d'autres rapprochements intéressants. Le TF rappelle parfois que le législateur y présume l'ignorance du locataire (par

313

⁶⁵⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1194.

⁶⁵⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 620 et 1194.

⁶⁵⁷ ATF 117 II 404, consid. 2 = JdT 1993 I 66. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 620 et 1194.

⁶⁵⁸ CUÉNOD, p. 21 ss : « *par contre si l'auteur de la déclaration n'avait, malgré les apparences, aucune intention d'assigner une portée juridique quelconque à sa manifestation de volonté, le destinataire se trouverait dénué de toute protection, malgré sa parfaite bonne foi et sa diligence (sic !) scrupuleuse à interpréter correctement la déclaration* ». L'auteur précise que la déclaration d'intention qu'il qualifie de « *non sérieuse* » (ex. plaisanterie, vantardise) ne constitue en principe pas, c'est-à-dire précisément sous réserve de la protection de la confiance du destinataire, une manifestation juridique de la volonté.

⁶⁵⁹ CUÉNOD, p. 22.

⁶⁶⁰ Arrêt du TF 4A_557/2015 du 22.06.2016, consid. 3.2. Il y a très haut revenu si la totalité de la rémunération perçue par l'employé au cours d'une année équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse (cf. ATF 141 III 407, consid. 5.3 et 5.4).

⁶⁶¹ Réf. est particulièrement faite aux *Ultra High Net Worth Individuals*, *infra* N 2192.

⁶⁶² Arrêt du TF 4A_432/2007 du 08.02.2008, consid. 3.5.

opposition à l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* »⁶⁶³. L'une des fonctions importantes de la protection du consommateur est de remédier au déséquilibre informationnel et structurel entre parties (*supra* N 202 ss). Il serait donc parfois plus juste que l'on n'attende pas du consommateur une connaissance générale et étendue de l'ensemble des règles légales applicables à sa relation contractuelle⁶⁶⁴. Ce constat vaut tout particulièrement lorsque les informations à fournir par le professionnel visent précisément à l'informer au sujet de ses droits (cf. art. 40d al. 1 et 40e al. 2 let. b CO)⁶⁶⁵.

314 La préservation des intérêts contractuels du consommateur suppose le **rétablissement de l'équité contractuelle** (b).

b. Rétablissement de l'équité contractuelle

315 La « liberté contractuelle » n'a de sens que si chaque partenaire peut effectivement influencer le contenu d'un contrat⁶⁶⁶. L'intervention du législateur en faveur du consommateur vise précisément à **corriger la limitation factuelle de la liberté contractuelle** qu'il subit (« *faktische Beschränkung der Vertragsfreiheit* »⁶⁶⁷) en raison de la supériorité économique, juridique et technique du professionnel. La protection peut se justifier par un contexte situationnel ou personnel particulier où la liberté de décider du consommateur est entravée. Toute législation de protection des consommateurs limite ainsi la liberté contractuelle des personnes concernées⁶⁶⁸, principalement celle du professionnel, mais aussi celle du consommateur⁶⁶⁹.

⁶⁶³ ATF 140 III 583, consid. 3.2.2 (en lien avec la formule officielle prévue à l'art. 270 al. 2 CO) ; ATF 113 II 187, consid. 1a. SCHMID, ZBJV 152/2016, p. 347.

⁶⁶⁴ Cf. cep. arrêt du TF 4A_601/2015 du 19.04.2016, consid. 2.2.3 (contrat d'enseignement conclu par deux juristes de formation pour leur fils et, partant, négation du caractère insolite d'une clause de conditions générales).

⁶⁶⁵ Pour des considérations similaires, ATF 113 II 187, consid. 1a (droit du bail).

⁶⁶⁶ Comp. ATF 134 III 52, consid. 1.1 = JdT 2008 I 307 : « *nach diesen Grundsätzen* (i.e. en lien avec l'art. 20 al. 1 CO) *behandelt das Bundesgericht auch den Fall, dass sich das Verbot nicht auf den Vertragsinhalt, sondern auf die subjektive Beteiligung einer Partei am Vertrag bezieht* ». CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 90 et les réf. citées.

⁶⁶⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 622.

⁶⁶⁸ CARRON, Protection, N 17.

⁶⁶⁹ Suivant l'expérience et la formation de la personne contractant à des fins privées, l'intervention du législateur peut être perçue comme superflue, voire même contraignante. BÜLOW/ARTZ, N 33 : « *wesensgemäss schränken zwingende Normen die Freiheit nicht nur des Unternehmers, sondern auch des Verbrauchers ein, privatautonom andere Gestaltungen zu wählen. Darin liegt der Preis für die Kompensation* ».

Les normes protectrices du droit de la consommation constituent dès lors souvent des **mesures concrétisant la liberté contractuelle dans le chef du consommateur**, non comme la limitant⁶⁷⁰. En d'autres termes, elles adaptent « sa » liberté aux réalités économiques modernes en tentant d'éviter des abus⁶⁷¹. Le but est de garantir ou de rétablir l'équité entre les parties, par une conception matérielle de la justice contractuelle⁶⁷². Nous l'avons déjà dit, le but est généralement de corriger le déséquilibre informationnel et structurel de la relation de consommation (*supra* N 202 ss), par l'adoption de correctifs en faveur de la partie faible⁶⁷³. Par exemple, le contrôle ouvert de contenu des conditions générales en vertu de l'art. 8 LCD (*infra* N 1769 ss) cherche à assurer que le contenu de conditions générales ne soit pas abusif pour le consommateur. Il s'agit alors d'observer les particularités liées à l'intégration de telles conditions contractuelles et qui sont utilisées à des fins de rationalisation et de standardisation par le professionnel (*infra* N 1434)⁶⁷⁴.

Idéalement (cf. cependant les limites mentionnées *supra* N 251 ss), l'intervention du législateur dans l'autonomie contractuelle des parties⁶⁷⁵ permet au consommateur une expression « éclairée » de sa volonté. Le but est donc de **préserver son libre-arbitre** et, partant, l'équité contractuelle (« *materielle Vertragsgerechtigkeit* » ou « *materielle Vertragsfreiheit* »)⁶⁷⁶. On rejoindra dès lors PERRIN qui affirme – en lien avec l'analyse de l'état actuel de l'autonomie de la volonté – que « *grâce à ces correctifs, le contrat peut poursuivre son développement. En réalité, ces aménagements assurent plutôt le*

⁶⁷⁰ HAIDMAYER, p. 3.

⁶⁷¹ ENGEL, Cent ans, p. 12 : « *la liberté ne se reconnaît qu'en elle-même ; le droit est dénaturé s'il y a asservissement d'une partie aux appétits de l'autre* ».

⁶⁷² ATF 123 III 292, consid. 2e/aa = JdT 1998 I 586. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 90.

⁶⁷³ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 16.

⁶⁷⁴ Pour ces développements, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 89.

⁶⁷⁵ Pour la notion d'autonomie contractuelle à l'art. 19 CO, ATF 137 I 167, consid. 5.1.

⁶⁷⁶ CARRON, Protection, N 17 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 623 indiquent, en renvoyant à l'ATF 123 III 292, consid. 2e/aa que : « *in der Tendenz [wird] die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt* » ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 13 ; PERRIN, p. 291 ; SCHWENZER, N 25.07 s. ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 36 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 538. Cf. ég. FF 2014 893, 897, au sujet de l'introduction, en droit suisse, d'un droit de révocation pour les transactions à distance : « *en introduisant un droit de révocation pour les transactions à distance, la commission vise à renforcer d'une manière simple la position des consommateurs, en veillant à l'équilibre des intérêts entre les parties au contrat* ». Pour le droit allemand, REINER, p. 8 s.

triomphe de l'idée d'autonomie puisque, grâce à eux, la théorie devient incontestable sous l'angle de l'équité »⁶⁷⁷.

318 Une législation de protection du consommateur ne représente **pas une atteinte au principe *pacta sunt servanda***⁶⁷⁸ ; elle en est bien plus la concrétisation, voire même la justification⁶⁷⁹, au moyen d'une prise en considération normative des limites pratiques auxquelles est confronté le consommateur. Chaque partenaire contractuel doit pouvoir s'engager en pleine connaissance des implications et des conséquences de la conclusion du contrat⁶⁸⁰. L'atteinte à certains intérêts particuliers est admissible car elle vise l'équité dans le système économique moderne. Ces conceptions s'avèrent finalement toujours en phase avec les idées du siècle des Lumières et de la Révolution française – concrétisées au cours du XIX^e siècle⁶⁸¹ – et qui ont conduit à ériger la liberté contractuelle comme composante fondamentale de la liberté de chaque citoyen⁶⁸².

319 Il reste à présenter la manière dont le législateur protège les **intérêts procéduraux** (4) du consommateur, dans le but de sauvegarder et de mettre en œuvre les droits conférés par le droit matériel⁶⁸³.

4. Intérêts procéduraux

a. Valeur litigieuse

320 Au moment de l'adoption de l'**art. 97 al. 3 Cst.** (comp. *infra* N 361), les cantons devaient prévoir dans leurs procédures civiles une procédure, soit de

⁶⁷⁷ PERRIN, p. 291.

⁶⁷⁸ Pour des développements, BERGER, N 175 ss. En lien avec le droit de révocation en matière de démarchage à domicile, BRUNNER, *Haustürgeschäfte*, p. 204. Pour un cas d'application OG ZH NP160023 du 30.09.2016, consid. 5 : « *nach diesem Verständnis ist das Widerrufsrecht keine Ausnahme vom Grundsatz pacta sunt servanda, sondern seine wesentliche Voraussetzung und begrenzt ihn in ähnlicher Weise wie gesetzliche Formvorschriften* ».

⁶⁷⁹ FF 2014 893, 898.

⁶⁸⁰ KOLLER-TUMLER, *Einführung*, p. 15.

⁶⁸¹ KOLLER-TUMLER, *Einführung*, p. 13 ; SCHWENZER, N 25.04.

⁶⁸² ENRIQUEZ, p. 24 : « *le siècle des lumières et la Révolution française achevèrent de placer l'homme au centre de toutes les préoccupations de la société, qui devait devenir une société faite pour les individus et non une société exerçant une emprise totale sur ceux-ci* » ; OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 321 s. ; PERRIN, p. 74 ss et 292.

⁶⁸³ PICHONNAZ, *Les contrats dans le droit de la consommation*, p. 61.

conciliation, soit judiciaire simple et rapide, pour les litiges de consommation dont la valeur litigieuse ne dépassait pas un montant déterminé⁶⁸⁴. Le Conseil fédéral fixait ce montant par voie d'ordonnance. Jusqu'au 31 décembre 2010, il était de Fr. 20'000.-⁶⁸⁵.

Avec l'entrée en vigueur du Code fédéral de procédure civile au 1^{er} janvier 2011, les critères de détermination de la valeur litigieuse en matière civile ont été unifiés au niveau fédéral (cf. art. 91 ss CPC). Depuis lors, **la procédure simplifiée** (b) revêt un intérêt particulier.

b. Procédure simplifiée

La procédure simplifiée (art. 243 ss CPC) **concrétiserait désormais le mandat constitutionnel de l'art. 97 al. 3 Cst.** dans le domaine de la protection procédurale des consommateurs ; l'affirmation vaut en tout cas lorsque la valeur litigieuse est inférieure ou égale à Fr. 30'000.-⁶⁸⁶. Si elle est supérieure, la procédure ordinaire s'applique en principe (art. 243 CPC)⁶⁸⁷. Trois autres procédures restent par ailleurs envisageables en cas de litige opposant un consommateur contractant à un professionnel : la proposition de jugement de l'autorité de conciliation (art. 210 CPC), la décision de l'autorité de conciliation (art. 212 CPC) ou encore la procédure sommaire applicable aux cas clairs (art. 248 let. b CPC)⁶⁸⁸.

Lorsque la procédure simplifiée s'applique, le CPC offre une **protection accrue au consommateur**. Il bénéficie alors d'avantages et de facilités⁶⁸⁹ procéduraux

⁶⁸⁴ BSK BV-UHLMANN, art. 97 N 16, qui précise que, nonobstant le texte de la disposition constitutionnelle, le mandat de l'art. 97 al. 3 Cst. s'adresse désormais au législateur fédéral.

⁶⁸⁵ Par ex. l'ordonnance du 7 mars 2003 fixant la valeur litigieuse déterminante dans les procédures en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale (RS 944.8), abrogée le 1^{er} janvier 2011 (RO 2010 3053).

⁶⁸⁶ FF 2006 6841, 6953 : « *la procédure simplifiée repose sur les dispositions légales cantonales correspondantes. Elle succède à la procédure simple et rapide que la Confédération prescrit déjà aujourd'hui aux cantons dans des domaines particuliers (par exemple dans le droit à l'entretien, le droit du travail, le droit du bail, le droit des consommateurs)* ». KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 2 ; FORNAGE, Mise en œuvre, N 1658 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 6 ; CPC-TAPPY, art. 219 N 4 et 7.

⁶⁸⁷ CPC-TAPPY, art. 219 N 4 et 7.

⁶⁸⁸ FORNAGE, Mise en œuvre, N 1626 ss.

⁶⁸⁹ BSK BV-UHLMANN, art. 97 N 17, qui relève notamment la forme de la demande (art. 244 CPC) et les prescriptions légales en vue d'une liquidation de la cause lors de la première audience (art. 246 CPC).

pour tous les litiges de nature patrimoniale ne dépassant pas une valeur litigieuse de Fr. 30'000.-⁶⁹⁰. Cette limite ne signifie cependant pas que l'art. 32 CPC ou les art. 114 et 120 LDIP trouveraient seulement application lorsque la valeur litigieuse est inférieure à ce montant. En effet, ce montant a uniquement une incidence sur la détermination de la procédure applicable, mais pas sur les critères relatifs aux règles de compétence⁶⁹¹.

324 En présence d'un consommateur, au vu d'une valeur litigieuse étant régulièrement inférieure à Fr. 30'000.-, un devoir d'interpellation accru⁶⁹² (« *verstärkte richterliche Fragepflicht* »⁶⁹³) sera donc en pratique imposé au tribunal⁶⁹⁴ pour l'établissement des faits (cf. art. 243 al. 1 en relation avec l'art. 247 al. 1 CPC). En revanche, et contrairement aux droits du bail et du travail, le tribunal **n'établit pas les faits d'office** (art. 247 al. 2 en relation avec l'art. 243 al. 2 CPC)⁶⁹⁵. Les litiges de consommation demeurent ainsi soumis à une maxime des débats atténuée⁶⁹⁶, voire à une maxime inquisitoire atténuée, que la doctrine qualifie également de maxime inquisitoire sociale (ou de maxime inquisitoire sociale atténuée)⁶⁹⁷. Pour les cas où le consommateur ne serait pas représenté par un avocat dans un litige de consommation, le tribunal devrait l'interpeller⁶⁹⁸.

325 La protection procédurale effective des droits du consommateur soulève encore la question de l'opportunité d'une intervention *ex officio* du tribunal⁶⁹⁹. Si le consommateur est abstraitement réputé ignorer ses droits, seule une intervention positive extérieure aux parties, similaire à celle s'appliquant aux cas visés à

⁶⁹⁰ JEANDIN/PEYROT, N 582.

⁶⁹¹ BSK IPRG-BRUNNER, art. 114 N 33.

⁶⁹² Sur le devoir d'interpellation et sa distinction avec la maxime inquisitoire sociale, CPra I-BOHNET, § 1 N 75 ss.

⁶⁹³ KommZPO-HAUCK, art. 247 N 6 ss.

⁶⁹⁴ CPC-TAPPY, art. 247 N 1 et 4 ss.

⁶⁹⁵ KommZPO-HAUCK, art. 247 N 22.

⁶⁹⁶ Sur l'atténuation de la maxime des débats et le devoir d'interpellation, CPra I-BOHNET, § 1 N 75.

⁶⁹⁷ CPra I-BOHNET, § 1 N 77. Comp. FORNAGE, Mise en œuvre, N 1655, qui présente l'application de la « *maxime inquisitoire sociale atténuée* » aux litiges de consommation pour lesquels la procédure simplifiée s'applique et sa réf. à la FF 2006 6841, 6956.

⁶⁹⁸ FORNAGE, Mise en œuvre, N 1655.

⁶⁹⁹ En lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK, du 7 mai 2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 2 : « *puisque le consommateur est dans le contrat la partie la plus faible, il faudra dans l'affaire en cause apprécier s'il est nécessaire pour la protection effective de ses droits que la juridiction nationale, dans des litiges touchant à de tels contrats, veille d'office au respect de ses droits* ».

l'art. 247 al. 2 CPC, devrait permettre de compenser le déséquilibre également procédural entre elles⁷⁰⁰. Cela étant, la réglementation actuelle s'explique vraisemblablement par l'**absence de catégorie propre et suffisamment délimitée de « litige du consommateur »** (« *Konsumentenstreitigkeit* »), contrairement à un litige de droit du bail ou du travail⁷⁰¹. Elle reste probablement insuffisante⁷⁰².

La jurisprudence cantonale fournit néanmoins des exemples d'une **certaine « souplesse » à l'égard du consommateur**. Ainsi, dans une audience de mainlevée, lorsqu'il a indiqué avoir révoqué le contrat, mais sans produire le courrier recommandé de la révocation, le tribunal en charge de la cause doit lui fixer un bref délai supplémentaire pour déposer la pièce. Le cas échéant, cela permettra au consommateur de démontrer la révocation dont il se prévaut. En outre, il devrait conserver la possibilité de déposer cette pièce à l'appui d'un éventuel recours⁷⁰³.

Un dernier élément important en lien avec la défense des intérêts procéduraux du consommateur se rapporte à la **fixation des frais de procédure** (c).

c. Fixation des frais de procédure

Les cantons conservent la compétence de **fixer les tarifs des frais de procédure** (cf. art. 96 CPC), le cas échéant réduits pour les litiges dont l'une des parties au moins est un consommateur⁷⁰⁴. En droit suisse, cantonal ou fédéral, cette dernière qualité n'est pourtant pas définie de manière uniforme (*infra* N 760 ss), ce qui est susceptible de poser des difficultés dans l'identification du litige de consommation.

⁷⁰⁰ En lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK, du 7 mai 2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 72 ss en réf. aux arrêts OCÉANO GRUPO et MOSTAZA CLARO, qui distinguent clairement entre l'élément constaté d'office – le caractère abusif d'une clause par ex. – et les conséquences de cette constatation – par hypothèse la nullité ou la réduction de la clause abusive. Sur l'appréciation d'office du caractère abusif d'une clause dans le cadre de la Directive 93/13 sur les clauses abusives, not. CJUE, 09.07.2015, BUCURA, aff. C-348/14, N 41.

⁷⁰¹ BSK BV-UHLMANN, art. 97 N 18.

⁷⁰² L'affirmation doit être nuancée au regard des règles prévoyant l'examen d'office, par le tribunal, des conditions de recevabilité (cf. art. 59 et 60 CPC), respectivement de la compétence et de la recevabilité (art. 26 CL, ATF 139 III 278, consid. 4 = JdT 2014 II 437).

⁷⁰³ Arrêt du TC NE CCC.1995.6889 du 23.03.1995, consid. 3.

⁷⁰⁴ Comp. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 7.

329 Afin de conserver la cohérence de l'ordre juridique, on pourrait considérer que la définition procédurale du consommateur reste celle du droit fédéral. On y retrouverait le critère de la prestation de consommation courante (cf. art. 32 CPC et 120 LDIP). Compte tenu de la liberté d'action que confère le CPC aux cantons sur ce point, il ne peut cependant être exclu que **la protection d'une partie faible s'envisage largement** dans la fixation de tarifs réduits⁷⁰⁵. Aussi, lorsque la loi cantonale sur les frais de procédure laisse un large pouvoir d'appréciation au tribunal⁷⁰⁶, il pourrait être amené à observer le mandat constitutionnel de l'art. 97 Cst. au moment de fixer les frais et dépens dans le dispositif de sa décision (comp. art. 12 al. 3 et 13 al. 3 TFrais du canton de Neuchâtel).

⁷⁰⁵ On relève ici que les cantons de Genève et de Vaud connaissent des dispenses de frais pour les litiges résultant des contrats de consommation au sens de l'art. 32 CPC. Pour des approfondissements, HUG, RJN 2018.

⁷⁰⁶ CPC-TAPPY, art. 96 N 11.

Chapitre 5 : Matérialisation de la protection

Pour illustrer la matérialisation de la protection du consommateur, nous présenterons les principales évolutions **en Suisse** (I). Nous aborderons ensuite cette évolution au sein du droit de l'UE, lequel dispose d'une influence considérable sur la législation de notre pays (II).

330

I. En droit suisse

A. Généralités

1. Premières évolutions

Les origines de la protection du consommateur (comp. *supra* N 5 ss) par le législateur fédéral remontent à la **fin du XIX^e siècle**⁷⁰⁷. L'intervention ponctuelle en faveur de la population visait principalement à prévenir les accidents, les maladies et les dangers de certains produits⁷⁰⁸. Les concepts de « contrat de consommation » et de « consommateur » n'étaient pas encore véritablement (re)connus.

331

Cela étant, à cette période, une part de la protection intervenait déjà **au travers de lois spéciales**. Le 25 juin 1885, la Confédération adopta ainsi une loi fédérale sur la surveillance des entreprises privées d'assurance⁷⁰⁹. En 1905, elle fut suivie par la LDA, visant à protéger la santé du consommateur de denrées alimentaires et d'objets usuels. En matière assécurologique, financière et bancaire, le souci de protection du public conduisit également au développement de réglementations protectrices, ce à partir du début des années 1900. La LCA fut d'ailleurs adoptée en 1908. De nos jours, cette loi reste considérée par certains comme étant la première conçue dans une optique de

332

⁷⁰⁷ On rappelle qu'avant l'adoption du premier CO de 1881, les cantons disposaient de compétences exclusives en matière de droit des obligations.

⁷⁰⁸ RHINOW, Commentaire Cst. 1874, art. 31^{sexies} N 8.

⁷⁰⁹ BRUNNER, Entwicklungen, p. 19.

protection du consommateur⁷¹⁰, parfois même comme la première loi spéciale organisant un arsenal de normes impératives⁷¹¹. En 1912, l'Association Suisse des Banquiers fut en outre fondée⁷¹². A l'instar des prescriptions réglementaires de la *Swiss Funds & Asset Management Association* et de l'Association suisse des gérants de fortune, celles de l'Association Suisse des Banquiers commencèrent également à jouir d'un rôle pratique important (« *soft law* ») pour la protection du « consommateur »⁷¹³.

333 La véritable multiplication des interventions étatiques dans la liberté contractuelle des particuliers remonte toutefois à la Première Guerre Mondiale, au travers l'adoption de lois d'exception. A partir de cette période troublée, l'intervention étatique devint (de plus en) plus importante. Pour l'Etat, il ne s'agissait pourtant pas directement de protéger le consommateur, mais plutôt d'intervenir – plus largement – en faveur de l'économie nationale dans un contexte de crise. Cette tendance interventionniste se poursuit avec l'éclatement de la Seconde Guerre Mondiale⁷¹⁴, période où on peut réellement commencer à identifier les **prémisses de la protection « moderne »** (2) du consommateur.

2. Prémisses de la protection « moderne »

334 En 1941⁷¹⁵, le postulat WENK invita le Conseil fédéral à étudier une réglementation protégeant le débiteur contre certaines pratiques en matière de **vente par acomptes**⁷¹⁶. A l'époque, le Département fédéral de justice et police fut sensibilisé à cette problématique par des familles de soldats suisses en

⁷¹⁰ TERCIER, La partie faible, p. 613. *Contra* FF 1986 II 360, 364, qui retient que la première loi de protection du consommateur est la LDA de 1905 (RS 817.0).

⁷¹¹ OFTINGER, Vertragsfreiheit, p. 325 : « [...] *besteht es doch zu drei fünfteln aus zwingenden Vorschriften* [...] ».

⁷¹² RAPIN/WESSNER, N 3.

⁷¹³ RAPIN/WESSNER, N 15.

⁷¹⁴ OFTINGER, Vertragsfreiheit, p. 326 précise que ces développements se sont accentués avec la mise en place d'un droit économique de guerre (« *Kriegswirtschaftsrecht* ») substantiel durant la Seconde Guerre Mondiale qui a continué à influencer l'économie et la législation même après la fin de celle-ci.

⁷¹⁵ Le 01.07.1931 était par ailleurs entrée en vigueur (RO 47 365 ; RS 10 214) l'ancienne loi fédérale du 04.10.1930 sur les voyageurs de commerce (source abrogatoire, RO 2002 3080), désormais remplacée par la loi fédérale sur le commerce itinérant (RS 943.1). Ces lois ne visent cependant pas la protection des consommateurs, mais celle des professionnelles offrant des marchandises et services au moyen du commerce itinérant.

⁷¹⁶ FF 1960 I 537, 537 s.

service actif durant la Seconde Guerre Mondiale tombées en difficultés financières à la suite d'achats par acomptes⁷¹⁷. Le Conseil fédéral élaborait deux avant-projets d'ordonnance, qui ne furent toutefois jamais entérinés⁷¹⁸. En revanche, toujours en 1941, la modification des dispositions sur le cautionnement fut décidée ; elle améliora la position de la caution (droit de résiliation et exigence de forme)⁷¹⁹.

Le 30 septembre 1943, une première **loi contre la concurrence déloyale** vit en outre le jour⁷²⁰. Le but du législateur était notamment la protection des consommateurs⁷²¹. La loi ne visait ainsi pas uniquement à garantir une concurrence loyale entre concurrents, mais également à fournir des règles procédurales sur la protection des clients⁷²². Le but était d'ailleurs de protéger l'institution de la concurrence dans sa globalité – donc également de manière verticale – et pas uniquement de manière horizontale, soit entre concurrents⁷²³. En pratique, toutefois, les moyens de protection conférés aux « consommateurs » restèrent lettre morte⁷²⁴.

Dès 1944, l'intérêt pour réglementer le crédit à la consommation grandit également au niveau fédéral⁷²⁵. Il s'agissait prioritairement de lutter contre l'usure⁷²⁶. Le postulat LACHENAL/VODOZ visant la répression de l'usure dans le **domaine du petit crédit**⁷²⁷ fournit l'impulsion au développement de la réglementation du crédit à la consommation⁷²⁸. Cette dernière ne sera cependant

⁷¹⁷ FF 1960 I 537, 537.

⁷¹⁸ FF 1960 I 537, 538 s.

⁷¹⁹ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 134.

⁷²⁰ FF 1983 II 1037, 1038. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 62 et 69. Cette loi a désormais été remplacée par l'actuelle LCD du 19.12.1986, entrée en vigueur le 01.03.1988 (RS 241).

⁷²¹ KRAMER, Konsumentenschutz, p. 61 s. ; SZABÓ, p. 179 s.

⁷²² CR LCD-PICHONNAZ, Introduction générale, N 62.

⁷²³ CR LCD-PICHONNAZ, Introduction générale, N 62 et 67. L'actuelle LCD vise la protection de la « concurrence en tant que telle ».

⁷²⁴ DUTOIT, p. 297 ss précise que l'application de la LCD de 1943 supposait, en pratique, toujours un rapport de concurrence entre concurrents (protection du droit subjectif des concurrents lésés, par opposition à la protection du droit objectif à la libre concurrence). La conception fondée sur la nécessité d'un rapport de concurrence (« Wettbewerbsverhältnis ») est finalement abandonnée par l'adoption de la LCD dans sa version de 1986 (ATF 116 II 463, consid. 4 = JdT 1991 I 599) ; KRAMER, Konsumentenschutz, p. 61 s. évoquant une « law in the books » en traitant des moyens de protection conférés par aLCD.

⁷²⁵ Au niveau cantonal, les cantons de Zurich (loi du 22.11.1942) et de Genève (24.06.1944) disposaient en particulier déjà de lois réglementant le petit crédit, FF 1946 III 83, 96 ss.

⁷²⁶ FF 1999 III 2879, 2882.

⁷²⁷ FF 1946 III 83, 83 s.

⁷²⁸ FF 1999 III 2879, 2882.

concrétisée que bien plus tard, dans le contexte de l'adaptation autonome (*infra* N 377). Le Conseil fédéral mentionnait alors le terme d'« emprunteur », mais pas encore celui de « consommateur »⁷²⁹. L'approche des besoins des emprunteurs était alors dualiste. D'un côté, on ciblait les personnes tombées dans le besoin sans faute, de l'autre, celles qui par une mauvaise gestion financière ou en raison de leurs dettes étaient contraintes de recourir au petit crédit⁷³⁰. Ledit crédit était alors conçu comme un moyen de secours permettant à l'emprunteur de survivre⁷³¹. D'une manière presque utopiste avec le recul, le Conseil fédéral annonça par ailleurs qu'avec le développement des assurances – obligatoires ou non – « *le besoin vraiment légitime de crédit diminuera* »⁷³².

337 La protection se concrétisa véritablement dès la fin de la Seconde Guerre Mondiale et, par la suite, elle connut de nombreux **développements** (B). Ils furent induits et rendus nécessaires par l'émergence et la concrétisation progressive d'une économie de consommation de masse.

B. Développements

338 Au moment d'aborder des développements importants de la protection, en particulier contractuelle (sur le rapport contractuel entre le consommateur et le professionnel, *infra* N 443 ss) du consommateur en Suisse, il reste intéressant de présenter la situation **après la Seconde Guerre Mondiale** (1), la mise en place de la protection (2) et, enfin, l'adoption de l'art. 31^{sexies} aCst. (3).

1. Après la Seconde Guerre Mondiale

339 Le 8 octobre 1957, les cantons adoptèrent un concordat intercantonal réprimant les **abus en matière d'intérêts conventionnels** (RS 221.121.1)⁷³³. En 1962, le législateur fédéral développa les dispositions du droit des obligations sur la vente par acomptes et la vente avec paiements préalables (art. 226a à 226d, 226f

⁷²⁹ FF 1946 III 83, 86.

⁷³⁰ FF 1946 III 83, 87.

⁷³¹ SAXER, p. 2 ss présente une large évolution historique du « *Notstandsdarlehen* » et pas uniquement limitée à la période que nous exposons.

⁷³² FF 1946 III 83, 86.

⁷³³ FF 1999 III 2879, 2882. SAXER, p. 149 ss. Cf. ég. CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19, 20 N 87. Pour des développements sur la question des intérêts admissibles dans le cadre du Projet de Dresde, BENÖHR, p. 78 ss.

à 226m et 227a à 228 aCO)⁷³⁴. Le crédit à la consommation – qui ne faisait alors pas l’objet d’une loi spéciale – ne fut en revanche presque pas concerné par ces évolutions⁷³⁵.

Le 15 février 1966, sur décision du Conseil fédéral, le **Règlement de la CFC** (RS 944.1) fut en outre adopté⁷³⁶. Depuis lors, la CFC servit d’organe consultatif au Conseil fédéral et aux Départements pour toutes les questions soumises au sujet de la politique à suivre en matière de consommation (art. 1 al. 1 Règlement CFC, cf. art. 9 al. 2 LIC). En particulier, la CFC édicte des Recommandations contenant des informations et des enseignements. De plus, elle relève régulièrement d’éventuelles lacunes dans la protection, tout en se positionnant critiquement⁷³⁷.

Parallèlement à ces évolutions, on observa progressivement la **mise en place de la protection** (2).

2. Mise en place de la protection

En Suisse, dès le début des années 1960, on constata largement l’adoption progressive de moyens de protection spécifiques du droit contractuel de la consommation (*infra* N 452 ss). Ce fut également à partir de cette période que les interventions parlementaires pour la protection du consommateur s’intensifièrent⁷³⁸. Cette tendance se vérifia également au niveau international, sans qu’il soit pour autant possible d’identifier précisément son origine⁷³⁹.

⁷³⁴ RO 1962 1082 ; FF 1960 I 537 ; FF 1999 III 2879, 2882. PICHONNAZ, Le centenaire, p. 134 s.

⁷³⁵ FF 1999 III 2879, 2882 et 2885 mentionnant l’exception de l’art. 226m al. 2 aCO qui concernait le cas où le prêteur et le vendeur s’entendaient sur le financement du bien acquis par l’acheteur ; FF 1978 II 481, 502.

⁷³⁶ RO 1966 418.

⁷³⁷ Par ex. Recommandation de la CFC concernant l’amélioration de la protection du consommateur dans le contexte d’ouverture des marchés, du 02.09.2010, p. 1 : « *le droit suisse reste pour le moment en dessous des standards minimaux du droit européen en ce qui concerne la protection des intérêts économiques des consommateurs* ».

⁷³⁸ FF 1979 II 57, 62 ss.

⁷³⁹ JEANPRÉTRE, p. 46. Pour l’Allemagne, Staudinger/KANNOVSKI, Vorbem zu § 13, 14 N 3.

343 En particulier, ces considérations jouèrent un rôle important dans la (ré)apparition⁷⁴⁰, les propositions et le développement du mécanisme du **droit de révocation (a)**⁷⁴¹.

a. Droit de révocation

344 Au moment d'aborder les évolutions du droit de révocation, nous présenterons les **dispositions sur la vente par acomptes** (i), de même que d'autres propositions de réglementation (ii).

(i) *Dispositions sur la vente par acomptes*

345 À notre connaissance⁷⁴², le premier droit de révocation inscrit dans le CO fut celui adopté dans le contexte de la vente par acomptes (« *Abzahlungsgeschäft* ») et de la vente avec paiements préalables (« *Vorauszahlungsvertrag* »)⁷⁴³. Ce sont particulièrement les art. 226a à 226d et 226f à 226m aCO, **entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1963**, qui réglaient la vente par acomptes en tant que type particulier de contrat de crédit⁷⁴⁴. En particulier l'art. 226c aCO, applicable par renvoi à la vente avec paiements préalables (cf. art. 227 aCO)⁷⁴⁵, conférait à

⁷⁴⁰ JEANPRÊTRE, p. 46.

⁷⁴¹ Nous approfondissons le droit de révocation légal, *infra* N 1049 ss. Pour les évolutions en droit allemand, REINER, p. 3 et TAMM, p. 387.

⁷⁴² Il convient cependant de mentionner l'art. 225 al. 1 CO, relatif à la vente à l'essai et qui prévoyait dès l'adoption de l'aCO (BUCHER, Hundert Jahre, p. 275 ss présente les nouveautés introduites par le CO de 1911) un mécanisme conventionnel se rapprochant du droit de révocation, en ce sens que l'acheteur pouvait rendre la chose au vendeur dans un certain délai. A noter que le droit de repentir n'est pas une institution juridique nouvelle non plus. Dans l'ancien droit suisse, le droit de repentir intervenait ainsi pour des engagements importants, à l'instar de la vente immobilière. Il était cependant à disposition tant de l'acheteur que du vendeur. Pour une présentation historique du droit de repentir en Suisse, JEANPRÊTRE, p. 33 s. évoque « *la renaissance du droit de repentir* » dès 1956. Comp. ENGEL, Cent ans, p. 73.

⁷⁴³ Pour une présentation comparative de certaines législations nationales d'Etats européens, ECL-HELLWEGE, Introduction before art 2:501, N 5 ss.

⁷⁴⁴ KRAMER, Konsumentenschutz, p. 70 et SCHMELZER p. 75 indiquent que des règles plus sommaires que les art. 226a-m CO avaient déjà été introduites en 1911 dans le CO, aux art. 226 à 228 CO ; RHINOW, Commentaire Cst. 1874, art. 31^{sexies} N 13.

⁷⁴⁵ TERCIER, Contrats spéciaux 1995, N 1020.

l'acheteur un droit de renonciation au contrat (« *Verzichtrecht* ») dans un délai de cinq jours⁷⁴⁶.

(ii) Propositions de réglementations

En 1969, le canton de Neuchâtel proposa de compléter l'ancienne loi fédérale sur les voyageurs de commerce du 4 octobre 1930 (aRS 943.1). Le but était d'intégrer dans la loi un délai de réflexion impératif en cas de contrat conclu, **hors locaux, entre un voyageur de commerce** et un acheteur non inscrit au registre du commerce⁷⁴⁷. 346

Le postulat MEIER JOSI du 24 juin 1976 (76.412 ; N 10.3.77) visait en outre à introduire un droit de révocation d'un délai de cinq jours pour tout **contrat à domicile n'impliquant pas un paiement immédiat**. La question ordinaire EGGLI du 9 mars 1977 (77.613) entendait également introduire un droit de révocation d'une durée de cinq jours pour tous les contrats d'achat. 347

En 1978, le Conseil fédéral envisagea par ailleurs l'introduction d'un droit de révocation de sept jours pour le consommateur en matière de **crédit à la consommation** (art. 318i P-CO)⁷⁴⁸. Le Conseil fédéral proposa également d'adopter des dispositions réglementant, d'une part, le taux d'intérêt maximum (art. 318a P-CO) et, d'autre part, l'interdiction d'un second crédit (art. 318m P-CO). Ce projet fut toutefois rejeté en 1986⁷⁴⁹, vraisemblablement en raison des propositions d'interdire l'octroi d'un second crédit et de fixer des limites temporelles et de montant maximal au crédit⁷⁵⁰. Jusqu'en 2003, en matière de crédit à la consommation, le seul droit de révocation disponible était donc celui prévu dans l'hypothèse de la conclusion du contrat de crédit en situation de démarchage à domicile ou de contrats semblables (art. 40a à 40g CO)⁷⁵¹. 348

La motion JAGGI du 17 mars 1987 (81.3350 ; N 4.10.82) proposa encore d'introduire un délai de réflexion de sept jours en cas de contrat portant sur une 349

⁷⁴⁶ KRAMER, Konsumentenschutz, p. 71 considère que ce droit de renonciation intervient avant la conclusion du contrat. *Contra*, FF 1999 III 2879, 2902 retient que le droit de révocation introduit dans la LCC « remplace le droit de renoncer à une vente par acomptes déjà conclue (art. 226c CO) ».

⁷⁴⁷ FF 1986 II 360, 366. Comp. STAUDER, Droit de repentir, p. 483.

⁷⁴⁸ FF 1999 III 2879, 2882. Un tel droit de révocation est désormais ancré à l'art. 16 LCC.

⁷⁴⁹ FF 1999 III 2879, 2882.

⁷⁵⁰ FF 1999 III 2897, 2881.

⁷⁵¹ FF 1999 III 2879, 2886. Comp. *infra* N 1097.

chose mobilière ou une prestation de service engageant le consommateur **au-delà de trois mois ou pour une valeur supérieure à Fr. 1'000.-**⁷⁵².

350 D'autres évolutions intervinrent en lien avec les **conditions générales** (b)⁷⁵³.

b. Conditions générales

351 Les propositions pour l'adoption d'une réglementation au sujet de l'usage de conditions générales **sont récurrentes depuis plusieurs décennies**⁷⁵⁴. Au niveau parlementaire, on peut d'abord mentionner le postulat LUDER du 14 juin 1977 (77.380), puis les motions ALDER du 13 décembre 1978 (78.577), CREVOISIER du 16 décembre 1982 (82.941) et LEEMAN du 16 décembre 1994 (94.3561), l'initiative parlementaire SOMMARUGA du 4 octobre 2002 (02.461), la motion de la Commission des affaires juridiques du CN, minorité LEUTHARD du 23 juin 2003 (03.3422) et, enfin, encore une autre initiative parlementaire SOMMARUGA du 20 décembre 2006 (06.489)⁷⁵⁵.

352 L'impulsion pour la discussion de la réglementation des conditions générales en Suisse fut initialement à mettre sur le compte des **évolutions du droit allemand en la matière**⁷⁵⁶. En 1976, l'Allemagne se dota d'une loi spéciale réglementant spécialement le droit des conditions générales (aAGBG)⁷⁵⁷. Le 16 novembre 1976, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe⁷⁵⁸ adopta par ailleurs la Résolution (76)47 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus par des consommateurs ainsi que les méthodes de contrôle appropriées⁷⁵⁹. Au niveau communautaire, avec quelques hésitations initiales

⁷⁵² FF 1986 II 360, 366.

⁷⁵³ Nous approfondissons l'analyse des conditions générales *infra* N 1423 ss.

⁷⁵⁴ Comp. BRUNNER, *Entwicklungen*, p. 22 ss.

⁷⁵⁵ Recommandation de la CFC du 6 novembre 2007 concernant les conditions générales (seulement disponible en allemand), p. 1 s. et Recommandations de la CFC concernant les conditions générales des 3 juin 2003 et 12 juin 1997. Comp. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 103.

⁷⁵⁶ ENGEL, *Cent ans*, p. 42.

⁷⁵⁷ ENGEL, *Cent ans*, p. 42.

⁷⁵⁸ Etant précisé que la Suisse est un Etat membre du Conseil de l'Europe depuis le 6 mai 1963 (RS 0.192.030).

⁷⁵⁹ Texte de la résolution disponible à l'adresse suivante : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e65c9> (consulté le 30.10.2018). CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 103 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 60.

cependant, l'intérêt pour la lutte contre les clauses abusives débuta à la même période⁷⁶⁰.

Dans la foulée⁷⁶¹, le Conseil des Etats fut **appelé à traiter de cette question**. Le 19 septembre 1977, le conseiller national WELTER demanda au Conseil fédéral la suite qu'il envisageait de donner à la Résolution (76)47 (directement *supra* N 352). Par réponse du 23 novembre 1977, le Conseil fédéral, se déclarant conscient de la nécessité de protéger le consommateur, estima toutefois difficile de cerner le contour du déséquilibre contractuel, particulièrement compte tenu de la diversité des relations conventionnelles rencontrées. La motion du conseiller national ALDER (*supra* N 351) invita en outre le Conseil fédéral à « *soumettre aux conseils législatifs un projet de loi complétant le code des obligations, projet qui doit fixer les critères permettant d'établir si les conditions générales se rapportant à des transactions commerciales sont valables ou non* »⁷⁶². Il s'agissait alors de compléter le CO, en fixant des principes quant à la validité des conditions générales⁷⁶³.

L'insertion systématique d'une réglementation relative aux conditions générales dans le droit des obligations ou le droit de la lutte contre la concurrence déloyale se pose quoi qu'il en soit de longue date⁷⁶⁴. La voie du renforcement des lois existantes, singulièrement par la transformation en règles impératives de certaines règles dispositives, fut à cet égard également évoquée

⁷⁶⁰ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N 34 ss : « dès 1975, les organes communautaires ont décidé de placer le problème de la lutte contre les clauses abusives au centre de la politique de protection des consommateurs ».

⁷⁶¹ Pour des approfondissements de ces différentes démarches parlementaires que nous résumons ici uniquement, ENGEL, Cent ans, p. 42 ss.

⁷⁶² Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, 1979, p. 596 s. ENGEL, Cent ans, p. 46.

⁷⁶³ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 103 précise que le dualisme du contrôle des conditions générales en Suisse est à remettre sur le compte de la révision de la LCD de 1983, comp. FF 1983 II 1037, 1042 et 1056.

⁷⁶⁴ Recommandation de la CFC du 6 novembre 2007 concernant les conditions générales (seulement disponible en allemand), p. 2 : « *die EKK lässt offen, ob die ergänzenden Rechtsnormen im OR oder im UWG zu erlassen sind. Immerhin ist anzumerken, dass es sich um Zustandekommen und Inhalt des Vertrages geht* ». Cf. ég. Recommandation de la CFC du 3 juin 2003 sur les conditions générales, p. 2 : « *La première question est de savoir où il faudrait placer dans l'ordre juridique une réglementation en matière de droit des conditions générales* ». Déjà FF 1983 II 1037, 1065 et 1085 : « *si cette solution ainsi que les normes impératives qui sont prévues dans des domaines particulièrement sensibles (petit crédit et droit de bail) ne devaient pas améliorer suffisamment la situation en matière de CGC, il faudrait alors réexaminer les chances offertes par de nouvelles mesures législatives prises par exemple au titre de la partie générale du droit des obligations* ».

par le passé⁷⁶⁵. L'absence de solution générale dans le CO en matière de conditions générales consacrerait par ailleurs une discrimination, au niveau contractuel, entre certaines branches professionnelles⁷⁶⁶ ; la législation sur les assurances réglemente ainsi directement certains aspects de l'utilisation de conditions générales (cf. art. 2 al. 2 et 3 al. 2 LCA).

355 La seule véritable norme « horizontale » spécifique du droit suisse en matière de conditions générales reste à ce jour **l'art. 8 LCD**. Son but direct est la protection de la loyauté de la concurrence et pas la garantie de l'équité contractuelle. Une réglementation uniforme dans le CO permettrait peut-être de rendre la législation contractuelle de la matière plus accessible, compacte et cohérente, également du point de vue des législations consuméristes sectorielles (comp. nos propositions *infra* N 2240 ss)⁷⁶⁷.

c. Crédit à la consommation

356 Le 21 juin 1978, à la suite d'**abus en matière de crédits à la consommation** et pour contrer des méthodes publicitaires de plus en plus agressives durant les années 1960 et 1970, le Conseil fédéral présenta un projet et un message pour une loi réglementant le crédit à la consommation⁷⁶⁸. L'adoption de cette loi n'intervint pas et il fallut patienter jusqu'à la première LCC, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1994⁷⁶⁹, pour que la protection du preneur de crédit s'inscrive dans une loi spéciale.

357 Avant de traiter de la protection du consommateur au stade de la formation du contrat dans la troisième partie de notre thèse (*infra* N 864 ss), nous proposons de clore les différentes évolutions mentionnées en rappelant la **protection constitutionnelle** (3) du consommateur.

⁷⁶⁵ ENGEL, Cent ans, p. 48 et ndbp 65 et 67 citant une réponse du Conseiller fédéral FURGLER de 1979, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats, 1979, p. 344 s.

⁷⁶⁶ Recommandation de la CFC du 3 juin 2003 sur les conditions générales, p. 1.

⁷⁶⁷ Recommandation de la CFC du 3 juin 2003 sur les conditions générales, p. 1 s.

⁷⁶⁸ FF 1978 II 481.

⁷⁶⁹ RO 1994 367. Comp. FF 1999 III 2879, 2882.

3. Protection constitutionnelle

a. Art. 31^{sexies} aCst.

À partir du début des années 1960, les évolutions des moyens de protection (supra N 342 ss) conduisirent à une **prise de conscience** de l'importance de la protection des consommateurs en Suisse⁷⁷⁰. Elle fut favorisée par le rôle accru qu'ils commencèrent progressivement à occuper dans l'économie moderne helvétique⁷⁷¹. La protection constitutionnelle de ces acteurs clés du marché devint dès lors inéluctable.

Il fallut toutefois attendre le 14 juin 1981 pour que la protection se concrétise⁷⁷². Le peuple et les cantons suisses acceptèrent⁷⁷³ alors le contre-projet du 10 octobre 1980 de l'Assemblée fédérale, consécutif à l'initiative populaire – retirée par la suite⁷⁷⁴ – intitulée « pour la protection des consommateurs »⁷⁷⁵. L'acceptation du contre-projet donna **naissance à l'art. 31^{sexies} aCst.**, cristallisant la volonté collective d'une constitutionnalisation de la protection des consommateurs⁷⁷⁶.

Comme le précise AUBERT, la motivation principale au moment de l'adoption de l'art. 31^{sexies} aCst. était plutôt la transparence du marché que la protection des consommateurs contre des dangers⁷⁷⁷. La préservation de la vie et de la santé se déduisait déjà d'autres normes constitutionnelles et prescriptions législatives⁷⁷⁸. Cela dit, avant l'adoption de l'art. 31^{sexies} aCst., aucune règle de droit supérieur ne reconnaissait spécifiquement le déséquilibre structurel et informationnel

⁷⁷⁰ Pour un aperçu chronologique des différentes étapes, FF 1979 II 57, 62 ss. RHINOW, Commentaire Cst. 1874, art. 31^{sexies} p. 2 ss.

⁷⁷¹ FF 1983 II 1037, 1039. Plus récemment, le Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 évoquait même la « *position clé que jouent les consommateurs dans l'économie de marché* » (FF 1997 I 1, 178).

⁷⁷² SGK BV-HETTICH, art. 97 N 1 précise que la CFC avait déjà étudié en 1971 l'adoption d'une disposition constitutionnelle.

⁷⁷³ FF 1981 II 1216 (arrêté de la votation fédérale concernant l'art. 31^{sexies} aCst.).

⁷⁷⁴ AUBERT, Petit commentaire, art. 97 N 1.

⁷⁷⁵ FF 1979 II 57, 59.

⁷⁷⁶ Pour un historique détaillé de l'adoption de l'art. 31^{sexies} Cst., KOLLER-TUMLER, Konsumentenvertrag, p. 11 ss avec les réf. citées et BSK BV-UHLMANN, art. 97 N 2.

⁷⁷⁷ AUBERT, Petit commentaire, art. 97 N 4 et 7.

⁷⁷⁸ AUBERT, Petit commentaire, art. 97 N 4 : « [...] *l'idée majeure de l'art. 31^{sexies} n'était pas tellement de protéger les consommateurs contre des dangers – pour cela, l'arsenal constitutionnel et législatif était bien fourni –, mais d'améliorer la transparence du marché* ».

(*supra* N 202 ss) entre le consommateur et le professionnel en tant que **phénomène économique** (« *wirtschaftliches Phänomen* »)⁷⁷⁹. L'art. 31^{sexies} aCst. fournit dès lors l'impulsion nécessaire à l'adoption subséquente de plusieurs dispositions et lois importantes – mais ponctuelles –, à savoir en particulier les art. 40a ss et 266k CO, la LCD, l'art. 120 LDIP ou encore la LIC⁷⁸⁰.

b. Art. 97 Cst.

361 Depuis le 18 avril 1999, le mandat constitutionnel de protection du consommateur est **repris à l'art. 97 Cst.** Pour l'essentiel, le contenu matériel de l'art. 31^{sexies} aCst. est conservé, même si des modifications littérales ont été entreprises⁷⁸¹. L'art. 97 Cst. ne définit pas la notion de consommateur, ni ne précise de qui ou de quoi il entend le protéger⁷⁸². Le mandat constitutionnel concerne en revanche tous les domaines du droit, et pas seulement le droit civil. Le droit administratif, le droit pénal, le droit procédural, le droit de la lutte contre les cartels ou de la concurrence déloyale ou encore le domaine bancaire et celui des assurances sont dès lors également visés⁷⁸³.

362 L'art. 97 Cst. n'est **pas l'unique norme de rang constitutionnel de protection** du consommateur⁷⁸⁴. Les art. 95 al. 1 (exercice d'une activité lucrative privée), 96 al. 2 let. b (politique en matière de concurrence), 98 (banques et assurances) et 118 al. 2 Cst. (protection de la santé) la ciblent également⁷⁸⁵. Ces différents domaines peuvent être considérés comme appartenant au droit de la consommation (au sens large), leur finalité commune étant la protection du consommateur⁷⁸⁶. Les préambules de la LCart et de la LCD se réfèrent par

⁷⁷⁹ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 592 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 35 précise que l'art. 97 Cst. « *ne reconnaît pas uniquement l'existence d'un déséquilibre entre consommateurs et fournisseurs, mais qu'il exige, en plus, la suppression de ce déséquilibre non seulement par des mesures législatives, mais également dans l'application du droit* » (trad. libre).

⁷⁸⁰ FORNAGE, Mise en oeuvre, N 411 ss ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 36 s. et 42.

⁷⁸¹ AUBERT, Petit commentaire, art. 97 N 1 ; FORNAGE, Mise en œuvre, N 415 ss ; UMULISA MUSABY, p. 21 s. et 26 s.

⁷⁸² HOLLIGER-HAGMANN, BFC, p. 78.

⁷⁸³ KRAMER, Konsumentenschutz im Privatrecht, Vorwort; SCHNYDER, p. 145 ss.

⁷⁸⁴ BSK BV-UHLMANN, art. 97 N 10, qui évoque à cet égard une compétence transversale (« *Querschnittskompetenz* ») du législateur fédéral.

⁷⁸⁵ AUBERT, Petit commentaire, art. 97 N 3.

⁷⁸⁶ MARCHAND, p. 13 s.

ailleurs expressément à l'art. 97 al. 2 Cst., respectivement à l'art. 97 al. 1 et 2 Cst.

Quelle est la **portée du mandat constitutionnel** (c) ?

363

c. Portée du mandat constitutionnel

Le mandat constitutionnel impose au législateur d'**observer le principe du déséquilibre** du droit de la consommation (« *konumentenrechtliches Ungleichgewichtsprinzip* ») pour et lors de l'élaboration de la législation, ainsi que dans son interprétation⁷⁸⁷. Le législateur doit préserver les intérêts du consommateur en adoptant, au besoin, des lois ou des dispositions protectrices⁷⁸⁸. Ce besoin d'intervention n'existe que dans les cas où un déséquilibre entre fournisseurs professionnels et consommateurs en tant que destinataires de biens et services est effectivement avéré (art. 5 al. 2 Cst.)⁷⁸⁹.

364

L'interprète de la loi ou du contrat (sur l'interprétation du contrat, *supra* N 100 ss) doit également pallier le déséquilibre consumériste en optant en principe, dans le cas concret, pour la **solution la plus favorable à la préservation des intérêts économiques et à l'amélioration de l'information du consommateur**⁷⁹⁰. Cela vaut tout particulièrement lorsque la loi confère une marge d'appréciation ou d'interprétation⁷⁹¹, étant donné que les règles ouvertes

365

⁷⁸⁷ BRUNNER, Was ist Konsumentenrecht ?, p. 50 ; KOLLER-TUMLER, E-Banking, p. 148 s.

⁷⁸⁸ ZR 88/1989 p. 86, consid. 1.3.1 : « *angesichts dieser Zerstreutheit der Gesetzesgrundlagen kommt dem konsumentenschutzrechtlichen Ungleichgewichtsprinzip daher besondere Bedeutung zu. Die Generalklausel entfaltet dabei Wirkung einerseits als Gesetzgebungsmaxime, anderseits als teleologischer Auslegungsgrundsatz* ».

⁷⁸⁹ HONSELL/PIETRUSZAK, p. 778, qui, en réf. à BRUNNER, Kontrolle, p. 310 évoque l'exigence de la « *typischerweise gegebene Rechtstatsache* ».

⁷⁹⁰ Pour un ex. d'interprétation favorable au consommateur de la loi, CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 2 : « *toutefois, le droit de révocation ayant été prévu dans l'intérêt du consommateur, faire dépendre la validité de ce droit du respect de la forme écrite irait à l'encontre du but protecteur de la loi. Dès lors CO 40e I doit être qualifié de disposition d'ordre (Ordnungsvorschrift). Le consommateur peut donc révoquer sa déclaration de volonté aussi oralement ou par acte concludant, à charge pour lui d'apporter la preuve d'avoir respecté le délai de 7 jours* ». Cf. ég. CJUE, 22.04.1995, TRAVEL VAC, aff. C-423/97, N 48 (interprétation large de l'art. 5 § 1 de l'ancienne Directive 85/577/CEE). *Contra*, HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 318.

⁷⁹¹ KOLLER-TUMLER, E-Banking, p. 149 donne l'ex. de l'interprétation du terme « aussitôt » qui figure à l'art. 201 al. 1 CO qui pourrait avoir une signification différente selon que le contrat est conclu entre deux professionnels, deux privés ou un consommateur et un professionnel.

favorisent en règle générale plutôt la partie forte⁷⁹². En cas de litige, cette dernière dispose également de moyens supplémentaires pour défendre son point de vue (ex. recours à des avocats spécialisés, anticipation dans ses conditions générales).

366 De jurisprudence constante, la Cour de justice considère que les dérogations aux prescriptions de l'UE visant à protéger les consommateurs doivent être **interprétées strictement**⁷⁹³. La même chose devrait valoir en Suisse, s'agissant des exceptions au champ d'application de la réglementation protectrice (cf. art. 3 LCC qui doit être compris comme n'impliquant pas l'exigence que le consommateur ait « une » activité commerciale ou professionnelle comme condition au bénéfice de la protection).

367 Ces dernières années, on discernerait par ailleurs une tendance **à la priorisation de la correction du déficit informationnel du consommateur**⁷⁹⁴. La conscience de l'importance de l'amélioration de l'information pour son autodétermination⁷⁹⁵ n'est, cela dit, pas une idée récente, ni une conception incontestée ou même incontestable (*supra* N 258 ss). En 1981, lors de l'adoption de la première norme constitutionnelle (art. 31^{sexies} aCst.), le but était pourtant déjà d'améliorer la transparence du marché⁷⁹⁶. On peut quoi qu'il en soit affirmer que le rôle de l'information est primordial du point de vue du mandat constitutionnel (comp. *infra* N 869), ce qui vaut particulièrement pour le commerce électronique⁷⁹⁷.

368 L'**adaptation autonome** (C) est encore une (autre) source importante et incontournable du développement du droit – en particulier contractuel – de la consommation en Suisse. Chronologiquement, elle reste en grande partie consécutive à la mise en place de la protection constitutionnelle dont il vient d'être question.

⁷⁹² CARRON, Protection, N 95 considère que lorsqu'une norme fait appel à l'équité, l'interprète doit observer la situation sociale, économique et intellectuelle des parties concernées.

⁷⁹³ CJUE, 01.3.2012, GONZÁLEZ ALONSO, aff. C-166/11, N 26 ; CJUE, 15.10.2010, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 32 ; CJCE, 10.03.2005, EASYCAR, aff. C-336/03, N 21 ; CJCE, 13.12.2001, HEININGER, aff. C-481/99, N 31.

⁷⁹⁴ HEINEMANN, Rechtliche Transplantate, p. 25.

⁷⁹⁵ JUNOD MOSER, p. 159.

⁷⁹⁶ AUBERT, Petit commentaire, art. 97 N 4.

⁷⁹⁷ Comp. MEDICUS/PETERSEN, N 49 : « *dennoch dürfte das Modell geeignet sein, gerade auch denjenigen Verbraucher effektiv zu schützen, dem im mitunter unübersichtlichen elektronischen Geschäftsverkehr nicht alle maßgeblichen Erklärungen als Entscheidungsgrundlage zugegangen sind [...]* ».

C. Adaptation autonome

1. Adaptation au droit de l'UE

Les liens économiques, politiques, sociaux et culturels entre la Suisse, l'UE et ses Etats membres sont complexes et substantiellement développés⁷⁹⁸. Cela vaut d'autant plus s'agissant d'ordres juridiques souvent marqués du sceau de la même tradition, à savoir dont les origines remontent au *ius commune*⁷⁹⁹. De manière imagée, MIGNON évoque l'existence d'une membrane poreuse entre l'ordre juridique helvétique et le droit de l'UE⁸⁰⁰. En d'autres termes, des **influences réciproques sont inéluctables⁸⁰¹ et ont toujours existé**. Dans ce contexte, le mécanisme de l'adaptation autonome (ou de reprise autonome⁸⁰²) bénéficie d'une place de choix⁸⁰³, raison pour laquelle une importance substantielle revient au droit de l'UE⁸⁰⁴. L'affirmation vaut particulièrement en matière de protection du consommateur⁸⁰⁵. Le droit privé fédéral a ainsi repris plusieurs Directives topiques du droit de l'UE ces dernières décennies⁸⁰⁶. L'influence du droit de l'UE sur le droit suisse reste évidemment beaucoup plus significative que l'inverse⁸⁰⁷, ce qui résulte déjà de la taille géographique modeste de notre pays.

369

⁷⁹⁸ HUGUENIN/MEISE, p. 284.

⁷⁹⁹ Comp. RISKE, N 67 ss.

⁸⁰⁰ MIGNON, N 383 et 385. Nous utiliserons en principe le terme « droit de l'UE » comme synonyme de « droit communautaire », donc y compris pour les textes adoptés avant certains changements, notamment d'ordre terminologique, induits par le Traité de Lisbonne.

⁸⁰¹ On relèvera la citation de CLIVE CHURCH, citée chez MALLEPELL, p. 7 : « *above and beyond this, there is the fact that, like it or hate it, relations with the European Union are an inescapable question for all European countries. Whether members or not this is one of the key elements in their political agenda* ». Pour une affirmation valant pour de nombreux pays, sinon l'ensemble d'entre eux, LOOS, p. 517.

⁸⁰² MIGNON, N 391.

⁸⁰³ HEINEMANN, *Rechtliche Transplantate*, p. 21 s. indique que près de 50% du droit suisse serait influencé par le droit de l'UE, dont 15% environ représenterait une reprise complète.

⁸⁰⁴ HEINEMANN, *Rechtliche Transplantate*, p. 32.

⁸⁰⁵ HEINEMANN, *Rechtliche Transplantate*, p. 24 s. ; MORIN, *Influence*, p. 21.

⁸⁰⁶ MORIN, *Influence*, p. 22 ; KOLLER-TUMLER, *Einführung*, p. 43 s. et 53 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 118 s.

⁸⁰⁷ FF 1988 III 233, 330 : « *si la Suisse, qui ne peut pas participer au marché intérieur de la CE puisqu'elle n'en est pas membre, s'efforce de créer au sein de l'Espace économique européen dynamique, des conditions semblables à celles d'un marché intérieur – ce qui exige une harmonisation des législations aussi poussée que possible – il importe aussi qu'elle soit capable de faire preuve d'une capacité d'intégration à l'Europe. Cela doit être surtout le cas*

370 Concrètement, ce fut à partir de 1988 que le Conseil fédéral commença à intégrer la notion d'« **eurocompatibilité** » dans le processus législatif⁸⁰⁸. Il prit toutefois le soin de préciser qu'une adaptation automatique du droit suisse au droit de l'UE n'était pas envisagée⁸⁰⁹. Quant à l'adaptation autonome *stricto sensu*⁸¹⁰, elle demeure consécutive au rejet⁸¹¹ de l'accord sur l'EEE en date du 6 décembre 1992⁸¹². Cette dernière pourrait dès lors se définir comme le mécanisme par lequel le législateur helvétique reprend, plus ou moins « servilement »⁸¹³, le droit de l'UE à la suite du rejet de l'accord sur l'EEE (*infra* N 376 ss).

371 Le souci de la compatibilité avec l'ordre juridique de l'UE ne se limite pourtant pas à cette seule période. Nous allons précisément revenir sur différents développements, en schématisant des **périodes d'adaptation** (2) du droit privé suisse de la consommation à son homologue européen.

2. Périodes d'adaptation

372 Trois périodes d'adaptation peuvent être identifiées : l'**influence de facto du droit communautaire** (a), à la suite du rejet de l'accord sur l'EEE (b), ainsi que les évolutions plus récentes (c).

dans les situations peu nombreuses où la CE a un vif intérêt à coopérer avec nous. Ce n'est donc que si nous réussissons dans ces cas à nous montrer disposés à accepter certains compromis que nous pourrions attendre de la Communauté qu'elle fasse preuve à notre égard de compréhension dans les nombreux cas où c'est la Suisse qui est intéressée à coopérer avec la CE ».

⁸⁰⁸ FF 1992 IV 1, 3 où le Conseil fédéral mentionne qu'« *au fond, l'accord EEE traduit sur le plan juridique les relations d'interdépendance économique qui existent depuis longtemps entre la Suisse et la CE* ». MIGNON, N 397.

⁸⁰⁹ FF 1988 III 233, 330. MIGNON, N 397.

⁸¹⁰ Pour la notion, KOHLER p. 24.

⁸¹¹ FF 1993 I 757, 761.

⁸¹² Par ex. ATF 132 III 32, consid. 5.1. HEINEMANN, *Rechtliche Transplantate*, p. 21 ; KRAUS/JAAG/UMBRICHT, p. 161.

⁸¹³ KRAMER, *Methodenlehre*, p. 322 ss. *Contra* MIGNON, N 396, pour qui il est « *erroné de soutenir comme le font certains auteurs que la reprise ne serait plus <autonome> mais <systématique>* ».

a. Influence *de facto* du droit communautaire

L'influence *de facto* du droit communautaire décrit celle qui intervient **avant 1993** (ex. adoption de la LPM)⁸¹⁴. Par-là, on vise celle qui précède l'adaptation autonome *stricto sensu* (*infra* N 376 ss). Elle consiste plutôt en un examen systématique de l'eurocompatibilité du droit suisse, tandis que la seconde se caractérise par un mécanisme qu'on pourrait qualifier de plus « sélectif » du droit de l'UE⁸¹⁵. Ces délimitations ne doivent pas être surestimées. Dans un Message accompagnant un projet d'acte soumis à l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral doit en principe systématiquement observer les relations d'un projet avec le droit européen (cf. art. 141 al. 2 let. a LParl).

373

La distinction entre l'influence *de facto* du droit communautaire et l'adaptation autonome est plutôt d'ordre conceptuel que pratique. Comme le rappelle encore MIGNON, « *il est toutefois exact qu'en pratique, le Parlement et le Conseil fédéral n'adoptent qu'exceptionnellement des actes qui ne sont pas compatibles* »⁸¹⁶. En matière de protection des consommateurs, la période de l'influence *de facto* du droit communautaire se caractérise néanmoins par une **influence moins directe** sur le droit fédéral ; l'intervention ponctuelle du législateur se fondait alors plutôt sur l'art. 31^{sexies} aCst.⁸¹⁷.

374

En Suisse, le « droit du contrat de consommation » commença vraisemblablement à se développer durant la période d'influence *de facto* du droit communautaire⁸¹⁸. Le 5 octobre 1990, la LIC fut adoptée, bien qu'elle n'entra en vigueur que le 1^{er} mai 1992⁸¹⁹. En outre, le 1^{er} juillet 1991, soit peu de temps avant le rejet de l'adhésion à l'EEE, une première version des art. 40a-f CO relatifs au droit de révocation en matière de démarchage à domicile et autres contrats semblables, de même que l'art. 6a CO relatif à l'envoi de choses non commandées, entrèrent en vigueur⁸²⁰. Dans le processus d'adoption de ces dispositions, le souci d'eurocompatibilité du législateur devint de plus en plus

375

⁸¹⁴ KOHLER, p. 5 ss ; MALLEPELL, p. 16 s. ; MIGNON, N 420.

⁸¹⁵ MIGNON, N 396 : « *si l'examen de l'eurocompatibilité du droit suisse avec le droit communautaire est systématique, la reprise autonome est choisie* ».

⁸¹⁶ MIGNON, N 396.

⁸¹⁷ FORNAGE, Mise en œuvre, N 410 et 414.

⁸¹⁸ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 138.

⁸¹⁹ RO 1992 910.

⁸²⁰ RO 1991 846 ; FF 1986 II 360. PICHONNAZ, Le centenaire, p. 135.

manifeste, mais sans que l'on puisse déjà parler d'adaptation autonome *stricto sensu*⁸²¹. Cette dernière se révéla à la **suite du rejet de l'accord sur l'EEE** (b).

b. A la suite du rejet de l'accord sur l'EEE

376 Dans l'optique d'une adhésion de la Suisse à l'ancienne Communauté européenne, le Conseil fédéral entama dès le début des années 1990 des démarches législatives préliminaires afin de rendre le droit privé suisse compatible avec le droit communautaire (paquet Eurolex⁸²²)⁸²³. Le 20 janvier 1993, à la suite du rejet de l'adhésion à l'accord sur l'EEE, **afin de ne pas isoler économiquement la Suisse**, le Conseil fédéral décida d'agir proactivement. Pour ce faire, il privilégia l'eurocompatibilité du droit privé suisse (paquet Swisslex⁸²⁴), précisément en optant pour l'adaptation autonome au droit privé de l'UE de protection des consommateurs⁸²⁵.

377 En 1993, les réglementations suisse et européenne prévoyaient une protection quasi-égale du consommateur. Seul le contrôle ouvert des conditions générales était prévu par la Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives, mais non par le droit suisse⁸²⁶. Par l'**influence dans les faits directe du droit communautaire**, le droit suisse vit se développer son droit de la protection des consommateurs. Les développements concernèrent tout particulièrement la seconde version des dispositions sur le démarchage à domicile⁸²⁷, la première loi sur crédit à la consommation⁸²⁸, le voyage à forfait⁸²⁹ ou encore la responsabilité du fait des produits⁸³⁰.

378 Les années 1993 à 1995 furent donc marquées du sceau de la mise en place du paquet Swisslex à la suite du refus par le souverain de l'adhésion à l'UE et, en conséquence, de la reprise de l'acquis communautaire tel que ressortant du

⁸²¹ FF 1986 II 360, 397 où le CF expose le lien entre le projet de réglementation des art. 40a ss CO et, à l'époque, le projet de Directive concernant la protection des consommateurs dans les affaires de pas-de-porte.

⁸²² FF 1992 IV 1.

⁸²³ MORIN, Influence, p. 21.

⁸²⁴ FF 1993 I 757.

⁸²⁵ FF 1993 I 757, en part. 766, 773 et 785, 791 et 840. MORIN, Influence, p. 21 s.

⁸²⁶ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 43.

⁸²⁷ RO 1993 3120 ; FF 1993 I 757.

⁸²⁸ RO 1994 367 ; FF 1993 I 757 et FF 1993 III 754.

⁸²⁹ RO 1993 3152 ; FF 1993 I 757 et FF 1993 III 971.

⁸³⁰ RO 1993 3122 ; FF 1993 I 757 et FF 1993 II 964.

paquet Eurolex⁸³¹. Parmi les 50 projets de lois que contenait le paquet Eurolex, 27 furent finalement adoptés par le Parlement dans le contexte du paquet Swisslex, **sans modifications substantielles, ni même de véritables discussions**⁸³². La période consécutive au rejet de l'accord sur l'EEE représenta donc une période clé dans la mise en place de la protection du consommateur en Suisse.

Quelles sont les **évolutions récentes** (c) ?

379

c. Evolutions récentes

(i) *Poursuite (relative) des rapprochements*

Depuis 1995, le législateur helvétique continua d'adopter et de modifier d'autres lois fédérales, dans un but de rendre le droit suisse eurocompatible (ex. LEG, LMI⁸³³, LLCA et LSPro)⁸³⁴. Toutes les Directives du droit privé de l'UE de protection du consommateur n'ont toutefois **pas été reprises**⁸³⁵. Parallèlement, le législateur de l'UE poursuit son évolution législative et adopte continuellement de nouveaux textes. Récemment, on relève à cet égard l'adoption de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs et, dernièrement, de la Directive 2015/2302/UE relative aux voyages à forfait (sur les Directives significatives, *infra* N 405 ss).

380

Ces dernières années, de façon peut-être surprenante au vu des développements immédiatement consécutifs au rejet de l'accord sur l'EEE, on constate une légère tendance – le cas échéant seulement temporaire – à l'**accroissement de certaines divergences** entre le droit privé suisse et le droit de l'UE de protection du consommateur⁸³⁶. En effet, plusieurs Directives, initialement reprises de façon autonome dans le cadre du paquet Swisslex (*supra* N 376 ss), ont connu, sinon une abrogation, du moins un certain nombre de modifications par rapports

381

⁸³¹ MIGNON, N 421.

⁸³² HUGUENIN, Spannungsfeld, p. 417 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 43. Pour des approfondissements, MALLEPELL, p. 18 ss.

⁸³³ Cf. ATF 125 I 474, consid. 3 (influence du principe jurisprudentiel « Cassis-de-Dijon », établi par la CJUE, sur l'interprétation de la LMI).

⁸³⁴ KRAMER, Methodenlehre, p. 324 ss ; MIGNON, N 427.

⁸³⁵ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 45 ss ; MORIN, Influence, p. 23

⁸³⁶ Cette prise de distance doit être mise en lien avec les critiques parfois violentes formées contre l'UE, également par les Etats membres et leurs populations et où le processus de sortie du Royaume-Uni (« Brexit ») constitue à ce jour l'illustration la plus marquante.

aux textes d'origine⁸³⁷. Or, le législateur suisse n'a pas toujours strictement suivi les développements européens⁸³⁸. Pour des raisons économiques, il conviendrait, cela dit, de poursuivre sur la voie de l'harmonisation avec le droit de l'UE et d'octroyer au consommateur une protection accrue également en Suisse⁸³⁹.

382 L'absence d'harmonisation concerne particulièrement la réglementation du **contrat à distance** (ii).

(ii) *Contrat à distance*

383 S'agissant de la **définition du contrat à distance**, on rappelle celle qu'en donne le droit de l'UE. Il s'agit de « *tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu* » (art. 2 ch. 7 Directive 2011/83/UE). En Suisse, la réglementation légale spécifique relative aux contrats à distance se limite à certaines prescriptions sectorielles dans la LCD, en particulier au commerce électronique (art. 3 al. 1 let. s LCD). Pour le surplus, les dispositions générales du droit des obligations restent applicables aux transactions intervenant par les nouveaux moyens de communication.

384 Au niveau de l'UE, l'art. 9 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs confère un **droit de révocation** général pour les contrats à distance. En revanche, le droit suisse n'accorde aucun droit de révocation au consommateur acquérant des biens ou des services au moyen d'un contrat conclu par Internet. En matière de contrats à distance, il accorde uniquement au consommateur, et depuis le 1^{er} janvier 2016, un droit de révocation pour les contrats conclus par téléphone ou par un moyen semblable de télécommunication vocale instantanée (art. 40b let. d CO)⁸⁴⁰.

385 Des différences existent également pour le contrôle des **clauses abusives** (iii).

⁸³⁷ Par ex., la Directive 87/102/CEE a été abrogée ou une nouvelle Directive a été adoptée en matière de voyages à forfait, soit la Directive 2015/2302/UE.

⁸³⁸ HUGUENIN/MEISE, p. 285.

⁸³⁹ FETSCHERIN, BFC, p. 77.

⁸⁴⁰ RO 2015 4107

(iii) *Clauses abusives*

Les critères de référence pour la détermination du caractère abusif d'une clause constitueraient la **source et le noyau dur d'un véritable droit européen moderne du contrôle des clauses abusives**⁸⁴¹. 386

La Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives prévoit une **liste** indicative et non exhaustive⁸⁴² de clauses qui peuvent être déclarées abusives (art. 3 al. 3 Directive). En droit suisse, qui ne connaît pas une telle liste, l'art. 8 LCD déclare abusives les clauses en contradiction avec les « règles de la bonne foi », concept large et n'étant pas véritablement défini. S'agissant d'une règle impérative de protection des consommateurs, une telle imprévisibilité juridique a pourtant de quoi surprendre⁸⁴³. 387

L'art. 8 LCD présente néanmoins des liens avec la Directive européenne 93/13/CEE, en particulier celui de ne viser que les contrats de consommation (comp. art. 3 al. 1 Directive). L'art. 8 LCD autoriserait cependant un **contrôle abstrait des conditions générales**, ce qui reste discuté, alors que le droit de l'UE aurait plutôt tendance à se rattacher à un contrôle concret. L'art. 8 LCD ne constituerait quoi qu'il en soit pas un clone de l'art. 3 de la Directive, ni d'ailleurs de la Directive dans son ensemble (*infra* N 1791 ss)⁸⁴⁴. 388

D'**autres évolutions** (iv), certaines plus larges que le seul droit contractuel de la consommation, doivent encore être mentionnées. 389

(iv) *Autres évolutions*

Le 3 novembre 2003, consécutivement à l'initiative DE DARDEL (00.421), la Commission des affaires juridiques du Conseil national adopta un avant-projet et un rapport explicatif en lien avec la réglementation de l'**utilisation d'immeubles en temps partagé**⁸⁴⁵. Le but était une reprise des dispositions topiques de la Directive 94/47/CE du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (désormais abrogée en 390

⁸⁴¹ ECL-JANSEN, art. 6:201 N 9.

⁸⁴² MARCHAND, art. 8 LCD, p. 329.

⁸⁴³ MARCHAND, art. 8 LCD, p. 330. Sur la Directive 93/13/CEE et l'art. 8 LCD, HUGUENIN/MEISE, p. 285.

⁸⁴⁴ KUONEN, Envol manqué, p. 3.

⁸⁴⁵ <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/teilnutzungsrechte.html> (consulté le 30.10.2018).

vertu de l'art. 18 de la Directive 2008/122/CE)⁸⁴⁶. Le 22 juin 2007, le Conseil national classa l'initiative, de sorte que la réglementation ne vit pas le jour⁸⁴⁷.

391 Le 1^{er} juillet 2010, la LETC partiellement révisée entra par ailleurs en vigueur⁸⁴⁸. L'intention du législateur était de procéder à l'adaptation autonome du principe jurisprudentiel, d'origine communautaire,⁸⁴⁹ « **Cassis de Dijon** »⁸⁵⁰. Conformément à ce principe, les produits légalement mis sur le marché dans la Communauté européenne ou l'EEE doivent, en règle générale, pouvoir circuler librement en Suisse, c'est-à-dire sans autre contrôle⁸⁵¹. Selon la jurisprudence de la Cour de Justice, la législation nationale des Etats membres peut uniquement prévoir des restrictions à la libre circulation des marchandises lorsque ces restrictions sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives, notamment la défense des consommateurs⁸⁵².

392 Dans le cadre de la **révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance**, en juillet 2016, le Conseil fédéral entendait accorder au preneur d'assurance un droit de révocation plus étendu qu'en droit de l'UE. Contrairement à la législation de la plupart des pays membres, l'art. 2a P-LCA-2016 prévoyait de ne pas limiter le droit de révocation aux contrats d'assurance-vie, mais de l'étendre à tous les contrats d'assurance, sous réserve d'exceptions (art. 2a al. 4 P-LCA-2016, assurances collectives de personnes, couvertures provisoires, conventions d'une durée inférieure à un mois et les assurances prescrites par la loi)⁸⁵³.

⁸⁴⁶ Rapport explicatif de la Commission des affaires juridiques du 3 novembre 2003 concernant l'initiative parlementaire DE DARDEL, p. 2.

⁸⁴⁷ <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/teilnutzungsrechte.html> (consulté le 30.10.2018).

⁸⁴⁸ RO 2010 2617, 2626.

⁸⁴⁹ CJCE, 20.02.1979, REWE-ZENTRAL AG, aff. 120/78.

⁸⁵⁰ FF 2008 6643, 6664, qui parle de « *clé de voûte du projet* ».

⁸⁵¹ Recommandation de la CFC concernant l'amélioration de la protection du consommateur dans le contexte d'ouverture des marchés, du 2 septembre 2010, p. 1.

⁸⁵² PAISANT, p. 2 rappelle cette jurisprudence (CJCE, 20.02.1979, REWE-ZENTRAL AG, aff. 120/78).

⁸⁵³ Révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), Rapport explicatif du 06.07.2016 relatif au projet mis en consultation, p. 18, <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/44770.pdf> (consulté le 30.10.2018). Comp. FF 2017 4667 et FF 2017 4817 pour le projet.

Après cette présentation de la matérialisation de la protection du consommateur en Suisse, la même chose s'impose pour le **droit de l'UE**⁸⁵⁴(II). 393

II. En droit de l'UE

A. Généralités

1. Premières évolutions

Le Traité instituant la Communauté Economique européenne du 25 mars 1957 (Traité de Rome) ne contenait **aucune intention politique spécifique** ou de règle directe de protection des consommateurs⁸⁵⁵. Le déséquilibre entre parties au contrat de consommation n'était pas encore véritablement perçu⁸⁵⁶. 394

Les considérations de protection du consommateur n'occupent véritablement le législateur communautaire que depuis le **début des années 1970**⁸⁵⁷ – plus précisément 1972 – à la suite d'une réunion au sommet, à Paris, entre les Chefs d'Etats et de Gouvernement des Etats membres de la Communauté européenne⁸⁵⁸. Ils invitèrent la Commission à proposer des mesures concrètes en vue de renforcer et de coordonner la protection au niveau communautaire⁸⁵⁹. 395

L'interpellation fournit l'impulsion nécessaire au développement d'un droit de protection des consommateurs au niveau communautaire⁸⁶⁰. En 1975⁸⁶¹, puis en 396

⁸⁵⁴ On rappelle que le terme « UE » est ici employé indistinctement pour qualifier tant le droit de l'UE que celui de la Communauté européenne l'ayant précédée.

⁸⁵⁵ PAISANT, p. 1.

⁸⁵⁶ NK AEUV-BERG, art. 169 N 1 ; CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 41 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 2 ; SZABÓ, p. 3.

⁸⁵⁷ EPINEY, Europäische Union, p. 592; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 16 ; SZABÓ, p. 4 s. Comp. ALPA, p. 83.

⁸⁵⁸ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 41 ; PICHONNAZ, Le centenaire, p. 195.

⁸⁵⁹ NK AEUV-BERG, art. 169 N 1.

⁸⁶⁰ NK AEUV-BERG, art. 169 N 1 ss pour une présentation plus détaillée des différentes étapes intervenues depuis le début des années 1970 jusqu'à l'adoption de l'art. 169 TFUE.

⁸⁶¹ Résolution du Conseil, du 14.04.1975, concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs (JO C 92 du 25.04.1975, p. 1 s.). PICHONNAZ, BFC, p. 89 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 2.

1981⁸⁶², le Conseil adopta **deux programmes pour une politique de protection et d'information des consommateurs**. On y affirma (sur les considérations de protection du consommateur, *supra* N 273 ss) cinq droits fondamentaux des consommateurs (cf. désormais art. 169 TFUE)⁸⁶³ :

1. Le droit à la protection de la santé et de la sécurité ;
 2. Le droit à la protection des intérêts économiques ;
 3. Le droit à la réparation des dommages ;
 4. Le droit à l'information et à l'éducation ;
- Le droit à la représentation (droit d'être entendu).

397 Ces déclarations d'intention permirent d'envisager plus concrètement les contours de la protection à venir. Elles conduisirent à l'**adoption de la réglementation protectrice** (2).

2. Adoption de la réglementation protectrice

398 La première véritable Directive conçue dans une optique de protection des consommateurs fut celle du 18 décembre 1978 sur l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires⁸⁶⁴. Les origines de la réglementation à caractère « privé » de la consommation sont, quant à elles, à rechercher au **milieu des années 1980**⁸⁶⁵. La Communauté adopta tout d'abord la Directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (abrogée). Celle-ci fut rapidement suivie par la Directive 87/102/CEE du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation (abrogée)⁸⁶⁶.

⁸⁶² Résolution du Conseil du 19.05.1981 concernant un deuxième programme de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs (JO C 133, du 03.06.1981, p. 1 ss.).

⁸⁶³ ALPA, p. 94 ; CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 41 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 12 ; PAISANT, p. 2. Cf. ég. Résolution 543 de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe du 17.05.1973 et FF 1979 II 713, 717.

⁸⁶⁴ PAISANT, p. 2 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 2 précise que c'est dès lors par le droit de la concurrence qu'est née la protection du consommateur au niveau communautaire.

⁸⁶⁵ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, Vor §§ 13, 14 N 63.

⁸⁶⁶ BÜLOW/ARTZ, N 44.

En 1986, une troisième résolution du Conseil⁸⁶⁷ insista sur la nécessité d'une nouvelle impulsion pour la politique de protection des consommateurs⁸⁶⁸. L'Acte unique européen, qui entra en vigueur 1^{er} juillet 1987⁸⁶⁹, permit à la protection d'effectuer une première entrée relativement modeste⁸⁷⁰ dans le droit primaire. Jusqu'alors, seul un article visait indirectement la protection du consommateur (art. 100A du Traité de Rome), au surplus exclusivement sous l'angle du **rapprochement des législations**⁸⁷¹. Paradoxalement, on assisterait dès ce moment à la dépriorisation du but de protection des consommateurs par rapport à la volonté de réaliser le marché intérieur (*infra* N 409 ss)⁸⁷².

399

Comment se **concrétisa** (3) la protection ?

400

3. Concrétisation

La protection du consommateur s'institutionnalisa en 1992 avec la signature du **Traité de Maastricht**. L'art. 129A TCE fut adopté sous le titre XI « protection des consommateurs »⁸⁷³. Il conféra à celle-ci une base juridique propre⁸⁷⁴ et l'éleva au rang de politique communautaire⁸⁷⁵. En 1997, cela fut confirmé dans le Traité d'Amsterdam (art. 153 TCE) puis, en 2007, dans le Traité de Lisbonne (art. 12, 114 et 169 TFUE), lequel entra en vigueur le 1^{er} décembre 2009⁸⁷⁶.

401

⁸⁶⁷ Résolution du Conseil, du 23.06.1986, concernant les futures orientations de la politique de la Communauté économique européenne pour la protection et la promotion des intérêts des consommateurs (JO C 167 du 05.07.1986).

⁸⁶⁸ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 41.

⁸⁶⁹ Acte unique européen du 28.02.1986, entré en vigueur le 01.07.1987 (JO L 169 du 29.06.1987).

⁸⁷⁰ Moins affirmatif, Conclusions de l'avocat général TIZZANO, du 20.11.2001, LEITNER, aff. C-168/00, N 2 : « [...] *l'action communautaire en faveur de la protection des consommateurs a acquis droit de cité avec l'Acte unique européen de 1986, dans un premier temps, puis avec le traité de Maastricht* [...] »

⁸⁷¹ FORNAGE, Mise en oeuvre, N 344 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 2 ; SZABÓ, p. 6 s.

⁸⁷² MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, Vor §§ 13,14 N 63 rappellent que, jusqu'en 1986, les considérations protectrices de l'UE étaient prépondérantes par rapport à la réalisation d'un marché intérieur.

⁸⁷³ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 42.

⁸⁷⁴ FF 1992 IV 1, 384. NK AEUV-BERG, art. 169 N 3 ; SZABÓ, p. 7.

⁸⁷⁵ REICH, p. 381.

⁸⁷⁶ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 8 ; SZABÓ, p. 9 ss.

Depuis lors, la protection est l'un des principes généraux de la politique européenne⁸⁷⁷.

402 L'objectif de protection du consommateur relève indubitablement de l'acquis communautaire⁸⁷⁸. Cet objectif ressort également de l'art. 38 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (cf. art. 6 TUE). Dans les politiques de l'Union, la disposition exige la mise en place d'un niveau élevé de protection. Les règles en faveur des consommateurs visent à préserver sa santé, sa sécurité, ses intérêts économiques et juridiques, ainsi que son éducation et son information⁸⁷⁹. Les règles protectrices de l'UE ne forment cependant (toujours) **pas un ensemble particulièrement homogène**. Cela étant, l'adoption de la récente Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs structure, il est vrai, la matière (comp. l'Annexe du Règlement UE 2017/2394).

403 L'intention sous-jacente de l'UE reste la **création d'un marché intérieur équilibré** (*infra* N 409 ss)⁸⁸⁰. Certes, les développements de ces dernières années (re)confirment la conception d'une certaine autonomie de la politique de protection des consommateurs par rapport aux mesures prises dans le seul cadre de la réalisation du marché intérieur⁸⁸¹. Cette évolution progressive se révélerait d'ailleurs tout particulièrement depuis le Traité de Maastricht (*supra* N 401)⁸⁸². Comme nous le verrons, il n'en demeure pas moins que les considérations protectrices s'avèrent, sinon totalement secondaires, du moins indirectes. Cette situation a des conséquences potentielles pour les Etats membres du point de

⁸⁷⁷ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 2. Comp. ALPA, p. 83.

⁸⁷⁸ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 342 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 16 s.

⁸⁷⁹ NK AEUV-BERG, art. 169 N 19 ss.

⁸⁸⁰ PAISANT, p. 2. Conclusions de l'avocat général TIZZANO, du 20.11.2001, LEITNER, aff. C-168/00, N 2.

⁸⁸¹ CJCE, 07.03.1996, EL CORTE INGLÉS, aff. C-192/94 N 19 : « [...] *d'autre part, il (i.e. l'art. 129A TCE) institue une compétence communautaire en vue d'actions spécifiques se rapportant à la politique de protection des consommateurs en dehors des mesures prises dans le cadre du marché intérieur* ». En lien avec l'ancienne Directive 90/314, CJCE, 08.10.1996, DILLENKOFER et al., aff. jointes C-178/84, C-179/84, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, N 36 : « *il convient en effet d'observer, d'une part, que les considérants de la directive évoquent à plusieurs reprises l'objectif de protection des consommateurs et, d'autre part, que le fait que la directive est destinée à garantir d'autres objectifs n'est pas de nature à exclure que ses dispositions visent également à protéger les consommateurs. En effet, selon l'article 100 A, paragraphe 3, du traité, la Commission doit, dans ses propositions en vertu de cet article, notamment en matière de protection des consommateurs, prendre pour base un niveau de protection élevé* » et CJUE, 16.02.2012, BLÖDEL-PAWLIK, aff. C-134/11, N 24.

⁸⁸² Comp. REICH, p. 382.

vue de « leurs » considérations de protection du consommateur nationales (*infra* N 428 ss).

Un état des lieux actuel des **Directives importantes** (B) du droit (privé) de l'UE 404
de la protection du consommateur s'impose.

B. Directives importantes

La Directive est un instrument incontournable de la protection du 405
consommateur au niveau de l'UE et même, plus généralement, pour le droit
contractuel d'origine européenne⁸⁸³. Dès les années 1970, leur adoption **aurait
même fondamentalement changé – politisé – la nature du droit privé en**
Europe⁸⁸⁴. Ces Directives constituent un moyen, pour l'UE, d'imposer aux Etats
membres une vision supranationale du droit privé potentiellement, mais pas
nécessairement, opposée aux conceptions internes (*infra* N 428 ss)⁸⁸⁵.

Nous **mentionnerons uniquement les Directives les plus significatives**⁸⁸⁶, 406
tout en reprenant la terminologie consacrée par MARCHAND⁸⁸⁷. Ce choix est
nécessairement subjectif et ne saurait, en aucun cas, être considéré comme
exhaustif. Les Directives importantes suivantes fixent actuellement le cadre du
droit (privé) de l'UE de la consommation⁸⁸⁸:

1. Directive 2015/2366/UE sur les services de paiement dans le marché
intérieur⁸⁸⁹ ;
2. Directive 2015/2302/UE relative aux voyages à forfait⁸⁹⁰ ;

⁸⁸³ LOOS, p. 515 (résumé de la contribution) : « *quoiqu'il y ait des exceptions, sans aucun doute le noyau du droit du contrat d'origine européenne comprend principalement des directives en matière de droit de la consommation* ».

⁸⁸⁴ LOOS, p. 517.

⁸⁸⁵ Pour des ex., LOOS.

⁸⁸⁶ Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 17 s. (« *key directives* »). Pour une liste complète de l'ensemble de la réglementation de l'UE en matière de protection des consommateurs, REICH/MICKLITZ/ROTT/TONNER, xxxiii-xxxvii.

⁸⁸⁷ MARCHAND, Droit de la consommation, ix-xiii.

⁸⁸⁸ BÜLOW/ARTZ, N 44. L'ordre d'énumération est exclusivement chronologique.

⁸⁸⁹ Directive 2015/2366/UE du Parlement européen et du Conseil du 25.11.2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE (JO L 337/35 du 23.12.2015).

⁸⁹⁰ Directive 2015/2302/UE du Parlement européen et du Conseil du 25.11.2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004

3. Directive 2014/17/UE relative aux crédits sur les biens immobiliers à usage résidentiel⁸⁹¹ ;
4. Directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation⁸⁹² ;
5. Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs⁸⁹³ ;
6. Directive 2008/48/CE sur le crédit aux consommateurs⁸⁹⁴ ;
7. Directive 2008/122/CE sur les contrats d'utilisation à temps partagé et produits de vacances à long terme⁸⁹⁵ ;
8. Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales⁸⁹⁶ ;
9. Directive 2002/65/CE concernant les services financiers à distance⁸⁹⁷ ;
10. Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique⁸⁹⁸ ;

et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil (JO L 326/1 du 11.12.2015).

⁸⁹¹ Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 04.02.2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010 (JO L 60/34 du 28.02.2014).

⁸⁹² Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21.05.2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (JO L 165/63 du 18.06.2013).

⁸⁹³ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25.10.2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Directive 93/13/CEE du Conseil et la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 304/64 du 22.11.2011).

⁸⁹⁴ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23.04.2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la Directive 87/102/CEE du Conseil (JO L 133/66 du 22.5.2008).

⁸⁹⁵ Directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14.01.2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange (JO L 33/10 du 03.02.2009).

⁸⁹⁶ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11.05.2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (JO L 149/22 du 11.06.2005).

⁸⁹⁷ Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23.09.2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE (JO L 271/16 du 09.10.2002).

⁸⁹⁸ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 08.06.2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (JO L 178/1 du 17.07.2000).

11. Directive 1999/44/CE sur la vente et les garanties des biens de consommation⁸⁹⁹ ;
 Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives⁹⁰⁰.

Plusieurs de ces Directives ont déployé – et continuent à déployer – une influence factuelle et politique considérables pour le droit suisse. En reprenant trop directement le contenu de celles-ci, le législateur helvétique assume cependant le risque d'introduire, dans son droit interne, des textes dont les fondements dogmatiques ne sont pas toujours les mêmes. En conséquence, il est nécessaire de rappeler les **conceptions** (C) de l'UE à la source de l'intervention en faveur du consommateur.

407

C. Conceptions en droit de l'UE

La **réalisation du marché intérieur** (1) et l'harmonisation complète (2) sont des aspects essentiels des conceptions en droit de l'UE en matière de protection du consommateur. Nous effectuerons ensuite le lien avec les considérations protectrices (3) des Etats membres et de la Suisse.

408

1. Réalisation du marché intérieur

Dans l'UE, la mise en place d'un niveau élevé de protection **réalise le marché intérieur (ou unique)**, en favorisant la consommation transfrontalière de biens et services (cf. art. 26 et 114 al. 1 et 3 TFUE ; par ex. art. 1 et 4 Directive 2005/29/CE)⁹⁰¹. Le but est de protéger la confiance du consommateur dans l'acte de consommation, le tout donc dans une optique d'amélioration du marché intérieur⁹⁰². Le concept de réalisation du « marché unique » est dès lors

409

⁸⁹⁹ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25.05.1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (JO L 171/12 du 07.07.1999).

⁹⁰⁰ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 05.04.1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO L 95/29 du 21.04.1993).

⁹⁰¹ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 2 précise que, dans la mesure où l'art. 169 TFUE contient une réf. à l'art. 114 TFUE, la législation de protection du consommateur appartient à la politique de réalisation d'un marché intérieur.

⁹⁰² HEIDERHOFF, N 17 et 183 ss.

central⁹⁰³. La protection de la partie faible n'est qu'un moyen d'y parvenir⁹⁰⁴. L'UE ne pourrait d'ailleurs tout simplement pas adopter de droit privé sans qu'il soit orienté vers ce but⁹⁰⁵.

410 Il est donc possible d'évoquer des **considérations prioritaires de réalisation d'un marché intérieur** (« *Binnenmarktgedanke* »), plutôt que des considérations de protection du consommateur (art. 169 al. 2 let. a TFUE)⁹⁰⁶. Cela renvoie à l'instrumentalisation de la notion même de consommateur⁹⁰⁷ et au caractère régulateur du droit (privé) de l'UE⁹⁰⁸. Les instruments protecteurs les plus importants dans le façonnement du marché sont à ce titre les devoirs d'information précontractuels (*infra* N 864 ss) et le droit de révocation (*infra* N 1049 ss)⁹⁰⁹. Dans ce prolongement, il est intéressant de mentionner que les rédacteurs du Projet de Dresde avaient, en 1866 déjà, des motifs similaires à l'esprit ; son adoption devait en premier lieu favoriser la circulation des marchandises, ainsi que le crédit (comp. *supra* N 13 s.)⁹¹⁰.

⁹⁰³ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 195 (en lien avec le Traité de Maastricht en vigueur depuis le 01.11.1993). Comp. ROTH, p. 31 s.

⁹⁰⁴ En lien avec l'ancienne Directive 97/7/CE sur les contrats à distance, HONSELL/PIETRUSZAK, p. 777 s. Plus nuancé, évoquant l'autonomie de la protection du consommateur dès 1994 déjà, REICH, p. 382 ss.

⁹⁰⁵ Comp. HEIDERHOFF, N 14 ss et 178 (en lien avec l'art. 114 TFUE et la notion de « *Marktprivatrecht* »).

⁹⁰⁶ CARNEVALE, BFC, p. 106 ; HOWELLS, p. 368 s. ; PROBST, BFC, p. 96. Plus nuancé, PICHONNAZ, Les principes en droit européen des contrats, p. 292 évoque un but double des principes européens en droit des contrats, soit (1) l'établissement et l'achèvement d'un marché intérieur efficace et (2) la promotion d'un haut degré de protection pour les consommateurs.

⁹⁰⁷ TAMM, p. 312 : « *der Verbraucherschutz wäre so zu konzipieren, dass er nicht mehr – wie bisher – faktisch als unselbstständiger <Partner> die Binnenmarktzulassung begleitet* » ; MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, Vor §§ 13,14 N 53. Cf. HOWELLS, p. 370 et les réf. citées en lien avec une proposition de reformulation de l'art. 153 TCE (désormais repris par l'art. 169 TFUE).

⁹⁰⁸ RISKE, N 164 s.

⁹⁰⁹ SCHULZE/ZOLL, p. 158.

⁹¹⁰ BENÖHR, p. 87 rappelle que, pour les rédacteurs du Projet de Dresde, ce but devait être atteint en minimisant autant que possible l'intervention étatique dans les affaires de droit civil (par ex. une exigence de forme en cas de contrat de cautionnement rend plus ardue la conclusion du contrat et, partant, l'octroi d'un crédit). Or, et non sans un certain paradoxe, le droit de l'UE cherche précisément à concrétiser un marché intérieur par l'adoption de normes contraignantes pour les Etats membres, particulièrement au moyen de l'harmonisation complète (*infra* N 415 ss). En d'autres termes, si le but du droit de l'UE est similaire au Projet de Dresde, le moyen pour y parvenir semble diamétralement opposé. Il est vrai, cela dit, que les destinataires des normes sont différents.

Inévitablement, la focalisation sur la réalisation du marché intérieur conduirait toutefois à **négliger certains aspects de la protection du consommateur**⁹¹¹, en particulier à écarter des solutions nationales le cas échéant plus protectrices. Ce risque serait exacerbé lorsque l'harmonisation envisagée est complète (*infra* N 415 ss)⁹¹². Certains auteurs relèvent d'ailleurs même que l'instrumentalisation du droit de la consommation serait l'un des moyens pour l'UE d'affirmer et d'assurer son pouvoir en tant qu'entité supranationale⁹¹³.

Le droit de l'UE ne prévoit ainsi pas un droit de protection du consommateur « immédiat ». Il entend plutôt mettre en place des instruments de régulation, dont le but est de participer activement à la circulation des biens et des services de consommation dans l'UE⁹¹⁴. Pour autant, les considérations sociales ne lui seraient tout de même pas totalement étrangères⁹¹⁵. Cela étant, d'éventuelles considérations protectrices indirectes déploient généralement un **effet positif**, en ce sens qu'elles participent à la mise en place d'un espace économique unifié (cf. art. 114 TFUE)⁹¹⁶.

Cet effet, certes positif, mais néanmoins médiat, se déduit par ailleurs de la **nature même des Directives**, lesquelles appellent une transposition dans le droit national des Etats membres (par opposition aux règlements qui sont d'applicabilité directe)⁹¹⁷. Aussi, les Directives contiennent des normes à caractère pénal, public, privé et, plus spécifiquement, ressortant en outre régulièrement au droit de la concurrence. Dans les limites des Traités, la transposition systématique dans le droit national est ainsi laissée à la libre

⁹¹¹ HOWELLS, p. 370.

⁹¹² SAUPHANOR-BROUILLOD et al., Les contrats de consommation, N 524, sous l'angle de la Directive 2011/83/UE, d'harmonisation maximale, s'interrogent si le simple renvoi de la marchandise au professionnel constitue une manifestation de volonté de se rétracter pertinente, ou non, au regard du champ d'application de la Directive. Dans la négative, les Etats membres perdraient la possibilité de prévoir ce mode de rétractation, ce qui réduirait sensiblement la protection du consommateur.

⁹¹³ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, Vor §§ 13,14 N 54.

⁹¹⁴ BÉRENGER, N 24.

⁹¹⁵ En 1993, BOURGOIGNIE, p. 244 ss affirmait même « [...], la Communauté économique européenne s'est clairement prononcée, [...], pour la reconnaissance d'une politique spécifique de la consommation, distincte des politiques traditionnelles du Traité telles que la politique du marché intérieur et celle de la concurrence ». Plus récemment, TAMM, p. 312.

⁹¹⁶ RISKE, N 190. Auparavant, cf. l'art. 95 al. 3 aTCE.

⁹¹⁷ DONY, N 454 et 456.

appréciation de chaque Etat membre⁹¹⁸, ce qui implique de potentielles divergences dans l'approche « interne » suivie (sur la systématique d'une réglementation de protection du consommateur, *infra* N 2128 ss).

414 Cette dernière affirmation doit être précisée au regard du principe de l'**harmonisation complète** (2).

2. Harmonisation complète

a. Principe

415 L'art. 100A du Traité de Rome fondait une harmonisation minimale par les Directives de protection du consommateur⁹¹⁹. La tendance (plus) récente des Directives de l'UE de protection du consommateur est l'harmonisation complète (« *Vollharmonisierung* »)⁹²⁰, **plutôt que l'harmonisation minimale**⁹²¹.

416 Il y a harmonisation complète lorsqu'une Directive **proscrit aux Etats membres de maintenir ou d'adopter des dispositions nationales contraires** dans son champ d'application matériel, peu importe que ces dispositions protègent, ou non, le consommateur de manière plus incisive⁹²². Son but est de promouvoir le commerce transfrontalier de biens et services, afin d'assurer un

⁹¹⁸ HEIDERHOFF, N 180. Au sujet de l'art. 95 aTCE (reprise par l'art. 114 TFUE), HOWELLS, p. 369 : « *most consumer protection measures have in fact been based on the internal market article (Article 95)* ».

⁹¹⁹ SAUPHANOR-BROUILAUD et al., Les contrats de consommation, N 2.

⁹²⁰ BÜLOW/ARTZ, N 45 ; SZABÓ, p. 15. Pour une présentation détaillée des distinctions entre harmonisation partielle, complète et totale, RISKE, N 211 ss. Sur la notion d'harmonisation absolue, MIGNON, N 183. Pour la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales, HOWELLS, p. 361. Comp. PROBST, BFC, p. 96 et MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, Vor §§ 13,14 N 25 précisent que l'harmonisation maximale est visée par les Directives 2002/65/CE sur les services financiers à distance, 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, 2008/48/CE sur le crédit aux consommateurs, 2008/122/UE sur les contrats d'utilisation à temps partagé et produits de vacances à long terme ainsi que par la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

⁹²¹ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 43 ; SCHULZE/ZOLL, p. 15 s. ; Staudinger/KANNOVSKI, Vorbem zu §§ 13,14 N 19 ; TAMM, p. 303. Plus nuancés, MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, Vor §§ 13,14 N 25 ss considèrent que l'harmonisation minimale continue en général à dominer, mais en réf. à la marge de manœuvre laissée aux Etats membres hors des éléments concernés par l'harmonisation maximale.

⁹²² MIGNON, N 182 ; RISKE, N 218 et 359.

meilleur fonctionnement au marché intérieur⁹²³. Il s'agit ainsi d'abolir les restrictions nationales au commerce et de réduire les coûts⁹²⁴ pour les entreprises actives dans le commerce transfrontalier⁹²⁵. L'harmonisation complète comporte toutefois un risque de « nivellement par le bas », à savoir en écartant des solutions innovantes, voire plus progressistes consacrées par les droits nationaux⁹²⁶.

En effet, en imposant à tous les Etats membres un alignement aux dispositions d'une Directive d'harmonisation complète, le législateur de l'UE s'accommode du fait que les droits nationaux **s'alignent sur un standard imposé étant, le cas échéant, moins protecteur**⁹²⁷. La démarche d'harmonisation complète entraîne dès lors le risque que, dans les Etats membres qui apportent aux consommateurs un niveau (plus) élevé de protection, cette dernière devienne ultérieurement plus faible⁹²⁸. Le moyen pour pallier une telle « régression » est de prévoir un standard minimal dans les Directives⁹²⁹ ; les Etats membres conservent alors la faculté, y compris s'agissant des matières incluses dans le champ d'application d'une Directive, d'adopter des dispositions plus protectrices⁹³⁰. A long terme, et pour éviter le maintien de législations (plus ou moins) disparates, on pourrait étudier l'opportunité d'une uniformisation du droit européen de la consommation (« Code européen de la consommation »). Elle prendrait alors la forme d'une synthèse globale, exhaustive et présentant un niveau de protection élevé, par exemple au moyen d'un Règlement communautaire⁹³¹.

417

⁹²³ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 21. Cf la dernière phrase du consid. 5 de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs : « [...] *c'est pourquoi une harmonisation complète de l'information des consommateurs et du droit de rétractation dans les contrats de vente à distance et hors établissement contribuera à un niveau de protection élevé des consommateurs et à un meilleur fonctionnement du marché intérieur sur le plan des relations entre entreprises et particuliers* ».

⁹²⁴ Pour le professionnel, ils peuvent résulter de l'analyse et du respect de nombreuses lois nationales complexes et potentiellement divergentes.

⁹²⁵ Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'UE, COM(2001) 531final, p. 11.

⁹²⁶ PROBST, BFC, p. 96 ; TAMM, p. 312.

⁹²⁷ Par ex. la perte d'un plafonnement supérieur du montant du crédit prévu par la législation nationale. L'ex. est inspiré des Conclusions de l'avocat général LÉGER, du 28.10.1999, BERLINER KINDL BRAUEREL, aff. C-208/98, N 21.

⁹²⁸ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 44.

⁹²⁹ TAMM, p. 301 s.

⁹³⁰ BOURGOIGNIE, p. 250 s.

⁹³¹ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 44.

- 418 Il reste important de garder à l'esprit que l'harmonisation complète vise uniquement des **instruments protecteurs spécifiques et qu'elle se limite au champ régulateur de la Directive en cause**⁹³². En d'autres termes, l'harmonisation complète n'est en réalité jamais intégrale, en ce sens qu'elle concernerait chaque disposition nationale protectrice. A défaut, les Etats membres perdraient d'ailleurs toute liberté d'adopter d'autres instruments non prévus par la Directive⁹³³, en violation du principe de subsidiarité (cf. art. 5 TUE et 3 à 6 TFUE). Le degré d'harmonisation des dispositions des Directives doit en conséquence à chaque fois être recherché⁹³⁴, étant précisé qu'elles ont parfois l'avantage de se prononcer expressément à ce sujet⁹³⁵.
- 419 Quel est l'**impact** (b) de l'harmonisation complète ?

b. Impact

- 420 L'impact de l'harmonisation complète qui nous intéresse ici⁹³⁶ concerne **la législation de protection du consommateur** (i) et la protection d'une partie faible (ii).

(i) Sur la législation de protection du consommateur

- 421 L'harmonisation complète emporte plusieurs conséquences, réelles ou potentielles. La principale est la complexification et la démultiplication des prescriptions légales au niveau de l'UE et des Etats membres⁹³⁷. La démarche viserait effectivement plutôt une **harmonisation des Directives entre elles**,

⁹³² MEDICUS/PETERSEN, N 48 : « *denn Vollharmonisierung bedeutet lediglich, dass der Schutz im Anwendungsbereich der Richtlinie nicht über deren Vorgabe hinausgehen darf* » et qui donnent ensuite l'ex. du travailleur envisagé en tant que « consommateur » ; Staudinger/KANNOWSKI, Vorbem zu §§ 13,14 N 19 considèrent que le législateur allemand peut dès lors étendre la notion de consommateur par rapport aux définitions prévues dans les Directives.

⁹³³ HEIDERHOFF, N 22.

⁹³⁴ BÜLOW/ARTZ, N 46.

⁹³⁵ Par ex. l'art. 22 Directive 2008/48/CE sur le crédit aux consommateurs ou encore le considérant 9 de cette même directive (BÜLOW/ARTZ, N 297). Cf. ég. l'art. 4 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs (BÜLOW/ARTZ, N 45 ; HEIDERHOFF, N 22). Plus récemment, art. 4 Directive 2015/2302/UE relative aux voyages à forfait.

⁹³⁶ Pour des approfondissements du point de vue de la cohérence du droit des Etats membres, GEBAUER.

⁹³⁷ BRÖNNEKE, p. 84.

plutôt que des législations nationales. En réalité, l'UE prendrait conscience que l'approche sectorielle, axée sur la réglementation de situations spécifiques, exacerbe le morcellement législatif. Par l'introduction de Directives horizontales, l'harmonisation complète permettrait ainsi à ce droit de (re)gagner en cohérence et en lisibilité⁹³⁸.

Cela étant, l'UE cible toujours les domaines soumis à une harmonisation complète. De leur côté, les Etats membres, soucieux de conserver une autonomie en matière de droit privé – particulièrement s'agissant de la réglementation de la formation du contrat⁹³⁹ – peuvent donc adopter des solutions extérieures à celles imposées par le champ d'application des Directives⁹⁴⁰. Les Etats membres restent ainsi compétents pour adopter des mesures de protection plus incisives dans les domaines non concernés par une harmonisation complète (cf. art. 169 al. 4 TFUE)⁹⁴¹. Pour l'essentiel, la protection des consommateurs reste ainsi une compétence partagée entre l'UE et les Etats membres (art. 4 let. f TFUE), ces derniers pouvant exercer la leur dans la mesure où l'UE n'a pas exercé la sienne (art. 2 al. 2 TFUE)⁹⁴². Aussi, les instruments du droit de l'UE n'atteignent-ils pas nécessairement le niveau de protection connu dans des Etats membres plus protecteurs⁹⁴³. Une unification totale demeure quoi qu'il en soit très difficile pour l'heure, de sorte, qu'à terme, le processus d'harmonisation complète **risque d'augmenter la densité normative générale**.

Plus généralement, l'unification totale du droit privé des pays membres de l'UE se heurterait à des **réticences et à des obstacles** dont l'élimination exigerait une

⁹³⁸ PROBST, BFC, p. 97.

⁹³⁹ La volonté de conserver des spécificités nationales en lien avec la formation des contrats n'est pourtant pas propre aux directives d'harmonisation maximale. En lien avec l'art. 5 Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives la règle de l'interprétation *contra proferentem* (règle de la clause ambiguë, *infra* N 1675 ss), VOGENAUER, Interpretation, p. 19 : « *the reason for this is that many legal systems had their own version of the contra proferentem rule before the intervention of Community law. These versions could legitimately remain in place as far as they did not contravene the letter or the spirit of the Directive, and this is precisely what happened in many Member States* ».

⁹⁴⁰ Implicite, MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, Vor §§ 13,14 N 25 ss

⁹⁴¹ MORIN, Influence, p. 34 ; NK AEUV-OBWEXER, art. 4 N 23. En matière de droit de révocation, ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 14 rappelle que le droit allemand envisage un tel droit pour les contrats d'enseignement à distance. De même, le droit néerlandais offrirait un tel droit à l'acheteur en cas de contrat de vente portant sur un immeuble (« *immoveable property* »).

⁹⁴² CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 42.

⁹⁴³ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 42.

révision des Traités et une volonté politique concrète⁹⁴⁴. La doctrine identifie actuellement des obstacles scientifiques, culturels et juridiques à une codification européenne du droit privé⁹⁴⁵. Ces difficultés se répercutent sur la mise en place d'une législation unifiée d'un droit privé de l'UE de protection du consommateur, notamment lorsque les règles sur la validité, la formation et les effets du contrat sont concernées⁹⁴⁶. A ce jour, la seule règle d'interprétation contractuelle prévue par le droit de l'UE est l'interprétation *contra proferentem* (*infra* N 1675 ss)⁹⁴⁷.

(ii) *Sur la protection de la partie faible*

424 Si la définition du consommateur ou, plus largement, de la partie faible à protéger est conçue restrictivement dans le champ d'application d'une Directive, il existe un **risque de péjorer la protection de la partie faible**⁹⁴⁸. L'harmonisation maximale s'accompagne ainsi souvent d'une intensification de la sectorialisation législative, par rapport à l'emploi de définitions larges des personnes à protéger.

425 Le cas de la **Directive 2005/29/CE** sur les pratiques commerciales abusives – d'harmonisation à terme maximale (cf. art. 3 ch. 5 Directive) – mérite d'être relevé ici. Son champ d'application se limite aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur (B2C)⁹⁴⁹. Or, il n'est pas du tout exclu qu'une PME souffre du même déséquilibre informationnel et structurel qu'un consommateur à l'égard d'une entreprise économiquement plus puissante (comp. *infra* N 2185).

426 En ciblant les domaines à réglementer, une conception restrictive des éléments soumis à une harmonisation complète paraît en outre, à première vue, encourager la liberté d'action des Etats membres. Toutefois, en pratique, la protection **deviendrait parfois plus limitée**, tous les Etats membres ne décidant

⁹⁴⁴ BRÖNNEKE, p. 83 s.

⁹⁴⁵ RISKE, N 315 ss.

⁹⁴⁶ HOWELLS, p. 365.

⁹⁴⁷ ZIMMERMANN, p. 1360 en réf. à l'art. 5 de la Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives.

⁹⁴⁸ Comp. LOOS, p. 529 s. évoque la problématique de la « *negative spontaneous harmonization* » ayant conduit à limiter des droits de protection du consommateur existant en droit néerlandais.

⁹⁴⁹ HOWELLS, p. 363 ss mais qui relativise l'influence de cette harmonisation maximale sur la protection générale contre des pratiques abusives.

pas (plus) nécessairement de protéger les personnes ou entités juridiques en dehors du champ d'application de la Directive d'harmonisation complète⁹⁵⁰.

Il nous semble intéressant de mettre en **lien** l'harmonisation complète **avec les considérations de protection du consommateur** (3).

427

3. Lien avec les considérations de protection du consommateur

a. Etats membres

(i) Incidence des conceptions de l'UE

L'harmonisation complète doit d'abord être mise en lien avec le caractère médiat des « considérations de protection du consommateur » au niveau de l'UE. Cette harmonisation vise peut-être à réaliser, par la petite porte, une unification des droits privés des Etats membres, voire à mettre **en place un droit commun des contrats en vue du développement du marché intérieur**⁹⁵¹. Par l'harmonisation complète, l'UE manifesterait ainsi la priorité du développement d'un marché intérieur, par rapport à la mise en place d'un standard élevé de protection du consommateur⁹⁵². Si l'objectif est d'unifier le droit des Etats membres pour éviter des distorsions de concurrence⁹⁵³, les considérations de protection du consommateur y demeurent en effet médiates.

428

L'harmonisation complète augmente par ailleurs la densité normative et la complexité de la législation de l'UE et des Etats membres. Cela pourrait menacer l'acceptance de la loi, jusqu'à conduire à son rejet pur et simple par

429

⁹⁵⁰ HOWELLS, p. 363.

⁹⁵¹ HONSELL, 100 Jahre, p. 31 ; PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 51 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 6.

⁹⁵² PROBST, BFC, p. 96. Plus nuancé, en lien avec l'ancienne Directive 87/102/CEE, CJCE, 23.03.2000, BERLINER KINDL BRAUEREL, aff. C-208/98, N 20 : « en ce qui concerne les objectifs de la directive, il ressort de ses considérants qu'elle a été adoptée dans le double objectif d'assurer, d'une part, la création d'un marché commun du crédit à la consommation (troisième à cinquième considérants) et, d'autre part, la protection des consommateurs souscrivant de tels crédits (sixième, septième et neuvième considérant) ».

⁹⁵³ En lien avec l'ancienne Directive 87/102/CEE, Conclusions de l'avocat général LENZ, du 07.12.1995, EL CORTE INGLÉS, aff. C-192/94, N 12. Critique, HONSELL, 100 Jahre, p. 34 : « es liegt auf der Hand, dass z.B. ein unterschiedlicher Konsumentenschutz den Wettbewerb am Europäischen Binnenmarkt nicht tangiert ».

une large partie des citoyens⁹⁵⁴. Les développements récents confèreraient d'ailleurs à la Commission européenne et au Parlement un rôle prépondérant, voire même exclusif, en matière de protection des consommateurs⁹⁵⁵. A terme, cela pourrait aboutir à la mise en place d'un droit de l'UE de protection des consommateurs exhaustif, **potentiellement en violation du principe de subsidiarité** (cf. art. 5 TUE)⁹⁵⁶. Or, ce principe devrait être pleinement applicable, s'agissant d'une compétence non exclusive de l'UE, malgré une certaine autonomie dans la conception de la « protection du consommateur » (cf. art. 153 TCE repris par l'art. 169 TFUE)⁹⁵⁷. L'harmonisation complète amènerait ainsi une diminution progressive de l'autonomie des Etats membres, accompagnée d'une densification normative accrue du droit de l'UE⁹⁵⁸.

430 Quelle **appréciation critique** (ii) donner aux considérations de l'UE, également compte tenu de l'absence d'effet horizontal direct des Directives ?

(ii) *Appréciation critique*

431 Les Directives de l'UE – donc aussi celles de protection du consommateur – ne déploient pas d'effet horizontal direct⁹⁵⁹. De jurisprudence constante, la Cour de Justice considère en effet qu'elles ne créent généralement pas **d'obligations directes dans le chef d'un particulier**. Par leur nature, elles n'imposent des obligations qu'aux Etats membres⁹⁶⁰. Les Directives ne sont dès lors pas directement applicables dans les rapports entre personnes privées⁹⁶¹. L'effet horizontal est même refusé lorsque la transposition de la Directive n'a pas eu lieu dans les délais prescrits⁹⁶². En pareil cas, les juridictions nationales doivent

⁹⁵⁴ Au sujet du CO, on relève ici la pensée introductive d'ENGEL, Cent ans, p. 11 : « *les dispositions trop savantes sont comme certaines aimées trop précieuses : en rebutant les hommages, elles énervent le sentiment* ».

⁹⁵⁵ Dans ce sens, PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 51.

⁹⁵⁶ Sur le non-respect de ce principe par le Conseil européen, la Commission européenne et la Cour de justice, HONSELL, 100 Jahre, p. 34.

⁹⁵⁷ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 18 ; SZABÓ, p. 15.

⁹⁵⁸ HOWELLS, p. 361 : « *the paradox is that whilst the Community has no express powers to harmonize consumer law, its policy of maximal harmonization based on internal market rationales threatens to appropriate power from member states in this area* ».

⁹⁵⁹ DONY, N 490.

⁹⁶⁰ CJCE, 07.03.1996, EL CORTE INGLÉS, aff. C-192/94 N 15 ss précise que cela valait déjà sous l'angle de l'art. 129A TCE ; CJCE, 14.07.1994, FACINI DORI, aff. C-91/92 N 30. DONY, N 490.

⁹⁶¹ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 43.

⁹⁶² CJCE, 07.03.1996, EL CORTE INGLÉS, aff. C-192/94 N 20.

tout de même interpréter les dispositions nationales, dans la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de la Directive⁹⁶³. Le particulier concerné peut par ailleurs exiger de l'Etat membre fautif la réparation de son éventuel dommage aux trois conditions définies dans l'arrêt FACINI DORI⁹⁶⁴.

La véritable « efficacité horizontale » des Directives suppose, en d'autres termes, leur transposition dans le droit national des Etats membres. Pour la protection du consommateur par le droit (privé) suisse, cette marge de manœuvre résiduelle laissée aux Etats membres est d'incidence. La reprise autonome des textes de droit dérivé de l'UE **ne devrait pas conduire à une reprise automatique**. La reprise des solutions consacrées suppose bien plus une analyse critique, intégrant le droit national des Etats membres.

432

Cela nous amène à considérer cet effet généralement médiat pour la **Suisse (b)**, particulièrement lorsque la partie générale du droit des obligations est concernée.

433

b. Suisse

(i) Incidence des conceptions de l'UE

Pour le législateur suisse procédant à la reprise du droit de l'UE, l'effet médiat des Directives signifie qu'il doit **rester conscient d'un paradigme parfois différent** du point de vue de la « protection du consommateur »⁹⁶⁵. Concrètement, il doit garder à l'esprit la nature « indirecte » des Directives et leur tendance plus récente à restreindre la marge de manœuvre laissée aux Etats membres, au nom de la concrétisation du marché intérieur⁹⁶⁶. Le risque est réel de créer ou de confirmer, en Suisse, un droit contractuel – et pas uniquement de

434

⁹⁶³ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 43 en réf. à CJCE, 14.07.1994, FACINI DORI, aff. C-91/92.

⁹⁶⁴ CJCE, 07.03.1996, EL CORTE INGLÉS, aff. C-192/94 N 22 ; CJCE, 14.07.1994, FACINI DORI, aff. C-91/92 N 27. Ces trois conditions sont (1) l'objectif d'attribution de droits à des particuliers par la Directive, (2) que le contenu du droit soit identifiable sur la base des dispositions de la Directive et (3) qu'il existe un lien de causalité entre la violation de l'obligation incombant à l'Etat et le dommage subi par le particulier.

⁹⁶⁵ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 51. Comp. HONSELL, 100 Jahre, p. 18 : « ein extremer Unterschied wird dagegen deutlich, wenn man Stil und Systematik der heutigen Europäischen Gesetzgebung mit dem OR vergleicht ».

⁹⁶⁶ HONSELL, 100 Jahre, p. 31. Pour une application pratique entraînant des difficultés en lien avec le Projet de loi sur le commerce électronique (*infra* N 1851 ss), HONSELL/PIETRUSZAK, p. 777 s.

la consommation – dont les fondements dogmatiques⁹⁶⁷ diffèrent du droit national traditionnel, voire même seraient incompatibles avec celui-ci⁹⁶⁸. Cette tension s'illustre particulièrement en matière de formation des contrats. Pour les Etats membres, les règles générales du droit des obligations constituent du droit national par essence⁹⁶⁹. Or, les prescriptions de l'UE ne visent généralement pas à harmoniser la phase de la conclusion du contrat en tant que telle⁹⁷⁰.

435 En outre, le droit de l'UE ne connaît (toujours) **pas de groupe exhaustif de règles sur la conclusion du contrat**. Il se caractérise, en revanche, par une densité normative élevée, s'agissant de certains points spécifiquement identifiés. Par exemple, des éléments relatifs à la conclusion du contrat par téléphone ou par la voie électronique sont réglées en détail, alors que ceux de l'offre, de l'acceptation ou encore des vices du consentement ne font pas ou que peu l'objet d'une réglementation⁹⁷¹. En l'absence d'harmonisation totale des

⁹⁶⁷ En particulier celui de l'existence d'un Code unique (conception moniste du CO), c'est-à-dire l'absence de ségrégation corporatiste entre le droit commercial et le droit civil. A ce sujet, FF 1905 II 1, 4 et le rapport du TF du 31.10.1894 : « *le peuple suisse veut un Code unique, embrassant toutes les matières du droit civil ; il entend que cette loi soit rédigée de telle sorte qu'il puisse se familiariser avec tout l'ensemble d'institutions juridiques qui doit nécessairement entrer dans une oeuvre de cette envergure ; il ne s'accommodera jamais d'une législation fragmentaire et dispersée, dans le dédale de laquelle les hommes de loi eux-mêmes auraient peine à se reconnaître, et qui créerait une confusion plus ou moins inextricable au lieu de la sécurité du droit et des transactions* ». Comp. FF 1909 III 747, 752. Pour la doctrine, HONSELL, BT, p. 1 s. ; KRAMER, Methodenlehre, p. 98 ; MERZ, 1881, p. 13 ss ; OFTINGER, Handelsrecht und Zivilrecht, p. 153 ss, en part. p. 161. Nuancé sur l'absence de séparation et ses motifs, BUCHER, Hundert Jahre, p. 263 ss considère qu'il s'agit plutôt d'un « compromis helvétique » dû à un concours de plusieurs circonstances externes à la codification qu'un choix véritablement délibéré. Cf. ég. HONSELL, 100 Jahre, p. 16 s., au sujet de la codification du CO, qui évoque : « *ein Werk von einer Grösse, wie es heute niemand mehr leisten könnte* ».

⁹⁶⁸ Pour une vive critique de la qualité et de la précision du droit de l'UE et de ses risques pour le CO, HONSELL, 100 Jahre, p. 22 et 29 ss, en part. p. 30 : « *im folgenden Exkurs einer Kritik des Europarechts ist zu zeigen, welche Legalunordnung in Brüssel angerichtet wird, wie privatautonomie-feindlich das Europäische Umfeld geworden ist und welche Gefahren davon für das OR ausgehen* » ou, p. 32 : « *es ist ein <wüstes Conglomerat zusammenhangs- und prinzipienloser Verordnungen> entstanden, in dem man sich nur schwer zu Recht findet* ». Cf. ég. LOOS, p. 519. Pour une analyse comparative de la LVF par rapport au CO, MARCHAND, LVF, en part. N 61. Comp. ég. HONSELL/PIETRUSZAK, p. 772.

⁹⁶⁹ Pour le droit suisse, BUCHER, Hundert Jahre, p. 356 considère que le droit des obligations est le domaine juridique traditionnellement le plus riche.

⁹⁷⁰ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 37.

⁹⁷¹ Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 111 s.

droits nationaux des Etats membres, cela favoriserait l'éclatement des réglementations nationales sur la question même de la conclusion du contrat⁹⁷².

Pour la Suisse, qui ne participe pas à l'élaboration des prescriptions de l'UE, cela peut conduire à des **insertions systématiques peu adéquates**⁹⁷³ ; on pense tout d'abord aux art. 40a ss CO sur le démarchage à domicile⁹⁷⁴. Il reste difficile de comprendre le choix du législateur de réglementer cette construction juridique, qui s'apparente plutôt à un contrat spécial, au sein de la partie générale du droit des obligations relative à la formation des obligations. Le besoin de protection – abstraite – s'explique en l'occurrence exclusivement par des motifs situationnels⁹⁷⁵.

Lorsque le législateur suisse conserve un recul par rapport au droit de l'UE, il consacre parfois des **solutions originales** observant mieux, le cas échéant, les intérêts du consommateur. On peut alors même exceptionnellement constater un phénomène inverse, à savoir celui d'une « helvétisation du droit de l'UE » ou même, plus largement, du droit européen⁹⁷⁶. Par exemple, la Directive 2008/48/CE sur le crédit aux consommateurs a repris l'examen de la capacité du consommateur de contracter un crédit (contrôle « en amont »). Le droit suisse conserve néanmoins un avantage, sous la forme d'une réglementation plus stricte et de nature économique, s'agissant de la prévention de l'endettement du consommateur (art. 22 à 32 LCC)⁹⁷⁷.

⁹⁷² SCHULZE/ZOLL, p. 111 s. précisent tout de même que de nombreux textes et décisions judiciaires de l'UE concernent néanmoins cette matière, de sorte qu'il est malgré tout possible d'identifier un noyau commun de principes fondamentaux (ex. la liberté de contracter ou encore le principe de non-discrimination). Comp. HEIDERHOFF, N 220 ss.

⁹⁷³ Pour les Etats membres de l'UE, LOOS, p. 521 et les réf. citées : « *the implementation of substantive rules of European private law origin has led to <islands in a broad sea of Member State law> in otherwise unharmonized national legal systems of private law* ».

⁹⁷⁴ KUONEN, Envol manqué, p. 4, qui, en lien avec l'art. 8 LCD, évoque le « *raccrochement <forcé> du droit suisse au droit de l'Union européenne* ». Cf déjà ENGEL, Cent ans, p. 45. « *par ailleurs, la conception qui prévaut en Suisse tend plutôt à la révision des contrats spéciaux, tels le contrat de travail et le bail quand se fait sentir un besoin accru de protection* » et p. 75, par rapport à la réglementation des ventes à domicile porte-à-porte, « *pour celles-ci, des mesures administratives devraient suffire, touchant l'habilitation et les qualifications des démarcheurs* ».

⁹⁷⁵ HAIDMAYER, p. 4.

⁹⁷⁶ BRUNNER, BFC, p. 71. En lien avec l'Avant-projet de Code européen des Contrats 2001/2004 (GANDOLFI), BRUNNER, Europäisches Vertragsrecht, p. 475.

⁹⁷⁷ BRUNNER, BFC, p. 71.

438 Finalement, quelle **appréciation critique** (ii) donner à l'asymétrie potentielle entre le législateur suisse et celui de l'UE sur la manière de concevoir la politique juridique fondant l'intervention en faveur du consommateur ?

(ii) *Appréciation critique*

439 Plutôt que d'adopter un rôle « passif », c'est-à-dire en se contentant de considérer – sous couvert de l'argument justifié de la nécessité économique – que la reprise « mot pour mot » du droit de l'UE s'impose, le législateur suisse peut opter pour une **vision critique**⁹⁷⁸, voire même proactive⁹⁷⁹. Le législateur doit également observer attentivement les solutions consacrées par les différents projets de rapprochement des droits civils européens (ACQP, DCFR, etc.)⁹⁸⁰. En proposant des solutions innovantes, la Suisse aurait la possibilité, sinon d'imposer totalement son point de vue, du moins de s'affirmer comme acteur de la protection du consommateur au niveau international et européen⁹⁸¹.

440 On pourrait même s'oser plus avant et considérer que si le législateur de l'UE cherche à unifier le droit civil et, notamment, le droit des obligations des Etats membres sur la question de la formation du contrat, il gagnerait à étudier certaines **évolutions historiques du droit suisse**⁹⁸². Alors qu'au milieu du XIX^e siècle, une unification du droit civil matériel n'y allait pas de soi, le législateur fédéral parvint néanmoins à adopter un droit des obligations unifié en 1881/83 (*supra* N 11 ss). Cette unification intervint malgré une décentralisation et des régionalismes marqués et par-delà des frontières cantonales, linguistiques et confessionnelles⁹⁸³. Le résultat fut la création d'un droit civil trilingue unifié, accepté et ayant par ailleurs une influence à l'étranger (Turquie, *Codice civile* italien de 1942, Chine et Taïwan, Moyen-Orient et Afrique du

⁹⁷⁸ HONSELL, 100 Jahre, p. 105.

⁹⁷⁹ Pour une proposition de solution par des travaux à l'initiative de la Suisse, pour un avant-projet de loi uniforme de droit des obligations, et mettant autour de la table l'Autriche, la France, l'Italie, la Principauté du Liechtenstein et l'Allemagne, ENGEL, Cent ans, p. 98.

⁹⁸⁰ Pour la prise en compte par les tribunaux suisses, MORIN, Influence, p. 27 s.

⁹⁸¹ Plus explicite mais également plus général, ENGEL, Cent ans, p. 75 : « en outre, les Suisses doivent s'astreindre à faire mieux que les autres, notamment dans le domaine de l'orthodoxie et de la pédagogie juridiques ».

⁹⁸² Pour l'origine de nos développements, MERZ, 1881, p. 28 s. : « es sind deshalb bei interner Rechtsvereinheitlichung ähnliche politische und psychologische Schwierigkeiten zu überwinden wie bei Unifikationsbestrebungen im übernationalen Bereich. Sie werden allerdings überdacht und gemildert durch den nationalen Gedanken, durch die politische Einheit der Nation ».

⁹⁸³ BUCHER, Hundert Jahre, p. 262.

Nord⁹⁸⁴). Pour BUCHER, cela représente encore aujourd'hui « *eine Integrationsleistung von einmaligem Rang* »⁹⁸⁵. WALTER YUNG, cité en mémoire par ENGEL, affirmait également que l'un des grands avantages du CO est celui d'édicter des règles aussi simples que possibles, en vue d'un résultat pratique, mais sans « *s'inféoder à un système dogmatique trop rigide* »⁹⁸⁶.

Cela étant, il ne faut jamais perdre de vue que l'accessibilité et la simplicité du droit suisse se nourrissent et profitent souvent de la **complexité et de l'exhaustivité du droit civil d'Etats voisins**⁹⁸⁷, en particulier du BGB et du CCFr, et même du droit de l'UE. S'il peut s'accorder le luxe d'être sobre et facile d'accès, c'est uniquement car certains droits civils étrangers représentent des sources d'inspiration et d'enseignement importantes. C'est particulièrement le cas lorsque le CO ne contient pas de solution ou uniquement une solution insatisfaisante⁹⁸⁸. On pourrait à ce titre évoquer une « neutralité législative relative », c'est-à-dire profondément liée aux traditions, aux droits et aux codifications voisins. Ces dernières décennies, on l'a vu, cette dépendance – en elle même seulement économique – a d'une certaine manière été confirmée par la reprise autonome du droit de l'UE (*supra* N 369 ss).

Enfin, l'avenir nous dira si la protection et le développement de l'économie suisse, singulièrement du commerce extérieur, passent peut-être par la

⁹⁸⁴ BUCHER, Das Schweizerische Obligationenrecht ; BUCHER, Hundert Jahre, p. 274 ; ROPPO, p. 348 précise que, jusqu'aux années 1940, le droit contractuel italien était scindé en deux ; d'un côté les contrats commerciaux, de l'autre les contrats privés.

⁹⁸⁵ BUCHER, Hundert Jahre, p. 262 et, pour le rayonnement du droit civil suisse à l'étranger, p. 273 ss. L'auteur, en ndbp 17, se prononce également sur les influences – méconnues ou ignorées – du CO de 1881/83 sur le BGB ; HONSELL, 100 Jahre, p. 15 ; VON TUHR/PETER, p. 299 rappellent que les règles sur l'erreur de l'aCO ont initialement été reprises aux § 119 ss BGB, avant que ces derniers n'exercent également une influence sur le droit suisse au moment de l'adoption du CO. Cf déjà SCHNEIDER/FICK, Commentaire populaire, p. 26 au sujet de l'aCO : « *ce résultat est d'autant plus à désirer que le nouveau Code est une œuvre de grand mérite, dont la Suisse, d'après le témoignage même des étrangers, peut hautement se féliciter* ».

⁹⁸⁶ ENGEL, Traité, en préface. Pour une appréciation générale similaire de l'aCO de 1881, MERZ, 1881, p. 24 ss.

⁹⁸⁷ BUCHER, Hundert Jahre, p. 272 évoque, à juste titre, la « *Warnung vor selbstgenügsamer Überheblichkeit* ».

⁹⁸⁸ FF 1905 II 1, 11 : « *en ce domaine (i.e. l'objet du contrat), nous rencontrons d'ailleurs nombre de problèmes délicats, que le législateur suisse semble avoir ignorés et qui sont résolus dans les lois des États voisins du nôtre* ». BUCHER, Hundert Jahre, p. 272. En lien avec la clause pénale, ATF 73 II 158, consid. 2 = JdT 1948 I 139 : « *die Konventionalstrafe hat akzessorischen Charakter, was Art. 1227 des französischen Code civil deutlicher zum Ausdruck bringt als Art. 163 Abs. 2 OR* ».

conclusion d'accords bilatéraux sectoriels, plutôt que par la reprise « autonome » du droit de l'UE⁹⁸⁹. Une autre voie possible serait celle du développement de la protection et du rapprochement⁹⁹⁰ des législations au travers de conventions de droit de fond (droit uniforme conventionnel), notamment sur le modèle de la CVIM. Cela dit, la **marge de manœuvre de la Suisse reste, selon toute vraisemblance, relativement modeste**⁹⁹¹. A terme, la reprise des développements européens semble inéluctable⁹⁹². Cela n'empêche pas qu'elle puisse être mesurée⁹⁹³ et cohérente avec nos conceptions nationales ; la protection générale du consommateur et les dispositions relatives à la formation du contrat sont à ce titre particulièrement concernées.

⁹⁸⁹ HONSELL, 100 Jahre, p. 30.

⁹⁹⁰ ENGEL, Cent ans, p. 90.

⁹⁹¹ HONSELL, 100 Jahre, p. 36.

⁹⁹² BUCHER, Hundert Jahre, p. 350 ; ENGEL, Cent ans, p. 89 : « *il ne me paraît pas que le comportement d'un hérisson juridique replié sur lui-même soit absolument conforme au meilleur destin d'un pays, à vocation internationale de services, d'échanges et d'arbitrages* ».

⁹⁹³ Comp. ENGEL, Cent ans, p. 62.

Deuxième partie : Le rapport contractuel entre le consommateur et le professionnel

Chapitre 6 : Droit contractuel de la consommation

Notre présentation du droit contractuel de la consommation commencera par une **introduction** (I). Nous traiterons ensuite des moyens de protection spécifiques que ce droit adopte (II).

443

I. Introduction

Après avoir présenté la protection du consommateur dans une optique générale (*supra* N 161 ss), nous allons approfondir celle qui intervient par le droit contractuel de la consommation. La doctrine l'identifie en adoptant une vision du droit de la consommation **au travers du prisme du droit des contrats**⁹⁹⁴. Elle se fonde sur le paradigme – en l'état difficilement réfutable – que le droit contractuel de la consommation dispose (toujours) d'une certaine spécificité⁹⁹⁵ dans l'ordre juridique suisse, nonobstant une assimilation progressive à la partie générale du CO (pour des approfondissements, *infra* N 2202 ss).

444

A. Notion

Le droit contractuel de la consommation (« *Konsumvertragsrecht* »⁹⁹⁶, « *Verbrauchervertragsrecht* », « *Konsumentenvertragsrecht* ») est l'ensemble des règles qui régissent **la conclusion – y compris la phase précontractuelle – la forme, l'interprétation, l'exécution et l'extinction des contrats de consommation**⁹⁹⁷. La notion rejoint celles de « *Verbraucherprivatrecht* » ou de

445

⁹⁹⁴ CARRON, Protection, N 12 ss ; PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 51 ss.

⁹⁹⁵ Dans ce sens, ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 24 : « *Legislators adopt a specific regulatory approach in the field of consumer law* ».

⁹⁹⁶ ZR 88/1989 p. 86, consid. 1.3.1.

⁹⁹⁷ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 602 évoque le « *Konsumentenvertragsrecht* » en lien avec la location d'une chose mobilière (art. 266k CO) et les (anciennes) dispositions sur la vente par acomptes (art. 226a ss aCO) ; HUGUENIN/MEISE, p. 293 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 56 : « *das Konsumentenvertragsrecht regelt die Rechtsbeziehungen, bei denen sich Anbieter und Konsumenten als Vertragspartner gegenüberstehen* ».

« droit privé de la consommation »⁹⁹⁸ que l'on retrouve, en particulier, chez des auteurs de doctrine de droit suisse⁹⁹⁹ et de droit allemand¹⁰⁰⁰.

446 La matière résulte de la **conjonction et des influences réciproques entre les règles légales protectrices du droit de la consommation et les règles générales du CO**. S'y ajoutent des dispositions de la LCD, mais dont la qualification en tant que droit privé pourrait parfois se discuter (sur la nature hybride de l'art. 8 LCD, *infra* N 1775 ss). Des règles procédurales relèvent également du droit contractuel de la consommation¹⁰⁰¹. Elles interviennent en cas de litige et concernent la phase de l'exécution du contrat de consommation.

447 Quel est le **but** (B) du droit contractuel de la consommation ?

B. But

448 Le droit contractuel de la consommation établit des instruments de **droit privé social**¹⁰⁰². Il complète le modèle de base de « formation du contrat » en y ajoutant des exigences supplémentaires, dont le but est la protection du consommateur¹⁰⁰³. La réglementation des contrats de consommation relève indubitablement du cadre général du droit des obligations et, plus particulièrement du droit des contrats, bien que ceux-ci ne soient pas l'unique domaine d'intervention du législateur en faveur du consommateur¹⁰⁰⁴.

449 En raison de l'objectif de protection d'une partie faible, le droit contractuel de la consommation présente une **composante collective marquée**. L'intervention normative s'opère en faveur d'individus reconnus comme étant désavantagés par rapport à leurs partenaires contractuels. Les moyens de protection contractuels (*infra* N 452 ss) conservent néanmoins un caractère relatif. Il s'agit de règles dont la fonction principale est de préserver le libre consentement du

⁹⁹⁸ On pourrait encore évoquer le « droit privé du consommateur ».

⁹⁹⁹ MORIN, Influence, p. 20.

¹⁰⁰⁰ L'ouvrage de BÜLOW/ARTZ est intitulé « *Verbraucherprivatrecht* » ; TAMM, p. 62.

¹⁰⁰¹ TERCIER/BIERI/CARRON, N 187 au sujet des « autres règles », classées dans la catégorie des règles spéciales en tant que sources formelles.

¹⁰⁰² HARTMANN, Widerrufsrechte, N 307 ; MÜLLER, Contrats, N 99 ; SCHMID/STÖCKLI, N 160 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 537 s.

¹⁰⁰³ HEIDERHOFF, N 290.

¹⁰⁰⁴ ALPA, p. 92.

consommateur¹⁰⁰⁵, le but étant la protection de ses intérêts économiques et procéduraux¹⁰⁰⁶.

En référence à la distinction traditionnelle entre le droit matériel et le droit formel, les moyens de protection spécifiques peuvent être **appréhendés de manière bipartite**¹⁰⁰⁷. Les deux corps de règles régissent la relation consumériste : le droit matériel en amont, le droit formel en aval. Les deux se combinent pour offrir des moyens de protection complémentaires au consommateur contractant¹⁰⁰⁸. Cela étant, l'approche des dispositions formelles reste généralement plus restrictive (*infra* N 502 s.)¹⁰⁰⁹.

L'intervention se concrétise par des **moyens de protection spécifiques (II)**¹⁰¹⁰.

II. Moyens de protection spécifiques

La présentation des moyens de protections spécifiques du droit contractuel de la consommation exige de s'intéresser à leur **fonction** (A), ainsi qu'à leur classification (B).

¹⁰⁰⁵ En lien avec la validité de la volonté contractuelle, TERCIER/PICHONNAZ, N 474 ss précisent que les règles adoptées par le législateur ont une double nature. Les unes ont un caractère absolu (protection de l'intérêt général), les autres un caractère relatif (protection de l'une des parties).

¹⁰⁰⁶ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 60 s.

¹⁰⁰⁷ Notre classification bipartite n'est pas la seule envisageable. HUGUENIN, Spannungsfeld, p. 421 distingue entre, d'une part, les « *Abschlusserschwernisse* » und « *Auflösungs-erleichterungen* » et, d'autre part, les « *Vorschriften über die inhaltlichen Mindestangaben* ». Pour le droit allemand, BÜLOW/ARTZ, N 27 ss présentent les règles de droit privé tendant à l'information du consommateur, le droit de révocation, l'inefficacité de certaines clauses, les règles contractuelles spécifiques à certains types particuliers de contrats de consommation, la limitation du choix du droit applicable ainsi que les règles de for impératives. Palandt/ELLENBERGER, Einf v § 145 N 14 ss.

¹⁰⁰⁸ BOURGOIGNIE, p. 243 : « [...] *le processus d'intégration juridique recherché ne pourra se limiter aux seules matières relevant du droit normatif mais devra englober aussi celles qui appartiennent au droit de procédure* ».

¹⁰⁰⁹ Par ex., le for d'un contrat conclu avec des consommateurs (cf. art. 15 CL) est une règle d'exception aux fors ordinaires. PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 57 ss ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 42.

¹⁰¹⁰ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 56 ; PROBST, BFC, p. 94. En droit allemand, TAMM, p. 347 ss.

A. Fonction

- 453 La fonction principale des moyens de protection spécifiques est de **rétablir l'équilibre contractuel**¹⁰¹¹. La protection du consommateur n'intervient toutefois pas nécessairement et exclusivement par ces moyens. Des instruments du droit général des obligations peuvent remplir la même fonction (ex. art. 21 CO)¹⁰¹².
- 454 En droit contractuel de la consommation, ces règles générales sont régulièrement **complétées par des instruments spécifiques**¹⁰¹³. Ces derniers les suppléent dans les « *situations où l'efficacité des instruments classiques du droit des obligations reste insatisfaisante* »¹⁰¹⁴. En Suisse, on constaterait, en revanche, une certaine réticence à faire respecter le droit privé au travers du droit pénal ou du droit administratif¹⁰¹⁵.
- 455 La fonction des moyens de protection spécifiques est ainsi double et complémentaire¹⁰¹⁶ : **améliorer l'information du consommateur** (1) et lui octroyer des instruments de défense légaux (2).

1. Amélioration de l'information

- 456 L'amélioration de l'information du consommateur vise à lui permettre une expression éclairée de sa volonté dans le rapport contractuel¹⁰¹⁷. Il s'agit de lui offrir la possibilité de prendre une décision en **pleine connaissance de**

¹⁰¹¹ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 67.

¹⁰¹² En lien avec les devoirs d'information précontractuels, CARRON, Protection, N 30 ss identifie l'instrument relatif au contenu du contrat, soit l'interprétation selon le principe de la confiance et les instruments relatifs à la validité du contrat, soit les règles sur les vices du consentement et la lésion.

¹⁰¹³ Pour le terme « instruments spécifiques », CARRON, Protection, N 1.

¹⁰¹⁴ CARRON, Protection, N 100.

¹⁰¹⁵ KOLLER-TUMLER, E-Banking, p. 156.

¹⁰¹⁶ Dans ce sens, en lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK, du 07.05.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 56 : « *pour la protection du consommateur dans le cadre des contrats conclus en dehors des établissements commerciaux, l'élément important est donc non pas uniquement que le consommateur ait le droit de résilier le contrat, mais au contraire aussi qu'il ait conscience de ses droits et qu'il en soit informé* ».

¹⁰¹⁷ CJUE, 09.07.2015, BUCURA, aff. C-348/14, N 51. FETSCHERIN, BFC, p. 75 s. (« *information approach* ») ; PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 61 s. En droit allemand, WOLF/NEUER, § 15 N 18.

cause¹⁰¹⁸. Cette fonction réalise le mandat constitutionnel d'une transparence accrue du marché (comp. *supra* N 367). Elle favorise le libre choix de contracter du consommateur, selon les particularités des biens ou services qui lui sont proposés (ex. origine, composition, particularités, prix, durée du contrat, etc.).

Ce pan de la protection est assuré par des **prescriptions destinées au professionnel**, qui lui imposent des devoirs d'information précontractuels (*infra* N 864 ss) ou le respect d'une forme particulière (*infra* N 997 ss). Ces prescriptions ne sont pas seulement prévues par le droit privé (cf. LIC et LCD) ; la sanction d'une violation est alors susceptible d'entraîner des conséquences différentes de celles du droit civil (par ex. une sanction pénale en cas de violation de l'art. 3 LCD).

457

2. Instruments de défense légaux

Les instruments de défense légaux octroient au consommateur des **moyens impératifs** (par ex. un droit de révocation) ou **semi-impératifs** (par ex. un délai minimal de révocation), afin d'améliorer sa position dans le rapport contractuel¹⁰¹⁹. Individuellement et concrètement, ils corrigent la situation de déséquilibre dont il est reconnu souffrir¹⁰²⁰. Le droit de révocation légal¹⁰²¹ et la possibilité de contester des clauses contractuelles, en particulier celles qui sont insolites ou abusives, en sont les exemples classiques. Ces instruments constituent généralement « le bras armé » des devoirs d'information¹⁰²².

458

Il est possible de **classifier** (B) les différents moyens de protection.

459

¹⁰¹⁸ Conclusions de l'avocat général LÉGER, du 28.10.1999, BERLINER KINDL BRAUEREI, aff. C-208/98, N 56.

¹⁰¹⁹ CARRON, Protection, N 24 ss ; FETSCHERIN, BFC, p. 75 (« *regulation approach* »).

¹⁰²⁰ La Recommandation de la CFC du 03.06.2003 sur les conditions générales, p. 11 évoque la « *présomption naturelle selon laquelle le rapport de forces entre le fournisseur et le consommateur quant au pouvoir et à l'information est déséquilibré* ».

¹⁰²¹ TERCIER/PICHONNAZ, N 542 considèrent que le droit de révocation du consommateur est une règle de protection spécifique.

¹⁰²² Sur la question de l'information au sujet du droit de révocation, on relève la conception selon laquelle il constituerait une extension du droit à l'information, Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO, du 21.11.2007, HAMILTON, aff. C-412/06, N 15.

B. Classification

460 Les moyens de protection spécifiques du consommateur sont **relatifs à la conclusion du contrat** (1), à sa forme et à son contenu (2), à sa fin (3) ou encore à la mise en œuvre des droits du consommateur (4)¹⁰²³.

1. Moyens relatifs à la conclusion du contrat

461 La première catégorie de moyens de protection se rattache à **la phase de conclusion du contrat**¹⁰²⁴, ce qui inclut la phase précontractuelle¹⁰²⁵. L'intervention du législateur est particulièrement importante à ce stade, le consommateur devant fondamentalement rester libre de s'engager avec le professionnel. Les devoirs d'information spécifiques (cf. art. 4 LVF et 28 LCC), les règles de forme (cf. art. 9 al. 1 et 11 al. 1 LCC) et les droits de révocation légaux (art. 40a ss et 406e CO, 16 LCC¹⁰²⁶ et 89a LCA)¹⁰²⁷ constituent de tels moyens¹⁰²⁸.

462 L'affirmation doit être précisée pour le **droit de révocation**. Hormis le cas particulier du délai de révocation n'ayant jamais commencé à courir (*infra* N 1271 ss), l'exercice valable du droit suppose le respect d'un délai relativement bref après la phase d'échange des manifestations de volonté. Ce droit se rattache donc plutôt à la phase de conclusion du contrat, qu'à celle de son extinction¹⁰²⁹. La venue à chef du contrat, respectivement sa non-venue à chef, dépendent ainsi de l'initiative du consommateur¹⁰³⁰. C'est donc l'exercice du droit de révocation qui annihile – ou, selon la conception, empêche (sur le rattachement du droit de révocation, *infra* N 1129 ss) – la conclusion du contrat.

¹⁰²³ MÜLLER, Contrats, N 101 ss ; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N 170 ss.

¹⁰²⁴ CARRON, Protection, N 102 ss.

¹⁰²⁵ TAMM, p. 425 ss présente le « *vorvertragliches Verbraucherrecht* », qu'on pourrait traduire par « droit précontractuel de protection du consommateur ».

¹⁰²⁶ STAUDER, Konsumkreditrecht, p. 270 ss.

¹⁰²⁷ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443.

¹⁰²⁸ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 14; MÜLLER, Contrats, N 102.

¹⁰²⁹ BK OR-MÜLLER, art. 9 N 17. Révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), Rapport explicatif du 06.07.2016 relatif au projet mis en consultation, p. 18 : « *le droit de révocation s'applique à la conclusion du contrat d'assurance, mais pas aux adaptations contractuelles* », <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/44770.pdf> (consulté le 30.10.2018).

¹⁰³⁰ MÜLLER, Contrats, N 102.

La conclusion du contrat représente donc quoi qu'il en soit une **phase critique de la protection du consommateur**. Sous réserve des règles sur les vices du consentement (art. 23 ss CO), elle représente l'ultime étape où il peut encore empêcher l'application du principe *pacta sunt servanda* dans toute sa rigueur. Il est néanmoins important de souligner ici que les parties, y compris à un contrat de consommation, demeurent par principe libres de convenir d'un rapport inéquitable entre leurs prestations¹⁰³¹. Est réservée l'hypothèse où la disproportion consacrerait une lésion (art. 21 CO).

463

2. Moyens relatifs à la forme et au contenu du contrat

La seconde catégorie de moyens de protection concerne des prescriptions et des correctifs qui se rapportent à la forme et au contenu du contrat. Pour le législateur et, le cas échéant, les Tribunaux (sur la règle jurisprudentielle de l'insolite, *infra* N 1819 ss), cela revient à édicter, respectivement à développer, des **règles impératives** motivées par la correction d'un déséquilibre entre parties.

464

Ce type de règle cherche à **prévenir et à sanctionner des abus et d'autres comportements déloyaux**, principalement en lien avec l'utilisation de conditions générales et les clauses abusives (cf. art. 8 LCD¹⁰³², *infra* N 1769 ss), ambiguës (*infra* N 1675 ss) ou insolites (*infra* N 1819 ss). Leur violation soulève la question des conséquences civiles qui en résultent (ex. nullité des clauses abusives dans les conditions générales ?). Par opposition aux moyens relatifs à la conclusion du contrat (*supra* N 461 ss), leur application s'envisage habituellement (exc. règle de l'insolite qui rend la clause concernée inefficace *ab initio*, *infra* N 1840) à un stade où le contrat existe, en ce sens qu'un accord entre parties est « *venu à chef avec un contenu minimum* »¹⁰³³.

465

Les règles relatives à un taux d'intérêt maximal en matière de **crédit à la consommation** (art. 9 al. 2 let. b, 14 LCC et 1 OLCC) sont un autre exemple de normes visant à lutter contre des abus spécifiques sous l'angle du contenu du

466

¹⁰³¹ ATF 115 II 232, consid. 4c = JdT 1990 I 66. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 137 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 515 s. : « *ce n'est pas au législateur de fixer le contenu des contrats, ni au juge de vérifier a posteriori si les prestations se trouvent dans un rapport équitable* ».

¹⁰³² KOLLER, AGB-Recht, p. 290, qui rappelle que le contrôle instauré par l'art. 8 LCD se rattache au contenu du contrat et non à la manière dont il vient à chef. L'élément constitutif de la contrariété à la bonne foi concerne le déséquilibre contractuel, plutôt que la manière dont sont intégrées les conditions générales ; SCHWENZER, N 46.04a.

¹⁰³³ CARRON, Protection, N 5 ss.

contrat¹⁰³⁴. La loi précise alors directement la conséquence d'une violation, en imposant la nullité du contrat de crédit (art. 15 al. 1 LCC). Il est vrai que la notion de nullité de l'art. 15 al. 1 LCC, qui concerne l'efficacité du contrat, correspond fondamentalement à celle de l'art. 20 CO¹⁰³⁵. La loi prévoit cependant des conséquences spécifiques sur la restitution des prestations pour le cas où le professionnel a déjà versé le crédit ou que le consommateur en a déjà sollicité le versement¹⁰³⁶ (art. 15 al. 2 à 3 LCC ; nullité *sui generis*, *infra* N 1027 ss). Cette réglementation privilégie les intérêts du consommateur par rapport à ceux du professionnel¹⁰³⁷. En pareil cas, le droit contractuel de la consommation modifie donc le régime général en faveur du consommateur¹⁰³⁸.

467 S'agissant plus spécifiquement de **l'exigence de forme**, le droit de la consommation contient encore des règles dérogeant au principe général de la liberté de la forme (art. 11 CO). On pense tout particulièrement aux art. 9 à 12 LCC et 406d CO¹⁰³⁹. Il est vrai que la limite entre les devoirs d'information et les prescriptions de forme, ainsi que celles relatives au contenu du contrat, demeure parfois floue (cf. art. 9 à 12 LCC en lien l'art. 15 LCC ; comp. art. 4 à 6 LVF).

3. Moyens relatifs à la fin du contrat

468 Une troisième catégorie de moyens s'inscrit dans le contexte de la fin du contrat (au sens large). Les **droits de résiliation** sont particulièrement concernés (pour des distinctions avec le droit de révocation légal, *infra* N 1066 ss).

469 **Par exemple**, le locataire d'une chose servant à son usage privé, louée par le bailleur dans l'exercice de son activité professionnelle, peut résilier le bail moyennant un délai de congé minimum de trente jours pour la fin d'un trimestre de bail, sans droit à l'indemnité pour le bailleur (art. 266k CO). La loi sur le contrat d'assurance prévoit également un droit de résiliation en faveur du preneur. C'est le cas lorsque l'assureur a contrevenu à son devoir d'information (art. 3a en relation avec l'art. 3 LCA, *infra* N 1071 s.). De même, le preneur

¹⁰³⁴ MÜLLER, Contrats, N 103.

¹⁰³⁵ BARNIKOL, p. 179 s.

¹⁰³⁶ On remarquera une potentielle différence terminologique entre les versions allemande et française de l'art. 15 al. 2 LCC. Alors que la première emploie le terme de « beansprucht », soit « recourt à », la seconde se rattache à celui d'« utilisé ».

¹⁰³⁷ MÜLLER, Contrats, N 103 ; SCHMID/STÖCKLI, N 172.

¹⁰³⁸ BARNIKOL, p. 175 s. et 179 ss.

¹⁰³⁹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 39 évoque, en outre, l'art. 6 LVF du point de vue du contenu du contrat.

d'une assurance-vie, qui a payé sa prime pour une année, a le droit de se départir du contrat et de refuser le paiement des primes ultérieures, à la condition toutefois que le contrat soit dénoncé par écrit avant le commencement d'une nouvelle période d'assurance (art. 89 LCA, *infra* N 1073). Un droit de résiliation existe également dans la législation sur les voyages à forfait. En cas de modification essentielle du contrat par le professionnel, le consommateur peut soit l'accepter, soit résilier le contrat sans indemnité (art. 10 LVF, *infra* N 1068 s. ; cf. ég. art. 11 LVF). Le consommateur bénéficie parfois encore de modalités lui permettant de s'acquitter de manière anticipée de ses obligations (cf. art. 17 al. 1 et 2 LCC).

Ces règles **précipitent toutes l'exécution des prestations contractuelles et l'extinction du contrat**. Elles ne sont pas nécessairement exemptes de conséquence(s) pour le consommateur. Lorsqu'il résilie un contrat de leasing, il doit ainsi une indemnité au professionnel (cf. art. 17 al. 3 LCC en relation avec l'art. 11 al. 2 let. g LCC « *en plus des redevances déjà versées* »)¹⁰⁴⁰.

470

4. Moyens relatifs à la mise en œuvre des droits découlant du contrat

Le droit contractuel de la consommation adopte finalement des moyens de protection procéduraux du consommateur. Ils se rapportent à la mise en œuvre de ses droits résultant du contrat¹⁰⁴¹ et concernent particulièrement le **for et le droit applicable** (a) ou le fardeau de la preuve (b).

471

a. For et droit applicable

Le CPC offre au consommateur un **for partiellement (semi-)impératif**, c'est-à-dire auquel il ne peut valablement renoncer avant la naissance d'un litige ou par acceptation tacite (art. 32¹⁰⁴² en relation avec l'art. 35 let. a CPC)¹⁰⁴³. La doctrine considère que la disposition devrait s'appliquer largement aux consommateurs, afin de ne pas compliquer inutilement l'accès à la justice, en

472

¹⁰⁴⁰ MÜLLER, Contrats, N 104.

¹⁰⁴¹ MÜLLER, Contrats, N 105.

¹⁰⁴² KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 5 précisent que l'art. 32 CPC correspond à l'art. 22 aLFors.

¹⁰⁴³ CPra I-BOHNET, § 1 N 59 ; KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 3 ; CPC-HALDY, art. 32 N 1 ss ; MÜLLER, Contrats, N 105

leur octroyant un for à leur domicile pour agir¹⁰⁴⁴. La jurisprudence, en revanche, prône une interprétation restrictive de ce for d'exception¹⁰⁴⁵.

473 On retrouve des règles relatives au for et au droit applicable dans le **droit international privé**. L'art. 114 LDIP, également de droit partiellement impératif, garantit au consommateur-demandeur le choix du for¹⁰⁴⁶. Dans certaines situations, que nous n'approfondirons pas, l'art. 120 al. 1 let. a à c LDIP garantit en outre que le contrat soit soumis au droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur. Ce droit n'est toutefois pas automatiquement celui qui lui est le plus favorable, mais celui avec lequel il est réputé être le plus familier¹⁰⁴⁷ ; l'argument de la proximité l'emporte. Dans son champ d'application, la CL prévoit également des règles de compétence protectrices dérogatoires au for du domicile lorsque le contrat est conclu par un consommateur (art. 15 ss CL).

b. Fardeau de la preuve

(i) Renversement

474 Conformément à l'art. 8 CC, chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit¹⁰⁴⁸. Des **aménagements en faveur du consommateur** existent sous l'angle du fardeau de la preuve. Le droit contractuel de la consommation tempère donc parfois le principe fixé à l'art. 8 CC¹⁰⁴⁹.

475 La preuve du moment où le consommateur a eu **connaissance des informations relatives au droit de révocation** en matière de démarchage à domicile revient au professionnel (art. 40e al. 3 CO). Il s'agit d'une condition positive (« *positive Voraussetzung als rechtsbegründende Tatsache* ») – au même titre que la circonstance justifiant la protection situationnelle dont la preuve incombe toujours au consommateur¹⁰⁵⁰ – et qui fonde le début du cours du délai de

¹⁰⁴⁴ KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 9.

¹⁰⁴⁵ ATF 132 III 268, consid. 2.2.3 (relatif à l'aLFors) = JdT 2006 I 564. KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 4 ss ; CPC-HALDY, art. 32 N 7.

¹⁰⁴⁶ CR DIP-BONOMI, art. 114 N 10.

¹⁰⁴⁷ CR DIP-BONOMI, art. 120 N 12 ss.

¹⁰⁴⁸ ATF 139 III 278, consid. 3.2 = JdT 2014 II 337. BARNIKOL, p. 62.

¹⁰⁴⁹ MÜLLER, Contrats, N 105.

¹⁰⁵⁰ En cas de procédure de mainlevée, arrêt du TC NE CCC.1995.6886 du 02.05.1995, consid. 2b (preuve d'avoir été amené à fréquenter une exposition-vente au cours d'une excursion ou

révocation (cf. art. 40e al. 2 let. b CO)¹⁰⁵¹. L'application de la règle générale de l'art. 8 CC aurait à cet égard impliqué que le fardeau de la preuve dudit moment repose sur le consommateur¹⁰⁵².

En présence d'un **devoir d'information précontractuel spécifique** (*infra* N 972 ss), le consommateur ne doit pas même justifier d'un besoin concret d'information. La condition reste qu'il entre dans le champ d'application de la loi ou d'une disposition sectorielle en cause, ce qu'il lui appartient en revanche, dans la règle, de démontrer¹⁰⁵³.

Une partie de la doctrine plaide encore pour un renversement du fardeau de la preuve de la faute en matière de **responsabilité précontractuelle du professionnel**¹⁰⁵⁴. L'argument est que la preuve de la violation fautive d'un devoir d'information précontractuel ne devrait pas être mise à la charge de la partie faible, un tel devoir devant plutôt servir à protéger ses intérêts¹⁰⁵⁵. Cette approche doit être suivie. On pourrait rétorquer que, dans la pratique du droit de la consommation, l'institution de la *culpa in contrahendo* pourrait ne pas nécessairement être toujours adaptée. La principale raison serait que les négociations contractuelles n'y sont pas nécessairement longues ou complexes (*infra* N 871 et 950).

(ii) Application des règles ordinaires

Parfois, le **recours direct à l'art. 8 CC** consacre déjà une solution favorable au consommateur. L'affirmation doit être mise en lien avec l'exigence selon laquelle l'intervention normative en faveur du consommateur n'est admissible

d'une manifestation de même genre). ZK OR-DORNIER, Vorbem. zu art. 40a-40f N 29 s. Le consommateur ne doit en revanche pas démontrer une influence effective du professionnel sur la formation de sa volonté, OG ZH NP160023 du 30.09.2016, consid. 7.

¹⁰⁵¹ Sur la répartition du fardeau de la preuve dans le contexte des art. 40a ss CO, ZK OR-DORNIER, Vorbem. zu art. 40a-40f, N 28 ss.

¹⁰⁵² CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 7. Comp. ZK OR-DORNIER, art. 40e N 128 : « das Gesetz auferlegt dem Anbieter den Beweis dafür, dass er seiner Orientierungsbliegenheit (vgl. N 103 oben) gegenüber dem Kunden nachgekommen ist ».

¹⁰⁵³ Comp. ZK OR-DORNIER, Vorbem. zu art. 40a-40f N 29.

¹⁰⁵⁴ Dans le contexte de la proposition d'un nouvel art. 22a CO relatif à la responsabilité précontractuelle, RISKE, N 1480 ss. Cf GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 967, HUGUENIN, Obligationenrecht, N 1558 ; SCHWENZER, N 48.06. *Contra*, KUONEN, Responsabilité précontractuelle, N 1732 et CR CO I-THÉVENOZ, Intro art. 97-109 CO N 22c et art. 97 N 26.

¹⁰⁵⁵ RISKE, N 1481.

que si le régime général n'offre pas déjà une protection suffisante (cf. art. 5 al. 2 Cst. ; *supra* N 167).

479 Par exemple, il appartient au **prêteur de démontrer qu'il a remis au consommateur un exemplaire du contrat de crédit**. Cette remise limite le droit de révocation au délai légal de quatorze jours, lequel court seulement dès ladite remise (art. 16 al. 2 LCC). En remettant cet exemplaire, le prêteur est en mesure de décider du moment du départ du délai de révocation, ce qui rend la réglementation favorable à son égard et, partant, justifie qu'il supporte la preuve de la remise de la copie du contrat.

480 Une analogie entre **l'art. 16 LCC et l'art. 40e al. 3 CO** (cf. *supra* N 475) – ce dernier consacrant en revanche une exception à l'art. 8 CC¹⁰⁵⁶ – n'est donc pas possible. Dans le second cas, la loi met expressément la charge de la preuve sur le fournisseur¹⁰⁵⁷. Les art. 40a ss CO font toutefois dépendre le début du cours du délai de révocation de la connaissance, notamment, des informations prévues à l'art. 40d CO (art. 40e al. 2 let. b CO) et non dès la seule remise d'un exemplaire du contrat (art. 16 al. 2 LCC)¹⁰⁵⁸.

481 En matière de **contrat d'assurance**, la doctrine considère également qu'il appartient au preneur de démontrer que l'assureur n'a pas respecté son obligation d'information, ou alors uniquement de manière insatisfaisante (art. 3a LCA)¹⁰⁵⁹. Afin de faciliter la contre-preuve, elle conseille tout de même à l'assureur de faire signer au preneur une confirmation d'obtention des informations avant la conclusion du contrat¹⁰⁶⁰.

482 **En matière procédurale**, la preuve de la réalisation des conditions du for du consommateur de l'art. 32 CPC appartient au consommateur¹⁰⁶¹. Le TF en a jugé de même sous l'angle de l'art. 15 CL¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁶ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 7.

¹⁰⁵⁷ Il est à noter que l'art. 8 de la Directive 2015/2302 UE relative aux voyages à forfait dicte expressément que la charge de la preuve concernant le respect de certaines obligations d'information incombe au professionnel.

¹⁰⁵⁸ Pour ces développements, BARNIKOL, p. 94 s.

¹⁰⁵⁹ BSK VVG Nachf.-KUHN/GEIGER-STEINER, art. 3a N 6.

¹⁰⁶⁰ BSK VVG Nachf.-KUHN/GEIGER-STEINER, art. 3a N 6.

¹⁰⁶¹ KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 14.

¹⁰⁶² ATF 139 III 278, consid. 3.2 = JdT 2014 II 337 : « l'autorité inférieure s'est appuyée, à juste titre, sur le fait qu'il incombe au recourant de prouver les faits qu'il allègue, en particulier, pour s'opposer à une prorogation de for en principe valable en se basant sur les dispositions semi-impératives de compétence en matière de contrats conclus par des consommateurs (art. 15 ss CL). Cela correspond également à la jurisprudence de la Cour de l'Union européenne, qui se fonde sur les règles ordinaires en matière de fardeau de la preuve et part du principe que la preuve des circonstances fondant un for du consommateur est à la charge de celui qui s'en prévaut (Jugement Gruber/Bay Wa SA, N. 46) ».

Chapitre 7 : Conceptualisation du contrat de consommation

La conceptualisation du contrat de consommation suppose tout d'abord de s'intéresser à la notion même de « **contrat de consommation** » (I). Cette conceptualisation peut être appréhendée grâce à l'approche horizontale (II) et à l'approche structuraliste téléologique (III).

483

I. Le « contrat de consommation »

A. Notion

1. Définition

Le contrat de consommation est généralement (cf. cep. sur la relation entre les prestations, *infra* N 786 ss) un **acte juridique bilatéral** (« *zweiseitiges Rechtsgeschäft* »¹⁰⁶³), à savoir un échange de manifestations de volonté réciproques et concordantes entre un consommateur et un professionnel, visant à produire l'effet juridique voulu par ceux-ci (art. 1 al. 1 CO)¹⁰⁶⁴.

484

Il porte sur la **fourniture, par le professionnel, d'un bien et/ou d'un service à des fins exclusivement ou prioritairement privées du consommateur**. De cet acte juridique concret noué entre les parties naît également une relation juridique dont découlent des droits et des obligations pour les parties (relation

485

¹⁰⁶³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 118.

¹⁰⁶⁴ FORNAGE, *Mise en œuvre*, N 99 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 130 et 224 ; HEDINGER, N 39 ; MÜLLER, *Contrats*, N 3 ; REYMOND, p. 11.

contractuelle). Cette relation peut également être qualifiée de « contrat de consommation »¹⁰⁶⁵.

486 Pour le TF, le contrat de consommation est celui conclu entre un consommateur et un professionnel, à la condition que la prestation contractuelle soit destinée à satisfaire les besoins d'ordre privé du consommateur. Le consommateur est ainsi la partie qui obtient ou sollicite des biens ou des services pour son usage privé¹⁰⁶⁶. En sus du contenu du contrat, **le genre et le but du contrat, ainsi que les circonstances objectives de sa conclusion** doivent également être pris en considération¹⁰⁶⁷.

487 Le contrat de consommation présente une **typologie** (2) particulière.

2. Typologie

488 Le contrat de consommation ne s'intègre **pas dans la typologie usuelle des contrats**¹⁰⁶⁸. Pour certains, il serait vain – voire même inutile – de fournir à la notion des contours stricts¹⁰⁶⁹. Ces difficultés résulteraient d'un degré d'abstraction significatif¹⁰⁷⁰ et seraient à remettre sur le compte de ses manifestations multiples (*supra* N 170 ss). Dans l'ordre juridique, on rencontrerait dès lors autant de définitions du « contrat de consommation » que de rapports contractuels nommés ou innommés appelant un besoin de protection accru du consommateur contractant (ou du client)¹⁰⁷¹. Une

¹⁰⁶⁵ MÜLLER, Contrats, N 2 ss rappelle que la notion même de « contrat » est susceptible d'avoir des sens différents et qui distingue selon qu'elle désigne un acte juridique, une relation juridique ou encore un document contractuel. Comp. FORNAGE, Mise en œuvre, N 98 ss.

¹⁰⁶⁶ ATF 132 III 268, consid. 2.2.2 (application de l'art. 22 al. 2 aLFors) = JdT 2006 I 564 ; arrêt du TF 5A_545/2011 du 24.10.2011, consid. 4.2 (interprétation de l'art. 40a CO).

¹⁰⁶⁷ ATF 133 III 295, consid. 7.2 (en application de l'art. 13 al. 1 aCL) = JdT 2008 I 160 en réf. à CJCE, 20.01.2005, GRUBER, aff. C-464/01, N 47.

¹⁰⁶⁸ KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 11 ; RAPIN/WESSNER, N 26 ndbp 58.

¹⁰⁶⁹ BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 9.

¹⁰⁷⁰ BRUNNER, Konsumverträge, p. 32 ss décrit les contrats de consommation ambivalents, typiques et atypiques ; KOLLER-TÜMLER, Einführung, p. 61 ; PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 65 s.

¹⁰⁷¹ En application de l'art. 32 CPC, ont par ex. été considérés comme des contrats de consommation : un contrat d'assurance-maladie complémentaire (arrêts du Verwaltungsgericht du canton des Grisons S 13 147 du 30.04.2015, consid. 2a et S 14 67 du 03.03.2015, consid. 2a ; arrêt du Sozialversicherungsgericht du canton de Zurich KK.2012.00032 du 15.10.2012, consid. 3.2) ; un contrat collectif d'assurance-maladie complémentaire (arrêt du Verwaltungsgericht du canton des Grisons S 13 32 du 21.10.2014, consid. 1c) ; un contrat collectif d'assurance indemnité journalière maladie (arrêt du Verwaltungsgericht du canton

catégorisation minimale reste cependant incontournable pour appréhender ce phénomène juridique¹⁰⁷².

L'une des particularités du contrat de consommation est qu'il est soumis à des **règles spécifiques et/ou transversales communes qui ne se limitent pas toujours strictement au droit privé**¹⁰⁷³ (ex. art. 8 LCD). Une tentative de catégorisation s'avère donc inévitablement plus englobante que ne le permettent les distinctions traditionnelles, notamment celles intervenant au travers de l'identification des contrats dits « spéciaux »¹⁰⁷⁴.

Quelles sont les **sources** (B) du contrat de consommation ?

B. Sources

En droit matériel, des prescriptions réglementant **totalemt ou partiellement le contrat de consommation** se retrouvent dans le CO (par ex. art. 6a, 40a ss, 210 al. 4 et 266k CO) et dans la législation sectorielle (par ex. LCC, LVF, LCA, LIC).

En droit formel, qu'il s'agisse de la procédure civile ou du droit international privé, la doctrine précise que le contrat de consommation y est mieux défini, voire même qu'il **tirerait son origine des règles formelles**¹⁰⁷⁵.

En Suisse¹⁰⁷⁶, les définitions légales généralisantes du contrat de consommation (ou du « contrat conclu avec un consommateur ») **résultent toujours**

de Thurgovie TVR 2014 35 du 02.07.2014, consid. 1.1. *Contra* apparemment l'arrêt du Verwaltungsgericht du canton des Grisons S 12 51 du 29.04.2014, consid. 1c) ; un contrat portant sur l'achat de deux bouteilles de 500 ml ainsi que de baguettes en bois (arrêt de l'Obergericht du canton de Zurich RU110011 du 01.10.2011, consid. 2).

¹⁰⁷² KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 3 : « *im Übrigen ist eine gewisse Schubladisierung auch im Konsumentenrecht unumgänglich* ».

¹⁰⁷³ Il s'agit également d'une caractéristique d'autres rapports de droit privé social, notamment du contrat de travail ou du contrat de bail à loyer.

¹⁰⁷⁴ ENGEL, Cent ans, p. 19. Pour la classification des contrats spéciaux, MÜLLER, Contrats, ainsi que TERCIER/BIERI/CARRON.

¹⁰⁷⁵ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 592 ; KOLLER-TUMLER, Konsumentenvertrag, p. 209.

¹⁰⁷⁶ Pour un ex. de définition du contrat de consommation à l'étranger, art. 1384 Code Civil du Québec : « *le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite* ».

principalement, d'une part, des règles relatives aux fors et, d'autre part, des règles du droit international privé¹⁰⁷⁷. Le droit matériel ne règle généralement que des manifestations particulières de contrats nommés où le législateur intervient en faveur d'un contractant – y compris prospectif – spécifiquement identifié en tant que « consommateur » (sur l'identification en fonction de la qualité des parties, *infra* N 727 ss). Tel est par exemple le cas du preneur de crédit, du voyageur ou encore de la personne démarchée à domicile.

494 À l'instar d'autres ordres juridiques¹⁰⁷⁸, le concept connaît dès lors une **acception plus ou moins large, selon qu'il est envisagé par le droit matériel ou par le droit formel**¹⁰⁷⁹. L'approche sectorielle de la matière semble être la principale raison de cette complexité et, partant, de la difficulté à donner une définition générale et uniforme du « contrat de consommation ». Le fait que la notion de consommateur connaisse en elle-même différentes acceptions ne facilite pas cette identification (*infra* N 760 ss)¹⁰⁸⁰.

495 Malgré un caractère diffus, le contrat de consommation possède tout de même certaines **caractéristiques qui favorisent son identification dans l'ordre juridique**¹⁰⁸¹. Pour le droit matériel, nonobstant l'absence d'exigence que le contrat porte sur une prestation de consommation courante (à ce dernier sujet, *infra* N 811 ss), la règle commune¹⁰⁸² que représente l'art. 8 LCD précise l'existence propre du « contrat de consommation » (comp. art. 16 Projet

¹⁰⁷⁷ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 38 précise que cette dualité est la conséquence immédiate de l'adoption, par l'UE (à l'époque la Communauté européenne), de la Convention de Bruxelles du 27.09.1968. Le concept du « contrat de consommation » développé a depuis été successivement repris par la Convention de Lugano de 1988 et de 2007, la Convention de Rome de 1980 et de 2008 et celle de Bruxelles de 2001.

¹⁰⁷⁸ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 41 : « *toutefois, la notion de consommateur n'est pas monolithique, comme nous l'avons dit ; elle dépend des domaines, que ce soit en droit européen ou en droit suisse* ».

¹⁰⁷⁹ Critiques RAPIN/WESSNER, N 30 : « *la pluralité des définitions des contrats de consommation, ajoutée à la disparité des règles applicables, adoptées au coup par coup, donne l'impression – et bien davantage – d'un droit désordonné qui ne s'inscrit pas dans une politique juridique cohérente* ».

¹⁰⁸⁰ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 38 et 41.

¹⁰⁸¹ Plus critique, PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 65 considère que la catégorisation des contrats de consommation est peu utile.

¹⁰⁸² Sur la pertinence, sous l'angle du droit français, du recours à des règles communes pour reconnaître une existence propre au contrat de consommation, SAUPHANOR-BROUILAUD et al., Les contrats de consommation, N 29.

CO 2020, *infra* N 2009 ss). La présence d'une telle règle semblerait en tout cas indiquer qu'une catégorisation s'avère bel et bien pertinente¹⁰⁸³.

Il convient encore de relever que les sources du contrat de consommation ne sont pas exclusivement légales (comp. sur les règles légales protectrices, *supra* N 211). Conformément au principe de l'autonomie de la volonté (*supra* N 309), les parties demeurent **libres d'aménager leurs relations privées**. De nombreuses manifestations du contrat de consommation sont donc toujours innommées, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas spécifiquement appréhendées par des règles légales¹⁰⁸⁴. Il est vrai, de tels contrats soulèvent la question de leur identification, notamment du fait de l'absence de définition générale du consommateur en Suisse et, le cas échéant, de l'inexistence de règles protectrices applicables. Le critère distinctif reste la finalité privée de la relation (sur l'approche structuraliste téléologique, *infra* N 570 ss).

La **portée** (C) même de la notion de « contrat de consommation » n'est ainsi pas uniforme dans l'ordre juridique, ce qu'il convient de préciser.

C. Portée

La portée du contrat de consommation n'est pas la même suivant qu'on l'envisage **en droit matériel** (1) ou en droit formel (2).

1. En droit matériel

En droit matériel, le contrat de consommation se réfère tant à l'acte juridique originel entre parties qu'à la relation juridique qui en découle (*supra* N 484 s.). La qualité de consommateur-contractant et, partant, la notion même de contrat de consommation ne sont cependant **pas limités au stade intervenant après la venue à chef de l'accord entre parties**.

L'existence de devoirs d'information précontractuels (*infra* N 877) indique que le contrat de consommation s'entend largement et **ne se limite pas au moment où le consentement définitif est donné**. L'art. 6a CO, qui régit l'envoi d'une chose non commandée, s'avère illustratif, nonobstant les critiques dont il peut faire l'objet (*infra* N 1897). La protection d'ordre contractuel n'est donc pas nécessairement tributaire de la venue à chef d'un accord entre le consommateur et le professionnel (comp. art. 3 al. 1 let. m LCD)¹⁰⁸⁵. Lorsqu'un moyen de

¹⁰⁸³ Comp. SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 30.

¹⁰⁸⁴ KOLLER, OR AT, N 3.94.

¹⁰⁸⁵ Pour ces développements, FORNAGE, Mise en œuvre, N 105 s.

protection spécifique s'applique au stade précontractuel, ce moment reste déterminant pour qualifier la finalité (*infra* N 618).

501 Le **droit allemand affirme expressément cette conception large**, c'est-à-dire n'étant pas strictement limitée à la phase consécutive à la venue à chef d'un accord entre parties¹⁰⁸⁶. En effet, conformément au § 13 BGB, en lien avec les § 241a BGB (« *Unbestellte Leistungen* ») et § 312c al. 1 BGB (« *Fernabsatzverträge* »), le consommateur est nécessairement une personne physique participant à un acte juridique pour un usage privé ou – c'est l'élément qui nous intéresse ici – ayant l'intention de conclure un contrat à cette fin¹⁰⁸⁷.

2. En droit formel

a. Conception généralement plus restrictive

502 Par rapport au droit matériel (*supra* N 499 ss), les dispositions du droit formel sont **généralement plus restrictives sur la notion et la portée du contrat de consommation**¹⁰⁸⁸. Le for alternatif octroyé au consommateur-demandeur consacre une limitation importante du principe du for au domicile du défendeur¹⁰⁸⁹. De plus, les règles formelles (internes) prévoient le critère de la prestation de consommation courante (*infra* N 811 ss), étranger au droit matériel. Enfin, les moyens de protection spécifiques du droit formel sont

¹⁰⁸⁶ Pour une interprétation large, en application de l'art. 2 let. k Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, sous l'angle de la notion de « décision commerciale » : « *toute décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter, de faire un paiement intégral ou partiel pour un produit, de conserver ou de se défaire d'un produit ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit; une telle décision peut amener le consommateur, soit à agir, soit à s'abstenir d'agir* ». Pour un cas confirmant une interprétation large, CJUE, 19.12.2003, SVILUPPO, aff. C-281/12, N 36 s. : « *avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit* ».

¹⁰⁸⁷ En droit allemand, TAMM, p. 326 et 340 s.

¹⁰⁸⁸ Moins affirmatif, HEDINGER, N 51 : « *der Vertragsbegriff* (i.e. dans le contexte du droit formel) *stimmt nach dem Gesagten mit dem materiellrechtlichen Vertragsbegriff überein. Er ist – anders als in den internationalprivatrechtlichen Kodifikationen – nicht weit auszulegen* ». Le même auteur (N 53 ss) concède néanmoins que les art. 32 ss CPC consacrent de nombreuses exceptions à l'art. 31 CPC.

¹⁰⁸⁹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 300.

relatifs à la mise en œuvre des droits résultant d'un contrat préalablement conclu, ce qui exclut – en principe¹⁰⁹⁰ – la phase précontractuelle.

En particulier, ce critère de la **prestation de consommation courante** (art. 32 CPC et 120 al. 1 LDIP, *infra* N 811 ss) circonscrit le contrat de consommation, en lui reconnaissant une définition plus restrictive qu'en droit matériel¹⁰⁹¹. Une conception étroite du consommateur et du contrat qu'il conclut s'impose également sous l'angle de l'art. 15 CL, lequel ne prévoit, en revanche, pas le critère de la prestation de consommation courante. S'agissant d'une disposition ressortant au droit uniforme conventionnel, il convient de reconnaître à ce « contrat de consommation » une interprétation certes restrictive, mais néanmoins autonome (cf. art. 1 Protocole additionnel n°2 à la CL)¹⁰⁹².

La situation devient (encore) plus **particulière** lorsqu'on intègre l'institution de la **culpa in contrahendo** (b)¹⁰⁹³ dans la réflexion.

b. Cas particulier : culpa in contrahendo

La nature juridique de la **culpa in contrahendo** et, plus largement, de la responsabilité précontractuelle sont controversées¹⁰⁹⁴. Sans trancher sa nature délictuelle ou contractuelle¹⁰⁹⁵, le TF prône la recherche de la disposition juridique applicable en vertu d'une appréciation au cas par cas¹⁰⁹⁶. Envisagée sous l'angle du CPC, l'institution révèle des éléments d'analyse peut-être intéressants et pouvant être mis en rapport avec la conceptualisation du contrat de consommation par le droit formel.

En application des dispositions du CPC, une action fondée sur la **culpa in contrahendo** **devrait plutôt être soumise au for des actions pour acte illicite**

¹⁰⁹⁰ Il est vrai que les moyens de protection du droit formel peuvent avoir une influence sur le contenu du contrat de consommation et les conditions générales au moment de sa conclusion, respectivement de son éventuelle négociation, comme par ex. l'interdiction de renoncer par avance au for du domicile du consommateur (comp. art. 32 et 35 CPC).

¹⁰⁹¹ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 64.

¹⁰⁹² ATF 133 III 295, consid. 7.2 (relatif à l'art. 13 al. 1 aCL) ; arrêt CJCE, 20.01.2005, GRUBER, aff. C-464/01, N 32 et 43. KOLLER-TÜMLER, Einführung, p. 64.

¹⁰⁹³ Sur la **culpa in contrahendo**, RISKE, N 455 et 520 ss.

¹⁰⁹⁴ Sur la nature de la responsabilité précontractuelle, RISKE, N 1181 ss; KommZPO-CHEVALIER/HEDINGER, art. 36 N 16.

¹⁰⁹⁵ Comp. ECL-BABUSIAUX, Introduction before art. 2:301, N 9.

¹⁰⁹⁶ ATF 121 III 350, consid. 6c.

(art. 36 CPC)¹⁰⁹⁷. Certains auteurs refusent de trancher la nature juridique de l'institution au travers du droit formel. Or, cela interviendrait en décidant de la soumettre, soit au for des actions fondées sur un acte illicite (art. 36 CPC), soit au for des actions fondées sur un contrat (art. 31 CPC). Par une approche « neutre », ces auteurs préconisent dès lors une application du for ordinaire (art. 10 CPC)¹⁰⁹⁸.

507 Il convient peut-être de distinguer les cas où le demandeur se prévaut d'une *culpa in contrahendo* et en fonction du fait que le **contrat est conclu ou qu'il ne l'est pas** (comp. *infra* N 944 ss et 980 ss)¹⁰⁹⁹. Lorsque, malgré l'existence d'une *culpa in contrahendo*, le contrat vient à chef, par exemple parce que sa conclusion – son existence en tant que telle – n'est pas contestée¹¹⁰⁰ par l'autre partie, le for ouvert pour l'action judiciaire est le for contractuel général (art. 31 CPC). Il en va de même lorsque le demandeur invoque la conclusion du contrat, à tout le moins par actes concluants. En l'absence de conclusion du contrat, respectivement si le demandeur ne considère pas qu'un contrat a été conclu, ce for (i.e. l'art. 31 CPC) ne s'envisagerait en revanche plus.

508 Pour les contrats de consommation, on pourrait en tirer la **conclusion suivante** : l'art. 32 CPC s'applique aux – éventuels¹¹⁰¹ – cas de *culpa in contrahendo*, en lien avec un contrat de consommation portant sur une prestation de consommation courante, lorsque le contrat en question vient à chef, respectivement que sa conclusion n'est pas contestée par l'autre partie. En l'absence de conclusion du contrat, l'art. 36 CPC s'appliquerait. Cette conception semble en phase avec la jurisprudence du TF, qui rappelle que l'application de l'art. 32 CPC présuppose l'existence d'un contrat¹¹⁰².

509 La phase précontractuelle pourrait donc le cas échéant être appréhendée, soit par l'art. 32 CPC, soit par l'art. 36 CPC **selon les prétentions sur lesquelles se fonde le consommateur**. Compte tenu du but de protection sociale poursuivi

¹⁰⁹⁷ KommZPO-CHEVALIER/HEDINGER, art. 36 N 16 ; CPC-HALDY, art. 36 N 5 : « *Le for de l'art. 36 n'est probablement ouvert en matière de culpa in contrahendo (dont la nature juridique est controversée, ATF 121 III 350, c. 6) que lorsque le comportement reproché constitue comme tel un acte illicite (CPra Actions-Bohnet, vol. II §2 N 38)* ».

¹⁰⁹⁸ KommZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, art. 31 N 18.

¹⁰⁹⁹ Pour ces développements, HEDINGER, N 28 ; BSK ZPO-JOB, art. 31 N 3a.

¹¹⁰⁰ Il n'y a donc pas de litige relatif au consentement (« *Konsensstreit* »), GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 309 ss.

¹¹⁰¹ En effet, ECL-BABUSIAUX, art. 2:310 considère que l'institution de la *culpa in contrahendo* n'est pas nécessaire pour les contrats de consommation, ces derniers n'impliquant pas de longues périodes de négociation ou de préparation du contrat.

¹¹⁰² Arrêt du TF 4A_575/2013 du 11.03.2014, consid. 2.2.

par l'art. 32 CPC¹¹⁰³, il ne faudrait pas se montrer trop restrictif quant à la notion de « contrat ». On ne devrait refuser l'application de l'art. 32 CPC que dans les cas où les prétentions du demandeur relèvent manifestement du domaine extracontractuel. Si le litige trouve son fondement dans la relation de confiance fondée sur l'entame de négociations précontractuelles (*infra* N 880), ou dans le contrat, le consommateur devrait bénéficier du for protecteur¹¹⁰⁴.

L'**approche horizontale** (II) et l'approche structuraliste téléologique (III) précisent et concrétisent la conceptualisation du contrat de consommation. 510

II. Approche horizontale

A. Notion

L'approche horizontale s'envisage **en fonction du type de contrat** (1) et en fonction de son objet (2). 511

1. En fonction du type de contrat

Conceptualiser le contrat de consommation par une approche horizontale revient à lui reconnaître une portée étendue et détachée d'un type particulier de contrat¹¹⁰⁵. L'approche est diffuse, car **envisagée en amont** (« *vor die Klammern* ») et détachée d'un type particulier de contrat. A tout le moins en droit matériel, un contrat peut être qualifié de contrat de consommation, à la condition qu'il mette en relation un consommateur et un professionnel et que la finalité de l'usage du bien ou du service soit exclusivement ou principalement privée¹¹⁰⁶. 512

¹¹⁰³ HEDINGER, N 53.

¹¹⁰⁴ Comp. RISKE N 1254 s'agissant du choix entre le fondement de responsabilité.

¹¹⁰⁵ BARNIKOL, p. 10. Comp. CR DIP-BONOMI, art. 15 CL N 19 : « la définition du contrat de consommation est <horizontale>, c'est-à-dire qu'elle ne dépend pas du type de contrat en cause ».

¹¹⁰⁶ Tel n'est pas le cas en droit du travail. Le fournisseur de la prestation – le travailleur – est la partie faible. BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 599 considère que le contrat de travail est le « Spiegelbild des Konsumentenvertrages ». En droit allemand, le travailleur peut en revanche être considéré comme étant parfois un consommateur, MüKo-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 57.

513 En outre, par l'approche horizontale, le « contrat de consommation » **se distinguerait en particulier des contrats spéciaux**. Ils se définissent selon un corps de règles mieux délimité (ex. art. 253 à 273c CO) et suscitent une abondante pratique et doctrine propres¹¹⁰⁷. Le for du consommateur reste par ailleurs inapplicable aux prestations découlant d'un rapport de bail immobilier ou de droit du travail¹¹⁰⁸.

2. En fonction de l'objet du contrat

514 L'approche horizontale ne concerne pas seulement la conceptualisation des rapports contractuels consuméristes dans l'ordre juridique ou encore leur qualification. Elle implique également que l'on s'interroge sur les prestations contractuelles – l'objet du contrat – que le consommateur acquiert, ainsi que leur **éventuelle spécificité**¹¹⁰⁹. Cela revient à déterminer si tous les biens et services peuvent être concernés par un contrat de consommation ou si, au contraire, certains biens ou services sont exclus de la typologie.

515 Fondamentalement, le droit contractuel de la consommation se caractérise par **l'absence de spécificité de la prestation caractéristique**¹¹¹⁰. A tout le moins en droit matériel, le contrat peut *a priori* porter sur tous les types de bien meubles, immeubles, corporels, incorporels et immatériels, qu'ils soient consommables ou non¹¹¹¹, de même que les services. En revanche, appréhendé sous un angle procédural interne, le contrat de consommation intègre l'exigence que le contrat porte sur une prestation de consommation courante (cf. art. 32 CPC et 120 LDIP)¹¹¹². Ce critère – sur lequel nous reviendrons (*infra* N 811 ss) – envisage une prestation contractuelle spécifique dans la définition même du « contrat de consommation ». On constate à cet égard une certaine scission entre le droit de fond et le droit de procédure interne.

516 Comment intervient le **rattachement** (B) du concept ?

¹¹⁰⁷ Pour le droit du bail, LACHAT. Pour le droit du travail, WYLER/HEINZER.

¹¹⁰⁸ CPC-HALDY, art. 32 N 10.

¹¹⁰⁹ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 221.

¹¹¹⁰ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 21 et 221.

¹¹¹¹ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 228. On notera toutefois, qu'en règle générale, la nature consumériste d'un contrat portant sur un immeuble devrait être niée, compte tenu de l'importance de la transaction pour les parties, singulièrement l'acquéreur.

¹¹¹² KOLLER-TUMLER, BFC, p. 83.

B. Rattachement

Pour l'essentiel, le législateur, la jurisprudence et la doctrine s'entendent sur le caractère horizontal (transversal) du contrat de consommation. Les fondements semblent, sinon fondamentalement diverger, du moins pouvoir être nuancés sur des questions de détail. En conservant une approche générale – pour ne pas dire une abstraction théorique substantielle (!) – il nous paraît ainsi possible de distinguer entre deux types de rattachements : le rattachement **à la partie générale du CO** (1) et le rattachement à la fois au CO et aux lois sectorielles (2).

517

1. A la partie générale du CO

a. Conception

Une première manière d'aborder l'approche horizontale est de rattacher le concept « contrat de consommation » à la partie générale du CO principalement. On lui confère alors une **assise forte au sein des règles générales**.

518

KOLLER-TUMLER analyse précisément le contrat du consommateur (« *Konsumentenvertrag* ») en tant que figure juridique de la partie générale du CO¹¹¹³. Il n'existerait pas un type spécifique de contrat de consommation et ce ne serait pas non plus un nouveau type de contrat¹¹¹⁴. Le concept est plutôt décrit comme « **rayonnant** » **sur l'ensemble du droit des contrats**. Tout contrat civil, de la partie spéciale, du CO ou même innommé, serait ainsi susceptible de se voir apposer l'étiquette du « contrat de consommation »¹¹¹⁵.

519

Dans le contexte d'application de l'art. 31^{sexies} al. 3 aCst.¹¹¹⁶, BRUNNER considérerait que la disposition appréhendait le contrat de consommation en tant

520

¹¹¹³ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 61 ss traite du « *Konsumentenvertrag als Basisvertrag* » ; KOLLER-TUMLER, Konsumentenvertrag, p. 83 considère qu'il s'agit d'une « *Rechtsfigur des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts* ». Ne se prononçant pas directement, KOLLER-TUMLER, E-Banking, p. 150.

¹¹¹⁴ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 61.

¹¹¹⁵ KOLLER-TUMLER, Konsumentenvertrag, p. 83 s.

¹¹¹⁶ Plus récemment, le même auteur (BRUNNER, Konsumverträge, p. 32 ss) propose une nouvelle typologie du contrat de consommation en affirmant que l'art. 97 Cst. permet de lui concéder une catégorie dogmatique propre. Appréciation critique chez PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 65 ss.

que **nouvelle figure de la partie générale du droit des obligations**¹¹¹⁷. Au vu du silence du constituant sur les modalités concrètes d'intégration du contrat de consommation dans le droit privé spécial, ce concept serait applicable à l'ensemble des contrats de la partie spéciale du CO, ainsi qu'aux contrats innommés¹¹¹⁸. Par rapport à l'approche de KOLLER-TUMLER (directement *supra* N 519), celle de BRUNNER se focalisait sur l'apparente nouveauté du concept ; dans leur résultat, les deux sont identiques : elles reconnaissant *in fine* un rattachement à la partie générale du CO.

521 Le Projet CO 2020 (*infra* N 1979 ss) propose d'intégrer la notion dans une partie générale du droit des obligations remaniée, plus précisément au sein des dispositions relatives au droit de révocation (art. 16 ss CO 2020¹¹¹⁹). Le Projet **confirme expressément le rattachement du concept à la partie générale du CO**, par le truchement d'un moyen de protection spécifique. L'approche peut surprendre. Elle consacre un point de rupture avec la conception dogmatique traditionnelle du droit suisse des obligations qui est celle d'une certaine neutralité, à tout le moins littérale, dans la conception, notamment, des dispositions générales (comp. *supra* N 16 s.). La proposition s'inscrit néanmoins dans la tendance consistant en une intégration directe des normes de protection du consommateur au sein des règles générales du CO (cf. art. 6a CO, *infra* N 2212).

522 C'est l'occasion de procéder à une **appréciation critique** (b).

b. Appréciation critique

(i) Quant à la portée générale du concept

523 Le rattachement à la partie générale du CO souligne **la nécessaire portée générale du concept « contrat de consommation »**, en conformité avec le mandat constitutionnel (art. 97 Cst.). Le lien étroit avec la partie générale intègre les (r)évolutions engendrées par l'économie de masse et qui imprègnent¹¹²⁰ progressivement cette phase primordiale pour la naissance des

¹¹¹⁷ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 594 ; KOLLER-TUMLER, p. 89.

¹¹¹⁸ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 594 s.

¹¹¹⁹ La teneur de l'art. 16 al. 1 CO 2020 est la suivante : « celui qui conclut un contrat de consommation sans pouvoir suffisamment évaluer la prestation qui lui est proposée ou les risques liés à celle-ci peut révoquer le contrat ».

¹¹²⁰ Réf. est particulièrement faite à la thématique de la validité de l'intégration des conditions générales (*infra* N 1468 ss).

rapports contractuels. Toutefois, cette assimilation n'intervient pas sans conséquences, car elle suppose de s'interroger sur le rôle même de la partie générale du CO face à un contrat conclu avec un consommateur.

De lege lata, la pertinence du rattachement strict à la partie générale du CO **doit quoi qu'il en soit être nuancée**. Il n'insiste pas suffisamment sur la nature toujours spéciale de la (grande) majorité des rapports contractuels consuméristes¹¹²¹. La conception se heurte en outre à l'approche exclusivement sectorielle du droit de l'UE, que le législateur suisse reprend souvent de façon autonome, mais pour des solutions ponctuelles seulement (*supra* N 373 ss)¹¹²².

524

(ii) Quant à l'application de règles protectrices

Affirmer que le contrat de consommation serait principalement un concept de la partie générale du CO écarte le fait que les relations consuméristes, en particulier sur la question de la formation du contrat, connaissent régulièrement des **règles complémentaires, voire divergentes**. On mentionnera, le cas échéant, la LCA, qui règle spécifiquement la phase de l'acceptation tacite de l'offre (art. 2 al. 1 LCA), la LVF, qui dicte les informations que doit contenir une offre (art. 3 ss LVF) ou encore la LCC, qui accorde un droit de révocation au consommateur (art. 16 LCC). La LCD formalise également certaines exigences concernant la formation du contrat, certes sous l'angle de la lutte contre la concurrence déloyale (ex. art. 3 al. 1 let. s LCD).

525

Une problématique connexe, liée à l'éclatement du droit par la sectorialisation du droit (contractuel) de la consommation, porte sur **l'attractivité et la lisibilité de la partie générale des obligations**. Ainsi, la multiplication des règles impératives et applicables à tous les contrats, soit également aux contrats commerciaux, ne serait pas forcément optimale du point de vue de l'attractivité du droit suisse¹¹²³.

526

¹¹²¹ BSK IPRG-BRUNNER, art. 120 N 1 ss.

¹¹²² BSK IPRG-BRUNNER, art. 120 N 3 : « *der Gesetzgeber hat dabei den bisherigen Grundsatz der einheitlichen Kodifikation verlassen und mehrere ausschliesslich dem Konsumentenrecht gewidmete Gesetze erlassen ; dazu gehören insb. das Konsumentinformationsgesetz (KIG), das Konsumkreditgesetz (KKG), das Pauschalreisegesetz (PRG) und das Produktehaftpflichtgesetz (PrHG)* ».

¹¹²³ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 28.

(iii) Quant aux personnes visées

- 527 En Suisse, les contours de la protection du consommateur ne sont **pas suffisamment définis et les personnes visées constituent un groupe trop hétérogène** pour reconnaître au « contrat de consommation » une véritable assise générale du point de vue des personnes visées. En envisageant le concept « contrat de consommation » comme relevant uniquement de la partie générale du CO, on assume peut-être le risque de soumettre à une réglementation protectrice un nombre indéterminé de conventions. La protection pourrait être étendue à des situations où un besoin particulier de protection de l'une des parties ne se justifie en réalité pas (plus). Pour illustrer certaines difficultés, il suffit de renvoyer aux discussions quant à la notion même de « consommateur » envisagé par l'art. 97 Cst.¹¹²⁴ et quant à la nécessité de re(définir) la notion dans chaque loi spéciale (*infra* N 737 ss). En d'autres termes, si le rattachement est général, la tentation est grande d'appliquer le concept (plus) largement.
- 528 En l'état, une conception du contrat de consommation comme figure juridique générale paraît encore souvent trop abstraite – trop volatile – pour permettre une orientation claire et nette à l'interprète de la loi. L'insertion des définitions du consommateur et du professionnel aux **§§ 13 et 14 BGB** a permis à la protection du consommateur et aux contrats de consommation de devenir partie intégrante du BGB¹¹²⁵. Ces définitions s'appliquent lorsque les dispositions spéciales de protection du consommateur emploient les termes de « *Verbraucher* » et/ou de « *Unternehmer* »¹¹²⁶. Le rattachement général y est donc plus explicite, bien qu'il convienne toujours de décider, en fonction du cas concret, si une personne tombe effectivement dans le champ d'application de ces deux dispositions.
- 529 Il nous paraît difficile de considérer qu'en droit suisse, le « contrat de consommation » se rattacherait exclusivement à la partie générale du CO. Le rattachement prévalant semble **transversal** (2), ce qu'il convient de préciser.

¹¹²⁴ PICHONNAZ, BFC, p. 92 s. rappelle que si la formulation de l'art. 97 Cst. semble certes se limiter aux « consommateurs et consommatrices », soit des personnes physiques, tel n'est en réalité pas le cas. *Contra* SGK BV-HETTICH, art. 97 N 5.

¹¹²⁵ Staudinger/KANNOVSKI, § 13 N 15 précisent que le législateur allemand a renoncé à considérer le droit contractuel de la consommation comme étant un droit privé spécial, mais qu'il le conçoit en tant que partie intégrante du droit civil général. Ces auteurs nous informent en outre que le législateur polonais a adopté la même solution dans son Code civil (N 20). NK BGB-RING, § 14 N 1.

¹¹²⁶ NK BGB-RING, § 14 N 6.

2. Au CO et aux lois sectorielles

a. Conception

Une autre manière de concevoir l'approche horizontale est d'adopter une vision (plus) transversale du « contrat de consommation ». Ce dernier n'est alors pas prioritairement rattaché à la partie générale du CO, mais son assise dogmatique se situe **tant au sein des parties générale et spéciale du CO que dans les lois sectorielles**. Le concept est susceptible de s'appliquer plus largement à toute relation contractuelle à finalité privée conclue entre un professionnel et un consommateur. 530

Une partie de la doctrine adopte une telle **approche plus neutre et plus détachée** des caractéristiques particulières du droit matériel ou du droit formel pour appréhender le contrat de consommation. Le résultat est une meilleure transversalité du concept. En outre, cette catégorisation peut se rapprocher de celle des contrats spéciaux, notamment lorsqu'elle est effectuée en référence à la prestation caractéristique (contrats d'aliénation, d'usage ou de services)¹¹²⁷. Hormis les cas où se manifeste le critère de la prestation de consommation courante, l'objet du contrat de consommation n'est généralement pas spécifique (*infra* N 823). En d'autres termes, c'est plutôt le niveau de la catégorisation que l'objet du contrat qui serait semblable ici. 531

Avec MORIN, il convient de retenir que le contrat de consommation a une **nature fonctionnelle et transversale**. Il ne concerne pas un type spécifique de contrat, mais n'importe lequel. Il suffit qu'il ait pour objet la fourniture de biens ou de services par un professionnel à un consommateur, en vue de la satisfaction de besoins privés ou principalement privés de ce dernier¹¹²⁸. Pour LÜSCHER, également, il n'est pas optimal d'appréhender le contrat de consommation en tant que contrat de base (« *Basisvertrag* »). L'auteur propose de considérer que la base est toujours constituée d'un contrat nommé ou innommé, susceptible de muter en un contrat de consommation, notamment en présence d'éléments décrivant le rôle social particulier des parties¹¹²⁹. 532

Cela dit, nos développements ne doivent pas faire perdre de vue **l'importance que conserve la partie générale du CO** également pour le rattachement 533

¹¹²⁷ Pour tous les autres, MÜLLER, Contrats, N 51 ss. Il est significatif de constater que l'auteur individualise précisément – et dans une approche transversale – la catégorie des « contrats conclus avec des consommateurs » (N 98 ss).

¹¹²⁸ CR CO I-MORIN, art. 1 N 71 et 74.

¹¹²⁹ LÜSCHER, Konzeptualisierung, N 847.

transversal, en particulier les dispositions sur la formation du contrat. Cette importance n'est toutefois pas liée à la conceptualisation et à l'identification de la relation contractuelle consumériste, mais à la formation du contrat. Autrement dit, si la partie générale ne devrait pas directement être le rattachement choisi pour le contrat de consommation, il ne faut pas perdre de vue qu'elle conserve toute son importance s'agissant des critères d'appréciation et d'examen de la formation d'une telle relation.

534 Nous poursuivons par une **appréciation critique** (b).

b. Appréciation critique

(i) Quant à la conception générale de la protection du consommateur

535 La manière d'approcher le concept « contrat de consommation » nous paraît avoir des conséquences directes sur la réglementation de ses manifestations et, partant, la protection même du consommateur. Tout en évitant effectivement de se soumettre à un système dogmatique trop abstrait et trop rigide, il s'avère probablement important, dans un but de prévisibilité et de sécurité juridiques, de déterminer la place concédée à la protection du consommateur en droit civil. En application des considérations de protection du consommateur (*supra* N 273 ss), il s'agit ainsi de déterminer quel degré d'autonomie ou d'intégration on confère aux contrats de consommation. Dans ce prolongement, il convient de vérifier si certaines règles protectrices – notamment relatives au contrôle des conditions générales (sur la validité de l'intégration, l'interprétation et le contrôle de contenu de celles-ci, *infra* N 1468 ss) – doivent, ou non, être **étendues aux contrats dits asymétriques, voire à l'ensemble du droit des contrats**¹¹³⁰.

536 Un **rattachement à la fois au CO qu'aux lois sectorielles** devrait permettre une approche observant mieux les spécificités des lois sectorielles. Elle semble mieux à même d'inclure le droit de la lutte contre la concurrence déloyale dans l'équation, en reconnaissant que le contrat de consommation puisse être régi par

¹¹³⁰ Pour un ex. « d'hésitation » jurisprudentielle au stade des premiers développements de la règle de l'insolite (*infra* N 1819 ss), ATF 109 II 452, consid. 5a = JdT 1984 I 470 : « *als schwächere Partei muss allerdings auch diejenige gelten, welche unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder anderen Umständen, die sie als stärkere Partei erscheinen lassen, gezwungen ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet* ».

certaines prescriptions de la LCD également. L'approche transversale paraît dès lors être mieux en accord avec l'obligation « d'avoir une vue d'ensemble » dictée par le mandat constitutionnel, lequel impliquerait, notamment, que l'approche protectrice ne soit pas circonscrite à un secteur juridique ou à un contrat particulier¹¹³¹.

(ii) *Quant à l'importance des principes généraux du droit des obligations*

Le rattachement à la partie générale du CO tend vraisemblablement à conférer **une importance particulière aux principes généraux**, ce qui n'est évidemment pas critiquable en soi¹¹³². Pareille attache comporte néanmoins le risque d'écarter le volet « droit de la concurrence » dans la définition même du contrat de consommation. Or, il est difficilement contestable que l'art. 8 LCD – ou même l'art. 3 al. 1 let. s ch. 4 LCD – concerne(nt) tout autant le contrat de consommation, sa définition et sa formation que les art. 6a CO, 7 al. 3 CO¹¹³³ ou encore les art. 40a ss CO.

537

Le refus du Parlement de réglementer le **commerce électronique dans le cadre de la partie générale** du CO (*infra* N 1852) rappelle que la frontière entre la LCD et le CO reste probablement tenue en matière de formation des contrats de consommation (cf. art. 3 al. 1 let. s et 3 al. 2 LCD). La LCC connaît aussi une conception relativement large du « contrat de crédit à la consommation » (cf. art. 1 LCC), sans pour autant écarter les principes de la partie générale du CO.

538

Les règles générales et spéciales doivent ainsi conserver une importance égale dans l'identification et la définition du « contrat de consommation ». Sans lois spéciales, la notion de contrat de consommation n'aurait que peu de portée. Sans partie générale, les lois spéciales ne pourraient remplir leur rôle de complètement pour les cas où les instruments de la première seraient inefficaces. L'approche transversale traduit actuellement encore mieux ce **besoin d'unité**.

539

Comment se concrétise l'approche horizontale du point de vue du **rôle des parties (C)** ?

540

¹¹³¹ Sous l'angle de l'art. 31^{sexies} a Cst., RHINOW, Commentaire Cst. 1874, art. 31^{sexies} N 29.

¹¹³² Par ex. le caractère contraignant de l'offre.

¹¹³³ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 28.

C. Rôle des parties

541 Un autre élément important étroitement lié au rattachement conceptuel du contrat de consommation est la détermination du rôle des parties (sur le rôle spécifique en tant qu'élément du droit de la consommation, *supra* N 218 ss). Cette problématique renvoie notamment à la détermination de la nature passive ou active du consommateur (cf. art. 40c let. a CO). On peut à notre avis distinguer entre la **conception traditionnelle** (1) et la conception moderne (2).

1. Conception traditionnelle

542 Au niveau communautaire, les premières Directives de protection du consommateur ne visaient que le consommateur passif, c'est-à-dire celui qui est « courtisé » par le professionnel en vue de la conclusion d'un contrat¹¹³⁴. Cette répartition se confirma au cours de la période immédiatement consécutive à la reconnaissance de la protection en tant que véritable politique communautaire (*supra* N 401)¹¹³⁵. L'approche par les dispositions protectrices était donc traditionnellement **fixe** ; le professionnel offre le bien ou le service et le consommateur, en tant que destinataire de l'offre, l'accepte.

543 Cela dit, la conception traditionnelle n'exclut pas que ce soit le consommateur qui offre de conclure le contrat et que, de son côté, le professionnel l'accepte¹¹³⁶. C'est bien plus l'applicabilité des dispositions protectrices qui est rendue tributaire d'un rôle fixe des parties¹¹³⁷. Le constat d'une éventuelle position d'offrant – active – du consommateur ne change toutefois rien à sa compréhension normative générale en tant qu'acteur passif, en particulier si l'impulsion originale de contracter provient du professionnel. Du point de vue de l'approche traditionnelle, ce qui s'avère décisif est donc que chaque partie **n'endosse qu'un rôle spécifique** (« rigide ») **dans la relation**.

544 Pour le droit de révocation en matière de démarchage à domicile, l'examen du rôle des parties n'est **pas aussi limpide qu'on pourrait le penser de prime abord**. Certes, le droit de révocation du consommateur commence à courir dès qu'il a proposé ou accepté le contrat (art. 40e al. 2 CO). Il ne peut invoquer son

¹¹³⁴ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 27.

¹¹³⁵ REICH, p. 382 : « [...] *homo oeconomicus passivus* [...] ».

¹¹³⁶ ATF 121 III 336, consid. 5d = JdT 1996 I 78.

¹¹³⁷ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 47 précisent que le rôle « actif » ou « passif » du consommateur reste actuellement toujours déterminant sous l'angle des Règlements communautaires relatifs aux conflits de lois et de juridictions.

droit s'il a demandé expressément les négociations (art. 40c let. a CO)¹¹³⁸. La simple demande d'informations sur les prestations du professionnel (ex. demande d'un catalogue, d'une brochure d'information ou d'une liste de prix) ne suffit cependant pas à présumer que le consommateur aurait sollicité l'ouverture de négociations¹¹³⁹.

Il convient dès lors de distinguer entre la position du consommateur lors de la phase de l'échange des manifestations de volonté – pollicitant ou acceptant – et sa position – passive – dans le cadre des négociations en tant que telles¹¹⁴⁰. Le terme « expressément » semble confirmer la pertinence de cette distinction (art. 40c let. a CO), dans la mesure où il entend limiter l'exclusion des règles protectrices à certains cas spécifiques et où le rôle du consommateur, en tant qu'initiateur des négociations, est indiscutable¹¹⁴¹. Cela étant, il faut reconnaître que les dispositions sur le démarchage à domicile adoptent toujours la **conception d'un consommateur démarché, soit passif**. Cette conception s'explique par un besoin de protection accru en raison du contexte situationnel particulier dans lequel se trouve le consommateur au moment de négocier, respectivement de conclure le contrat¹¹⁴².

545

2. Conception moderne

La conception moderne, particulièrement en droit de l'UE, est une **approche plus neutre** (*infra* N 550 ss). Elle est détachée d'un rôle fixe strictement déterminé des parties. Cette évolution s'explique notamment par le développement du commerce électronique, lequel implique parfois des difficultés dans la systématisation sans équivoque du processus (pré)contractuel. En cas de relation transfrontalière, ces difficultés sont parfois exacerbées.

546

¹¹³⁸ ZK OR-DORNIER, art. 40c N 95.

¹¹³⁹ ZK OR-DORNIER, art. 40c N 98 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 171 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40c N 4.

¹¹⁴⁰ BRUNNER, Haustürgeschäfte, p. 203 ss. Pour un ex., arrêt du TF 4C.120/1999 du 25.04.2000 consid. 2b/dd (renvoi d'un formulaire de commande par le consommateur pour un système d'alarme, besoin de protection situationnel nié).

¹¹⁴¹ En lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général MISCHO, du 12.12.1990, DI PINTO, aff. C-361/89, N 12 : « *le fait que les commerçants (i.e. la personne dont la qualité de consommateur était en l'espèce litigieuse) aient donné leur accord à la visite ne suffit pas, à notre avis, pour conclure qu'elle a été faite <à la demande expresse du consommateur>* ».

¹¹⁴² ZK OR-DORNIER, art. 40c N 95.

- 547 Le rapprochement des législations au niveau de l'UE contribue à relativiser la conception traditionnelle (*supra* N 542 ss). Les effets de l'offre – en particulier son caractère contraignant – peuvent diverger dans les législations nationales des États membres de l'UE. Le recours à une certaine neutralité constitue dès lors un moyen d'envisager plus largement l'application des règles protectrices. Elle évite de se focaliser strictement sur l'échange et sur les effets des manifestations de volonté respectives, qui restent (toujours) régis par les droits nationaux. Ainsi, la **limite stricte** entre le consommateur passif et celui, actif, qui cherche également à obtenir des biens ou des services du professionnel s'atténue fortement, voire disparaît¹¹⁴³. Il ne paraît pas exclu qu'on puisse, dans ce contexte, identifier une intention potentielle de l'UE d'harmoniser la thématique de la « formation du contrat » sous couvert de la réalisation du marché intérieur (*supra* N 409 ss).
- 548 Cette (ré)union progressive des rôles des partenaires contractuels nous semble quoi qu'il en soit confirmer la pertinence de la voie choisie à l'époque par les rédacteurs de l'aCO et du CO en faveur d'un Code unique (*supra* N 16 s.). En 1982, certes en lien avec la pertinence d'une catégorisation dogmatique propre au droit commercial, MERZ affirmait par ailleurs qu'« *ob die handelsrechtlichen Normen – ungeachtet des Entscheides für eine dualistische oder für eine monistische gesetzgeberische Lösung – gegenüber dem bürgerlichen Zivilrecht dogmatischen Eigenwert besitzen, ist umstritten, wird aber mehrheitlich zu Recht verneint* »¹¹⁴⁴. Transposé au droit contractuel de la consommation, le constat de MERZ soulignerait la **nécessité d'une intégration progressive** (comp. *infra* N 2202 ss) des règles de protection du consommateur dans le droit général des obligations, plutôt qu'un développement hors du Code et en tant que droit spécifique basé sur un rôle¹¹⁴⁵, qu'on qualifiera de « fixe », des parties.
- 549 En conséquence, la **neutralité du rôle des parties** (3) devrait peut-être prévaloir.

¹¹⁴³ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 27.

¹¹⁴⁴ MERZ, 1981, p. 18.

¹¹⁴⁵ Ce rôle n'a pas tout à fait la même signification ici que lorsqu'on l'envisage en tant qu'élément du droit de la consommation, *supra* N 218 ss. Il vise spécifiquement la phase de l'échange des manifestations de volonté, singulièrement la phase précontractuelle.

3. Neutralité du rôle des parties

a. Conception

En raison de l'usage de conditions générales, parfois rédigées par un tiers, la conclusion du contrat intervient régulièrement sans réelles négociations (*infra* N 1439). Le **rôle fixe des parties ne peut donc pas (plus) toujours être strictement déterminé** (ex. lien hypertexte suivi par le consommateur à la suite d'une publicité sur un catalogue internet, relations contractuelles préexistantes, etc.)¹¹⁴⁶. 550

Une certaine neutralité dans la formulation, non seulement du rôle des partenaires, mais également du processus de négociations, s'avère plus actuelle¹¹⁴⁷. Elle observe mieux la **pluralité des modalités et techniques (modernes) de conclusion des contrats** (« *Mannigfaltigkeit der Abschlusstechniken* »¹¹⁴⁸). Si le consommateur peut être soit l'auteur de l'offre¹¹⁴⁹, soit son destinataire¹¹⁵⁰, il ne se justifie cependant pas de limiter le concept « contrat de consommation » aux seuls cas où le professionnel est à l'initiative de sa conclusion¹¹⁵¹. La neutralité du rôle des parties au rapport consumériste n'est d'ailleurs pas une nouveauté, mais un **retour à une solution parfois déjà consacrée par le passé**. L'acheteur d'une vente par acomptes et d'une vente avec paiements préalables bénéficiait de son droit de renonciation indépendamment de son initiative des négociations contractuelles¹¹⁵². 551

Dans ce prolongement, la doctrine rappelle le constat, tiré de la pratique, selon lequel les **phases de l'offre et de l'acceptation** ne sont pas toujours strictement 552

¹¹⁴⁶ CO 2020-PROBST, art. 1 N 5 s. ; CO 2020-VOGT, art. 32 N 8.

¹¹⁴⁷ Dans ce sens, SCHULZE/ZOLL, p. 113 : « *a further consequence of the directives concerns an extension of the boundaries of conclusion of contract beyond the traditional focus of offer and acceptance* ».

¹¹⁴⁸ MEDICUS/PETERSEN, N 394. Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 115.

¹¹⁴⁹ BRUNNER, Haustürgeschäfte, p. 203 : « *es spielt dabei keine Rolle, wer den Antrag i.S.v Art. 3 ff. OR zum Abschluss des Konsumvertrags stellt, der Anbieter oder der Konsument* ».

¹¹⁵⁰ Comp. CARRON, Protection, N 49 : « *en effet, il est courant que la manifestation de volonté émane du professionnel, le consommateur se contentant d'accepter son offre sans pouvoir en discuter le contenu* ».

¹¹⁵¹ Comp. du point de vue de l'application de la règle *in dubio contra stipulatorem* indépendamment de la personne prenant l'initiative de la conclusion du contrat, CO 2020-VOGT, art. 32 N 8.

¹¹⁵² TERCIER, Contrats spéciaux 1995, N 976.

et chronologiquement délimitées de façon certaine (« *gewachsener Vertrag* »)¹¹⁵³. Théoriquement, l'accord des parties continue à reposer sur le principe d'un consentement (« *Konsens* ») plein¹¹⁵⁴. D'éventuelles contradictions ne doivent toutefois pas conduire à adopter la conception d'un contrat dit à formation successive, en particulier en présence d'un droit de révocation légal (comp. *infra* N 1168 ss). Le consentement existe ou n'existe pas¹¹⁵⁵. Sous réserve du cas particulier des vices du consentement, il n'est donc jamais « partiel » ou « incomplet ». Or, pour atteindre ce consentement, le rôle des parties n'est pas déterminant. Il ne devrait l'être non plus dans la conception de la protection du consommateur. Demeurent réservées des interventions plus spécifiques et où la protection doit être (plus) ciblée.

b. Applications

553 Aux termes de l'art. 7 al. 2 CO, la publication d'un catalogue sur Internet ne constitue pas une offre du professionnel, mais tout au plus une **invitation à faire une offre** (ég. *infra* N 1924)¹¹⁵⁶. La commande effectuée par le consommateur sur Internet s'analyse comme une offre consécutive à cet appel d'offre¹¹⁵⁷. En d'autres termes, en matière de commerce électronique¹¹⁵⁸, le rôle du consommateur sera potentiellement souvent celui du pollicitant plutôt que de l'acceptant. Or, faire dépendre la protection de son rôle passif ferait donc parfois fi de son besoin de protection effectif, qui n'est pas limité à sa qualité d'acteur passif. L'affirmation doit être nuancée lorsque la marchandise ou le service se trouvent directement sur le serveur du professionnel ou qui en dépendent

¹¹⁵³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 484 ss. Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 113.

¹¹⁵⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 486 et les réf. citées.

¹¹⁵⁵ MEDICUS/PETERSEN, N 394 : « *aber diese Unterschiede betreffen nicht das rechtlich Wesentliche : Immer kommt der Vertrag durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande* » ; ROSENTHAL, p. 322 : « *der Konsens ist der Zustand, der entsteht, wenn die Parteien miteinander übereinstimmend Willenserklärungen austauschen: Sie erklären einander gegenseitig, dass sie miteinander einen Vertrag mit einem bestimmten Inhalt abschliessen wollen – und sind sich somit <einig>* ».

¹¹⁵⁶ CR CO I-MORIN, art. 7 N 3, 5 et 8.

¹¹⁵⁷ MARCHAND, Commerce électronique, N 6. Plus nuancés, mais du même avis, WEBER/WOLF, N 16 : « *immerhin scheint die Annahme gerechtfertigt zu sein, dass das Anbieten nicht wörtlich im Sinne des OR zu verstehen ist. Ein Anbieten namentlich etwa auf einer Website kann den Umständen entsprechend auch als blosser Einladung zur Antragsstellung (invitatio ad offerendum) verstanden werden* ».

¹¹⁵⁸ Comp. pour la neutralité du rôle des parties en droit allemand dans le commerce électronique, BROX/WALTER, § 8 N 191a.

(ex. téléchargement d'un logiciel, musique, e-book). Sauf réserves expresses (art. 7 al. 1 CO), il s'agit alors d'une offre contraignante du professionnel, par analogie avec ce qui vaut pour l'exposition de marchandises avec indication du prix (art. 7 al. 3 CO)¹¹⁵⁹. Dans ce cas également, l'éventuel besoin de protection du consommateur ne résulte pas automatiquement de sa position passive, mais bien plus du fait qu'il achète un bien ou un service dont il n'a pas « physiquement » accès avant la perfection du contrat.

En outre, à l'art. **120 LDIP**, la protection du consommateur s'envisage également indépendamment du rôle des parties. Les références larges du texte de la disposition à l'offre, à la publicité et à l'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat par le consommateur (art. 120 al. 1 let. b LDIP) le confirment à notre avis.

En **droit allemand**, les consommateurs (§ 13 BGB) ne sont en outre pas exclusivement les personnes sises du côté de la demande. Ils peuvent même être du côté de l'offre et, partant, intervenir en tant que fournisseur de biens et services¹¹⁶⁰.

La **Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs** couvrirait également les cas où le consommateur est le fournisseur des biens ou des services (« *umgekehrter Verbrauchervertrag* »)¹¹⁶¹. Effectivement, le recours à une formulation neutre permet peut-être de lever des obstacles à l'unification des règles sur la formation du contrat, en particulier des contrats de consommation, tout en ménageant les sensibilités nationales des Etats concernés.

Si le consommateur est soit l'auteur de l'offre, soit le destinataire de l'acceptation, il **doit cependant demeurer, par principe, la partie obtenant des biens ou des services** à des fins privées ou étrangères à une activité commerciale ou professionnelle. La position – active ou passive – du consommateur dans la phase de conclusion du contrat doit donc être opposée à

¹¹⁵⁹ ROSENTHAL, p. 323 s.

¹¹⁶⁰ Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 41 : « [...] *Verbraucher iSv § 13 sind also nicht nur Nachfrager, sondern können auch Anbieter von Waren und Leistungen sein* [...] ». L'auteur donne ensuite l'ex. d'un locataire privé. Ces développements peuvent être mis en lien avec la question du « *prosumer* », soit du consommateur qui se comporte comme un professionnel (ex. location par le biais d'Airbnb), CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 136. Comp. Kommentar UWG-HEISS, art. 8 N 145 ss.

¹¹⁶¹ ECL-HELLWEGE, Appendix II to art. 2:501, N 24 et sa réf. à l'article de MAUME, *Der Umgekehrte Verbrauchervertrag*, in : NJW 2016/1041. Comp. ECL-HELLWEGE, Appendix to art. 2:504, N 4.

sa position généralement « passive » dans la relation contractuelle du point de vue de la destination de la prestation contractuelle. On ne peut toutefois définitivement exclure que, dans certaines situations particulières, un besoin de protection du consommateur fournissant un bien ou un service à un professionnel existe également (par ex. en cas de fourniture d'énergie photovoltaïque au moyen de panneaux installés sur la maison du consommateur). Le développement de la technologie Blockchain et des Smart Contracts pourrait même accroître le nombre de ces relations « de consommation » particulières (« C2B »)¹¹⁶².

558 Il sied encore de relever que certains projets, en particulier CO 2020 (cf. art. 1 CO 2020), observent le fait que le processus de négociation contractuel moderne est moins défini que l'échange traditionnel strict d'une offre et d'une acceptation (comp. art. II.-4 :211 DCFR [*« contracts not concluded through offer and acceptance »*])¹¹⁶³. En sus d'une certaine « confusion » des rôles, c'est également le **processus d'échange des manifestations de volonté en tant que tel qui paraît se standardiser**.

c. Proposition

559 *De lege ferenda*, il faudrait peut-être **abandonner l'exception** selon laquelle le droit de révocation n'est pas applicable lorsque l'initiative des négociations revient expressément au consommateur (cf. art. 40c let. a CO). C'est plutôt le contexte situationnel particulier que l'initiative proprement dite de l'entame des négociations qui fonde la protection de l'acquéreur. L'exception ne correspond d'ailleurs plus à l'approche du droit de l'UE (pour une exception, art. 16 let. h Directive relative aux droits des consommateurs)¹¹⁶⁴. L'absence d'un droit de révocation ne saurait de toute manière, à elle seule, empêcher de qualifier la relation contractuelle en tant que contrat de consommation. Ce droit reste un moyen de protection consumériste ponctuel, dont la seule inexistence n'empêche pas que la protection intervienne par d'autres moyens spécifiques, à l'instar du contrôle des conditions générales abusives (art. 8 LCD).

560 La qualification d'une relation en tant que contrat de consommation devrait ainsi être **indépendante du rôle de pollicitant ou d'acceptant** du consommateur. La distribution des rôles « contractuels » est également

¹¹⁶² HUG, La protection du consommateur face aux nouvelles technologies, N 41 s.

¹¹⁶³ La teneur de l'art. 1 al. 3 CO 2020 est la suivante : « *l'accord des parties peut soit résulter de l'acceptation d'une offre, négociée ou non, soit être obtenu autrement* ».

¹¹⁶⁴ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 175.

insignifiante dans le contexte procédural¹¹⁶⁵. En outre, l'art. 97 Cst. ne justifie vraisemblablement pas de limiter la protection aux cas où le rôle des parties est fixe. Du point de vue pratique, on ne saisit d'ailleurs que difficilement pourquoi le consommateur pourrait révoquer « *son offre* » (art. 40b CO), mais que ce droit est exclu s'il a « *expressément demandé les négociations* » (art. 40c let. a CO). Pour le consommateur, une telle distinction n'est pas limpide.

Pareille limitation ne figure finalement pas non plus dans la **législation sur le crédit à la consommation**, alors même que le droit de révocation consacré (art. 16 LCC) est susceptible d'entrer en concours avec celui instauré en matière de démarchage à domicile (*infra* N 1101 ss). Dès lors, comment justifier la distinction entre la demande expresse de négociations du consommateur, qui le prive de droit de révocation dans le second cas, alors qu'il pourrait toujours disposer d'un droit de révocation dans le premier, même en cas d'initiative expresse des négociations ?

561

Il nous paraît à ce stade utile de procéder à une **synthèse (D)**.

562

D. Synthèse

Nos développements ci-dessus sont intervenus en rapport avec **l'étendue et l'identification générale du concept** (1) « contrat de consommation » et le rôle des parties, singulièrement dans la phase de l'échange des manifestations de volonté (2).

563

1. Etendue et identification générale du concept

Conceptualiser le « contrat de consommation » par l'approche horizontale suppose de garder à l'esprit une **double difficulté**. Premièrement, la notion se définit par ses acteurs, alors que le droit matériel et le droit formel connaissent des acceptions potentiellement différentes de la notion même de consommateur

564

¹¹⁶⁵ BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 11. Saisie d'un litige en lien avec l'application de l'art. 11 al. 2 de l'ancienne Directive 87/102/CEE, la CJCE a par ex. considéré que « [...] *il importe peu que l'action ait été introduite, comme en l'espèce, par la société de financement et non par la consommatrice, dès lors que des droits peuvent être indifféremment invoqués par voie d'action ou par voie d'exception* » (CJCE, 07.03.1996, EL CORTE INGLÉS, aff. C-192/94, N 7).

et, partant, du contrat de consommation (*supra* N 498 ss)¹¹⁶⁶. Deuxièmement, le « contrat de consommation » n'est pas un type de contrat spécifique. Selon la constellation (parties, finalité privée, normes applicables), chaque convention privée – même innommée – peut revêtir cet habit¹¹⁶⁷.

565 Actuellement, l'assise horizontale du « contrat de consommation » n'est pas uniquement la partie générale du CO, mais elle se situe **à la fois au sein des règles générales et des règles spéciales**. Si la précision semble théorique, il est important de garder à l'esprit que le rattachement choisi se traduit en une approche différente s'agissant de la manière d'aborder la protection du consommateur, respectivement de la partie faible, notamment sous l'angle des règles générales sur la formation du contrat.

2. Rôle des parties dans la phase d'échange des manifestations de volonté

566 Le rôle des parties dans la phase d'échange des manifestations de volonté ne devrait **pas être déterminant** dans la qualification de la convention considérée en tant que contrat de consommation. L'absence d'un droit de révocation pour les cas où le consommateur est l'initiateur exprès des négociations ne suffit pas à enlever cette qualification à la relation entre parties. Les moyens de protection ne devraient d'ailleurs pas être écartés du seul fait du constat d'un rôle fixe du consommateur au stade précontractuel. Actuellement, en Suisse, ce rôle fixe reste pourtant en mesure d'exclure la protection dans le contexte des dispositions relatives au démarchage à domicile (cf. art. 40c let. a CO).

567 En revanche, le rôle des parties peut **toujours être considéré comme fixe lorsqu'on le rattache à la prestation caractéristique du contrat**. Dans la très grande majorité des rapports consuméristes, le professionnel est la partie fournissant la prestation caractéristique. De son côté, le consommateur ou l'utilisateur est la partie qui emploie ou sollicite des biens ou des services à des fins privées¹¹⁶⁸. En d'autres termes, la neutralité du rôle des parties vise moins

¹¹⁶⁶ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 64 précise que cette dualité revient à admettre qu'il n'existe pas une catégorie des contrats de consommation, mais plutôt un but de protection accru dans certaines situations.

¹¹⁶⁷ FAVRE, N 472 : « certains contrats présentent toutefois des critères matériels et personnels ; ainsi, pour les contrats de consommation, les critères personnels sont le fait que le contrat de consommation est conclu entre un consommateur et un professionnel. La définition du professionnel dépend du contexte commercial du contrat concerné [...] ».

¹¹⁶⁸ ATF 121 III 336, consid. 5d = JdT 1996 I 78.

le « rôle » des parties du point de vue de la fourniture, respectivement de la réception, de la prestation contractuelle.

Nous rejoignons ainsi les définitions du contrat de consommation que l'on rencontre dans la doctrine. Pour MORIN, le contrat de consommation est précisément celui par lequel le professionnel « *s'oblige à exécuter une prestation matérielle (livraison d'une chose) ou personnelle (fourniture d'un service) rentrant dans le cadre de ses activités professionnelles, pour satisfaire principalement les besoins personnels ou familiaux d'un consommateur* »¹¹⁶⁹.

568

En définitive, l'élément déterminant n'est pas tant la fonction de pollicitant, respectivement d'offrant, de chaque partie au stade précontractuel, que la finalité du contrat de consommation. Nous le verrons, elle se détermine de façon objective et concrète (*infra* N 594 ss). Dans le prolongement de l'approche horizontale, **l'approche structuraliste téléologique** affine l'analyse (III)¹¹⁷⁰ ; elle est précisément liée à l'examen de la finalité de la relation contractuelle consumériste, qu'elle soit actuelle ou prospective.

569

III. Approche structuraliste téléologique

A. Notion

1. Définition

a. But privé de l'usage du bien ou service

L'approche structuraliste téléologique décrit l'application de la théorie de la finalité (« *Zwecktheorie* ») à la relation dont la qualification comme contrat de consommation est examinée¹¹⁷¹. La recherche de la finalité – du but – du contrat

570

¹¹⁶⁹ BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 597 ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 71 renvoie à l'ATF 121 III 336, consid. 5d = JdT 1996 I 78 mais sans insister, à juste titre, sur l'importance d'un rôle fixe des parties lors de la phase de l'offre pour la qualification en tant que contrat de consommation.

¹¹⁷⁰ BRUNNER, Konsumverträge, p. 12 s. ; CARRON, Protection, N 15 ; PICHONNAZ, Difficile équilibre, p. 326.

¹¹⁷¹ Comp. BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 4 s. et les réf. citées.

justifie l'utilisation du terme « téléologique ». Le terme « structuraliste » renvoie au déséquilibre structurel entre les contractants (comp. *supra* N 206)¹¹⁷². L'élément déterminant pour l'identification du contrat de consommation est ainsi le **but privé de l'usage de la prestation contractuelle (bien ou service) par le consommateur**.

b. Critère économique fonctionnel

571 L'approche structuraliste téléologique se fonde sur un critère économique fonctionnel¹¹⁷³ ; l'analyse se rattache à la **fonction économique** que poursuit le consommateur en contractant¹¹⁷⁴. Le contrat de consommation est celui qui est passé entre un professionnel et un consommateur et qui porte sur des prestations destinées exclusivement ou principalement à un usage privé, c'est-à-dire non artisanal, non commercial, non libéral ou non professionnel du consommateur¹¹⁷⁵. Si l'on retrouve, il est vrai, des éléments d'ores et déjà abordés sous l'angle de l'approche horizontale (*supra* N 511 ss), à l'instar de la définition du contrat de consommation, l'approche structuraliste téléologique affine, cela dit, la conceptualisation.

572 En effet, en se focalisant sur le but contractuel poursuivi, ce n'est plus l'individualisation du concept « contrat de consommation » dans l'ordre juridique civil qui est prioritairement recherchée. Il s'agit bien plus de déterminer si une relation contractuelle individuelle et concrète, *a priori* envisagée en tant que contrat de consommation, se vérifie effectivement. En ce sens, le **degré d'abstraction est moindre**. L'approche structuraliste téléologique peut ainsi être considérée comme étant le vecteur de la transition entre la conceptualisation stricte du contrat de consommation en application de l'approche horizontale (*supra* N 511 ss) et l'identification, pour ainsi dire, définitive du contrat de consommation (*infra* N 665 ss). Comme tout concept

¹¹⁷² PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 60 retient que « *l'approche structuraliste ne fait donc de sens que si elle correspond aux buts visés par le droit contractuel de la consommation* ».

¹¹⁷³ BSK IPRG-BRUNNER, art. 120 N 5 ; FORNAGE, Mise en œuvre, N 47 ss et 77 : « *en d'autres termes, le contractant revêt ou non la qualité de consommateur en fonction du but qu'il poursuit lors de la conclusion du contrat* » ; PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 60 ; UMULISA MUSABY, p. 64. Pour le droit allemand, Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 41 ss.

¹¹⁷⁴ FORNAGE, Mise en œuvre, N 69 ss effectue par ailleurs son analyse de la nécessité d'une définition unifiée du consommateur contractant au travers d'un critère matériel, d'un critère fonctionnel et d'un critère personnel ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 61.

¹¹⁷⁵ BSK IPRG-BRUNNER, art. 114 N 7 ; KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 12 ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 74.

théorique, l'approche n'a cependant de sens que si elle sert, directement ou indirectement, à la pratique quotidienne du droit.

C'est l'occasion de présenter la **position du TF (c)** à ce sujet.

573

c. Position du Tribunal fédéral

En écho aux définitions légales du contrat de consommation (comp. *infra* N 666 ss), le TF adopte également la théorie de la finalité dans la détermination de l'existence d'un contrat de consommation. Le recours au critère de la finalité lui permet par exemple de catégoriser en tant que tel le contrat de **leasing** portant sur un bien de consommation (« *Konsumgut* »), à savoir précisément destiné à des fins privées¹¹⁷⁶.

574

Sous l'angle du droit formel, en application de l'art. 13 aCL, la Haute Cour a également considéré comme déterminant le fait de savoir dans quel but, privé ou professionnel, le contrat avait été conclu. Seules les **affaires privées entre un consommateur et un donneur d'offres commerciales** sont dès lors soumises à la réglementation spéciale¹¹⁷⁷. La position du TF était la même en application de l'art. 22 aLFors¹¹⁷⁸, étant précisé que le contrat devait alors déjà porter sur une prestation de consommation courante, critère que l'on retrouve désormais expressément aux art. 32 CPC et 120 LDIP (*infra* N 811 ss).

575

Se fondant plus spécifiquement sur le **critère légal de la prestation de consommation courante** (*infra* N 811 ss), le TF (dé)limite parfois le champ d'application des règles protectrices du droit contractuel de la consommation en référence à un montant en francs suisses¹¹⁷⁹. En outre, dans le contexte de l'interprétation d'un contrat de crédit à la consommation, la Cour suprême paraît lier la limite précise du montant du crédit mentionné à l'art. 7 al. 1 let. f LCC

576

¹¹⁷⁶ Arrêt du TF 4A_404/2008 du 18.12.2008, consid. 4.1.1 : « *wird ein entgeltlicher (Miet-) Vertrag über ein Konsumgut von einem Privaten mit einem gewerblichen Anbieter geschlossen, liegt ein Konsumentenvertrag bzw. ein Verbrauchervertrag vor* ».

¹¹⁷⁷ ATF 121 III 336, consid. 5e/dd = JdT 1996 I 78.

¹¹⁷⁸ ATF 132 III 268, consid. 2.2.2 = JdT 2006 I 564.

¹¹⁷⁹ Par ex. arrêt du TF 4A_432/2007 du 08.02.2008, consid. 4.2.3 : « *En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner si une voiture est un objet de consommation courante au sens de l'art. 22 LFors. En effet, même en admettant que tel est le cas, encore faut-il tenir compte de la valeur du véhicule. Or, celle-ci s'élève en l'occurrence à plus de 190'000 fr., ce qui sort manifestement du cadre de la consommation courante. On ne discerne d'ailleurs pas le besoin particulier de protection sociale de l'acquéreur d'une voiture de luxe* ». MARCHAND, Droit de la consommation, p. 20 s.

(Fr. 80'000.-) avec la définition même du critère de la prestation de consommation courante¹¹⁸⁰. Une partie de la doctrine approuve l'idée d'un tel rapprochement¹¹⁸¹, qui est source de sécurité et de prévisibilité juridiques. Le risque demeure celui d'une conception « forfaitaire » – donc potentiellement trop rigide ou abstraite – de la protection.

577 Quelle est la **nature de l'analyse** (2) de la finalité particulière du contrat de consommation ?

2. Nature de l'analyse

a. Finalité et interprétation du contrat

578 En tant qu'élément de la volonté des parties, la **finalité du contrat de consommation** (« *Vertragszweck* ») se détermine d'après les méthodes habituelles¹¹⁸². Par l'interprétation téléologique, le but du contrat renseigne l'interprète sur les intentions respectives des parties¹¹⁸³ et le contenu du contrat¹¹⁸⁴, en particulier le sens à donner à une formulation contractuelle litigieuse¹¹⁸⁵.

579 Envisagée sous l'angle de la protection du consommateur, la détermination de la finalité **devrait être objective et concrète** (*infra* N 594 ss), tout en continuant à relever de l'interprétation contractuelle (« *Vertragsauslegung* »). Spécifiquement dans le contexte de l'interprétation objective, le TF a par ailleurs déjà considéré que la qualification juridique (sur le lien entre la finalité

¹¹⁸⁰ Arrêt du TF 4A_432/2007 du 08.02.2008, consid. 4.2.2 (partiellement publié aux ATF 134 III 218). MARCHAND, Droit de la consommation, p. 21 ; PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 53.

¹¹⁸¹ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 53 propose d'établir comme présomption qu'un montant inférieur à Fr. 80'000.- constitue un contrat portant sur une prestation de consommation courante.

¹¹⁸² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 1204 ss ; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 410 précisent que la finalité, qui est en même temps un moyen d'interprétation (« *Auslegungsmittel* », N 416 ss), se détermine elle-même par interprétation ; BK OR-KRAMER, art. 18 N 35 ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 149 ss ; OFTINGER, Betrachtungen, p. 194 s. rappelle que le but économique du contrat est un moyen de l'interprétation (« *Mittel der Auslegung* »). Sur la distinction entre « *Auslegungsmittel* » et « *Auslegungsregeln* », HUGUENIN, Obligationenrecht, N 286 ss.

¹¹⁸³ CR CO I-WINIGER, art. 18 N 37.

¹¹⁸⁴ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 416.

¹¹⁸⁵ ATF 129 III 702, consid. 2.4.1 = JdT 2004 I 535.

et la qualification du contrat, *infra* N 580 ss) dépendait du sens et du but d'un contrat¹¹⁸⁶.

b. Finalité et qualification du contrat

La détermination de la finalité doit être **distinguée du processus de qualification juridique d'un contrat**. Contrairement à la qualification du contrat (par ex. en tant que contrat de vente ou d'entreprise), laquelle est détachée de la volonté des parties¹¹⁸⁷, la finalité se rattache au but poursuivi par celles-ci et dont ne dépend qu'indirectement l'application de règles protectrices. D'après le TF, le but commun des parties (« *gemeinsame Zweckverfolgung* ») semble parfois relever de la constatation de la volonté réelle des parties, en tant que question de fait¹¹⁸⁸.

Procéder à la recherche de la finalité revient à **confirmer, respectivement à infirmer, la typicité consumériste** d'un contrat dont la qualification juridique – la nature juridique (« *Rechtsnatur* »¹¹⁸⁹) – et la conséquence de l'application de règles protectrices interviennent de façon « pleinement » objective (extérieure à la volonté des parties). Par exemple, lorsque la finalité

¹¹⁸⁶ ATF 125 III 305 consid. 2b : « *dans l'interprétation objective, la jurisprudence actuelle n'attache plus une importance décisive au fait que les parties ont utilisé une expression juridique précise (arrêt non publié du 9 juillet 1998 dans la cause 4C.436/1997 consid. 2). En effet, la qualification juridique dépend du sens et du but d'un contrat et l'art. 18 al. 1 CO prescrit clairement qu'il ne faut pas s'arrêter aux dénominations peut-être inexactes que les parties ont employées* ».

¹¹⁸⁷ GAUCH, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*, p. 220 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1038. Cf cep. ATF 94 II 122, consid. 3 : « *les parties sont en désaccord sur la qualification du contrat. Vu l'art. 18 CO, il convient de rechercher leur réelle et commune intention, sans s'arrêter aux expressions inexactes dont elles ont pu se servir* » ; ATF 76 II 154 consid. 1 ; arrêt du TF 4A_592/2016 du 16.03.2017 consid. 2.1.

¹¹⁸⁸ Arrêt du TF 4A_284/2013 du 13.02.2014 consid. 3.2 : « *die Feststellung des tatsächlichen, wirklichen Parteiwillens, wozu namentlich auch der Wille zur gemeinsamen Zweckverfolgung gehört (Urteil des Bundesgerichts 4A_21/2011 vom 4. April 2011 E. 3.1), beschlägt eine Tatfrage bzw. die Sachverhaltsfeststellung (BGE 126 III 375 E. 2e/aa S. 379) und ist daher vom Bundesgericht grundsätzlich nicht überprüfbar (Art. 105 Abs. 1 BGG; vgl. E. 1.2 hiervor)* ». Comp. arrêt du TF 4A_21/2011 du 04.04.2011 consid. 3.1 (relatif à l'*animus societatis* en lien avec une société simple). Vraisemblablement *contra*, ATF 125 III 305 consid. 2b.

¹¹⁸⁹ GAUCH, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*, p. 220 ; HADZIMANOVIC, p. 122 rappelle que le résultat de l'interprétation doit observer les particularités d'un certain type de contrat (par ex. vente, mandat) ou la nature atypique d'un contrat, le résultat devant néanmoins toujours être approprié (« *sachgerecht* »).

consument (but) du contrat de vente (qualification) est donnée¹¹⁹⁰, la loi prévoit des conséquences spécifiques (cf. art. 210 al. 4 CO).

582 La différence entre la détermination de la finalité du contrat et sa qualification juridique réside dans une appréciation à tendance « objective-concrète » dans le premier cas et « objective-abstraite » dans le second. Les **conséquences pratiques** de la distinction ne devraient cependant pas être surestimées¹¹⁹¹. La recherche de la finalité du contrat de consommation devrait, à l'instar de la qualification du contrat, toujours s'envisager en tant que question de droit (comp. *infra* N 649 ss). Les deux sont, en effet, susceptibles d'entraîner l'application de règles impératives, potentiellement au détriment de l'une des parties. C'est ce qui justifie une approche similaire, détachée de la seule volonté intime des parties.

583 Comment se **détermine la finalité** (B) ?

B. Détermination de la finalité

584 En Suisse¹¹⁹², il est **controversé** de savoir si la finalité de l'acte juridique bilatéral dont résulte le rôle de consommateur se détermine de façon subjective

¹¹⁹⁰ Comp. GAUCH, Auslegung, Ergänzung und Anpassung, p. 220 : « je nach dem vereinbarten Vertragsinhalt handelt es sich um einen bestimmten Nominat- oder Innominatkontrakt ».

¹¹⁹¹ Comp. ATF 122 III 10, consid. 3 : « nicht geäußert haben sich die kantonalen Gerichte zur rechtlichen Einordnung der vertraglichen Abmachung, womit sich die Beklagte verpflichtet hat, auf erstes Verlangen eines Hinterlegers das Stammgeleise auf ihrem Grundstück auf eigene Kosten zu erstellen. Die Frage, welchem Vertragstypus eine solche Vereinbarung zugehört, ist zwar für den Ausgang des Verfahrens letztlich nicht von Bedeutung. Die Einordnung vermag jedoch die Interessenlage der Parteien zu verdeutlichen » ; KGer SG BZ.2006.83 du 16.10.2007, consid. IV 2 : « dies heisst jedoch nicht, dass dem Parteiwillen in Bezug auf die Qualifikation des streitigen Rechtsverhältnisses schlechthin keine Bedeutung zukäme : Ausgangspunkt jeder Vertragsauslegung - und somit auch der vorliegenden - ist der wirkliche Wille der Parteien (vgl. auch Urteil, 9 Erw. II.2) ».

¹¹⁹² En Allemagne, même si la doctrine se prononce plus avant sur la détermination subjective ou objective de la finalité, le BGH n'a apparemment jamais véritablement tranché la question. La Cour de Justice ne s'est pas non plus prononcée sur la question de savoir si la finalité suit des critères strictement objectifs ou intervient en fonction du principe de la confiance (« *Verständnishorizont* »), c'est-à-dire en fonction de la compréhension du comportement (au sens large) du consommateur par un professionnel raisonnable et honnête placé dans les mêmes circonstances. Pour ces développements, Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 42 et MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 36 ss. Sur l'application du principe de la confiance en général, TERCIER/PICHONNAZ, N 196 et 948.

ou objective¹¹⁹³. La finalité ne concernerait pas le contenu du contrat en tant que tel, mais les motifs – la base subjectivement nécessaire (cf. art. 24 al. 1 ch. 4 CO) – qui poussent le consommateur à contracter¹¹⁹⁴. Les parties, en particulier le consommateur, n'ont en outre pas à révéler à l'autre la motivation qui les pousse à conclure le contrat¹¹⁹⁵.

Pour la détermination de la finalité, nous commencerons par effectuer un **lien avec les points essentiels du contrat de consommation** (1).

585

1. Lien avec les éléments essentiels du contrat de consommation

L'approche structuraliste téléologique soulève la question de l'**articulation de la finalité avec le contenu nécessaire du contrat** (cf. art. 2 CO)¹¹⁹⁶. L'interprétation du contrat suppose d'ailleurs qu'un consensus existe¹¹⁹⁷, ce qui est le cas lorsque les parties se sont mises d'accord sur les points objectivement et subjectivement essentiels du contrat (art. 1 et 2 CO)¹¹⁹⁸. Il s'agit donc de vérifier comment se positionne la finalité particulière de la relation consumériste au stade de l'examen du contenu minimal exigé pour la conclusion du contrat¹¹⁹⁹.

586

¹¹⁹³ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 70 : « *auch im Konsumentenrecht kann sich die Frage stellen, ob der Geschäftszweck, von dem die Verbrauchereigenschaft abhängt, subjektiv oder objektiv zu bestimmen ist. In der Literatur ist die Frage umstritten. Die schweizerischen Gerichte mussten sich – soweit ersichtlich – mit einer solchen Abgrenzungsfrage noch nicht beschäftigen* ». Comp. ATF 133 III 295, consid. 7.2 = JdT 2008 I 60 (rendu en application de l'aCL, approche restrictive de la notion de « consommateur ») : « *die Frage, ob eine Person die Verbrauchereigenschaft besitzt, muss nach der Stellung dieser Person innerhalb des konkreten Vertrags in Verbindung mit dessen Natur und Zielsetzung und nicht nach der subjektiven Stellung dieser Person beantwortet werden* ».

¹¹⁹⁴ CR CO I-MORIN, art. 1 N 74.

¹¹⁹⁵ BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 23-27 OR, N 137, en part. : « *Wer eine Wohnung kauft, braucht dem anderen die Motive, die ihn zum Vertragsschluss bewegen, nicht darzulegen* ».

¹¹⁹⁶ MORIN, art. 2 CO, p. 463 s.

¹¹⁹⁷ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 5 et 24.

¹¹⁹⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 308, 321 et 326 ; CR CO I-WINIGER, art. 18 N 18. Dans ce sens déjà, ATF 41 II 252, consid. 3 : « *nun genügt die Nichtübereinstimmung des inneren Willens freilich nicht, um nach Art. 1 ff. OR den Nichtabschluss eines Vertrages anzunehmen. Allein es fehlt hier auch der – nur scheinbar vorhandene – äussere Konsens* ».

¹¹⁹⁹ HUGUENIN, Obligationenrecht, N 256 ; CR CO I-MORIN, art. 2 N 1.

a. Élément objectivement essentiel

587 Il ne nous paraît pas limpide que la finalité soit considérée comme un élément objectivement essentiel du contrat de consommation. En effet, elle ne se **rapporte généralement pas aux obligations principales des parties**¹²⁰⁰, mais au but particulier du contrat poursuivi par les parties. Contrairement à l'identification du rôle respectif des parties – par exemple vendeur ou acheteur – ou au contenu de la prestation contractuelle – par exemple détermination de la chose vendue et son prix – un accord sur la finalité ne semble donc pas nécessairement indispensable à la conclusion du contrat¹²⁰¹.

588 Cela dit, on pourrait tout de même considérer que la finalité est un point objectivement essentiel du contrat **si l'on retient qu'un tel point d'un contrat nommé est décrit dans la définition légale du contrat en cause**¹²⁰². Face à un contrat de consommation, cette finalité sera d'ailleurs souvent directement envisagée par la norme protectrice en cause (sur les conceptions légales de la finalité, *infra* N 666 ss). Il est vrai, pour un contrat de consommation innommé, cette conclusion est plus difficilement défendable. En particulier, il ne paraît pas approprié de fixer ce même raisonnement sur la base d'une application générale de l'art. 8 LCD. Cette disposition ne contient qu'une définition indirecte (*infra* N 716) du contrat de consommation, qui concerne l'examen du caractère abusif des clauses préformulées du point de vue du contrôle de contenu (*infra* N 1769 ss).

b. Élément subjectivement essentiel

589 Il reste également envisageable d'appréhender la finalité en tant qu'élément subjectivement essentiel, à tout le moins pour le consommateur, dans la mesure où il en découlerait l'application d'une réglementation protectrice. Il s'agit toutefois d'une **construction artificielle**. Il est difficile de soutenir que l'application de ces règles serait pour le consommateur, une condition *sine qua non* de son engagement¹²⁰³. Il ignore d'ailleurs régulièrement l'existence même des moyens de protection découlant le cas échéant de la finalité particulière de

¹²⁰⁰ CR CO I-MORIN, art. 2 N 2.

¹²⁰¹ Développements sur la base de CR CO I-MORIN, art. 2 N 2 ss. Sur les points objectivement essentiels et la controverse quant à ce qui constitue véritablement un élément objectivement essentiel, HUGUENIN, Obligationenrecht, N 258 s. et ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 620 ss.

¹²⁰² MORIN, art. 2 CO, p. 464.

¹²⁰³ CR CO I-MORIN, art. 2 N 5.

la relation, ce que les devoirs d'information et les prescriptions de forme à charge du professionnel visent précisément à pallier.

Néanmoins, la finalité pourrait parfois représenter la **base subjectivement nécessaire** poussant l'une des parties à contracter (comp. art. 24 al. 1 ch. 4 CO)¹²⁰⁴. En ce sens, elle constitue le but particulier, visé non seulement par le consommateur mais également par le professionnel, et dont il résulte un besoin de protection reconnu normativement. Il nous paraît donc possible de considérer que la finalité peut constituer un point subjectivement essentiel pour l'un des contractants. Le défaut d'accord à son sujet pourrait alors conduire à l'inexistence du contrat. Une certaine prudence semble cependant de mise, les règles de protection du consommateur demeurant d'application impérative.

Le recours à une **certaine objectivisation** paraît **nécessaire** (2). 591

2. Nécessité d'une certaine objectivisation

La finalité privée du contrat de consommation est un **critère dont la réalisation entraîne l'application de règles légales impératives ou semi-impératives** (par ex. art. 8 LCD ou 120 LDIP). Au stade de l'examen de l'accord des volontés et de l'interprétation, cette finalité devrait se déterminer de façon objective et concrète, et non pas strictement « subjective »¹²⁰⁵. 592

Il est utile d'approfondir le besoin de recourir à des **critères objectifs et concrets** (a), l'application des règles protectrices (b), ainsi que l'aspect individuel et collectif de la protection du consommateur (c). Nous concluerons en rappelant les limites indispensables à cette objectivisation du point de vue du droit des obligations (d), et procéderons encore à des développements complémentaires (e). 593

a. Critères objectifs et concrets

La détermination de la finalité du contrat de consommation devrait s'effectuer **de façon objective, tout en demeurant la plus concrète – individuelle –** 594

¹²⁰⁴ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 407 ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 74. Sur le lien entre l'art. 2 al. 1 CO et, en particulier les règles sur l'erreur, MORIN, art. 2 CO, p. 468.

¹²⁰⁵ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 44 : « *insofern besteht auch im deutschen Schrifttum Einigkeit, als die Verbraucherrolle nicht disponibel ist* » et « *der zwingende Charakter des Verbraucherrechts setzt einer Beeinflussbarkeit des Verbraucherbegriffs durch die Parteien Grenzen* ».

possible¹²⁰⁶. La volonté interne d'une partie ne devrait pas être déterminante dans la qualification de la finalité privée de l'acte de consommation¹²⁰⁷, sauf dans l'hypothèse où, d'après l'ensemble des circonstances¹²⁰⁸, cette volonté peut être identifiée¹²⁰⁹ clairement et sans équivoque par l'autre partie¹²¹⁰.

595 Mais, même en pareille hypothèse, on passe nécessairement par une phase d'objectivisation de la volonté. Peu importe, en outre, que le consommateur exprime la finalité de l'acte envisagé, respectivement conclu, de manière explicite ou par actes concluants, dès lors que sa volonté est reconnaissable par un professionnel raisonnable et de bonne foi¹²¹¹. Il suffit ainsi que le consommateur communique ou démontre à son partenaire contractuel, de façon

¹²⁰⁶ Comp. CARRON, Protection, N 51 : « en conclusion, lorsque survient un litige sur l'interprétation d'un contrat, le consommateur sera bien inspiré de relever toutes les circonstances concrètes établissant les déséquilibres informationnel et structurel entre le professionnel et lui-même » ; STEHLE, p. 263.

¹²⁰⁷ En application de la Convention de Bruxelles, CJCE, 03.07.1997, BENINCASA, aff. C-269/95, N 16 : « [...] en rapport avec la nature et la finalité de celui-ci (i.e. le contrat en cause), et non pas la situation subjective de cette personne ». Comp. ATF 133 III 295, consid. 7.2 = JdT 2008 I 60.

¹²⁰⁸ Par ex., du point de vue de la qualification du contrat pour des personnes rompues en affaires, ATF 113 II 434, consid. 3a = JdT 1988 I 185 : « la dénomination utilisée par le contrat n'est pas déterminante (art. 18 CO) à moins qu'on ne doive admettre, dans certains milieux d'affaires, qu'elle a été utilisée dans son sens juridique [...] » ; ATF 48 II 227, consid. 2 : « ist auch die Bezeichnung eines Rechtsgeschäfts seitens der Parteien für die Bestimmung seiner juristischen Natur nicht ohne weiteres massgebend (Art. 18 OR), so muss ihr doch dann wesentliche Bedeutung beigemessen werden, wenn die Parteien geschäftsgewandte Personen sind, bei denen eine gewisse Vertrautheit mit der Terminologie des Gesetzes vorausgesetzt werden darf ».

¹²⁰⁹ Comp. SHK CISG-HURNI, art. 8 N 3 : « zunächst ist der wirkliche (tatsächliche, innere) Wille des Erklärenden dann massgebend, wenn der Erklärungsempfänger ihn kennt » et N 4 « zum andern ist der Erklärungsempfänger in seinem Vertrauen auf den objektiven Erklärungsgehalt auch dann nicht zu schützen, wenn er den wirklichen Willen des Erklärenden zwar nicht erkannt hat, aber <darüber nicht in Unkenntnis sein konnte> » ; VOGENAUER, Auslegung, p. 137.

¹²¹⁰ Par ex. ATF 105 II 16, consid. 3c. KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 70, en part. ndbp n°283 ; Staudinger/KANNOVSKI, § 13 N 42. Certes dans un autre contexte, le TF a par ailleurs déjà retenu qu'une volonté du *de cuius* exprimée sans équivoque ne pouvait faire l'objet d'une interprétation, ATF 46 II 213, consid. 3 et, en part., ATF 47 II 30, consid. 1 cités in : DAEPEN/REYMOND, p. 33.

¹²¹¹ ATF 69 II 319, consid. 3 : « [...] der Erklärende ist nicht gebunden, weil er einen bestimmt gearteten inneren Willen hatte, sondern weil er ein Verhalten an den Tag gelegt hat, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens schliessen durfte ». CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40a N 15.

reconnaissable, la **finalité poursuivie**¹²¹². C'est d'ailleurs également ce principe qu'il convient d'appliquer pour qualifier le contrat de consommation exceptionnellement envisagé dans le contexte de la CVIM (cf. art. 2 let. a CVIM, *infra* N 609 s.)¹²¹³.

b. Application des règles protectrices

Considérer que la finalité du contrat se détermine de façon subjective « pure » revient à **exclure – du moins théoriquement**¹²¹⁴ – **des aspects objectifs de la détermination de la finalité du contrat de consommation**¹²¹⁵. On décerne alors le risque d'une application de la théorie de la volonté à l'interprétation même des manifestations de volonté, application pourtant – l'affirmation reste hasardeuse compte tenu de positions jurisprudentielles parfois changeantes – désormais rejetée par le TF¹²¹⁶. Encore récemment, saisi d'un litige sur

596

¹²¹² KRAMER/PROBST/PERRIG, N 97 : « [...] dass unter einem <Konsumenten> eine natürliche Person zu verstehen ist, die – in für den Vertragspartner erkennbarer Weise – Waren oder Dienstleistungen für den persönlichen oder familiären Verbrauch bzw. Gebrauch erwirbt ».

¹²¹³ En cas d'application de la CVIM, la finalité s'évalue prioritairement en fonction de l'utilisation envisagée au moment de la conclusion du contrat et non l'utilisation effective. En cas de doute sur la finalité, cependant, il y a lieu d'examiner si l'objet vendu a typiquement une finalité commerciale ou professionnelle, ce qui s'analyse au moyen de critères objectifs. Pour ces développements, SHK CISG-MEIER/STACHER, art. 2 N 10, en part. ndbp 134 s. Comp. CISG-FERRARI, art. 2 N 8 et les réf. citées : « es kommt demnach allein auf die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beabsichtigte Nutzung, nicht die wirkliche an ».

¹²¹⁴ Sur les similitudes, en pratique, entre l'interprétation subjective et objective pouvant dès lors justifier de renoncer à pareille distinction, HONSELL, Willenstheorie oder Erklärungstheorie, p. 346 ss.

¹²¹⁵ Sur la priorité de l'interprétation subjective, ATF 138 III 659, consid. 4.2.1 = JdT JdT 2013 II 400 ; ATF 132 III 626, consid. 3.1 = JdT 2007 I 423 ; arrêt du TF 4A_615/2015 du 19.05.2016, consid. 5.6.

¹²¹⁶ Arrêt du TF 4A_26/2012 du 15.05.2012, consid. 4.2 (en lien avec l'acceptation tacite d'une offre) : « il est établi que la banque n'a pas réagi au courriel que lui a adressé la demanderesse le 20 août 2003. En ne répondant pas à ce message, l'intimée n'a ainsi émis aucune déclaration qui puisse être interprétée objectivement » ; ATF 110 II 344, consid. 2b : « une manifestation de volonté, même si elle n'est exprimée que par actes concluants, doit être comprise selon le sens que de bonne foi son destinataire doit lui attribuer (ATF 109 II 329, ATF 108 II 317, ATF 105 II 18 et les arrêts cités) » ; ATF 93 I 323, consid. 5a : « cela ne signifie cependant pas qu'il faille appliquer à l'interprétation d'une telle déclaration la théorie dite de la volonté (Willenstheorie) ; comme pour l'interprétation des contrats en général, c'est le principe dit de la confiance (Vertrauenstheorie), reconnu par la jurisprudence du Tribunal fédéral (RO 87 II 242 et les arrêts cités), qui s'applique aussi en matière d'accord concernant la prorogation de for [...] » ; ATF 55 II 215, consid. 5 : « nach

l'existence du contrat (« *Konsensstreit* »), ce dernier a insisté sur le fait que le principe de la confiance régissait l'interprétation des « *déclarations et manifestations de volonté entre cocontractants* »¹²¹⁷.

597

L'enjeu de la détermination de la finalité reste l'**application de normes légales impératives ou semi-impératives**. Elle implique une compréhension de la réglementation contractuelle fondée sur un ordre social ne rejetant pas d'emblée une intervention prétorienne dans le contrat en faveur de la partie faible¹²¹⁸. Toutefois, l'application du régime de protection ne devrait pas, y compris d'un point de vue strictement dogmatique, dépendre de la volonté de l'une des parties seulement. Il convient bien plus d'employer des critères aussi objectifs que possibles¹²¹⁹. Il en va de la sécurité juridique, ainsi que de l'acceptabilité, de la clarté, de la praticabilité du système¹²²⁰ et de la prévention d'abus de la part de personnes prétendant agir à des fins privées dans le seul but de bénéficier de la réglementation protectrice¹²²¹.

der Erklärungs- oder Vertrauenstheorie, auf deren Boden das OR steht [...] ; « ATF 34 II 523, consid. 3 : « *der entscheidende Standpunkt ist eben, gemäss der vom Bundesgericht stets vertretenen Erklärungs- oder Vertrauenstheorie, der des Empfängers der Erklärung* ». Contra, ATF 128 III 70, consid. 1a = JdT 2003 I 4 : « *hat die Vorinstanz den tatsächlichen und von C. bzw. dessen Anwalt wahrgenommenen Willen des Beklagten festgestellt, die Offerte nicht anzunehmen, ist das Bundesgericht im Berufungsverfahren an diese Feststellung gebunden (Art. 63 Abs. 2 OG). Steht aber fest, dass für beide Parteien erkennbar keine Willensübereinstimmung bestand, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum (Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 121 III 118 E. 4b/aa). Diese Regel gilt nicht nur für die Vertragsauslegung, sondern auch für die Frage, ob ein Vertrag geschlossen worden ist (BGE 123 III 35 E. 2b mit Hinweisen)* » et ATF 123 III 35, consid. 2b = JdT 1997 I 322.

¹²¹⁷ Arrêt du TF 4A_555/2014 du 12.03.2015, consid. 3 (application des art. 1 et 6 CO).

¹²¹⁸ VOGENAUER, Auslegung, p. 136 : « *die Aufgabe des Interpreten, also vor allem des Richters, wurde damit weniger als empirisch-beschreibend, denn als wertend verstanden. Die Vertragsauslegung wurde auf diese Weise zu einem Nebenschauplatz der viel weiterreichenden Umgestaltung eines liberalen, in erster Linie auf die Parteiautonomie gegründeten Vertragsrechtsdenkens hin zu einem sozialstaatlichen Vertragsverständnis, das richterliche Interventionsmacht nicht von vornherein ablehnt* ».

¹²¹⁹ Pour un constat plus général, mais allant à notre avis dans ce sens, déjà FF 1880 I 115, 126 : « *c'est là évidemment la première manifestation de l'idée fondamentale qui, plus tard, a donné une plus grande extension à la tâche du législateur, savoir que les règles relatives aux contrats doivent être fixées d'après la nature du contrat, en faisant abstraction de la personne et de l'intention des contractants [...]* ».

¹²²⁰ STEHLE, p. 261.

¹²²¹ VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I, p. 92.

En lien avec l'art. 320 al. 2 CO (formation du contrat de travail) et le rapport contractuel de fait légal qu'il consacre¹²²², le TF rappelle des éléments intéressants si on les met en rapport avec la détermination de la finalité du contrat de consommation. Comme le § 612 BGB (« Vergütung »), l'art. 320 al. 2 CO s'analyserait ainsi comme une obligation légale de payer le salaire, non comme une simple règle d'interprétation. Dès lors, si les conditions d'application de l'art. 320 al. 2 CO sont remplies, la cause du travail fourni est présumée être le contrat de travail, à l'exclusion d'un autre rapport de droit. La volonté intime et/ou l'opinion des parties n'est alors pas déterminante, mais la situation de fait objective¹²²³. La règle vise à protéger la prétention salariale du travailleur, en évitant de la rendre tributaire de la preuve de la conclusion d'un contrat¹²²⁴. En appliquant *mutatis mutandis* ces principes au contrat de consommation, le recours à une certaine objectivité simplifierait peut-être, pour le consommateur, la preuve de l'application des règles protectrices.

598

Le consommateur – comme le professionnel d'ailleurs – n'a au demeurant pas à révéler la finalité de l'acte juridique à son contractant¹²²⁵. Sous réserve d'un dol (art. 28 CO) ou de dispositions plus spécifiques¹²²⁶, le consommateur ne supporte donc en principe¹²²⁷ pas de devoir d'information à cet égard. La contrepartie est que ses considérations purement subjectives ne sont pas déterminantes¹²²⁸. Seule compte la manière dont s'extériorisent *in concreto* les

599

¹²²² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1188.

¹²²³ Pour ces développements, ATF 95 II 126, consid. 4 et les réf. citées, notamment la doctrine de droit allemand. Pour une excellente approche sensiblement plus nuancée et tout à fait convaincante, VION, qui considère que l'art. 320 al. 2 CO n'est pas une source d'obligation légale et qu'il est exclu de le considérer comme un point d'ancrage de la théorie du contrat de fait. L'art. 320 al. 2 CO ne serait dès lors qu'une expression des règles générales sur la conclusion du contrat.

¹²²⁴ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 400 ; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 320 N 19.

¹²²⁵ Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 42.

¹²²⁶ *De lege lata*, il n'existe à notre connaissance pas de telle disposition spécifique du droit suisse imposant directement au consommateur d'indiquer la finalité poursuivie. Comp. art. 2 let. a CVIM.

¹²²⁷ Est réservée l'hypothèse exceptionnelle d'un éventuel devoir d'information précontractuel général du consommateur fondé sur l'art. 2 al. 1 CC (comp. *infra* N 877 ss).

¹²²⁸ Par ex. si le consommateur, par son comportement, démontre à son contractant qu'il poursuit un but commercial, alors qu'en réalité il poursuit un but privé. Ainsi, lorsque le consommateur achète un véhicule au nom de son entreprise afin de bénéficier d'un rabais de flotte ou d'un avantage commercial, il faut considérer qu'il renonce, pour ainsi dire implicitement, à l'application de règles protectrices pourtant le cas échéant impératives ou semi-impératives. Pour cette question en droit allemand, Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 42 et 63. Pour cette

manifestations de volonté, au travers particulièrement du contenu du contrat, des circonstances entourant sa conclusion et celles – mais nous défendons ici une position minoritaire (*infra* N 627 ss) – qui lui sont raisonnablement postérieures. La phase interprétative devrait ainsi permettre de déterminer la finalité **aussi objectivement que nécessaire, mais aussi « subjectivement » - concrètement – que possible**¹²²⁹. Le recours à une certaine objectivation (sur les limites, *infra* N 604 s.) nous paraît cependant immanent à toute réglementation protectrice. Elle préserve tant les intérêts du consommateur que ceux du professionnel. Le consommateur dispose de moyens de protection indépendants d'une éventuelle faute du professionnel¹²³⁰. En retour, l'objectivité doit garantir à ce dernier que les normes protectrices ne lui soient pas imposées indûment par un contractant n'étant en réalité pas un consommateur au sens défini par les lois protectrices¹²³¹.

600 Le recours au **principe du déséquilibre consumériste** ne serait d'ailleurs pas possible en cas de constatation d'un accord de fait des parties. En tant que tel, ce principe ne toucherait pas à leur liberté contractuelle, mais permettrait uniquement d'y apporter et de justifier des correctifs ponctuels. Le principe du déséquilibre consumériste serait dès lors un cas particulier d'application du principe de la confiance, reconnu et justifié par la position particulière du consommateur¹²³². Partant, si l'on veut inclure le principe du déséquilibre dans la réflexion, il s'avérerait indispensable de procéder à une interprétation à

question, mais envisagée différemment sous l'angle de la CVIM, SHK CISG-MEIER/STACHER, art. 2 N 10.

¹²²⁹ STEHLE, p. 263 : « *aus Art. 1 OR, Art. 18 OR und Art. 2 ZGB ergibt sich eine einheitliche Vertragsauslegung. Danach sind Verträge nach Treu und Glauben und so konkret wie möglich auszulegen (oder so subjektiv wie möglich und so objektiv wie nötig)* ».

¹²³⁰ En lien avec la défunte Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général ALBER du 26.11.1998, TRAVEL VAC, aff. C-423/97, N 53 : « *ce n'est donc pas le comportement du commerçant qui importe dans le cadre de la directive, mais les circonstances de la conclusion du contrat et la situation du consommateur. Il n'est dès lors pas à exclure que ces circonstances soient de nature à permettre au commerçant de manipuler la volonté du consommateur ou de présenter le produit comme meilleur qu'il ne l'est. Il n'est toutefois pas nécessaire que de tels procédés soient prouvés pour que le droit de renonciation soit accordé* ». Pour l'importance de critères objectifs, CJUE, 22.04.1995, TRAVEL VAC, aff. C-423/97, N 44 et Conclusions de l'avocat général LÉGER du 02.06.2005, CRAILSHEIMER VOLKSBANK, aff. C-229/04, N 35.

¹²³¹ Comp. en lien avec les développements relatifs à la règle de l'insolite, ATF 109 II 452, consid. 5b = JdT 1984 I 470 : « *auf die individuellen Vorstellungen des Zustimmungenden darf jedoch nur soweit abgestellt werden, als sie der Gegenpartei erkennbar sind, denn wie bereits dargelegt muss bei der Beurteilung der Frage das Vertrauensprinzip wegleitend sein* ».

¹²³² BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 137.

tendance objectivée des manifestations de volonté¹²³³. A défaut, l'assise dogmatique du principe du déséquilibre devient difficilement défendable. En d'autres termes, le recours au principe de la confiance semble être un prérequis à l'application du principe du déséquilibre consumériste. En revanche, le principe du déséquilibre ne devrait pas être écarté en cas « d'accord de fait », notamment au motif que ce principe ne toucherait pas à la liberté contractuelle des parties en tant que telle¹²³⁴. D'une part, l'art. 97 Cst. postule un principe de rang constitutionnel, au même titre que la liberté économique dont découle la liberté contractuelle (*supra* N 309). D'autre part, c'est précisément lors de la conclusion du contrat – soit également dans le contexte des préludes à l'accord dit « de fait » (*supra* N 83) – que la protection du consommateur s'avère essentielle.

c. Aspect individuel et collectif de la protection

Si les mécanismes de protection du droit contractuel de la consommation interviennent au niveau individuel, ils n'en visent pas moins également la correction d'un déséquilibre structurel et informationnel collectif (comp. *supra* N 70 ss). Cet **aspect individuel et collectif** plaide pour une objectivisation raisonnable au stade de la détermination de la finalité. Dans une certaine mesure, elle est également justifiée par le principe de la confiance, lequel permet de protéger les deux parties¹²³⁵. La relation de masse se caractérise précisément par l'absence (généralement) de rapports de confiance¹²³⁶. Or, moins la relation entre parties est fondée sur une confiance réciproque, plus le principe de la confiance paraît devoir s'appliquer.

En reprenant et en se fondant sur les critères de distinction présentés par MEIER-HAYOZ, entre les principes – théories – de la déclaration (« *Erklärungsprinzip* ») et de la volonté (« *Willensprinzip* »), on peut dès lors considérer que le droit contractuel de la consommation suppose une approche **objective**¹²³⁷ **et**

¹²³³ Pour ces développements, ZR 88/1989 p. 86, consid. 1.3.2 et les réf. citées.

¹²³⁴ Dans ce sens pourtant, BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 137.

¹²³⁵ OFTINGER, Urkunde, p. 264 : « *das Vertrauensprinzip wirkt zugunsten beider Parteien, denn es schützt die Gegenpartei in ihrem Vertrauen auf das richtige Verständnis der Willensäußerung und den Erklärenden in seinem Vertrauen auf die richtige Wirkung seiner Äußerung* ».

¹²³⁶ RUSCH/HUGUENIN, p. 39 : « *die Annahme eines Vertrauensverhältnisses im Bereich der Massenabwicklung von Vertragsverhältnissen liegt überdies nicht auf der Hand* ».

¹²³⁷ MEIER-HAYOZ, p. 21 : « *jeder Umstand, der beim Vertragsabschluss vom Gegenkontra-henten erkannt werden kann, ist ein objektiver* ».

individuelle (concrète)¹²³⁸. Du principe de la déclaration, il tire sa composante objective et générale, du principe de la volonté, la nécessité d'une prise en compte individuelle et subjective – concrète – de la compréhension des parties¹²³⁹.

603 L'aspect subjectif – interne – et l'aspect général – trop abstrait – cèdent néanmoins le pas en faveur, d'une part, des aspects objectifs – reconnaissables – et, d'autre part, individuels – en fonction du cas d'espèce. La cohésion nécessaire et une limitation raisonnable de l'application des règles protectrices sont obtenues **par le principe de confiance et le recours à une interprétation objective-concrète**. En appliquant des critères trop abstraits, l'ombre de la standardisation totale guette et le principe fondamental de l'autonomie de la volonté risque effectivement d'être compromis¹²⁴⁰. Une application plus concrète de ce constat théorique revient, par exemple, à rejeter l'idée d'une interprétation générale et abstraite des conditions générales en droit suisse, thématique sur laquelle nous reviendrons (*infra* N 1640 ss).

d. Limites

604 Le recours à une certaine objectivisation dans la détermination de la finalité du contrat de consommation ne doit jamais faire perdre de vue que le contrat est – faut-il le rappeler – **un acte consensuel en tant qu'acte de l'autonomie de la volonté de chaque partie**. Cela vaut également pour le consommateur contractant¹²⁴¹.

605 En outre, si la réelle et commune intention des parties ne correspond pas à ce qu'elles ont exprimé, on ne saurait retenir sans autre le sens objectif de leurs déclarations (cf. art. 18 al. 1 CO)¹²⁴². L'interprète risque sinon d'imposer aux

¹²³⁸ MEIER-HAYOZ, p. 22 : « *demgegenüber werden bei der Individualisierung die Besonderheiten des Einzelfalls gewürdigt. Man verlangt die Rücksichtnahme auf besondere Umstände im Interesse des Einzelnen. Die konkrete Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses wird beachtet und anerkannt* ».

¹²³⁹ MEIER-HAYOZ, p. 23 s.

¹²⁴⁰ GAUCH, *Vertrag und Parteiwille*, p. 348 s. En lien avec l'interprétation des conditions générales, KRAMER/PROBST/PERRIG, N 241 présentent une approche à caractère hybride, soit individualisée, mais en même temps objective et normative.

¹²⁴¹ GAUCH, *Vertrag und Parteiwille*, p. 366 : « *nach wie vor ist die Privatautonomie Ausgangspunkt und selbstverständliches Grundprinzip unseres Vertragsrechts* ».

¹²⁴² ATF 133 III 61, consid. 2.2.1 : « *même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de*

parties un contrat avec un contenu qu'aucune d'entre elles ne souhaitait¹²⁴³. Dès lors, la manifestation de volonté – et sa perception par l'autre partie – reste un moyen indispensable pour identifier la volonté contractuelle concrète ; elle ne saurait ainsi être interprétée de façon purement abstraite¹²⁴⁴. Lorsque le destinataire de la manifestation de volonté n'a pas saisi ou ne pouvait pas saisir le sens de la déclaration¹²⁴⁵, ce n'est ainsi **jamais une approche entièrement objective** qui prévaut, mais de nature objective et concrète (*supra* N 594 ss)¹²⁴⁶. Pour déterminer le sens de la manifestation de volonté, il faut concrètement¹²⁴⁷ se placer du point de vue d'une personne raisonnable et honnête (correcte, « *redlich* ») placée dans les mêmes circonstances¹²⁴⁸, ce qui doit pleinement valoir pour les contrats de consommation.

Pour la suite de notre exposé, nous nous accordons certaines (autres) libertés dogmatiques et systématiques, en procédant à des **développements complémentaires (e)**.

606

l'accord conclu (ATF 131 III 606 consid. 4.2; ATF 130 III 417 consid. 3.2) » ; ATF 95 II 547, consid. 4a : « ergibt sich auf Grund besonderer Umstände, dass beide Vertragsparteien übereinstimmend dem Wortlaut ihrer Vereinbarung einen Sinn beigelegt haben, der von dem durch die allgemeine Lebenserfahrung eingegebenen abweicht, so kommt allerdings diesem übereinstimmenden wirklichen Willen der Vorrang zu [...] ». GAUCH, Der vernünftige Mensch, p. 183 : « zunächst bleibt das Prinzip (i.e. le principe de confiance) aus dem Spiel, sobald feststeht, dass der Erklärungsempfänger den Erklärenden tatsächlich richtig verstanden (dessen wirklichen Willen also erkannt) hat ».

¹²⁴³ Insistant à juste titre sur l'importance du respect de la réelle et commune intention des parties en vertu de l'autonomie de la volonté, GAUCH, *Der vernünftige Mensch*, p. 184 s. Pour les limites à l'application du principe de la confiance lorsque le déclarant ou le destinataire de la manifestation ne pouvaient absolument pas compter avec le fait que le comportement du déclarant indiquait la volonté de contracter, BK OR-SCHMIDLIN, *Vorbem. art. 23-27 N 149* (ex. de la vente aux enchères de vin).

¹²⁴⁴ GAUCH, *Vertrag und Parteiwille*, p. 351 et la réf. citée.

¹²⁴⁵ GAUCH, *Der vernünftige Mensch*, p. 187 s. : « [...] *sofern die Erklärung vom wirklichen Empfänger anders verstanden wurde, als sie vom Erklärenden tatsächlich gewollt war* ».

¹²⁴⁶ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 102 ss et 116. Comp. GAUCH, *Vertrag und Parteiwille*, p. 361.

¹²⁴⁷ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 356.

¹²⁴⁸ ATF 127 III 300, consid. 6a = JdT 2001 I 239 ; arrêt du TF 5C.109/2004 du 16.07.2004, consid. 3.3.1. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1201 ; STEHLE, p. 259. Pour des approfondissements sur la notion de personne honnête et raisonnable, GAUCH, *Der vernünftige Mensch*, p. 182 ss. Comp. BK OR-KRAMER, art. 18 N 21 et CHK OR-KUT, art. 18 N 4. Cf. ég. BUCHER, OR AT, p. 186 : « *daraus folgt weiterhin insbesondere, dass der Vertragspartner die Einzelbestimmungen des Vertrages so zu verstehen hat, dass sie sich in das <Vertragsganze> einordnen lassen und mit dem Vertragszweck (dem gemeinsamen Zweck beider Parteien oder dem von der Gegenseite erkannten und akzeptierten Zweck des einen Partners) vereinbart werden können* ».

e. Développements complémentaires

(i) *Droit allemand*

607 En droit allemand, le rattachement au domaine privé de l'acte juridique envisagé comme étant consumériste n'intervient pas **selon la volonté interne de l'une des parties**¹²⁴⁹. Est décisif, le contenu de l'acte juridique passé, lequel se détermine par interprétation et en considération de l'ensemble des circonstances concrètes du cas d'espèce¹²⁵⁰.

608 Le recours à cette qualification de nature objective-concrète est **écarté si** des éléments non équivoques démontrent que la personne physique agit à des fins commerciales, professionnelles ou liées à une activité indépendante¹²⁵¹. En cas de litige, la partie se prévalant de la qualité de consommateur doit démontrer avoir, objectivement, conclu le contrat à des fins privées. Si un doute subsiste, alors les dispositions protectrices ne seraient pas applicables (controversé, comp. *infra* N 692)¹²⁵².

(ii) *CVIM*

609 Sur la question de la détermination de la finalité, la CVIM connaît une solution similaire au droit allemand (*supra* N 607 s.), raison pour laquelle nous en traitons ici¹²⁵³. La CVIM ne régit pas les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique sauf si, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, **le vendeur n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que les marchandises étaient achetées pour un tel usage** (art. 2 let. a CVIM).

610 En d'autres termes, le contrat de vente est soumis à la CVIM lorsque le vendeur ne pouvait ni ne devait savoir que la finalité du contrat prospectif ou actuel était

¹²⁴⁹ Palandt/ELLENBERGER, § 13 BGB N 4.

¹²⁵⁰ WOLF/NEUNER, § 15 N 8. Pour la détermination – objective – de la qualité de consommateur selon le § 13 BGB, NK BGB-RING, § 14 N 10. Pour une objectivisation plus poussée et strictement basée sur l'approche structuraliste téléologique, Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 42 et les réf. citées : « *der Vertragszweck ist objektiv zu ermitteln. Dabei ist auf den von der handelnden Person verfolgte Zweck abzustellen, auf die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände kommt es grundsätzlich nicht an* ».

¹²⁵¹ Palandt/ELLENBERGER, § 13 BGB N 4.

¹²⁵² Palandt/ELLENBERGER, § 13 BGB N 4.

¹²⁵³ Pour ce rapprochement, MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 49.

privée. Lorsqu'elle s'applique exceptionnellement à un rapport de nature consumériste, la CVIM présente ainsi la particularité de se **concentrer sur la compréhension de la relation contractuelle par le professionnel**, tout en maintenant une certaine objectivisation dans le contexte de cet examen.

(iii) *Arrêt Gruber (CJUE)*

Dans l'arrêt GRUBER¹²⁵⁴, relatif à un contrat à finalité mixte (*infra* N 659 ss), la Cour de Justice a opté pour une détermination objective de la finalité. Elle a retenu qu'un tribunal, examinant si le contrat en cause avait une finalité commerciale ou professionnelle non négligeable, devait **observer de manière objective les éléments de preuve factuels à sa disposition**. Si nous adhérons au principe d'un tel examen objectif, lié à toute démarche interprétative, nous ne cautionnons en revanche pas le critère retenu par la Cour pour nier *in fine* l'application de la réglementation protectrice.

611

La Cour a estimé que si l'examen démontre que la finalité commerciale ou professionnelle n'est **pas négligeable**, alors il ne s'agit pas d'un contrat de consommation¹²⁵⁵. Cela serait même le cas dans l'hypothèse où l'autre partie – le professionnel – ne serait pas consciente de la finalité commerciale ou professionnelle poursuivie par le « consommateur »¹²⁵⁶. Cette approche est (trop) stricte pour le consommateur qui, par négligence ou imprudence, ne rend pas suffisamment clair pour son contractant qu'il poursuit une finalité privée. Faute d'indices d'abus, il devrait bénéficier des règles protectrices¹²⁵⁷.

612

Les considérations procédurales de l'arrêt GRUBER concernant le critère déterminant pour qualifier la finalité du contrat sous un angle procédural ne peuvent quoi qu'il en soit **pas être reprises telles quelles pour le droit matériel de la consommation**¹²⁵⁸. Elles consacrent une application restrictive ne s'accordant guère avec la nature impérative de règles matérielles de

613

¹²⁵⁴ Arrêt CJCE, 20.01.2005, GRUBER, aff. C-464/01.

¹²⁵⁵ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 71.

¹²⁵⁶ Pour ces développements, HOWELLS, p. 362.

¹²⁵⁷ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 45. Comp. VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I, p. 92 s.

¹²⁵⁸ Critique ég. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 18. Vraisemblablement *contra* ATF 121 III 336, consid. 5c = JdT 1996 I 78 où le TF considère, en réf. aux art. 31^{sexies} al. 3 aCst., 40a CO, 114 et 120 LDIP que, dans l'intérêt d'une application unitaire de l'ordre juridique, les exigences pour le contrat de consommation doivent s'apprécier autant que possible de la même manière. Comp. KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 7.

protection du consommateur¹²⁵⁹. Pareille approche restrictive poserait en outre des difficultés de preuve¹²⁶⁰. On retiendra donc que la jurisprudence GRUBER ne peut être généralisée en Suisse, y compris en droit formel, pour nier la protection consumériste dès lors que la finalité professionnelle ou commerciale n'est pas négligeable¹²⁶¹.

614 C'est le **critère de la prépondérance** qui devrait généralement prévaloir, tempéré par l'exigence, propre au droit formel, que le contrat porte sur une prestation de consommation courante (*infra* N 811 ss).

615 Quel est le **moment déterminant** (3) pour apprécier la finalité ?

3. Moment déterminant

616 En raison de la sectorialisation du droit contractuel de la consommation, plusieurs moments s'avèrent potentiellement décisifs pour la détermination de la finalité du contrat de consommation. Comme le rappelle FORNAGE, ce moment revêt une **utilité principalement dans deux cas de figure**. D'une part, lorsque le « consommateur » modifie la finalité de la prestation ou du service acquis après la conclusion du contrat (privé puis professionnel). D'autre part, dans le cas inverse, lorsqu'une partie – *a priori* un « professionnel » – modifie la finalité de la prestation ou du service acquis après la conclusion du contrat (professionnel puis privé). Dans le premier cas, la finalité serait privée, dans le second, elle serait professionnelle¹²⁶².

617 En gardant à l'esprit que l'analyse du moment devrait toujours se combiner avec une observation raisonnable des circonstances postérieures à la conclusion du contrat (*infra* N 627 ss), la question s'envisage **au stade précontractuel** (a), au stade contractuel (b) et au stade procédural (c).

¹²⁵⁹ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 53.

¹²⁶⁰ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 18. Il est peut-être du reste plus facile de définir ce qui est « prépondérant » (positif, par. ex. « 60/40 ») par rapport à ce qui n'est « pas négligeable » (négatif, par ex. « plus de 10% »).

¹²⁶¹ *Contra* ATF 133 III 295, consid. 7.2 = JdT 2008 I 60 : « es ist Sache des Gerichts, anhand der ihm vorgelegten Beweismittel zu entscheiden, ob mit dem betreffenden Vertrag in nicht ganz untergeordnetem Mass Bedürfnisse gedeckt werden sollten, die der beruflich-gewerblichen Tätigkeit des Betroffenen zuzurechnen sind. Dabei hat es neben Inhalt, Art und Zweck des Vertrags auch die objektiven Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen (Urteil Johann Gruber gegen Bay Wa AG, a.a.O., Randnr. 47) ».

¹²⁶² FORNAGE, Mise en œuvre, N 94 ss. Pour des approfondissements sur la prise en compte des circonstances postérieures à la conclusion du contrat, *infra* N 627 ss.

a. Au stade précontractuel

Lorsqu'un moyen de protection spécifique s'applique au **stade précontractuel**, le moment déterminé par la disposition légale applicable fixe la finalité¹²⁶³. La finalité particulière du contrat de consommation se détermine dès lors au plus tôt dans le cadre des pourparlers contractuels¹²⁶⁴. La condition est que le consommateur rende alors suffisamment reconnaissable la finalité privée à ce stade. On ne saurait en effet exiger du professionnel d'être plus circonspect que ne le lui permettent les circonstances.

618

Par exemple, en cas de vérification de la capacité de l'emprunteur à contracter un crédit (art. 28 al. 1 LCC), la finalité du contrat se déterminerait au moment où s'envisage ou intervient cet examen¹²⁶⁵. Pour le contrat d'assurance, cette qualification intervient généralement lorsque l'assureur renseigne le preneur sur les éléments contractuels tels que le prix ou l'étendue de la couverture d'assurance (art. 3 al. 1 LCA).

619

b. Au stade de la conclusion du contrat

En l'absence d'application d'un moyen de protection spécifique au stade précontractuel, le moment pour déterminer la finalité reste en principe la **conclusion du contrat** (cf. § 14 BGB « *bei Abschluss des Rechtsgeschäfts* »)¹²⁶⁶. Cela vaut particulièrement pour les contrats de consommation innommés ne tombant dans le champ d'application d'aucune règle civile protectrice¹²⁶⁷.

620

Ce moment correspond à celui où le consommateur exprime sa manifestation de volonté – qu'il s'agisse de l'offre ou de l'acceptation – dirigée en vue de la conclusion du contrat¹²⁶⁸. Le moment de la réception de la manifestation de

621

¹²⁶³ WOLF/NEUNER, § 15 N 8.

¹²⁶⁴ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 36 et 38.

¹²⁶⁵ CHK KKG-BRUNNER, art. 1-42 N 28 : « [...] *der individuell-konkreten Kreditaufnahme* [...] »

¹²⁶⁶ Arrêt du TF 5A_545/2011 du 24.10.2011, consid. 4.3. KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 13 ; FORNAGE, Mise en œuvre, N 93 et les réf. citées ; MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 36 s. et 51.

¹²⁶⁷ Notre affirmation n'est pas en contradiction avec le concept même de contrat de consommation défini par les règles protectrices. En effet, nous ne visons ici que l'absence d'un moyen de protection ressortant au droit contractuel de la consommation, et non pas les éventuels autres moyens « mixtes ». Or, ces derniers sont disséminés à travers l'ordre juridique et parfois destinés à la protection générale du client ou, plus spécifiquement, du consommateur (cf. art. 3 et 8 LCD).

¹²⁶⁸ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 36 et 39.

volonté par le professionnel n'est pas déterminant. En effet, la loi exige régulièrement que le consommateur dispose des informations pertinentes avant la conclusion du contrat déjà¹²⁶⁹.

622 Lorsque l'application de la **CVIM** s'envisage exceptionnellement pour un contrat de consommation (cf. art. 2 let. a CVIM, *supra* N 609 s.), le moment déterminant est également celui de la conclusion du contrat¹²⁷⁰.

623 Quelque peu en marge de la stricte détermination de la finalité, on notera encore que le moment déterminant pour évaluer le **caractère abusif d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur** (art. 8 LCD) devrait être celui de la conclusion du contrat (comp. art. 4 al. 1 Directive 93/13/CE)¹²⁷¹. Les conditions prévalant à ce moment ne seraient cependant pas pertinentes lorsque la procédure est initiée par une association de protection des consommateurs, voire par une autorité administrative¹²⁷² ou étatique (cf. art. 10 al. 2 et 3 LCD)¹²⁷³.

c. Au stade du procès

624 Sous l'angle procédural, la finalité s'évalue au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance¹²⁷⁴, c'est-à-dire lorsque débute la litispendance (art. 62 ss CPC). Le moment déterminant est la **remise de l'acte au greffe de l'autorité**¹²⁷⁵. Le dépôt effectué à la Poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse doit être assimilé à un dépôt au greffe (art. 141 CPC)¹²⁷⁶.

625 Si, au moment du dépôt de l'acte, la finalité de l'usage du bien ou du service par le consommateur n'est **plus exclusivement privée ou ne l'est plus d'une façon prépondérante**, la protection de l'art. 32 CPC ne s'applique pas. En l'absence de dispositions contractuelles valables contraires, il peut dans ce cas

¹²⁶⁹ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 39.

¹²⁷⁰ CISG-FERRARI, art. 2 N 8.

¹²⁷¹ ECL-JANSEN, art. 6:201 N 8.

¹²⁷² Etant précisé que la violation de l'art. 8 LCD n'entraîne pas de sanctions pénales (art. 23 LCD) ou administratives (art. 16 ss LCD), CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 175.

¹²⁷³ ECL-JANSEN, art. 6:201 N 12. Comp. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 183.

¹²⁷⁴ Soit en particulier la requête en conciliation, la demande (procédure ordinaire et simplifiée) et la requête en justice (procédure sommaire), CPC-BOHNET, art. 62 N 6.

¹²⁷⁵ CPC-BOHNET, art. 62 N 2.

¹²⁷⁶ CPC-BOHNET, art. 62 N 3.

être attendu du demandeur qu'il agisse exclusivement au domicile ou au siège du défendeur (comp. art. 32 al. 1 let. a CPC)¹²⁷⁷.

Face à différents moments envisageables pour qualifier la finalité, quelle attention faut-il généralement¹²⁷⁸ accorder aux **circonstances postérieures** (4) à la conclusion du contrat ?

626

4. Circonstances postérieures

a. Fondements

La finalité du contrat de consommation sera parfois susceptible de n'être **déterminée – et déterminable – qu'un certain temps après la conclusion du contrat**¹²⁷⁹. Cela soulève la question de la manière d'appréhender les circonstances postérieures.

627

Pour le TF, les circonstances postérieures servent à déterminer l'**intention des parties à l'époque de la conclusion du contrat**. Il en résulte la constatation de la volonté réelle des parties, question de fait, et non pas celle de leur volonté hypothétique, question de droit¹²⁸⁰. En d'autres termes, la portée du principe de la confiance se limite aux circonstances ayant précédé ou accompagné la manifestation de volonté¹²⁸¹. Ce serait seulement sous l'angle de l'interprétation subjective que le comportement ultérieur des parties pourrait être pertinent¹²⁸².

628

¹²⁷⁷ KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 13.

¹²⁷⁸ Compte tenu de la complexité et de la diversité de la matière, une réponse définitive n'est vraisemblablement pas possible, ni même utile. Nos développements visent uniquement à insister sur la nécessité, dans le contexte d'une application extérieure de norme protectrices, d'observer certains éléments postérieurs à la conclusion du contrat de consommation.

¹²⁷⁹ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 60. *Contra* en droit allemand, Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 43 et 47 : « *Das Überwiegen eines der Zwecke ist für die Zuordnung nach § 13 massgebend. Dies ist nach dem Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts zu beurteilen, da dieser auch allgemein für die Beurteilung der Zwecksetzung entscheidend ist (s o Rn 43)* ».

¹²⁸⁰ ATF 107 II 417, consid. 6 = JdT 1982 I 167 et les réf. citées.

¹²⁸¹ ATF 131 III 377, consid. 4.2.1 = JdT 2005 I 612 : « [...] *le circostanze che hanno preceduto o accompagnato la stipulazione del contratto* » ; arrêt du TF 4A_437/2009 du 11.11.2009, consid. 3 ; arrêt du TF 4C.189/2005 du 17.12.2005, consid. 2.3. TERCIER/PICHONNAZ, N 948.

¹²⁸² ATF 132 III 626, consid. 3.1 = JdT 2007 I 423 ; ATF 107 II 417, consid. 6 = JdT 1982 I 167 ; ATF 129 III 675, consid. 2.3 = JdT 2004 I 66 ; arrêt du TF 5A_140/2014 du 17.10.2014, consid. 2.2. Potentiellement en contradiction avec cette jurisprudence, arrêt du TF 4A_316/2011 du 09.12.2011, consid. 3 : « *aus den dargelegten Gründen hält die normative*

Dès lors, si l'autorité cantonale de dernière instance a retenu la réelle et commune intention des parties en vertu d'une interprétation subjective, le TF ne peut revoir l'interprétation du comportement ultérieur¹²⁸³.

629 Notre Haute Cour a, cela dit, **déjà observé** les rapports ultérieurs entre parties en application d'une interprétation d'après le principe de la confiance¹²⁸⁴. En outre, dans l'examen d'une éventuelle lésion (art. 21 CO), elle retient que les circonstances postérieures « *peuvent être prises en compte si elles permettent de fournir des indices quant à la faiblesse de la personne lésée ou à son exploitation par le cocontractant avant ou pendant la conclusion du contrat* »¹²⁸⁵.

630 En cas de litige interprétatif (« *Auslegungstreit* »), seule une **minorité d'auteurs** défend actuellement la prise en compte des circonstances postérieures¹²⁸⁶. Cela peut surprendre. Plusieurs textes d'uniformisation retiennent d'ailleurs la pertinence desdites circonstances (*infra* N 643). Par ailleurs, nous l'avons laissé entendre (*supra* N 121 ss), la distinction stricte entre les interprétations subjective et objective doit être relativisée ; il ne se

Vertragsauslegung der Vorinstanz vor Bundesrecht stand. Deren weitere Erwägungen, welche diese Vertragsauslegung bestätigen bzw. ihr zumindest nicht entgegen stehen würden (Usancen bzw. Verkehrssitten; Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss) erweisen sich unter diesen Umständen als nicht entscheidwesentlich, weshalb auf die in der Beschwerde dagegen vorgebrachte Kritik nicht einzutreten ist [...] ». Comp. encore ECL-VOGNAUER, art. 5:102 N 3.

¹²⁸³ Par ex. arrêt du TF 4A_41/2012 du 31.05.2012, consid. 3.1.

¹²⁸⁴ ATF 99 II 282, consid. I.2 : « *il n'est cependant pas établi que les deux représentants de la recourante, signataires de l'acte d'apport, aient compris la clause de réméré dans le sens que lui donne l'intimée. Il faut dès lors déterminer quel était le sens que, raisonnablement et de bonne foi, les représentants de la société devaient donner à la clause litigieuse. b). A cet égard, les circonstances dans lesquelles la signature de la convention d'apport est intervenue sont déterminantes, de même que les rapports entre parties, ultérieurs à la signature de l'acte. Or de nombreux indices parlent en faveur de la thèse soutenue par l'intimée* » ; ATF 96 II 325, consid. 6d et les réf. citées : « *ist ein übereinstimmender wirklicher Wille nicht feststellbar, so ist massgebend, wie die Beteiligten die Vereinbarung im erwähnten Zeitpunkt angesichts der ihnen bekannten oder für sie erkennbaren Umstände im Lichte der Lebenserfahrung nach Treu und Glauben verstehen durften und mussten und wie gegebenenfalls ihr späteres Verhalten nach Treu und Glauben aufzufassen war. Die Ermittlung der Bedeutung, die den Willensäusserungen der Beteiligten beim Abschluss eines Vertrags nach Treu und Glauben zukommt, ist eine Rechtsfrage, die im Berufungsverfahren der freien Prüfung durch das Bundesgericht unterliegt [...] ».* STEHLE, p. 260.

¹²⁸⁵ Arrêt du TF 4A_491/2015 du 14.01.2016, consid. 4.3.

¹²⁸⁶ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 163 ss et N 191 ; STEHLE, p. 260. Plus nuancée, HADZIMANOVIC, p. 85.

justifie donc pas (plus) d'écarter, notamment, le comportement ultérieur des parties dans le contexte de l'interprétation objective-concrète qu'il convient d'appliquer. Il est vrai, cela soulève la question des limites raisonnables à fixer à cette prise en compte.

Quelles pourraient être les **implications** (b) de la prise en compte des circonstances postérieures pour le contrat de consommation ? 631

b. Implications

En retenant la conclusion du contrat comme moment fixant la finalité du contrat (*supra* N 620 ss), on recourt en réalité à un critère typique de l'interprétation objective¹²⁸⁷. Dans ce cas, le moment de la conclusion du contrat serait seul déterminant, non les circonstances postérieures¹²⁸⁸. Or, cette conception est **potentiellement contradictoire** dès lors qu'on retient que la détermination de la finalité est purement subjective ou, à tout le moins, qu'on applique le concept d'interprétation subjective. Dans ces cas, les circonstances postérieures pourraient en effet être observées. 632

De deux choses l'une : soit l'on considère que le moment déterminant la finalité est la conclusion du contrat, ce qui suppose une conception « objective », soit l'on retient la pertinence des circonstances postérieures et l'on adopte plutôt la conception « subjective ». Pour le contrat de consommation, pareille **dualité ne convainc pas**, puisqu'il s'agit de se prononcer sur l'application de règles protectrices¹²⁸⁹. 633

Cela étant, le TF laisse peut-être **ouverte la possibilité** d'envisager les circonstances postérieures au travers du concept, à notre avis plus large, de détermination de la « réelle et commune intention des parties »¹²⁹⁰. La recherche de cette réelle et commune intention devrait par ailleurs être distinguée de 634

¹²⁸⁷ Pour la conclusion du contrat comme moment déterminant le caractère insolite d'une clause, RUSCH/HUGUENIN, p. 43. ATF 119 II 443, consid.1a.

¹²⁸⁸ Arrêt du TF 4A_149/2014 du 18.08.2014, consid. 3.1 ; arrêt du TF 407/2010 du 17.11.2010, consid. 2.3.

¹²⁸⁹ Pour un ex. de prise en compte du « changement d'avis » des parties, arrêt du TF 4P.313/2005 du 27.02.2006, cité par MARCHAND, Droit de la consommation, p. 215.

¹²⁹⁰ Comp. arrêt du TF 4A_136/2016 du 03.11.2016, consid. 5.2. Cf. ég. ATF 110 II 141, consid. 2b (interprétation de conditions générales dans un contrat portant sur l'achat de meubles par un particulier) : « *il sied également de prendre en considération la manière dont les parties elles-mêmes ont compris une clause et l'ont interprétée* ». Cf. encore arrêt du TF 4C.225/2001 du 16.11.2001, consid. 2a en réf. à l'ATF 104 II 99 consid. 3 (en lien avec l'attitude des parties « dans la suite » de la conclusion du contrat pour la détermination du caractère abusif de l'invocation du vice de forme).

l'interprétation subjective (comp. *supra* N 118 ss). Dans ce contexte, la réelle et commune intention des parties ne devrait quoi qu'il en soit pas être figée au moment – souvent artificiel – de la « conclusion du contrat ». Cette intention se révèle bien plus également au travers du comportement raisonnablement ultérieur des parties (ex. utilisation ultérieure d'un crédit soumis à la LCC à des fins professionnelles).

635 L'observation des circonstances postérieures nous suggère une **appréciation critique** (c).

c. Appréciation critique

(i) *Requalification restrictive*

636 Pour des motifs de sécurité juridique et de praticabilité procédurale, des modifications ultérieures de la finalité ne devraient **pas entraîner trop facilement une requalification du contrat de consommation**¹²⁹¹. Le comportement ultérieur pourrait toutefois révéler une modification du contrat, son annulation¹²⁹² ou même la conclusion d'un nouveau contrat¹²⁹³. La condition reste que les parties s'entendent pour diverger de leurs déclarations antérieures¹²⁹⁴. En présence d'un contrat dont la typicité paraît consumériste, l'interprète devrait se montrer restrictif quant à la constatation d'une modification de la finalité, surtout si elle est envisagée par des actes concluants ; le consommateur ne doit pas être trop aisément spolié de règles légales protectrices.

(ii) *Utilisation de la prestation contractuelle*

637 **L'utilisation de la prestation contractuelle** doit – à tout le moins pendant un certain temps – intervenir à des fins non professionnelles, commerciales, industrielles ou libérales du consommateur¹²⁹⁵. A défaut, il contourne la

¹²⁹¹ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 36 et 40 ; Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 43 et 47.

¹²⁹² HADZIMANOVIC, p. 121.

¹²⁹³ MEIER-HAYOZ, p. 137.

¹²⁹⁴ Sous l'angle de la CVIM, SHK CISG-HURNI, art. 8 N 18.

¹²⁹⁵ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 40 précisent que l'inverse est également vrai. Ainsi, la finalité du contrat doit demeurer non consumériste si, au moment de la conclusion du contrat, la fin était professionnelle ou commerciale mais qu'elle a été modifiée par la suite

réglementation protectrice. Par exemple, on pourrait imaginer un acheteur qui affirme d'abord agir à des fins privées mais qui, immédiatement ou peu de temps après son achat, emploie la chose à des fins professionnelles¹²⁹⁶.

La manœuvre constitue potentiellement un abus de droit (art. 2 CC), certes difficile à prévenir et à contrôler en pratique. Au moment du litige, chaque partie sera d'ailleurs tentée de se prévaloir d'une volonté « intime » préservant ses intérêts actuels et ne correspondant dès lors pas nécessairement à sa véritable intention au moment de la conclusion du contrat. La difficulté de prévenir un comportement ne devrait cependant pas conduire à écarter la prise en compte des circonstances postérieures à titre de **correctif, le cas échéant, nécessaire**.

(iii) Prévention d'abus potentiels

La prise en compte des circonstances postérieures permet de limiter d'éventuels abus de la part de « pseudo-consommateurs ». Une appréciation objective de la finalité durant une période temporelle raisonnable après la conclusion du contrat est un moyen d'y parvenir¹²⁹⁷. Elle permet de **respecter les intérêts légitimes** du professionnel à ne pas se voir imposer indûment, par l'autre partie, des règles légales impératives ou semi-impératives.

Cela étant, le **comportement ultérieur du « professionnel »** pourrait également être appréhendé. L'interprète pourrait arriver à la conclusion que la

(ex. un consommateur qui achète un ordinateur à des fins professionnelles, mais qui l'utilise ensuite à des fins privées).

¹²⁹⁶ WOLF/NEUNER, § 15 N 8. On peut également imaginer que le consommateur, ayant en vue un usage privé, décède peu de temps après la conclusion du contrat et que ses héritiers reprennent le contrat en utilisant le bien ou le service acquis à des fins professionnelles ou *vice versa*. Selon la théorie générale relative aux manifestations de volonté, l'exercice des droits civils au moment où le *de cuius* a exercé sa manifestation de volonté suffit. Ses héritiers restent donc liés par la déclaration telle que donnée par le *de cuius* (VON TUHR/PETER, p. 168). Il nous paraît cependant que, sous l'angle de l'examen de la finalité de la relation consumériste, et en cas de changement d'usage après le décès, il faudrait en tenir raisonnablement compte afin d'éviter des résultats injustes pour le professionnel.

¹²⁹⁷ *Contra* Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 43 : « Zweckänderungen nach Abschluss eines Vertrages sind als für § 13 nicht mehr relevant » et N 47 : « dass es schwierig sein kann, schon zur Zeit eines Vertragsschlusses die überwiegende Zweckbestimmung zu ermitteln, spricht nicht gegen den grundsätzlichen Ausgangspunkt und seine Angemessenheit ». A ces auteurs, on peut opposer l'argument que l'interprète intervient nécessairement *a posteriori* et que, partant, le rattachement strict au moment de la conclusion du contrat peut consacrer un résultat interprétatif totalement à l'opposé de la réalité des faits. Comp. WOLF/NEUER, § 15 N 8.

relation entre les parties présente malgré tout un caractère consumériste (ex. acceptation tacite d'une modification d'assurance en faveur de l'activité privée du consommateur peu de temps après la conclusion du contrat à des fins « professionnelles »).

(iv) Détermination de la « réelle et commune intention » des parties

641 Il convient d'**observer les circonstances raisonnablement postérieures dans le contexte de l'examen de la finalité d'un contrat de consommation**, à savoir y compris sous l'angle de l'éventuelle interprétation objective d'après le principe de la confiance¹²⁹⁸. En vérité, ces circonstances permettent justement de déterminer la « réelle et commune intention » des parties¹²⁹⁹. Ce concept ne saurait donc être limité au moment de la conjonction des manifestations de volonté¹³⁰⁰, au surplus si l'application de règles impératives ou semi-impératives en dépend.

642 En matière de simulation, le TF consacre une solution pouvant être *mutatis mutandis* une source d'inspiration. Il considère que le comportement ultérieur des parties est un **indice de leur intention réelle au moment de la conclusion du contrat**¹³⁰¹. Si cette affirmation intervient certes dans le contexte de l'interprétation de la volonté réelle – subjective – des parties (conception contestée, *supra* N 121 ss), elle nous semble néanmoins être une source

¹²⁹⁸ GAUCH, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*, p. 213 : « *was mich aber beunruhigt, ist der Satz des Bundesgerichts, das nachträgliche Verhalten der Parteien lasse, wenn überhaupt, immer nur darauf schliessen, was die Parteien bei Vertragsabschluss tatsächlich (übereinstimmend wirklich) gemeint hätten* » ; STEHLE, p. 260 : « *es gibt aber keinen Grund, weshalb das Gericht nicht auch das nachträgliche Verhalten der Parteien berücksichtigen kann um festzustellen, wie sie ihre Erklärungen wohl verstanden haben. Es handelt sich dabei bloss um ein weiteres Indiz, aus dem das Gericht nach Treu und Glauben und mit grosser Vorsicht auf den wirklichen Willen der Parteien schliessen kann* ».

¹²⁹⁹ MEIER-HAYOZ, p. 137 : « *dass ein Vertragschliessender einer Willensäusserung eine vom objektiv generellen Sinn abweichende Bedeutung beimisst und bemessen darf oder dass ein unklarer Wortlaut einen ganz bestimmten Sinn habe, kann sich auch ergeben aus dem Verhalten der Kontrahenten nach Vertragsabschluss* ».

¹³⁰⁰ Comp. ATF 129 III 118, consid. 2.6 : « *la cour cantonale a procédé à une appréciation des preuves recueillies et a tenu compte du comportement ultérieur des parties pour parvenir à la conclusion qu'elles avaient exclu une obligation de remboursement à la charge du travailleur en cas de solde négatif. Il semble qu'elle ait ainsi déterminé la volonté réelle des parties* ».

¹³⁰¹ ATF 112 II 337, consid. 4a = JdT 1987 I 170 ; ATF 107 II 417, consid. 6 = JdT 1982 I 167 ; arrêt du TF 4A_429/2012 du 02.11.2012, consid. 4.2 ; arrêt du TF 4A_362/2012 du 28.09.2012, consid. 4.1.

d'inspiration dans l'observation raisonnable des circonstances postérieures à la conclusion du contrat de consommation. En cas de litige, le comportement ultérieur reste un indice perceptible de l'intention véritable de l'une, voire des deux parties, le but étant en définitive d'éviter des abus et, partant, de parvenir à une solution la plus juste possible.

(v) *Autres réglementations (aperçu)*

L'observation des circonstances postérieures à la conclusion du contrat **se retrouve** à l'art. 8 al. 3 CVIM. Le comportement ultérieur confirme la volonté et la compréhension initiales des parties¹³⁰² (comp. II.-5:102 al. 1 let. b DCFR « *the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract* », 4.3 let. c Principes Unidroit : « *the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract* » et 5:102 (b) PECL : « *the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract* » ; cf. encore l'art. 59 let. b CESL pour les éléments pertinents dans l'interprétation d'un contrat : « *du comportement des parties, même postérieur à la conclusion du contrat* »)¹³⁰³.

Il est intéressant de relever que des arrêts récemment rendus en Nouvelle-Zélande et en Australie confirment une tendance à l'observation des circonstances postérieures **en common law**. Traditionnellement, cette dernière est pourtant réticente à la prise en compte du comportement ultérieur à l'acte juridique des parties – de même que du contenu des négociations précontractuelles – au stade de l'interprétation du contrat. Cette différence s'expliquerait par une approche moins « subjectiviste » de l'interprétation qu'en droit continental¹³⁰⁴, ce qui contraste avec la position du TF selon laquelle l'observation des circonstances postérieures n'intervient qu'au stade de l'interprétation subjective¹³⁰⁵.

¹³⁰² Pour un ex. de prise en compte de circonstances postérieures à la conclusion du contrat, ATF 51 II 406, consid. 3.

¹³⁰³ CISG-SCHMIDT-KESSEL et les réf. citées, art. 8 N 50 : « *dessen – trotz der Schwierigkeiten einer logischen Rechtfertigung verbreitete – Beachtlichkeit beruht darauf, dass das spätere Verhalten Rückschlüsse auf den ursprünglichen Willen respektive das ursprüngliche Verständnis der Parteien erlauben kann* ». Comp. art. 1282 Código civil español : « *para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato* ».

¹³⁰⁴ HERBOTS, p. 439 s. ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 51 et 56 ; ECL-VOGENAUER, art. 5:102 N 2 s.

¹³⁰⁵ ATF 143 III 157, consid. 1.2.2 ; ATF 142 III 239, consid. 5.2.1. BK OR-MÜLLER, art. 18 N 165 avec les réf. citées.

645 Nous concluons notre présentation par des considérations relatives au **droit de procédure** (5).

5. Droit de procédure

a. LTF

(i) *Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral*

646 La distinction entre l'interprétation subjective et l'interprétation objective a une incidence sur **l'examen de l'interprétation du contrat** que le TF peut être amené à effectuer¹³⁰⁶. La détermination de la volonté « interne » est une question de fait qui lie en principe le TF (art. 105 LTF)¹³⁰⁷. En revanche, l'examen de l'interprétation objective relève du droit, qu'il applique et revoit librement et d'office (art. 106 LTF)¹³⁰⁸. Cette dichotomie se rapproche de celle prévalant en droit français quant à la détermination de la volonté réelle des parties¹³⁰⁹. En tant qu'élément de recherche empirique, cette volonté s'y appréhende en principe également en tant que question de fait¹³¹⁰.

647 Y compris sous l'angle de l'interprétation objective, le TF est **lié par les constatations de fait de l'autorité inférieure** sur les circonstances extérieures et ce que savaient et voulaient les parties. Il s'agira notamment des termes employés ou des circonstances ayant accompagné la conclusion du contrat¹³¹¹. Les constatations de l'autorité inférieure ne lient toutefois pas le TF, dès lors qu'elles consacrent une appréciation erronée de la notion même de volonté¹³¹². En outre, le principe selon lequel l'interprétation subjective est prioritaire par

¹³⁰⁶ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 365.

¹³⁰⁷ ATF 135 III 410, consid. 3.2.

¹³⁰⁸ ATF 131 III 377, consid. 4.2.1 = JdT 2005 I 612 ; ATF 99 II 282, consid. I.2.

¹³⁰⁹ VOGENAUER, *Auslegung*, p. 136 : « so gilt sie in Frankreich bis heute als im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich nicht überprüfbare Tatfrage (Ermittlung eines tatsächlichen Parteiwillens), während das deutsche und das englische Recht sie als Rechtsfrage (Ermittlung einer <objektiven>, richtigen Bedeutung »). HERBOTS, p. 431 s. rappelle que la situation est similaire en droits belge et néerlandais.

¹³¹⁰ VOGENAUER, *Interpretation*, p. 6.

¹³¹¹ ATF 138 III 659, consid. 4.2.1 = JdT 2013 II 400 ; ATF 135 III 410, consid. 3.2 ; ATF 133 III 61, consid. 2.2.1 ; ATF 129 III 702, consid. 2.4 = JdT 2004 I 535. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 366.

¹³¹² ATF 70 II 31, consid. 2a.

rapport à l'interprétation objective¹³¹³, de même que la question de savoir ce qui constitue un élément contractuel essentiel¹³¹⁴, relèvent également du droit.

Le recours à l'interprétation subjective est peut-être un moyen procédural permettant au TF de **gérer les (très) nombreux recours** qui lui sont adressés. En se déclarant « lié » à la volonté réelle des contractants telle que constatée par l'autorité cantonale inférieure, il limite son examen et, partant, optimiserait le temps de traitement général des dossiers¹³¹⁵. Pour les contrats de consommation, le but est pourtant de vérifier si l'application – ou l'inapplication – de règles protectrices procède d'une application correcte de la loi. La cohérence et l'acceptabilité des règles touchant à la liberté contractuelle des parties en dépendent. Aussi, un examen externe (d'office) préserve généralement mieux la position du consommateur se décidant, souvent contre toute attente, à tout de même agir en justice.

648

(ii) Détermination judiciaire de la finalité

Une conception objective et concrète s'agissant de la détermination de la finalité du contrat de consommation aurait vraisemblablement pour conséquence qu'elle s'analyserait en tant que question de droit¹³¹⁶. Comme déjà relevé (*supra* N 126), la volonté interne n'est jamais que déterminable par des indices extérieurs ; elle implique inévitablement une appréciation prétorienne¹³¹⁷. Or, un tribunal peut parvenir à une conclusion juridique erronée, ce « risque » étant inhérent à toute démarche interprétative. Il serait donc intéressant de considérer la détermination erronée de la finalité – tout comme à notre avis l'interprétation contractuelle en général – comme une **appréciation juridique erronée d'un**

649

¹³¹³ ATF 131 III 606, consid. 4.1 ; ATF 125 III 305, consid 2b = JdT 2000 I 635 ; ATF 121 III 118, consid. 2b/aa ; arrêt du TF 4A_98/2016 du 22.08.2016, consid. 5.1.

¹³¹⁴ ATF 127 III 248, consid. 3d.

¹³¹⁵ Cette affirmation n'est qu'une hypothèse qui mériterait une étude statistique plus approfondie.

¹³¹⁶ Critiques quant à la distinction entre faits et droit et ses conséquences sur l'examen du TF sous l'angle de l'art. 18 CO, BK OR-MÜLLER, art. 18 N 110 ss et BK OR-KRAMER, art. 18 N 74 ss. Cf ATF 118 II 365, consid. 1 = JdT 1993 I 362, qui rejette des critiques. Sur cette controverse, déjà l'ATF 69 II 319, consid. 3, qui précise par ailleurs qu'elle lui était déjà préexistante, également devant le TF, autorité dont la position avait déjà divergé. BK OR-MÜLLER, art. 18 N 113.

¹³¹⁷ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 367.

ou de plusieurs faits, assimilée à une violation du droit (comp. art. 43 al. 4 aOJ)¹³¹⁸.

650

Une conception uniforme de l'interprétation permettrait de **clarifier une jurisprudence** qui peine parfois à distinguer de façon totalement convaincante non seulement entre l'interprétation subjective et l'interprétation objective, mais également leurs implications procédurales¹³¹⁹. Le TF reconnaît d'ailleurs lui-même certaines difficultés dans la délimitation entre les questions de fait et de droit dans le contexte de l'interprétation contractuelle¹³²⁰. En outre, il ne nous paraît pas convaincant d'écarter de l'examen le texte de la clause, les négociations et les circonstances accompagnant la conclusion du contrat au motif qu'il s'agirait strictement de questions de fait¹³²¹. L'argument selon lequel

¹³¹⁸ Pour l'origine de ces développements, BK OR-KRAMER, art. 18 N 74 ss, en part. N 77. Cf ég. BK OR-MÜLLER, art. 18 N 110 ss. *Contra*, ATF 118 II 365, consid. 1. Comp. ATF 34 II 463, consid. 3 : « *Quant à l'appréciation juridique des faits ainsi établis, savoir si, des déclarations admises en fait, on doit déduire que les parties ont manifesté d'une manière concordante leur volonté réciproque, – question de droit que le Tribunal fédéral peut revoir, – il y a lieu de remarquer ce qui suit [...]* ».

¹³¹⁹ ATF 140 III 86, consid. 4.1 ; ATF 135 III 410, consid. 3.2 ; ATF 130 III 417, consid. 3.2 ; ATF 125 III 435, consid. 2a ; ATF 121 III 393, consid. 5c : « *ob eine Vertragsbestimmung der Auslegung bedürfe - und damit auch, ob der Vertragstext klar sei - bildet Rechtsfrage [...]* » ; arrêt du TF 4A_98/2016 du 22.08.2016, consid. 5.2 : « *certes, la cour cantonale n'a pas précisé si elle avait procédé à la détermination de la volonté réelle et commune des parties. Toutefois, il ne ressort nullement de sa motivation qu'elle ne serait pas parvenue à une conviction sur l'existence d'un accord des volontés réelles ou qu'elle aurait considéré que les parties ne se sont pas comprises, ensuite de quoi elle aurait procédé à une interprétation (objective) d'après les règles de la bonne foi* » ; arrêt du TF 4C.189/2005 du 17.11.2005, consid. 2.3 ; arrêt du TF 4C.223/2005 du 24.10.2005, consid. 3.1 : « *das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen im Berufungsverfahren als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist* » ; HG ZH 110112-O du 03.04.2013, consid. 2.3.5. STEHLE, p. 261 ss ; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 317 : « *aus dem (materiellrechtlichen) Vorrang des übereinstimmenden wirklichen Willens folgt nicht [...], dass das Gericht erst dann zur objektivierten Auslegung schreiten darf, wenn sich ein übereinstimmender wirklicher Wille prozessual nicht feststellen lässt* ».

¹³²⁰ ATF 130 III 554, consid. 3.2 = JdT 2004 I 245 et les réf. citées : « *die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage kann vorab bei der Vertragsauslegung schwierig sein* » ; ATF 129 III 118, consid. 2.6 : « *il semble qu'elle [la cour cantonale] ait ainsi déterminé la volonté réelle des parties [...]. L'arrêt cantonal n'étant toutefois pas absolument clair sur ce point, on ne peut pas exclure que la conclusion procède d'une application de la théorie de la confiance* ».

¹³²¹ Dans ce sens pourtant, ATF 72 II 29, consid. 1 : « *die Vorinstanzen stellen zudem fest, dass der innere Wille der Parteien auf nichts anderes als einen aufschiebend bedingten Kauf gerichtet war. Sie ziehen hierbei neben dem Wortlaut der Klausel die Vorverhandlungen und*

le TF doit limiter l'étendue de son examen en raison de la souveraineté procédurale cantonale (cf. art. 64 al. 3 aCst.) n'a quoi qu'il en soit plus lieu d'être¹³²². La législation en matière de procédure civile est désormais une compétence fédérale (art. 122 Cst. et CPC).

L'abandon de la priorité de l'interprétation subjective au profit d'une interprétation objective-concrète n'entraînerait vraisemblablement **aucune surcharge supplémentaire significative** pour le TF. Il incomberait toujours aux autorités cantonales – et aux parties – d'établir les faits (documents, audition de témoins, etc.) permettant de déterminer le sens juridiquement pertinent à reconnaître aux manifestations de volonté¹³²³. C'est uniquement sur l'appréciation de ces éléments que le TF serait, le cas échéant, appelé à traiter de questions supplémentaires. Pour les contrats de consommation l'incidence réelle serait probablement faible, compte tenu de l'exigence d'une valeur litigieuse de Fr. 30'000.– conditionnant, en principe, la recevabilité du recours en matière civile (art. 74 al. 1 let. b LTF).

651

(iii) Critère de distinction

Pour l'interprétation du contrat, STEHLE rappelle la **distinction entre les faits (« factum ») et le droit (« ius »)**. L'on est en présence d'une question de droit lorsque le tribunal conclut, sur la base d'éléments externes¹³²⁴, vers un élément interne, à l'instar de la volonté des parties¹³²⁵. En revanche, lorsqu'il convient

652

die Begleitumstände der Vertragsabschlüsse in Betracht. Das Bundesgericht hat diese Tatfrage nicht zu überprüfen (Art. 63 Abs. 2 OG ; BGE 69 II 319) ». Contra, ATF 142 III 239, consid. 5.2.1 et ATF 131 III 377, consid. 4.2.1.

¹³²² ATF 118 II 365, consid. 1 = JdT 1993 I 362.

¹³²³ Comp. BK OR-MÜLLER, art. 18 N 114.

¹³²⁴ ATF 84 II 418, consid. 3 : « s'agissant de la conclusion d'un contrat, seule se présente comme étant de fait la question de savoir quels sont les paroles, les actes, les attitudes par lesquels a pu s'exprimer la volonté des parties, et c'est dans cette mesure seulement que le Tribunal fédéral ne peut revoir les jugements cantonaux. En revanche, c'est certainement une question de droit que de donner aux faits ainsi constatés leur qualification légale, c'est-à-dire de rechercher si les conditions requises par la loi pour qu'il y ait contrat sont réalisées (RO 72 II 79 et les arrêts cités) ».

¹³²⁵ STEHLE, p. 263 s. ATF 54 II 473 ; ATF 50 II 225, consid. 2 : « die Frage, wie der Erblasser diese Verfügung verstanden wissen will, ist wie die Frage nach dem Parteiwillen bei Verträgen nicht eine Tat-, sondern eine Rechtsfrage » ; ATF 28 II 49, consid. 5. Cf cep. ATF 127 III 444, consid. 1b : « il incombe donc au juge d'établir, dans un premier temps, la volonté réelle des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices. S'il ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle, ou s'il constate qu'une partie n'a pas

de déterminer quelles déclarations ont été émises par les parties ou les relations concrètes qui se sont nouées entre elles, l'on est face à une question de fait (not. le contenu des manifestations de volonté et les circonstances)¹³²⁶. Dès lors, moins il y a d'éléments factuels à disposition pour évaluer un élément d'interprétation, plus la question doit être considérée comme relevant du droit. L'analyse repose alors inévitablement sur des constatations intervenant dans le chef de l'interprète exclusivement¹³²⁷.

653 Le **droit anglais** exprime ces considérations de manière très affirmative : « *the interpretation of a contract is always a matter of law for the Court to determine* »¹³²⁸.

654 En **droit allemand**, il est possible de saisir le *Bundesgerichtshof* d'une question relative à l'interprétation du contrat. Ce moyen déploie une importance particulière en présence de contrats standardisés¹³²⁹. Dans les deux premières décennies du XX^e siècle, la prolifération des termes contractuels standardisés conduisit d'ailleurs la Cour suprême allemande à revoir sa position antérieure. Depuis lors, l'interprétation du contrat y est envisagée en tant que question de droit¹³³⁰.

655 Qu'en est-il de ces considérations sous l'angle du **CPC (b)** ?

compris la volonté réelle manifestée par l'autre, le juge recherchera quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (application du principe de la confiance) ». Cf. ég. ATF 142 III 239, consid. 5.2.1.

¹³²⁶ ATF 130 III 417, consid. 3.2 ; ATF 97 II 201, consid. 5 : « la constatation de la volonté interne des parties au moment de la conclusion du contrat et celle des actes, paroles et attitudes par lesquels elles se sont exprimées relèvent du fait et lient le Tribunal fédéral saisi d'un recours en réforme (art. 63 al. 2 OJ; RO 66 II 32, 72 II 79, 85 II 100, 87 II 175 consid. 3, 95 II 146 et 170 consid. 15) » ; ATF 76 II 18 consid. 5 : « für das Bundesgericht verbindlich sind in diesem Zusammenhang nur die Feststellungen der Vorinstanz über Tatsachen, die bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens als Anhaltspunkte in Betracht fallen » ; ATF 28 II 49, consid. 5 (en matière de simulation).

¹³²⁷ HADZIMANOVIC, p. 87.

¹³²⁸ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 178.

¹³²⁹ HERBOTS, p. 432.

¹³³⁰ VOGENAUER, Interpretation, p. 7 précise, qu'en droit anglais, lequel connaît une distinction entre contrats écrits et contrats oraux, la détermination de la signification et du sens de ces derniers s'envisagent néanmoins comme une question de fait.

b. CPC

Dans les affaires patrimoniales, le CPC subordonne **l'applicabilité de la voie de recours** au sens large – appel (art. 308 ss CPC) ou recours *stricto sensu* (art. 319 ss CPC) – au montant de la valeur litigieuse. Pour l'appel, cette valeur doit être de Fr. 10'000.- au moins (cf. art. 308 al. 2 CPC)¹³³¹. Si elle est inférieure à ce montant, la voie du recours *stricto sensu* est en revanche ouverte.

656

La distinction entre questions de fait et de droit est particulièrement d'importance pour le recours *stricto sensu* (art. 319 ss CPC), plus précisément du point de vue de la cognition de l'instance cantonale¹³³². Outre la violation du droit, ce recours est alors seulement recevable pour **constatation manifestement inexacte des faits** (art. 320 let. b CPC ; comp. art. 310 let. b CPC)¹³³³. Quant au pouvoir d'examen de l'autorité de recours, il se détermine, par analogie, comme celui du TF dans l'hypothèse où il est saisi d'un recours en matière civile (art. 97 al. 1 LTF)¹³³⁴.

657

Ainsi, en cas de litige portant sur une **valeur litigieuse inférieure à Fr. 10'000.-**, l'autorité cantonale de recours ne peut généralement, c'est-à-dire sous réserve d'une constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 let. b CPC), pas revoir le résultat de l'interprétation subjective auquel est parvenue la première instance. Pour autant que le recours au TF soit ouvert, l'autorité de première instance sera donc potentiellement l'unique instance à se prononcer sur l'interprétation du contrat. Or, cette limitation nous paraît incompatible avec la mise en œuvre effective des droits du consommateur, d'autant plus que la valeur litigieuse sera généralement faible en présence d'un tel contractant.

658

¹³³¹ CPC-JEANDIN, art. 308 N 13.

¹³³² BK OR-MÜLLER, art. 18 N 115.

¹³³³ CPC-JEANDIN, art. 320 N 4 ss.

¹³³⁴ CPC-JEANDIN, art. 320 N 6 ; KommZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, art. 320 N 3 ss. Comp. BK OR-MÜLLER, art. 18 N 62 (en lien avec la détermination du contenu du contrat par l'interprétation d'après le principe de confiance).

6. Finalité mixte

a. Limites à l'approche sectorielle

659 La détermination de la finalité du contrat de consommation est délicate lorsque celle-ci est mixte (« *dual use* » ou « *mixed use* »)¹³³⁵. Il convient alors de décider si, lorsque la **prestation contractuelle est destinée à des fins tant privées que commerciales, professionnelles, artisanales ou libérales**, la réglementation protectrice s'applique ou non¹³³⁶. Comme souvent en droit contractuel de la consommation, la réponse dépend de la disposition légale applicable. En conséquence, il s'avère ardu de fournir une réponse définitive.

660 La similarité de la définition du consommateur entre le droit matériel et le droit formel demeure à clarifier au sein même de l'UE¹³³⁷. Un tribunal suisse appelé à interpréter le for du consommateur, tel qu'il résulte des art. 15 ss CL (cf. art. 1 Protocole additionnel n°2 à la CL), doit dans tous les cas garder à l'esprit ces incertitudes. Dans une optique de présentation générale, la **conception restrictive par le droit formel** (b) d'un contrat de consommation à finalité mixte telle qu'appliquée par la Cour de Justice ne permet donc pas un exposé dénué d'ambiguïté.

b. Conception restrictive par le droit formel

661 En application de l'art. 13 al. 1 de l'ancienne Convention du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Convention de Bruxelles »¹³³⁸), la Cour de Justice se

¹³³⁵ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 71 donne l'ex. de l'achat d'un ordinateur portable ou d'une voiture pour un usage tant privé que dans le cadre de l'exercice de l'activité professionnelle ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 17 évoque des cours de langue suivis pour des vacances, mais qui peuvent également présenter une utilité professionnelle.

¹³³⁶ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 71.

¹³³⁷ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 53 et 68 discernent en particulier un risque pour la protection générale du consommateur au sein de l'UE si l'interprétation retenue est celle, restrictive, du droit procédural.

¹³³⁸ La parenté entre, d'une part, l'actuelle CL et, d'autre part, les règlements européens reste très étroite. Depuis le 10 janvier 2015, les conflits de juridiction dans l'espace judiciaire de l'UE sont en outre principalement réglés par la Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 (« Bruxelles I^{bis} »). Auparavant, le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I ») traitait la question. Ce règlement avait lui-

prononça sur l'**application du for du consommateur en présence d'un contrat à finalité mixte**.

L'arrêt de la CJCE **GRUBER** (2005)¹³³⁹, déjà évoqué (*supra* N 611 ss), concernait un agriculteur autrichien ayant conclu, avec une entreprise sise en Allemagne, un contrat portant sur l'achat de 24'000 tuiles. Celles-ci étaient destinées à être posées sur un bâtiment dont 60% de la surface totale au sol était utilisée à des fins résidentielles. Le 40% restant était employé à des fins agricoles. La Cour refusa à l'agriculteur le bénéfice des dispositions protectrices des art. 13 à 15 aCL¹³⁴⁰. Elle jugea que l'application du for du consommateur ne s'envisageait que si et dans la mesure où l'usage professionnel était marginal au point de n'avoir qu'un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause¹³⁴¹, le fait que l'aspect extraprofessionnel domine ne devant pas être considéré comme pertinent¹³⁴².

662

Du point de vue du droit suisse, l'interprétation restrictive consacrée par l'arrêt **GRUBER** (sous l'angle du droit formel) s'avère discutable au regard du mandat constitutionnel (cf. art. 97 al. 3 Cst). Une conception plus protectrice est celle se basant sur le **critère de la prépondérance** (c).

663

c. Critère de la prépondérance

En cas d'usage mixte de la prestation contractuelle, le **critère de la prépondérance de la finalité du contrat** devrait prévaloir, y compris en droit formel¹³⁴³. Si, en fonction de l'ensemble des circonstances concrètes, l'interprète parvient à la conclusion que l'usage personnel ou familial est prépondérant, la protection consumériste s'applique (cf. § 13 BGB). **FORNAGE**, en particulier, rappelle la condition que l'éventuelle finalité professionnelle soit insignifiante¹³⁴⁴. En cas de doute, l'usage privé doit être considéré comme

664

même remplacé la Convention de Bruxelles de 1968, laquelle était précisément appliquée dans l'arrêt **GRUBER**. **BUCHER/BONOMI**, N 8 et 50 ss.

¹³³⁹ CJCE, 20.01.2005, **GRUBER**, aff. C-464/01.

¹³⁴⁰ **HOWELLS**, p. 361.

¹³⁴¹ CJCE, 20.01.2005, **GRUBER**, aff. C-464/01, N 54. **BUCHER/BONOMI**, N 995 ; **KOLLER-TUMLER**, Einführung, p. 71.

¹³⁴² CJCE, 20.01.2005, **GRUBER**, aff. C-464/01, N 54.

¹³⁴³ **KOLLER-TUMLER**, Einführung, p. 70 s. En droit allemand, **MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN**, § 13 N 54.

¹³⁴⁴ **FORNAGE**, Mise en œuvre, N 188 ss ; **KROPHOLLER/VON HEIN**, p. 318 ; **Staudinger/KANNOWSKI**, § 13 N 45 ; **MARCHAND**, Droit de la consommation, p. 18 ; **CR LCD-PICHONNAZ**, art. 8 133. En droit allemand, **NK BGB-RING**, § 13 N 19 considère que si

présupposé¹³⁴⁵. Du point de vue procédural, le critère de la prestation de consommation courante circonscrit déjà la protection aux cas qui la « méritent »¹³⁴⁶. Ainsi, il n'est vraisemblablement pas nécessaire d'appliquer une approche autrement trop restrictive en cas de finalité mixte.

un usage prépondérant n'est pas constaté ou ne se laisse pas constater, la personne concernée doit néanmoins être considérée comme agissant en tant que consommateur.

¹³⁴⁵ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40a N 15.

¹³⁴⁶ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 20.

Chapitre 8 : Identification du contrat de consommation

L'identification du contrat de consommation suppose de s'intéresser aux **conceptions légales de la finalité** (I), à la qualité des parties (II), aux caractéristiques du contrat (III), ainsi qu'aux exemptions à la typicité consumériste (IV).

665

I. Conceptions légales de la finalité

A. Introduction

La conceptualisation du phénomène juridique qu'est le contrat de consommation ne sert les justiciables que si elle amène des solutions concrètes, applicables au quotidien. Dans le présent chapitre nous tenterons d'individualiser – **d'identifier** – les manifestations du contrat de consommation que consacre la loi, le but étant une approche plus « pragmatique » de la notion. Il s'agira, en d'autres termes, de réduire le niveau d'abstraction par rapport aux approches horizontale et structuraliste téléologique exposées (*supra* N 511 ss).

666

La traduction légale du rôle spécifique des parties et de la finalité consumériste de la convention reposent souvent sur différentes conceptions terminologiques. Cela étant, la loi décrit toujours la finalité du contrat par référence au but poursuivi par les contractants. Il n'arrive alors pas rarement que le **critère de la finalité soit absorbé par la définition même des parties**, singulièrement celle du consommateur¹³⁴⁷. En droit suisse, l'affirmation doit être nuancée. Le critère de la prestation de consommation courante, propre au droit formel et au droit international privé internes, continue à se focaliser sur l'objet de la prestation contractuelle dans la définition même du contrat de consommation (comp. *infra* N 815 ss).

667

¹³⁴⁷ En droit français, SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 217 dont les développements interviennent en lien avec la notion de « cause » du contrat de consommation.

668 La conception terminologique s'appuyant sur la théorie de la finalité demeure celle consacrée par le législateur suisse (cf. art. 40a CO, 120 al. 1 LDIP et 3 LCC)¹³⁴⁸. La loi envisage des définitions **positive** (A), **négative** (B)¹³⁴⁹, **hybride** (C) et **indirecte** (D).

B. Positive

1. Définition

669 La définition légale du contrat de consommation est qualifiée de positive lorsqu'elle se focalise sur la **finalité privée de la prestation acquise par le consommateur**¹³⁵⁰. La prestation du professionnel est alors destinée à l'usage personnel, familial ou domestique (cf. art. 2 let. a CVIM), c'est-à-dire privé du consommateur¹³⁵¹.

670 L'usage privé se rapporte à la **sphère privée** du consommateur. En relèvent notamment¹³⁵² : le ménage¹³⁵³ (bail, chauffage, électricité et denrées alimentaires¹³⁵⁴ y compris l'assurance mobilière¹³⁵⁵), la santé (caisse-maladie¹³⁵⁶), les loisirs, les vacances, le sport (par ex. un contrat de fitness), la prévoyance professionnelle et les instruments de prévoyance similaires (prévoyance professionnelle privée, assurance-vie, assurance-accident complémentaire¹³⁵⁷), la gestion ou le placement de la fortune privée¹³⁵⁸, la garde

¹³⁴⁸ UMULISA MUSABY, p. 64.

¹³⁴⁹ CARRON, Protection, N 15.

¹³⁵⁰ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 35 ; KOLLER-TUMLER, E-Banking, p. 150 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 63.

¹³⁵¹ FF 1999 III 2591, 2622.

¹³⁵² NK BGB-RING, § 14 N 28. Pour une énumération des prestations correspondant aux besoins usuels courants sous l'angle du CPC, CPC-HALDY, art. 32 N 6 et BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 19 ss.

¹³⁵³ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 49.

¹³⁵⁴ Pour ces ex. mais sous l'angle de l'art. 32 CPC qui prévoit l'exigence que le contrat porte sur une prestation de consommation courante, BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 19 ss.

¹³⁵⁵ MORIN, Influence, p. 39.

¹³⁵⁶ BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 19 ss.

¹³⁵⁷ Comp. MORIN, Influence, p. 39, ndbp 97 en réf. critique aux ATF 135 III 1 et 135 III 225.

¹³⁵⁸ Par opposition à sa fortune commerciale, indépendamment de la provenance professionnelle ou privée de la fortune personnelle, sous réserve que le montant du placement reste inférieur à Fr. 80'000.- (cf. art. 7 let. e LCC).

d'enfants par une crèche¹³⁵⁹, l'achat de produits cosmétiques¹³⁶⁰, mais pas l'achat d'un terrain à des fins d'habitation personnelle¹³⁶¹.

De lege lata, quelles sont les **manifestations** (2) de la définition positive ?

671

2. Manifestations

a. Droit matériel

Les art. **40a, 210 al. 4 CO et 266k CO** contiennent une définition positive du contrat de consommation appréhendé.

672

Les art. 210 al. 4 et 266k CO se distinguent cependant de l'art. 40a CO. Les premiers prévoient l'application de normes protectrices dans le cadre d'un contrat spécial : l'un pour le contrat de vente, l'autre pour le contrat de bail mobilier. La définition de l'art. 40a CO est, en revanche, d'une portée plus générale ; elle se fonde sur un besoin de protection situationnel particulier du consommateur¹³⁶². Elle englobe tous les contrats conclus au moyen du démarchage à domicile ou un autre contrat semblable portant sur des biens ou des services, dès lors que certaines conditions spécifiques sont remplies (cf. par ex. art. 40 al. 1 let. b CO).

673

b. Droit formel

L'art. **32 al. 2 CPC** contient également une définition positive¹³⁶³. Par rapport aux art. 40a, 210 al. 4 et 266k CO, la disposition intègre un critère supplémentaire : la prestation de consommation courante. En outre, l'art. 32 al. 2 CPC se réfère à l'activité professionnelle ou commerciale du contractant du consommateur.

674

L'art. **120 LDIP** prévoit également le critère de la prestation de consommation courante, mais dans le contexte d'une définition légale hybride (*infra* N 699 ss). Contrairement à la lettre de l'art. 120 LDIP, mais à l'instar des trois définitions positives que l'on retrouve dans le CO (*supra* N 672 s.), le CPC exige par

675

¹³⁵⁹ Arrêt du TF 4P.242/2005 du 02.02.2006. RUSCH/HUGUENIN, p. 38.

¹³⁶⁰ Arrêt du TC GR ZB-05-29 du 16.08.2005.

¹³⁶¹ Comp. BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 19 ss.

¹³⁶² CR CO I-STAUDER/STAUDER, Intro. art. 40a-40f N 4.

¹³⁶³ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N 168 ; WALKER, p. 3.

ailleurs expressément que la prestation ait été offerte par l'autre partie « *dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale* »¹³⁶⁴.

676 Quelles sont les **conséquences** (3) de la définition positive ?

3. Conséquences

677 Nous traitons des conséquences de la définition positive **en lien avec celles de la définition négative** (*infra* N 687 ss).

C. Négative

1. Définition

678 La définition légale d'un contrat de consommation est qualifiée de négative lorsqu'elle se focalise sur la **finalité étrangère à l'activité artisanale, commerciale, libérale ou professionnelle**¹³⁶⁵. Le contrat porte alors sur une prestation du professionnel, n'étant pas en lien avec ces différentes sphères d'activité du consommateur¹³⁶⁶.

679 Le droit de l'UE utilise régulièrement une formulation négative¹³⁶⁷. Les lois suisses issues de l'adaptation autonome ou relevant du droit uniforme conventionnel présentent donc également **cette caractéristique**¹³⁶⁸. Il est également à noter, qu'en droit allemand, la conception générale de la finalité est négative (§ 13 BGB¹³⁶⁹).

680 *De lege lata*, quelles sont les **manifestations** (2) de la définition négative ?

¹³⁶⁴ Dans sa Recommandation du 3 juin 2003 sur les conditions générales, p. 11, la CFC proposait l'emploi d'une définition positive se focalisant sur le fait que la prestation ait été offerte par l'autre partie dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale.

¹³⁶⁵ KOLLER-TUMLER, E-Banking, p. 150 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 63.

¹³⁶⁶ FF 2011 7091, 7115 ; FF 1999 III 2591, 2622.

¹³⁶⁷ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 35.

¹³⁶⁸ CR Conso-FAVRE-BULLE, art. 3 LCC N 7 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 63.

¹³⁶⁹ La teneur du § 13 BGB est la suivante : « *Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können* ».

2. Manifestations

a. Droit matériel

D'influence européenne marquée¹³⁷⁰, l'art. 3 LCC contient une définition négative de la finalité du contrat de crédit à la consommation¹³⁷¹. Contrairement à ce que laisse supposer le texte légal, une personne physique n'ayant pas une activité commerciale ou professionnelle peut également être considérée comme un consommateur (comp. sur le rôle des spécifique *supra* N 218 ss)¹³⁷². Tel sera le cas si la prestation contractuelle considérée ne concerne pas l'activité commerciale ou professionnelle de cette personne (par ex. un contrat pour l'achat d'un véhicule privé)¹³⁷³. Le but du contrat en cause demeure alors étranger à « son » activité commerciale ou professionnelle.

681

Récemment, le TF a par ailleurs considéré que la personne se procurant un **crédit en vue du financement des études** ne poursuivait pas une finalité privée, mais liée à son activité professionnelle¹³⁷⁴. Il a dès lors refusé d'appliquer la LCC à un tel contrat, notamment au motif que l'emprunteur devait conserver la possibilité de rembourser le crédit sur une période supérieure à 36 mois. Or, la LCC ne permet pas cette possibilité (cf. art. 28 al. 4 LCC) et elle n'aurait pas été adoptée par le législateur pour réglementer ce type de crédits¹³⁷⁵. Cette jurisprudence – à saluer dans son résultat – écarte peut-être tout de même trop facilement le fait que le prêt destiné à financer des études n'est pas nécessairement conclu en lien avec l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale de l'emprunteur, que cette activité soit par ailleurs indépendante ou non¹³⁷⁶. Aussi, dans la mesure où une grande majorité de la population est salariée, la finalité statistiquement prépondérante du contrat est en réalité la satisfaction des besoins privés du consommateur (salaire destiné à l'usage privé)¹³⁷⁷.

682

¹³⁷⁰ ATF 139 III 201, consid. 2.4 = JdT 2016 II 240.

¹³⁷¹ FF 1999 III 2591, 2622. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N 169.

¹³⁷² Comp. pour le droit allemand, au sujet du « *bereichsspezifischer Verbraucherbegriff* », NK BGB-RING, § 14 N 20 et 28.

¹³⁷³ CHK LCC-BRUNNER, art. 1-42 N 27.

¹³⁷⁴ ATF 139 III 201, consid. 2 = JdT 2016 II 240.

¹³⁷⁵ ATF 139 III 201, consid. 2.5.4 = JdT 2016 II 240.

¹³⁷⁶ On peut imaginer que l'octroi d'un prêt pour certaines études ne conduit pas immédiatement à l'obtention d'un emploi dans le domaine des études financées.

¹³⁷⁷ CHK KKG-BRUNNER, art 1-42 N 28.

b. Droit formel

683 En tant que disposition ressortant au **droit uniforme conventionnel**, l'art. 15 CL contient une définition négative¹³⁷⁸. Par rapport à l'art. 120 LDIP (*infra* N 701), la disposition n'exige en revanche pas que le contrat porte sur une prestation de consommation courante¹³⁷⁹.

684 Les prestations suivantes **tombent dans le champ d'application de l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL** (qui correspond à l'actuel art. 15 CL) : un voyage à forfait, une cure d'amaigrissement, une réparation, un nettoyage de vêtements, le courtage matrimonial, un hébergement à l'hôtel ou encore de l'enseignement tels qu'un cours de langue, de ski ou de voile¹³⁸⁰ ou encore d'un cours par correspondance¹³⁸¹.

685 L'art. 2 **al. 2 OIP** contient également une définition négative¹³⁸². Il dispose qu'est « *réputée consommateuse toute personne qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle* ».

686 Quelles sont les **conséquences** (3) de la définition négative ?

3. Conséquences

687 Les formulations positive et négative ont une incidence sur la **qualification du contractant** (a) et sur la qualification de la relation contractuelle (b).

a. Sur la qualification du contractant

688 La définition positive est en principe axée sur le consommateur (cf. cep. art. 32 al. 2 CPC, *supra* N 674), alors que la définition négative l'est plutôt sur le professionnel¹³⁸³.

¹³⁷⁸ CR DIP-BONOMI, art. 15 CL N 18 ; CR DIP-BONOMI, art. 114 LDIP N 3.

¹³⁷⁹ BUCHER/BONOMI, N 995.

¹³⁸⁰ ATF 121 III 336, consid. 5bb = JdT 1996 I 78.

¹³⁸¹ Pour un ex. en droit de l'UE, CJCE, 14.07.1994, FACINI DORI, aff. C-91/92 (contrat portant sur un cours de langue par correspondance conclu en gare de Milan).

¹³⁸² WALKER, p. 3.

¹³⁸³ Comp. FORNAGE, Mise en œuvre, N 90 : « *recourir à la formulation négative pour qualifier la finalité de la conclusion du contrat pour le consommateur revient à se référer au but poursuivi par la partie avec laquelle le consommateur conclut un contrat, à savoir le*

La **définition positive exclurait la personne morale** de la définition du « consommateur »¹³⁸⁴, celle-ci ne pouvant pas contracter à des fins familiales ou personnelles¹³⁸⁵. Sous l'angle des règles de for, lorsque la loi se réfère exclusivement et expressément au domicile d'une personne (art. 32 al. 1 let. b CPC ; définition positive, *supra* N 669 ss), l'exclusion de la personne morale se confirme¹³⁸⁶. L'application de ce for protecteur à la personne morale supposerait, en effet, une référence au siège (comp. art. 32 al. 1 let. a et b CPC).

En outre, la **définition négative serait plus large**¹³⁸⁷. Dans ce contexte, une personne morale pourrait être considérée comme un « consommateur »¹³⁸⁸. Tel serait par exemple le cas si cette personne conclut à des fins non commerciales ou non professionnelles, en particulier idéales¹³⁸⁹.

En conséquence, il ne paraît pas tout à fait exact d'affirmer – sans le nuancer – que les définitions positive et négative seraient toujours équivalentes ; encore faut-il que la définition négative limite son champ d'application à une personne physique, à l'exclusion d'une personne morale. A défaut, un doute subsiste sur la qualité de personne physique ou de personne morale du contractant (cf. art. 2 al. 3 LVF)¹³⁹⁰. D'une part, la définition positive vise donc le consommateur en tant que personne physique agissant dans le cadre de sa sphère d'activité privée.

professionnel, puisque l'on utilise les termes de < non commerciale > ou de < non professionnelle >».

¹³⁸⁴ FORNAGE, Mise en œuvre, N 91 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 23. *Contra*, HRISTIC, p. 92.

¹³⁸⁵ FORNAGE, Mise en œuvre, N 91. *Contra*, s'agissant de la définition du lésé dans le contexte de la LRFP, MARCHAND, Droit de la consommation, p. 110 : « une coopérative d'habitation ou une PPE pourrait ainsi agir contre le fabricant d'un produit qui aurait endommagé le bâtiment mis à la disposition de ses membres pour leur usage personnel ou familial ».

¹³⁸⁶ Controversé, CPC-HALDY, art. 32 CPC N 12.

¹³⁸⁷ FF 2011 7091, 7115. Du même avis sous l'angle de l'art. 8 LCD, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 132. Nuancée, FORNAGE, Mise en œuvre, N 90 ss. *Contra*, CR Conso-FAVRE-BULLE, 3 LCC, N 7 ; REHBINDER, p. 66.

¹³⁸⁸ Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence et une partie de la doctrine allemandes reconnaissent, en certaines circonstances (par ex. contrat portant sur la fourniture d'énergie), la qualité de consommateur (§ 13 BGB) à une communauté de propriétaires par étages (« Wohnungseigentümergeinschaft »), NK BGB-RING, § 14 N 10.

¹³⁸⁹ Dans ce sens, RAPIN/WESSNER, N 28 : « [...] mais on ne voit pas quelle raison dogmatique fonderait par principe l'éviction des personnes morales de la protection sociale envisagée dans certaines circonstances, notamment lorsque l'opération ne poursuit en aucune manière un but commercial ou professionnel ».

¹³⁹⁰ FORNAGE, Mise en œuvre, N 60 et 92 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 84 pour qui la distinction ne semble pas avoir de conséquences, mais qui identifie néanmoins une prédominance, en droit suisse, de la définition positive.

D'autre part, la définition négative envisage le « consommateur » plus largement (client), celui-ci pouvant être une personne morale, à l'instar d'une PME, y compris disposant de la personnalité juridique¹³⁹¹. Ces deux manières de concevoir les définitions du contrat de consommation cachent donc en réalité un **choix de politique juridique**¹³⁹² quant au champ d'application même des règles légales protectrices.

b. Sur la qualification de la relation contractuelle

692 Du constat de la définition négative du consommateur que l'on retrouve au § 13 al. 2 BGB, le BGH, ainsi qu'une partie de la doctrine allemande, tirent la conclusion **qu'en cas de doute**, l'acte juridique doit être considéré comme étant de nature consumériste¹³⁹³. Le droit allemand admet dès lors une présomption en faveur de la finalité privée de l'acte juridique passé par une personne physique (« *Verbraucherhandeln* »)¹³⁹⁴. En application du droit uniforme conventionnel, le TF se laisse guider par des considérations semblables¹³⁹⁵.

693 Si la loi retient comme critère déterminant le caractère étranger à l'activité commerciale ou professionnelle du consommateur, il ne va **pourtant pas de soi** qu'en cas de doute, la présomption penche en faveur de la nature consumériste de l'acte. En effet, le consommateur reste en mesure de « choisir » la destination de la prestation contractuelle (comp. sur la détermination de la finalité, *supra* N 584 ss). L'arrêt topique du BGH¹³⁹⁶, cité en référence par la doctrine

¹³⁹¹ Plus généralement sur la question des contrats asymétriques, ROPPO.

¹³⁹² On retrouve de telles hésitations et divergences quant à l'extension de la protection du droit de la consommation aux personnes morales dans les droits nationaux des États membres de l'UE, Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 22.

¹³⁹³ WOLF/NEUNER, § 15 N 8 en réf. à l'arrêt du BGH NJW 2009, p. 3780 s. Cf. ég. MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 42.

¹³⁹⁴ BROX/WALKER, § 9 N 199a donnent l'ex. d'une avocate ayant commandé plusieurs lampes sur Internet en les faisant livrer à son étude et dont la qualité de consommatrice a été reconnue en raison du doute sur la destination définitive desdites lampes ; MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 13 N 10, 40, 42 et 45 ; NK BGB-RING, § 14 N 10.

¹³⁹⁵ ATF 121 III 336, consid. 6a = JdT 1996 I 78 : « *die Subsumtion des vorliegenden Streitgegenstandes unter den Begriff einer Verbraucherstreitigkeit stellt allerdings einen Grenzfall dar, der nur aufgrund seiner Besonderheiten sowie nach dem Grundsatz, dass im Zweifel ein Konsumentenvertrag anzunehmen ist, diesem Begriff untersteht* ». BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 7.

¹³⁹⁶ BGH NJW 2009, p. 3780, consid. 10a : « *aus der vom Gesetzgeber gewählten negativen Formulierung des zweiten Halbsatzes der Vorschrift des § 13 BGB wird deutlich, dass*

allemande, ne motive d'ailleurs pas autrement son choix pour la présomption en faveur du « *Verbraucherhandeln* »¹³⁹⁷. Cette dernière se déduit peut-être du positionnement systématique de la définition négative générale du consommateur (§ 13 BGB), au sein de la réglementation relative aux personnes physiques, aux consommateurs et aux professionnels (§§ 1 à 14 BGB).

Pour le droit suisse¹³⁹⁸, la question peut à notre avis être envisagée différemment. Le principe du déséquilibre (« *Ungleichgewichtsprinzip* ») est un principe fondamental qu'il convient peut-être d'observer dans l'interprétation des contrats de consommation (*supra* N 364)¹³⁹⁹. Face à une définition négative, et en dérogation à l'art. 8 CC puisque le consommateur est susceptible de tirer des droits de son rôle spécifique¹⁴⁰⁰, il appartiendrait au professionnel de prouver les circonstances propres à renverser la présomption légale selon laquelle le consommateur, à tout le moins dans un contexte de transactions de masse, agit à des fins étrangères à son activité artisanale, commerciale, libérale ou professionnelle¹⁴⁰¹. Le doute sur la finalité de la relation devrait alors, en règle générale, profiter au consommateur (« *in dubio pro consumatore* »)¹⁴⁰².

Il est vrai, l'argumentation inverse demeure tout à fait défendable. En l'absence de définition générale du consommateur en droit suisse, il reste difficile de présumer abstraitement qu'en cas de doute, la finalité est de nature consumériste¹⁴⁰³. Le choix du législateur fédéral en faveur d'un Code unique, c'est-à-dire sans ségrégation entre le droit civil et commercial (*supra* N 16 s.)¹⁴⁰⁴, pencherait même plutôt en faveur d'une approche neutre. Il est à noter qu'une partie de la doctrine allemande reconnaît que l'existence

rechtsgeschäftliches Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist und etwa verbleibende Zweifel, welcher Sphäre das konkrete Handeln zuzuordnen ist, zugunsten der Verbrauchereigenschaft zu entscheiden sind ».

¹³⁹⁷ Du même avis, Staudinger/KANNOVSKI, § 13 N 42 et 46 indique que ces difficultés valent également pour le droit de l'UE.

¹³⁹⁸ La portée de l'arrêt GRUBER (*supra* N 611 ss) doit être relativisée, puisqu'elle concerne les situations où une personne poursuit une finalité mixte. Pour des approfondissements sur le fardeau de la preuve sous l'angle de cet arrêt, FORNAGE, Mise en œuvre, N 199 ss.

¹³⁹⁹ BARNIKOL, p. 9 ; BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 600 s.

¹⁴⁰⁰ Comp. FORNAGE, Mise en œuvre, N 199.

¹⁴⁰¹ NK BGB-RING, § 14 N 10.

¹⁴⁰² En lien avec le fardeau de la preuve du rôle joué par les parties contractantes, FORNAGE, Mise en œuvre, N 199 ss, en part. N 210.

¹⁴⁰³ Présentant des doutes similaires quant à la validité de la présomption, en présence d'une définition négative, de la préférence indifférenciée accordée au consommateur, Staudinger/KANNOVSKI, § 13 N 42 et 46. Plutôt *contra*, FORNAGE, Mise en œuvre, N 209 s.

¹⁴⁰⁴ MERZ, 1881, p. 13 ss ; OFTINGER, Handelsrecht und Zivilrecht, p. 153 ss.

d'une définition générale du consommateur (§ 13 BGB), dans la mesure où elle vise somme toute un but d'unité et de cohérence de l'ordre juridique, impose vraisemblablement une **approche moins partisane, notamment en cas de doute**¹⁴⁰⁵.

696 Si l'approche « du doute » devait toutefois être concrétisée, elle **exigerait idéalement une précision dans la loi**, à l'exemple – *mutatis mutandis* – du renversement du fardeau de la preuve¹⁴⁰⁶ quant au moment de la prise de connaissance des informations relatives au droit de révocation en matière de démarchage à domicile (art. 40e al. 3 CO, comp. *supra* N 475 et 480, ainsi qu'*infra* N 1238).

697 Y compris en présence d'une relation répondant à la définition – négative ou positive – du contrat de consommation, d'autres facteurs peuvent finalement encore influencer sur l'application des règles protectrices. C'est le cas lorsqu'une interprétation, en particulier littérale et téléologique¹⁴⁰⁷, de la réglementation en cause conduit à **écarter l'application ou à restreindre le champ d'application de la loi protectrice**.

698 En optant pour une conception trop littérale de la définition de la finalité, on décèle par ailleurs le risque d'une **interprétation favorable paradoxale**. On vise ici l'interprétation conduisant à appliquer une réglementation protectrice, alors même qu'elle est en réalité moins favorable au consommateur. Au sujet de la détermination de la qualité de consommateur d'un emprunteur (cf. art. 3 LCC), le TF a ainsi en définitive justement retenu que le prêt accordé pour le financement d'études n'était pas soumis à la LCC. A défaut, on discerne un risque de restreindre l'accès à de tels crédits aux personnes en formation, par une obligation stricte de remboursement dans les 36 mois¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁵ En lien avec l'usage mixte (« *Doppelzweck* »), Staudinger/KANNOWSKI, § 13 N 46.

¹⁴⁰⁶ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 7.

¹⁴⁰⁷ Comp. Conclusions de l'avocat général LÉGER du 28.10.1999, BERLINER KINDL BRAUEREI, aff. C-208/98, N 43 et 57.

¹⁴⁰⁸ ATF 139 III 201, consid. 2.5.6 = JdT 2016 II 240.

D. Hybride

1. Définition

La définition légale d'un contrat de consommation est qualifiée d'hybride lorsqu'elle **cumule des éléments de la définition positive et de la définition négative** (*supra* N 669 ss)¹⁴⁰⁹. 699

De lege lata, quelles sont les **manifestations** (2) de la définition hybride ? 700

2. Manifestations

L'art. 120 LDIP est la manifestation typique d'une définition hybride. Par renvoi de l'art. 114 al. 1 LDIP, la définition de l'art. 120 al. 1 LDIP est par ailleurs applicable à la limitation du choix du for pour les contrats conclus avec des consommateurs¹⁴¹⁰. L'art. 114 al. 1 LDIP (cf. ég. la réserve¹⁴¹¹ de l'art. 118 al. 2 LDIP) contient dès lors aussi une définition hybride, ce qui en fait une **caractéristique propre aux règles de protection du consommateur du droit international privé (interne) suisse**. 701

Plus généralement, une partie de la doctrine suggère encore d'étudier un **cumul des définitions positive et négative**. Par rapport à la définition positive de l'art. 32 al. 2 CPC (*supra* N 674), cette proposition se distingue par le fait qu'elle est axée sur le consommateur, et non l'autre partie. Le contrat de consommation se définirait alors généralement comme celui étant conclu par le consommateur à des fins personnelles ou familiales, mais non à des fins commerciales ou professionnelles¹⁴¹². 702

Quelles sont les **conséquences** (3) de la définition hybride ? 703

3. Conséquences

Le constat d'une définition hybride implique de **nuancer** l'affirmation selon laquelle l'art. 32 CPC aurait repris l'art. 120 LDIP (et l'art. 114 LDIP)¹⁴¹³. 704

¹⁴⁰⁹ WALKER, p. 3.

¹⁴¹⁰ BUCHER/BONOMI, N 988.

¹⁴¹¹ Arrêt du TF 4A_58/2008 du 28.04.2008, consid. 2.

¹⁴¹² BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 84 et les réf. citées.

¹⁴¹³ Comp. CR DIP-BONOMI, art. 114 N 3.

- 705 Il est ainsi intéressant de **présenter les dispositions de la LDIP en lien avec l'art. 32 CPC**. L'application de l'art. 32 al. 2 CPC suppose que la prestation de consommation courante soit destinée aux besoins personnels et familiaux du consommateur (aspect positif de la définition). L'art. 120 LDIP, quant à lui, contient la condition que la prestation ne soit pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur (aspect négatif de la définition).
- 706 Bien que la LDIP ne le mentionne pas, une partie de la doctrine considère, à juste titre, que la qualité professionnelle du cocontractant du consommateur est une condition à l'application de la réglementation protectrice¹⁴¹⁴. La lettre du CPC est à ce titre plus explicite et exige que la prestation ait été offerte par l'autre partie dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale¹⁴¹⁵. La seconde partie de la définition de l'art. 32 al. 2 CPC **se rattache ainsi immédiatement à la sphère d'activité de l'autre partie** et non plus à celle du consommateur. En ce sens l'art. 32 al. 2 CPC tempère vraisemblablement l'affirmation selon laquelle la définition positive serait uniquement axée sur le consommateur (comp. *supra* N 688 ss)¹⁴¹⁶. Ces deux approches s'inscrivent quoi qu'il en soit dans une conception restrictive du contrat de consommation par le droit formel (*supra* N 502 s.). Dans la LDIP, cette conception est appuyée par des conditions légales alternatives spécifiques supplémentaires à la mise en œuvre de la protection du consommateur (art. 120 let. a-c LDIP)¹⁴¹⁷.
- 707 Le contrat portant sur une prestation dont le lien avec l'activité professionnelle du consommateur est direct sera par ailleurs exclu du champ d'application de l'art. 120 LDIP¹⁴¹⁸. Si l'usage professionnel est marginal au point de n'avoir qu'un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause, l'art. 120 LDIP reste en revanche applicable¹⁴¹⁹. La doctrine considère que la

¹⁴¹⁴ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 303 s.

¹⁴¹⁵ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 84.

¹⁴¹⁶ Comp. FORNAGE, Mise en œuvre, N 90 ss.

¹⁴¹⁷ BUCHER/BONOMI, N 989 et 996, qui précisent que l'art. 15 al. 1 ch. 1 CL (ventes à tempérament d'objets mobiliers corporels) et 15 al. 1 ch. 2 CL (prêts à tempérament et autres opérations de crédit liées au financement d'une vente de tels objets) n'exigent pas un lien avec le pays du domicile du consommateur (comp. art. 120 al. 1 *in fine* LDIP).

¹⁴¹⁸ ATF 130 III 417, consid. 2.1 (acquisition de 203 chèques de voyage en vue d'acheter des marchandises à l'étranger pour le commerce. En soi, le contrat de chèque de voyage doit cela dit être considéré comme un contrat portant sur une prestation de consommation courante). CR DIP-BONOMI, art. 120 LDIP N 3 ; BUCHER/BONOMI, N 988 donnent l'ex. de l'avocat qui acquiert un ordinateur.

¹⁴¹⁹ CR DIP-BONOMI, art. 120 LDIP N 5 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 71 et sa réf. à CJCE, 20.01.2005, GRUBER, aff. C-464/01.

prestation doit être strictement destinée à **couvrir les besoins élémentaires** (« *Grundbedürfnisse* ») du consommateur¹⁴²⁰. N'entrent dès lors pas dans le champ d'application des art. 114 et 120 LDIP, la vente de biens de luxe ou de collection¹⁴²¹ ou une assurance-vie mixte¹⁴²². L'affirmation tranche *a priori* avec le constat selon lequel la consommation de masse ne concerne précisément pas (plus) nécessairement les besoins élémentaires entendus en tant que besoins primaires du consommateur (*supra* N 7 et 254).

La portée pratique de notre remarque demeure toutefois faible, en raison de l'interprétation que reconnaît le TF à la notion de « besoins primaires ». En effet, une assurance ménage, une assurance responsabilité civile pour un ménage privé, une assurance responsabilité civile pour détenteur d'un véhicule automobile privé ou encore une assurance accidents ou maladie privée **portent toujours sur une prestation de consommation courante** (expression que l'on retrouve tant à l'art. 32 CPC qu'à l'art. 120 LDIP)¹⁴²³. En fonction du volume d'affaires, un contrat d'assurance ou portant sur des prestations financières pourra porter sur une prestation de consommation courante¹⁴²⁴.

708

E. Indirecte

1. Définition

Nous présentons encore la définition légale indirecte (ou implicite¹⁴²⁵). La loi ne mentionne alors pas expressément la finalité privée de la relation. Cette finalité **se déduit** bien plus du contexte littéral, systématique, téléologique et historique dans lequel s'inscrit la norme considérée. Aussi, la définition

709

¹⁴²⁰ BUCHER/BONOMI, N 988.

¹⁴²¹ Arrêt du TF 4A_58/2008 du 28.04.2008, consid. 2 (vente d'une voiture de collection de marque Mercedes-Benz via ebay.de entre deux particuliers). Dans cet arrêt, l'application de l'art. 120 LDIP pouvait cependant déjà être exclue par l'absence d'activité professionnelle du « fournisseur » (contrat « C2C »).

¹⁴²² *Obiter dictum* dans l'arrêt du TF 5C.222/2005 du 12.01.2006, consid. 2.2 où le TF a par ailleurs nié que le contrat d'assurance responsabilité civile en cas d'accident lié à l'utilisation d'un ULM porte sur une prestation de consommation courante, les ULM étant interdits de vol en Suisse (consid. 2.3).

¹⁴²³ Comp. arrêt du TF 5C.222/2005 du 12.01.2006, consid. 2.2 (en lien avec l'art. 120 LDIP).

¹⁴²⁴ ATF 132 III 268, consid. 2.2.4 = JdT 2006 I 564. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N 168.

¹⁴²⁵ CR CO I-MORIN, art. 1 N 71.

indirecte est-elle un témoin direct de la transversalité substantielle du droit de la consommation, en particulier du contrat de consommation.

710 *De lege lata*, quelles sont les **manifestations** (2) de la définition indirecte ?

2. Manifestations

711 **Le CO** (art. 6a CO ; comp. ég. art. 266k CO) **et certaines lois spéciales** (art. 1 et 2 LVF, 3 LCA, 1 al. 1 let. b LRFP, 3 al. 3 et 8 LSPro¹⁴²⁶, la LTC en relation avec l'art. 1 let. b OST, 13 CL, 8 LCD ou encore les art. 1 et 14 LMétr) recourent à la définition indirecte du contrat de consommation¹⁴²⁷.

712 On peut distinguer entre les manifestations **au sens étroit** (a) et celles au sens large (b).

a. Au sens étroit

713 **Au sens étroit**, la définition indirecte vise généralement le consommateur en tant que personne physique. Il cherche alors à se procurer des biens ou des services, en vue de satisfaire prioritairement ses besoins privés et auprès d'un professionnel, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale¹⁴²⁸.

714 L'art. **6a CO** consacre une définition indirecte¹⁴²⁹. Il concerne l'envoi d'une chose non commandée par un professionnel à un consommateur¹⁴³⁰. Lorsque le consommateur n'a pas sollicité l'envoi de marchandises, cet envoi n'est pas considéré comme une offre du professionnel¹⁴³¹. La réglementation concerne spécifiquement la phase de l'offre en prévenant une acceptation tacite du contrat par le consommateur. Cela étant, la norme ne contient pas nécessairement toujours une définition indirecte du « contrat » de consommation. Ainsi, lorsque le contrat n'est finalement pas conclu, seule une étape de la relation précontractuelle consumériste reste appréhendée par cette disposition.

715 L'art. **406a al. 1 CO** contient également une définition indirecte. Il envisage le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un

¹⁴²⁶ WALKER, p. 3.

¹⁴²⁷ CR CO I-MORIN, art. 1 N 71.

¹⁴²⁸ CR CO I-MORIN, art. 1 N 72.

¹⁴²⁹ CR CO I-MORIN, art. 1 N 71. Sur la conclusion du contrat sous l'angle de l'art. 6a CO, CR CO I-MORIN, art. 6a N 8.

¹⁴³⁰ CR CO I-MORIN, art. 6a N 4.

¹⁴³¹ BK OR-MÜLLER, art. 6a N 17. Sur la notion de « *Realofferte* » sous l'angle de l'art. 6 CO, BK OR-MÜLLER, art. 6 N 86 ss.

partenariat, soit le contrat par lequel le mandataire s'oblige envers le mandant, moyennant rémunération, à lui présenter des personnes en vue de la conclusion d'un mariage ou de l'établissement d'un partenariat stable. Le consommateur est, dans ce contexte, nécessairement une personne physique (comp. art. 94 CC et art. 2 LPart). Certes, qualifier *in abstracto* un tel contrat comme étant de « consommation » s'avère peu adéquat compte tenu du contexte particulier de la réglementation. Les considérations du législateur à l'origine de la réglementation sont pourtant bien celles de la protection du « consommateur »¹⁴³². Le mandant – le consommateur – bénéficie ici d'un droit de révocation¹⁴³³ (art. 406e CO) observant son influençabilité et le risque de conséquences sociales pénibles résultant de la conclusion du contrat¹⁴³⁴.

L'art. 8 LCD adopte également une définition indirecte de la finalité du contrat de consommation¹⁴³⁵. Ce dernier s'identifie en fonction des conditions d'application de cette disposition, mais donc nécessairement en lien avec l'emploi de conditions générales (*infra* N 1786)¹⁴³⁶. La doctrine préconise plutôt une approche positive de la finalité du contrat dans ce contexte¹⁴³⁷. Cette position contraste avec la conception négative au sein de l'UE et, en particulier, dans la Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives (art. 2 let. b Directive). Or, le souci d'harmonisation commanderait peut-être d'opter pour une définition négative dans le contexte de l'art. 8 LCD également, particulièrement si la voie générale préconisée est une observation stricte du droit de l'UE dans l'interprétation et l'application de cette disposition¹⁴³⁸. Cela dit, il convient tout de même de rappeler que la définition positive, *a priori* plus restrictive (*supra* N 688 ss), permet peut-être de mieux circonscrire l'application des règles protectrices.

716

¹⁴³² HUGUENIN, *Obligationenrecht*, N 3315 ; CHK OR-PFIFNER/JOOST, art. 406a-h N 9 et 14.

¹⁴³³ FORNAGE, *Droit de révocation*, p. 488 ; CR CO I-WERRO, art. 406a-406h N 22 évoque un droit de repentir et de renonciation dans la mesure où le contrat n'entre en vigueur qu'après l'écoulement du délai de quatorze jours et à la condition que ce droit n'ait pas été exercé (cf. art. 406e al. 1 CO).

¹⁴³⁴ FF 1996 I 1, p. 179 s. DELAYE/HUG, *Tempori servire*, p. 182 ; HUGUENIN, *Obligationenrecht*, N 3323 ss.

¹⁴³⁵ WALKER, p. 3.

¹⁴³⁶ CR CO I-MORIN, art. 1 N 71 précise que le concept « contrat de consommation » a un rôle important en matière de conditions générales (*infra* N 1423 ss).

¹⁴³⁷ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 84 et les références citées.

¹⁴³⁸ Comp. BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 76 et 84.

b. Au sens large

- 717 **Au sens large**, la définition indirecte demeure susceptible de viser de multiples conventions asymétriques¹⁴³⁹, à savoir également celles qui sont conclues entre des professionnels exclusivement (cf. art. 1 et 2 LVF ou art. 1 al. 2 en relation avec art. 8 LSPPro).
- 718 On identifie par ailleurs des définitions indirectes du « contrat de consommation » dans des **lois spéciales** ne relevant pas nécessairement, et même directement, du droit contractuel de la consommation. C'est notamment le cas des art. 1 LRFP, 1 al. 2 et 8 LSPPro¹⁴⁴⁰, de la LCA ou encore de la LTC en relation avec l'OST. Ces dispositions ont en commun la poursuite et la mise en place d'une protection du « consommateur » envisagé en tant que client final¹⁴⁴¹. A l'inverse de la conception au sens étroit de la définition indirecte (*supra* N 713 ss), ces dispositions partagent la caractéristique d'une application potentiellement à très large échelle de la protection, soit également à des personnes physiques ou morales pouvant agir à des fins professionnelles ou commerciales. Le risque d'extensions trop larges du champ d'application de règles impératives subsiste, ce à quoi il convient de rester attentif (*infra* N 2151 s.).
- 719 L'art. 1 LVF contient aussi une définition indirecte du contrat de consommation réglementé¹⁴⁴². La disposition est particulière en ce sens que le « consommateur » ne conclut pas nécessairement le voyage à des fins typiquement consuméristes (privées). Tout client d'une agence de voyage à forfait est protégé (cf. art. 2 al. 3 LVF), indépendamment du fait que le voyageur contracte à des fins personnelles ou professionnelles¹⁴⁴³. Certains auteurs préconisent une interprétation restrictive de la finalité pour ne viser que les voyages de vacances¹⁴⁴⁴. Par une prise en compte dynamique du droit de l'UE, également en observation de la récente Directive 2015/2302/UE relative aux

¹⁴³⁹ Sur la notion de « contrats asymétriques », ROPPO.

¹⁴⁴⁰ Comp. CR CO I-MORIN, art. 1 N 71.

¹⁴⁴¹ Sur les contrats dits « S2C » (« *supplier to customer* »), ROPPO, p. 314 ss.

¹⁴⁴² CR CO I-MORIN, art. 1 N 71.

¹⁴⁴³ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 21.

¹⁴⁴⁴ CHK PauRG-ZEITER/SCHLUMPF, art. 2 N 5 motivent également leur position par la nécessité d'une interprétation uniforme de la notion de consommateur, entendu en tant que personne physique.

voyages à forfait (cf. consid. 7¹⁴⁴⁵), la protection du voyageur semble pourtant devoir effectivement s'appliquer largement.

Enfin, par souci d'exhaustivité, nous rappellerons que l'art. 11 al. 3 aLMétr ne contenait aucune définition indirecte au sens large. La disposition définissait en tant que consommateur la personne physique ou morale achetant des marchandises pour son propre usage¹⁴⁴⁶. La condition de l'usage propre, par opposition aux fins de la revente – excluant de considérer la personne morale comme un consommateur au sens de l'aLMétr – ne permettait cependant pas une identification claire des cas nécessitant une protection spécifique¹⁴⁴⁷. Le manque de précision de la norme empêchait dès lors de considérer qu'elle contenait un type particulier de « contrat de consommation ».

Quelles sont les **conséquences** (3) de la définition indirecte ?

3. Conséquences

La définition indirecte (implicite) du contrat de consommation est potentiellement la plus large. Elle ouvre la voie à l'admission en tant que consommateur de personnes **ne répondant que partiellement, voire plus du tout, à la définition traditionnelle du consommateur** en tant que personne physique acquérant des biens ou services pour un usage privé.

¹⁴⁴⁵ La teneur de la dernière partie de ce considérant est la suivante : « [...] en conséquence, la présente directive devrait s'appliquer aux voyageurs d'affaires, y compris les membres des professions libérales ou les travailleurs indépendants ou d'autres personnes physiques, lorsque ceux-ci n'organisent pas leurs déplacements en s'appuyant sur une convention générale. Afin d'éviter toute confusion avec la définition du terme <consommateur> figurant dans d'autres actes législatifs de l'Union, il convient de dénommer <voyageurs> les personnes protégées par la présente directive ».

¹⁴⁴⁶ La teneur de l'art. 11 al. 3 aLMétr était la suivante : « celui qui propose aux consommateurs une transaction portant sur des biens en vrac ou préemballés ou sur des services mesurables est tenu de déclarer la quantité et le prix, et d'indiquer le prix unitaire de manière à permettre la comparaison. Le Conseil fédéral peut arrêter des normes dont l'application dispense d'indiquer le prix unitaire. On entend par consommateur toute personne physique ou morale achetant des marchandises pour son propre usage. N'est pas réputé consommateur celui qui achète des biens à titre professionnel pour les travailler, les transformer ou les revendre à des tiers ». L'actuelle LMétr ne contient plus de définition expresse du « consommateur ».

¹⁴⁴⁷ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 22 s. (définition du consommateur par l'utilisation finale) donne l'ex. d'une entreprise de travaux publics achetant des machines de chantier. Si elle les utilise, elle est un consommateur au sens de l'aLMétr ce qui n'est en revanche pas le cas si elle les achète pour les revendre. Or, dans aucun de ces deux cas, l'entreprise n'a-t-elle un besoin de protection particulier.

- 723 **Ainsi**, la protection conférée par la LVF s'applique indépendamment du but – privé ou professionnel – du voyage¹⁴⁴⁸. Pour certains auteurs, l'art. 8 LCD ne viserait pas uniquement le consommateur personne physique, mais également les personnes morales¹⁴⁴⁹. Aussi, l'art. 1 let. b LRFP définit l'application de la réglementation consumériste, non pas au travers du consommateur, mais en fonction du dommage réparable¹⁴⁵⁰. Dès lors, et même si la chose acquise est destinée à un usage professionnel mais qu'elle cause un dommage corporel ou à des biens privés du consommateur, la LRFP s'applique néanmoins (art. 1 al. 1 LRFP)¹⁴⁵¹.
- 724 À l'inverse des autres types de définitions, on peut donc affirmer que la définition indirecte (implicite) vise également les contrats et/ou relations de consommation qui n'en sont en réalité pas vraiment, ou du moins pas strictement. Dans une optique de délimitation claire de la réglementation protectrice, c'est particulièrement face à ce type de définitions qu'il convient d'être **attentif sur la manière de définir et d'appréhender le « consommateur »**. On y retrouve le phénomène de la dilution entre le but de la protection du consommateur et la question, plus large, de la protection du client¹⁴⁵².
- 725 On notera au surplus que la définition indirecte se retrouve souvent au sein de lois dont la **portée collective est marquée**. Il s'agit particulièrement de celles tendant à la protection de la vie et de la santé des utilisateurs-consommateurs (ex. LRFP, LSPro) ou à la garantie d'une concurrence loyale (LCD). Ce type de définition semble dès lors également caractéristique du domaine que la doctrine française identifie en tant que « droit du marché » (*supra* N 177).
- 726 Après cette présentation des différentes définitions légales de la finalité et de leurs conséquences, nous allons encore approfondir la **qualité des parties (II)** au contrat de consommation.

¹⁴⁴⁸ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 21 considère que la LVF représente une définition du droit de la consommation à travers un domaine d'activité spécifique.

¹⁴⁴⁹ Sur la présentation de cette controverse, BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 79.

¹⁴⁵⁰ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 22.

¹⁴⁵¹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 22.

¹⁴⁵² Réf. est faite à la problématique des contrats asymétriques, ROPPO.

II. Qualité des parties

La qualité des parties est une composante essentielle de l'identification du contrat de consommation, lequel serait en effet principalement défini par ses acteurs¹⁴⁵³. Ces parties¹⁴⁵⁴ sont le **consommateur** (A) et le professionnel (B).

727

A. Consommateur

En revenant à la source, quelle est la **définition constitutionnelle** (1) du consommateur ?

728

1. Définition constitutionnelle

Selon l'art. 97 al. 1 Cst. « *la Confédération prend des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices* ». Le constituant ne donne toutefois aucune définition de ces deux notions. On relève une controverse quant aux **personnes** et à la **finalité visées** (a) et quant à la concrétisation de la définition (b).

729

a. Personnes et finalité visées

(i) Problématique

Il convient de déterminer ce que l'on entend par « consommateur » ou « consommatrice » au sens de l'art. 97 al. 1 Cst. Une certaine controverse existait déjà sous l'empire de l'art. 31^{sexies} aCst.¹⁴⁵⁵. La formulation au masculin et au féminin paraît en tout cas indiquer, à tout le moins dans les versions française et allemandes, que **seules les personnes physiques seraient concernées**. L'analyse de la version italienne (« *i consumatori* ») autoriserait toutefois une interprétation plus large, c'est-à-dire visant également les personnes morales¹⁴⁵⁶.

730

¹⁴⁵³ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 39.

¹⁴⁵⁴ Nous ne présenterons en revanche pas la « personne parfois assimilée au consommateur », à savoir le professionnel agissant en dehors de sa sphère de spécialité, ni la personne morale agissant à des fins non professionnelles, CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 11 ss.

¹⁴⁵⁵ UMULISA MUSABY, p. 25 ss ; WEBER-STECHER, p. 15 ss.

¹⁴⁵⁶ PICHONNAZ, BFC, p. 88 ss.

- 731 En outre, le terme « consommateur » concerne-t-il exclusivement la **personne qui acquiert des biens et des services à des fins privées** ? La majorité de la doctrine considère que le consommateur au sens de l'art. 97 al. 1 Cst. est une personne physique agissant à des fins privées¹⁴⁵⁷. KOLLER-TUMLER, sans se prononcer expressément sur la qualité de personne physique ou morale du destinataire de la protection¹⁴⁵⁸, relève encore que la notion de consommateur viserait le destinataire final privé et non le destinataire final professionnel ou commercial¹⁴⁵⁹.
- 732 La position de PICHONNAZ est plus large¹⁴⁶⁰. Il considère que le consommateur n'est **pas nécessairement une personne physique**, même si le but doit toujours être un but étranger à l'activité professionnelle ou commerciale¹⁴⁶¹. Cela étant, dans le cadre de la révision constitutionnelle totale (1999), le constituant a supprimé le terme de consommateur « final » (« *Endverbraucher* » ou « *Letztverbraucher* ») qui figurait à l'art. 31^{sexies} al. 3 Cst. Or, il pouvait être considéré comme visant tant les destinataires privés que ceux qui acquèrent les biens ou services à des fins professionnelles ou commerciales (comp. art. 11 al. 3 aLMétr, *supra* N 720)¹⁴⁶².
- 733 La référence au « consommateur final » conduirait par ailleurs à nier toute protection consumériste au **successeur contractuel du consommateur**¹⁴⁶³. Le successeur ne devrait dès lors pas bénéficier de la protection, dans la mesure où

¹⁴⁵⁷ SGK BV-HETTICH, art. 97 N 5 et les réf. citées. Dans ce sens, sous l'angle de l'art. 31^{sexies} aCst., RHINOW, Commentaire Cst. 1874, art. 31^{sexies} N 2.

¹⁴⁵⁸ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 35. En évoquant la notion d'utilisateur final, l'auteure semble néanmoins implicitement admettre l'inclusion des personnes morales dans la définition du consommateur.

¹⁴⁵⁹ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 35.

¹⁴⁶⁰ PICHONNAZ, BFC, dont le titre de la contribution est pour le moins explicite : « *le consommateur ne doit pas être nécessairement une personne physique* ». Pour une approche également neutre, AUBERT, Petit commentaire, art. 97 N 5 : « *par consommateur, on entend la personne qui achète pour son propre usage (le consommateur <final>), non celle qui achète pour revendre* ». Le critère semble donc être celui de l'utilisation finale privée, plutôt que celui de la nature – physique ou morale – de la personne protégée.

¹⁴⁶¹ PICHONNAZ, BFC, p. 92 donne l'ex. d'une chorale, d'un club de football ou encore de fanfares de village organisées en associations (art. 60 ss CC). CR CO I-MORIN, art. 1 N 76.

¹⁴⁶² Sur le caractère trompeur de la notion, REHBINDER, p. 62. Cf. ég. KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 35. Pour un ex. de disposition légale attestant de l'applicabilité large de la notion de « consommateur final », art. 3 let. b LAEE-NE qui le définit comme « *toute personne physique ou morale qui achète de l'énergie électrique pour sa propre consommation* ».

¹⁴⁶³ FORNAGE, Mise en œuvre, N 143.

il n'a pas lui-même (directement) conclu le contrat avec le professionnel¹⁴⁶⁴. A juste titre, FORNAGE considère qu'il convient d'entreprendre une analyse du besoin de protection du successeur, plutôt que d'appliquer rigidelement la règle de l'absence de transfert du rôle spécifique au successeur. Ainsi, le successeur d'un consommateur contractant ne devrait pas pouvoir bénéficier du droit de révocation offert au premier consommateur lors de la conclusion du contrat, mais le successeur pourrait, en revanche, justifier d'un besoin de protection accru s'agissant d'une règle de for (cf. art. 32 CPC)¹⁴⁶⁵.

(ii) *Protection d'intérêts économiques*

L'interprétation ne doit toutefois pas s'arrêter à la lettre de la loi. Le but de la protection d'intérêts économiques du consommateur, en tant qu'acteur du marché, devrait également être observé¹⁴⁶⁶. Il en va de même de considérations relatives à l'égalité de traitement entre les différents types de consommateurs n'agissant pas à des fins artisanales, commerciales, professionnelles ou libérales¹⁴⁶⁷. Sous cet angle, il **ne se justifie donc probablement pas de limiter la protection constitutionnelle aux seules personnes privées** et il conviendrait plutôt de reconnaître, plus largement, comme consommateur le client qui acquiert des biens et services¹⁴⁶⁸. La protection vise alors une fonction économique, caractérisée par un besoin de protection typique dans l'acquisition de biens ou services¹⁴⁶⁹. Or, suivant les situations, ce besoin sera parfois identique pour une personne physique et pour une personne morale.

Dès lors, la portée du mandat constitutionnel pourrait effectivement être considérée comme **large**¹⁴⁷⁰. Il fonderait la protection des intérêts économiques d'une partie faible – personne physique ou morale – plutôt qu'il ne se limiterait aux consommateurs en tant que personnes physiques. La protection consumériste pourrait donc même ne pas être limitée au seul destinataire privé de biens et services¹⁴⁷¹. La Charte de protection du consommateur du Conseil

¹⁴⁶⁴ FORNAGE, Mise en œuvre, N 144.

¹⁴⁶⁵ FORNAGE, Mise en œuvre, N 145 ss.

¹⁴⁶⁶ PICHONNAZ, BFC, p. 89 ss.

¹⁴⁶⁷ Par ex. les associations ou les fondations à but non lucratif, PICHONNAZ, BFC, p. 92.

¹⁴⁶⁸ Cf la contribution de ROPPO au sujet des contrats asymétriques. Plaidant également pour la protection des tous les consommateurs finaux privés, UMULISA MUSABY, p. 46.

¹⁴⁶⁹ REHBINDER, p. 64.

¹⁴⁷⁰ WEBER-STECHER, p. 17.

¹⁴⁷¹ REHBINDER, p. 65.

de l'Europe (1973)¹⁴⁷² inclut d'ailleurs expressément la personne morale dans la notion de « consommateur » (cf. ég. art. 226m al. 4 aCO)¹⁴⁷³. Plus récemment, le DCFR envisage également des règles protectrices pour les professionnels (cf. art. II.-9:405 en relation avec I.-I:105 [2])¹⁴⁷⁴.

736 Législateur, doctrine et jurisprudence doivent ainsi user de la marge de manœuvre que leur reconnaîtrait malgré tout¹⁴⁷⁵ le souverain, s'agissant de la **concrétisation** (b) de la définition du « consommateur ».

b. Concrétisation

737 Dans le prolongement de la controverse relative au champ d'application de l'art. 97 Cst., il sied de clarifier si la définition constitutionnelle doit être (re)définie par chaque corpus de règles ou chaque loi protectrice¹⁴⁷⁶. Le mandat constitutionnel laisserait bien plus le choix au législateur de définir, au cas par cas, les personnes – physiques ou morales – touchées par des règles légales protectrices¹⁴⁷⁷. L'approche sectorielle semble effectivement indiquer **le choix de recourir à une définition spéciale de la notion de consommateur**. Ce constat pencherait en faveur d'une conception large du consommateur sous l'angle de l'art. 97 al. 1 Cst., nonobstant la lettre des versions allemande et française, qui est restreinte aux personnes physiques (*supra* N 730).

738 Cela étant, l'affirmation doit tout de même être **nuancée**. Les lois sectorielles ne contiennent pas toutes une définition expresse du « consommateur ». Le recours direct à la notion de « bien ou de service acquis à des fins privées », pour retenir la qualité de consommateur, n'est donc pas nécessairement toujours limpide. Contrairement à la LCC (art. 3), voire même à la LRFP (cf. art. 2 let. b), la LCD ne contient par exemple aucune définition incontestée du « consommateur »¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷² Résolution 543 de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe du 17.05.1973. FF 1979 II 713, 717.

¹⁴⁷³ REHBINDER, p. 64.

¹⁴⁷⁴ PICHONNAZ, BFC, p. 93.

¹⁴⁷⁵ WEBER-STECHER, p. 16 s.

¹⁴⁷⁶ REHBINDER, p. 65.

¹⁴⁷⁷ UMULISA MUSABY, p. 26.

¹⁴⁷⁸ EISNER-KIEFER, p. 34. Critique quant à l'absence de définition de la notion de consommateur dans la LCD, MARCHAND, Droit de la consommation, p. 150.

Aussi, le consommateur visé par l'art. 8 LCD est-il nécessairement une personne physique¹⁴⁷⁹ qui conclut un contrat portant sur une prestation de consommation courante¹⁴⁸⁰ ? Bien que la majorité de la doctrine considère que les personnes morales sont exclues de la protection accordée par l'art. 8 LCD¹⁴⁸¹, une telle position ne va pourtant pas de soi compte tenu de la marge d'interprétation qu'offrirait l'art. 97 Cst. La limitation aux consommateurs, en tant que personnes physiques, s'expliquerait par un lien étroit de l'art. 8 LCD avec la Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives, laquelle ne vise que le « consommateur »¹⁴⁸².

739

En écho aux quatre conceptions légales de la finalité (*supra* N 666 ss), et à la définition constitutionnelle du consommateur, ces développements nous mènent à approfondir les **définitions légales** (2) du consommateur.

740

2. Définitions légales

En droit de l'UE, les critères de définition du consommateur sont **personnels, fonctionnels ou matériels**¹⁴⁸³. Selon le texte applicable, et sa transposition dans le droit des Etats membres, les petits entrepreneurs et les personnes morales pourront notamment être considérés comme étant des « consommateurs »¹⁴⁸⁴. Sous l'influence des Directives, la plupart des Etats membres de l'UE ont, cela dit, harmonisé et uniformisé la notion de consommateur dans leurs droits privés respectifs¹⁴⁸⁵. Des différences subsistent néanmoins quant à la portée de chaque définition¹⁴⁸⁶.

741

¹⁴⁷⁹ DUPONT, p. 111 rappelle que, bien que la volonté initiale du CF ait englobé la protection des PME, ce « *vœu n'a pas été entendu par les Chambres* » ; ROBERTO/WALKER, p. 54.

¹⁴⁸⁰ KOLLER TH., 8 UWG, p. 25 s. considère que le critère de la prestation de consommation courante n'est pas pertinent, puisque le champ d'application de l'art. 8 LCD serait alors limité aux transactions quotidiennes pour lesquelles des conditions générales ne sont quasiment jamais employées. *Contra* HESS/RUCKSTUHL, p. 1196.

¹⁴⁸¹ EHLE/BRUNSCHWEILER, p. 263.

¹⁴⁸² Critiques, EHLE/BRUNSCHWEILER, p. 263.

¹⁴⁸³ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 57 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 97.

¹⁴⁸⁴ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 57.

¹⁴⁸⁵ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 59. Ainsi, l'Allemagne (§ 13 BGB), l'Autriche (§ 1 KSchG) et l'Italie (art. 3 *Codice del Consumo*).

¹⁴⁸⁶ VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I, p. 95. En droit français par ex., l'art. liminaire du Code de la consommation définit, d'une part, le consommateur (toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole) et, d'autre part, le non-professionnel (toute personne morale

- 742 En droit suisse, il existe également plusieurs définitions du « consommateur ». On l'a vu (*supra* N 666 ss), elles sont parfois divergentes¹⁴⁸⁷. Des critères semblables à ceux du droit de l'UE restent tout de même identifiables. Les notions de consommateur dans la LVF, la LCC, aux art. 40a ss CO et, à notre avis, à l'art. 8 LCD ne sont toutefois **pas généralisables**¹⁴⁸⁸. Ce constat résulte de la nature toujours sectorielle de la législation de protection du consommateur, laquelle tend à (re)définir le statut de consommateur en fonction de la loi ou de la disposition concernée, en vue d'y appliquer des règles protectrices spécifiques¹⁴⁸⁹.
- 743 Pour le droit fédéral, UMULISA MUSABY relève quoi qu'il en soit trois catégories de définitions légales du consommateur¹⁴⁹⁰. MARCHAND présente également plusieurs techniques législatives pour l'identifier¹⁴⁹¹. Nous proposons deux catégories générales : la définition **biologique** (a) et la définition économique (b).

a. Biologique

- 744 Lorsqu'il convient de protéger la santé et la sécurité du consommateur en sa qualité de personne physique¹⁴⁹², le législateur opte généralement pour une définition « biologique ». Il décrit alors le consommateur en fonction de son **appartenance au genre humain**. Certes, la définition s'avère très large. Comme l'a d'ailleurs constaté le Conseil fédéral en référence à la LIC¹⁴⁹³, « *le*

qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole).

¹⁴⁸⁷ FF 2014 893, 906 : « *La législation suisse fourmille de définitions parfois divergentes de la notion de < consommateur > (art. 3 LCC) ou du < contrat conclu avec un consommateur > (art. 32, al. 2, CPC) ».*

¹⁴⁸⁸ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 57.

¹⁴⁸⁹ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 96.

¹⁴⁹⁰ UMULISA MUSABY, p. 27 ss.

¹⁴⁹¹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 15 ss, soit les définitions par l'usage du bien ou du service, par le critère de la prestation de consommation courante, à travers un domaine d'activité spécifique, par la nature du dommage, par l'utilisation finale ainsi qu'au travers du critère supplémentaire du caractère professionnel de l'autre partie.

¹⁴⁹² PICHONNAZ, BFC, p. 88.

¹⁴⁹³ UMULISA MUSABY, p. 27 considère que la LIC appartient à la catégorie des normes qui protègent la santé et la sécurité du consommateur. Il ne s'agit cependant pas à proprement parler d'une loi contenant une définition biologique du consommateur, même si l'un des buts de cette loi est la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs au moyen de la garantie de son information accrue (par ex. art. 2 al. 1 let. a LIC).

cercle auquel la loi s'adresse est très grand. Sous certains rapports, chacun est consommateur » (sur le discours de KENNEDY, *supra* N 275 ss)¹⁴⁹⁴. La définition biologique n'exclut quoi qu'il en soit pas les personnes physiques agissant à des fins professionnelles de la notion de consommateur. Cela rend la définition biologique peu opportune en vue d'une approche contractuelle impliquant le consommateur « traditionnel ».

Les lois qui prévoient une définition biologique ont d'ailleurs généralement une **portée réduite pour le consommateur**¹⁴⁹⁵ **contractant**¹⁴⁹⁶. Elles s'insèrent néanmoins dans un mouvement de protection plus large de la santé du client ou du destinataire final d'un bien ou d'un service. Si la définition est dès lors dogmatiquement intéressante pour délimiter différentes catégories de consommateurs, elle ne convainc en revanche pas pour concrétiser une réglementation contractuelle limitant le champ d'application des règles impératives au destinataire final privé ou agissant en dehors de sa sphère d'activité artisanale, commerciale, libérale, industrielle ou professionnelle.

745

La définition **économique** (b) circonscrit mieux la protection, en particulier contractuelle, recherchée.

746

b. Économique

La définition économique du consommateur se concentre sur les **intérêts économiques des parties**¹⁴⁹⁷. Comme pour la définition biologique (*supra* N 744 ss), la personne qualifiée de « consommateur » n'est pas non plus nécessairement celle au sens où on l'entend habituellement, à savoir en tant que personne acquérant les marchandises ou les services pour son usage personnel¹⁴⁹⁸. Suivant l'approche choisie, un professionnel, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale¹⁴⁹⁹, pourra donc également être considéré comme un consommateur¹⁵⁰⁰.

747

¹⁴⁹⁴ FF 1986 II 340, 376. UMULISA MUSABY, p. 27.

¹⁴⁹⁵ Sans préjudice de l'utilité de ces lois sous l'angle, notamment, des prétentions en responsabilité civile du consommateur (ex. LRFP).

¹⁴⁹⁶ Pour le terme de « *consommateur contractant* », FORNAGE, Mise en œuvre.

¹⁴⁹⁷ UMULISA MUSABY, p. 28 s.

¹⁴⁹⁸ Comp. FF 2000 3849, 3867.

¹⁴⁹⁹ PICHONNAZ, BFC, p. 88.

¹⁵⁰⁰ SCHMELZER, p. 63 : « *der Kaufmann kann daher sehr wohl auch Konsument sein und ist dann entsprechend zu behandeln !* ».

748 Plus que la définition biologique, la définition économique renvoie à la transition – constatée en droit de l’UE – de la **protection du consommateur vers celle, plus générale, du client** (« *from consumer to customer* »), dans le cadre des contrats dits « S2C » (« *supplier to customer* »)¹⁵⁰¹. La protection s’envisage alors indépendamment de l’appartenance au genre humain du « consommateur ». Pareille approche soulève inévitablement la question de l’opportunité d’une protection (plus) étendue de la partie faible par le droit des obligations, singulièrement par le droit des contrats, ou encore le droit de la lutte contre la concurrence déloyale.

749 La définition économique est **large** (i) ou étroite (ii).

(i) *Large*

750 La définition économique large du consommateur se rattache à la **protection d’intérêts économiques privés et professionnels**¹⁵⁰². Sans paraître totalement péremptoire, la doctrine suisse-allemande emploie parfois le terme de « *Gebraucher* », soit d’utilisateur, par opposition à celui de « *Verbraucher* » ou de « *Konsument* » pour distinguer entre le destinataire professionnel ou privé et le destinataire strictement privé de biens et de services¹⁵⁰³.

751 L’**art. 2 al. 3 L VF** fournit un exemple de définition économique au sens large du consommateur¹⁵⁰⁴. La personne morale qui conclut un voyage à forfait est dans ce contexte considérée comme étant un consommateur¹⁵⁰⁵. La qualité de consommateur est ainsi reconnue à la personne – y compris morale – qui agit à des fins professionnelles¹⁵⁰⁶.

¹⁵⁰¹ À ce sujet, ROPPO.

¹⁵⁰² UMULISA MUSABYA, p. 28 ss.

¹⁵⁰³ SCHMELZER, p. 74 : « *Verbrauch, im Sinne der Gütervernichtung, steht nämlich auch bei Unternehmen an der Tagesordnung* » [...] et « *oft beschlägt der Konsumentenvertrag nicht ein Verbrauchs-, sondern ein Gebrauchsgut* ». Comp. *supra* N 720 pour la teneur de l’art. 11 al. 3 aLMétr.

¹⁵⁰⁴ UMULISA MUSABYA, p. 29.

¹⁵⁰⁵ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 41.

¹⁵⁰⁶ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 21 ; CR Conso-STAUDER, art. 2 L VF N 9.

(ii) *Étroite*

La définition économique étroite du consommateur se rattache exclusivement à la **protection d'intérêts économiques privés ou familiaux**¹⁵⁰⁷. Seul le consommateur final privé¹⁵⁰⁸ de bien ou services, soit le consommateur au sens le plus traditionnel du terme, est visé ici. Pour reprendre les termes de la Directive relative aux droits des consommateurs, est alors concernée toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale (art. 2 ch. 1 Directive ; qui ne fait pas référence à l'activité « professionnelle »).

752

En droit matériel, on rencontre de telles définitions économiques au sens étroit aux art. 40a al. 1, 210 al. 4 let. b et 266k CO. Les lois sectorielles adoptent également cette approche (art. 3 LCC et 8 LCD, ce dernier dans la mesure où l'on retient que le consommateur est exclusivement une personne physique agissant à des fins privées [controversé]¹⁵⁰⁹). Par ailleurs, d'après le Message du Conseil fédéral, l'art. 1 de la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le commerce itinérant (RS 943.1) viserait seulement le consommateur acquérant des marchandises ou des services pour un usage personnel¹⁵¹⁰.

753

En droit formel, par le critère de la prestation de consommation courante (art. 32 CPC et 120 LDIP), ces dispositions contiennent également une définition économique étroite. L'art. 15 CL doit par ailleurs être interprété de manière autonome¹⁵¹¹ ; les personnes morales n'entrent cela dit pas dans son champ d'application¹⁵¹².

754

Comment identifie-t-on le consommateur en présence d'un **rapport de représentation** (3) ?

755

¹⁵⁰⁷ Comp. UMULISA MUSABYA, p. 28.

¹⁵⁰⁸ UMULISA MUSABYA, p. 28.

¹⁵⁰⁹ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 130 considère que « la notion de consommateur doit aussi inclure la personne morale si celle-ci n'agit pas à des fins commerciales ».

¹⁵¹⁰ FF 2008 3849, 3867.

¹⁵¹¹ ATF 133 III 295, consid. 7.2 = JdT 2008 I 160 ; arrêt du TF 4A_454/2016 du 16.12.2016, consid. 3.1. CR LDIP-BONOMI, art. 15 CL N 9.

¹⁵¹² Arrêt du TF 4A_454/2016 du 16.12.2016, consid. 3.1 et les réf. citées.

3. Rapport de représentation

- 756 Lorsque le **consommateur est représenté pour la conclusion du contrat**, la réponse doit être nuancée¹⁵¹³.
- 757 Si un **consommateur représente un autre consommateur** dans sa relation avec un professionnel, le contrat reste conclu entre un consommateur et un professionnel. Le consommateur-représenté bénéficie alors de la protection conférée au représentant, « *dans les limites des règles générales en matière de représentation (art. 32 ss CO)* »¹⁵¹⁴.
- 758 Lorsque le **représentant du consommateur est un professionnel**, le consommateur-représenté devrait bénéficier des règles protectrices légales¹⁵¹⁵. En effet, il est seul lié au professionnel-contractant et devient par ailleurs directement son débiteur (art. 32 al. 1 CO)¹⁵¹⁶. En revanche, si le professionnel-représentant conclut un contrat avec un autre consommateur ayant ou – à notre avis devant avoir raisonnablement – connaissance du rapport de représentation en faveur du consommateur-représenté, le contrat est susceptible de perdre sa nature strictement consumériste et de constituer un contrat entre particuliers (contrat « C2C »). A défaut d’une telle connaissance, on pourrait peut-être rencontrer une situation où le consommateur-représenté se voit appliquer des règles protectrices (not. art. 8 LCD¹⁵¹⁷), afin de préserver l’apparence efficace créée envers l’autre consommateur.
- 759 A ce stade, une **synthèse** (4) de nos développements n’est pas superflue.

¹⁵¹³ FORNAGE, Mise en œuvre, N 137 ss et N 160 (pour la situation où c’est le professionnel qui désigne un représentant pour conclure avec le consommateur [comp. art. 2 ch. 2 Directive 2011/83/UE]).

¹⁵¹⁴ FORNAGE, Mise en œuvre, N 138.

¹⁵¹⁵ FORNAGE, Mise en œuvre, N 139. Pour l’interprétation des termes juridiques du contrat, la représentation par une personne ayant de bonnes connaissances en droit pourrait néanmoins impliquer la présomption que les parties entendaient donner à leurs expressions un sens technique, BK OR-KRAMER, art. 18 N 24.

¹⁵¹⁶ CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 20.

¹⁵¹⁷ Il n’est pas inutile de rappeler qu’il est controversé de savoir si l’utilisateur des conditions générales, au sens de l’art. 8 LCD, doit nécessairement être un professionnel ou s’il peut aussi s’agir d’un *prosumer*, à savoir d’un consommateur agissant comme un professionnel, par ex. en cas de location par le biais d’Airbnb (CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 136).

4. Synthèse

Pour reprendre STAUDER, « *la notion de consommateur est l'une des notions-clés du droit des contrats de consommation* »¹⁵¹⁸. Pourtant, le droit suisse ne connaît **aucune définition générale** du consommateur¹⁵¹⁹. Elle diverge déjà entre le droit matériel et le droit formel. En outre, la définition est même susceptible de varier au sein de domaines apparentés (comp. art. 15 CL [interprétation autonome] avec les art. 120 LDIP et 32 CPC [critère de la prestation de consommation courante]¹⁵²⁰) ; c'est là une preuve importante de la conception toujours éminemment sectorielle de la matière.

760

Certes, un consensus paraît exister quant à une conception du consommateur en tant que personne physique agissant à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale (définition négative de la finalité, *supra* N 678)¹⁵²¹. En droit des obligations, pour mieux délimiter la protection, on pourrait donc généralement définir le consommateur comme une **personne physique qui – d'une manière reconnaissable pour son partenaire contractuel – acquiert des biens ou des services pour une consommation personnelle ou familiale, c'est-à-dire un usage privé** (définition positive de la finalité, *supra* N 669 s.)¹⁵²². Toutefois, on risque alors d'écarter les personnes dont le besoin de protection ne résulte pas strictement de la finalité poursuivie, mais d'une fonction économique particulière ; on pense notamment aux PME ou, plus largement, à une partie destinataire de clauses préformulées insolites ou abusives (comp. *infra* N 2182 ss).

761

En tant que critère propre au droit formel suisse, le **critère de la prestation de consommation courante** limite par ailleurs une application trop large des

762

¹⁵¹⁸ STAUDER, L'influence, p. 86.

¹⁵¹⁹ PICHONNAZ, BFC, p. 88 ; WALKER, p. 2 ss. Par opposition au droit allemand (§ 13 BGB), MEDICUS/PETERSEN, N 48 soulignent qu'en droit de l'UE, malgré la nécessité d'une interprétation aussi uniforme que possible de la notion de consommateur, les Directives ne connaissent pas (encore) de définition totalement uniforme du « consommateur ».

¹⁵²⁰ KOLLER-TUMLER, BFC, p. 83 relève que le critère de la prestation de consommation courante place parfois le consommateur interne (cf. ATF 132 III 268 = JdT 2006 I 564) dans une situation moins favorable que son homologue international, puisqu'il doit, si ce critère n'est pas rempli, agir au for ordinaire du domicile ou du siège de l'autre partie.

¹⁵²¹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 29 en réf. à la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs. Cf. ég. art. 4 al. 1 let. a Directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

¹⁵²² KRAMER/PROBST/PERRIG, N 97.

règles impératives, notamment lorsqu'un besoin de protection n'existe pas¹⁵²³. Cela dit, ce critère reste controversé. Pour certains, il conduirait à une restriction des droits du « consommateur »¹⁵²⁴. Dans l'optique d'une conception générale de cette notion en droit suisse, se pose la question de savoir si le critère de la prestation de consommation courante doit, ou non, être pris en considération à plus large échelle, à savoir également en droit matériel. L'admettre reviendrait souvent à limiter la protection du consommateur ; en droit formel, la réalisation de ce critère implique une exception au for général du domicile du défendeur. Nous y reviendrons (*infra* N 811 ss).

763 Le moment est désormais venu de s'intéresser au « **professionnel** » (B).

B. Professionnel

764 La qualité de professionnel est étroitement – pour ne pas dire intimement – liée à celle de consommateur (sur le rôle spécifique des parties en tant qu'élément du droit de la consommation, *supra* N 218 ss). Cette notion **ne connaît pas de définition générale** (1) et soulève certaines questions particulières (2).

1. Absence de définition générale

765 En droit de la consommation, le professionnel¹⁵²⁵ (« *Anbieter* »¹⁵²⁶ ou « *Unternehmer* »¹⁵²⁷) est la partie qui contracte avec le consommateur dans le but de lui fournir des biens ou des services¹⁵²⁸. Le rôle spécifique de professionnel peut dès lors être considéré comme un **critère supplémentaire dans la définition même du consommateur**¹⁵²⁹. La finalité se détermine alors de manière objective et concrète (*supra* N 594 s.)¹⁵³⁰. Contrairement au consommateur, le critère d'identification du professionnel est cependant le fait

¹⁵²³ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 29 en réf. à l'arrêt du TF 4A_432/2007 du 08.02.2008.

¹⁵²⁴ FORNAGE, Mise en œuvre, N 2734. Comp. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 305.

¹⁵²⁵ FORNAGE, Mise en œuvre, N 155 précise qu'il est également désigné en tant que « fournisseur », « vendeur » ou « commerçant » ; UMULISA MUSABY, p. 46.

¹⁵²⁶ KOLLER-TÜMLER, Einführung, p. 56 ss.

¹⁵²⁷ Selon l'intitulé du § 14 BGB.

¹⁵²⁸ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 39.

¹⁵²⁹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 19 s. en réf. à CJCE, 20.01.2005, ENGLER, aff. C-27/02, N 34.

¹⁵³⁰ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 14 N 18.

qu'il agisse dans un but entrant dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale¹⁵³¹.

À l'inverse du droit allemand (§ 14 BGB), et comme pour la notion de consommateur (comp. § 13 BGB), le droit suisse ne connaît pas de définition générale du professionnel. Le terme s'intègre parfois dans la conception légale de la finalité consumériste (art. 32 al. 2 CPC, *supra* N 674) ou – ce qui revient souvent au même – au sein des conditions d'application de la réglementation protectrice (art. 40a CO, art. 2 LCC et art. 2 al. 1 et 2 LVF). Cela étant, l'identification du professionnel reste généralement plus aisée que celle du consommateur¹⁵³², la notion reposant cependant sur des **critères personnels, fonctionnels et matériels** également¹⁵³³. L'identification de la qualité de professionnel est également indépendante de la notion d'« entreprise » (comp. art. 2 let. b ORC¹⁵³⁴ et 2 al. 1^{bis} LCart¹⁵³⁵).

Les règles protectrices du consommateur se concentrent ainsi sur la conception du **professionnel en tant que fournisseur de biens ou de services** (cf. art. 8 LCD). Toutefois, certaines règles protectrices du droit général des obligations s'appliquent quel que soit le rôle – la fonction économique – des partenaires contractuels (comp. *supra* N 546 ss)¹⁵³⁶.

La qualité du professionnel soulève des **questions particulières** (2) auxquelles nous répondrons succinctement¹⁵³⁷.

¹⁵³¹ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 40.

¹⁵³² KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 57 ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 39 : « la notion de professionnel, fournisseur d'une prestation de service ou de biens, ne fait l'objet que de peu de difficultés ».

¹⁵³³ FORNAGE, Mise en œuvre, N 156 ss ; MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 14 N 3.

¹⁵³⁴ La teneur de l'art. 2 let. b ORC est la suivante : « entreprise : une activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier ».

¹⁵³⁵ La teneur de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart est la suivante : « est soumise à la présente loi toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique ». KRAMER/PERRIG/PROBST, N 98 rappellent que le professionnel au sens de cette loi peut également être destinataire de biens ou services.

¹⁵³⁶ KRAMER/PERRIG/PROBST, N 99 rappellent que l'art. 8 LCD vise uniquement le professionnel en tant qu'utilisateur des conditions générales, alors que le contrôle des conditions générales par le droit général des obligations permet de protéger la personne exerçant une activité économique, qu'elle soit un fournisseur ou un destinataire de prestations. Ce dernier cas se présente par ex. pour la règle de l'insolite (*infra* N 1819 et N 1825), qui vise la protection du destinataire des conditions générales en cas d'intégration globale.

¹⁵³⁷ Pour des approfondissements sur le rôle de professionnel contractant, FORNAGE, Mise en œuvre, N 155 ss.

2. Questions particulières

769 Le professionnel est-il une **personne physique ou morale** (a), de droit privé ou de droit public (b) ? Comment s'appréhende le rapport de représentation (c) ?

a. Personne physique ou morale

770 La qualité de professionnel s'envisage largement¹⁵³⁸. Toutes les **personnes physiques** sont susceptibles d'être qualifiées de « professionnel » dans leur rapport contractuel avec un consommateur. Peuvent donc notamment être considérés comme tels un entrepreneur, un agriculteur, un loueur de voitures¹⁵³⁹ ou encore une personne exerçant une profession libérale¹⁵⁴⁰ (sur la relation de confiance qualifiée propre à écarter la typicité consumériste, *infra* N 848 ss)¹⁵⁴¹.

771 Les **personnes morales** peuvent également endosser le rôle de « professionnel »¹⁵⁴². Toute personne morale de droit privé est à ce titre susceptible d'être concernée, à l'instar d'une société anonyme (art. 620 ss CO), d'une société en commandite par actions (art. 764 ss CO), d'une société à responsabilité limitée (art. 722 ss CO) et d'une société coopérative (art. 828 ss CO)¹⁵⁴³. On peut y rajouter les associations (art. 60 ss CC) à la condition, toutefois, qu'elles poursuivent une activité en la forme commerciale. En revanche, une association à but idéal, faute d'exercer une activité commerciale et de rechercher un profit, ne devrait pas être considérée comme un professionnel¹⁵⁴⁴. Il est vrai, les règles légales protectrices résultant d'un contexte situationnel particulier (cf. art. 40a ss CO) sont susceptibles de tempérer cette dernière affirmation, en particulier lorsque le fournisseur est une personne ou une organisation sans but lucratif¹⁵⁴⁵.

772 Peut ainsi être considéré comme un professionnel, toute personne physique ou morale inscrite au **registre du commerce** à titre individuel ou comme entreprise et poursuivant une finalité professionnelle ou commerciale (cf. art. 934 CO et

¹⁵³⁸ Pour le droit allemand, MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 14 N 5.

¹⁵³⁹ UMULISA MUSABY, p. 47 évoque également la vente régulière, au prix du marché, de véhicules de service utilisés par un tel loueur.

¹⁵⁴⁰ En lien avec le critère de l'activité commerciale (cf. art. 934 al. 1 CO, « entreprise commerciale »), FORNAGE, Mise en œuvre, N 166.

¹⁵⁴¹ MüKo BGB I-MICKLITZ/PURNHAGEN, § 14 N 5.

¹⁵⁴² FORNAGE, Mise en œuvre, N 157.

¹⁵⁴³ FORNAGE, Mise en œuvre, N 159.

¹⁵⁴⁴ *Contra*, UMULISA MUSABY, p. 48.

¹⁵⁴⁵ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40a N 17.

art. 36 al. 4 ORC)¹⁵⁴⁶. En l'absence d'inscription audit registre, la qualité de professionnel doit également être reconnue¹⁵⁴⁷ à la personne dont l'activité s'inscrit dans la durée, est exercée avec un certain degré d'autonomie et d'organisation, ainsi que la recherche d'un profit ; la réalisation d'un bénéfice n'est cependant pas nécessaire¹⁵⁴⁸. La référence au chiffre d'affaires peut enfin être pertinente pour rejeter l'existence d'un hobby et, partant, exclure la qualité professionnelle de la partie fournissant un bien ou un service¹⁵⁴⁹.

b. Personne de droit privé ou public

Une autre question est celle de la qualité privée ou publique du professionnel¹⁵⁵⁰. Elle **demeure controversée**¹⁵⁵¹ et soulève des interrogations complexes dont nous ne traiterons pas¹⁵⁵². Nous nous limiterons ici à tracer quelques grandes lignes.

En droit de l'UE, l'art. 3 ch. 7 Directive 2015/2302/UE sur les voyages à forfait définit le professionnel comme « *toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive [...]* ». La référence à la qualité publique ou privée du professionnel se retrouve à l'art. 2 ch. 2 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, de

773

774

¹⁵⁴⁶ FORNAGE, Mise en œuvre, N 171 ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 39.

¹⁵⁴⁷ FORNAGE, Mise en œuvre, N 167 ss et 171 ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 39.

¹⁵⁴⁸ FORNAGE, N 170 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40a N 17.

¹⁵⁴⁹ En réf. aux « Powersellers » sur les sites de vente aux enchères par Internet, FORNAGE, Mise en œuvre, N 173.

¹⁵⁵⁰ FORNAGE, Mise en œuvre, N 159.

¹⁵⁵¹ Pour une analyse approfondie de l'Etat envisagé comme le contractant du consommateur, UMULISA MUSABY, p. 51 ss.

¹⁵⁵² Qu'en est-il par ex. des garanties fondamentales du droit public en présence d'un « contrat de consommation de droit public », de l'éventuelle priorité ou confusion entre l'intérêt public et la protection des consommateurs, de l'incidence des obligations de droit public sur la liberté contractuelle, des conséquences procédurales de la distinction droit privé et public, de la confusion constatée des services publics et privés (ex. la Poste, les CFF, la téléphonie mobile, les prestations de radio et télévision, la fourniture de services industriels), de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons (cf. art. 3 Cst.) ou encore de la portée de la notion de tâches administratives (sur les tâches administratives, DUBEY/ZUFFEREY, N 1 ss) en lien avec la protection des consommateurs ? Ces réflexions nous ont été inspirées par les développements d'UMULISA MUSABY, p. 51 ss.

même qu'à l'art. 2 let. c Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives. Les Directives paraissent donc admettre la notion de professionnel, en y incluant les entités relevant du droit public¹⁵⁵³.

775 Pour le droit suisse, FORNAGE relève donc à juste titre que le professionnel **peut être une personne morale de droit public**, à tout le moins lorsque cette personne exerce une activité similaire à celle d'une personne morale de droit privé¹⁵⁵⁴. UMULISA MUSABY précise que les services industriels (eau, énergie) et les prestations de radio et de télévision devraient par principe demeurer soumises au droit public. En revanche, les services bancaires, la téléphonie vocale, au motif qu'elles sont offertes en concurrence avec d'autres particuliers, seraient exclusivement régies par le droit privé¹⁵⁵⁵.

(i) *Obligations légales d'assurance*

776 Pour l'assurance obligatoire de soins (art. 3 LAMal) et l'assurance responsabilité civile obligatoire pour véhicules automobiles (art. 63 ss LCR), les réflexions sur la qualité privée ou publique du professionnel s'avèrent potentiellement **plus complexes**.

777 L'**assurance obligatoire de soins** est considérée comme étant d'un caractère public plus marqué¹⁵⁵⁶. Sauf à appliquer la clause d'exception très spécifique de l'art. 3 al. 2 LAMal, il n'existe en effet aucun moyen légal d'échapper à l'obligation de contracter. Cette dernière repose alors sur une base légale expresse indépendante du besoin effectif et même de la volonté de la personne assurée. Toutefois, en l'absence de caisse unique, ainsi qu'en en présence d'un environnement concurrentiel¹⁵⁵⁷ marqué entre les caisses-maladie obligatoires, il est en définitive hasardeux de soutenir que ces dernières ne seraient pas des professionnels à la relation consumériste¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵³ Du même avis, FORNAGE, *Mise en œuvre*, N 159.

¹⁵⁵⁴ FORNAGE, *Mise en œuvre*, N 159.

¹⁵⁵⁵ UMULISA MUSABY, p. 56.

¹⁵⁵⁶ OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 325 : « *der Kontrahierungszwang zulasten von Monopolbetrieben (wie den Eisenbahnen) gilt als altes Requisit der Gesetzgebung, gehört indessen nach einer anderen Auffassung überhaupt nicht ins Privatrecht* ».

¹⁵⁵⁷ Pour l'argument selon lequel les prestations offertes en concurrence avec des particuliers devraient être soumises au droit privé, UMULISA-MUSABY, p. 56.

¹⁵⁵⁸ BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 19 considère que le contrat portant sur l'assurance-maladie (« *Krankenkasse* ») doit être qualifié de contrat de consommation.

En outre, la liberté de décision du consommateur demeure, du moins théoriquement, plus large s'agissant de l'acquisition d'un véhicule automobile. Le cas échéant, il sera donc soumis à l'**obligation d'assurance des art. 63 ss LCR**. Le caractère consumériste de la relation est quoi qu'il en soit marqué ; la personne qui acquiert un véhicule n'a généralement que peu ou pas d'influence sur le contenu du contrat d'assurance qu'elle doit conclure en tant que détenteur¹⁵⁵⁹.

778

(ii) Poste

Les litiges entre la Poste et sa clientèle relèvent d'un organe de conciliation (art. 29 LPO), qui « *fait partie intégrante de la protection des consommateurs* »¹⁵⁶⁰. Le Message relatif à cette loi précise que « *les relations entre clients et prestations de service universel relèvent notamment du droit civil* »¹⁵⁶¹. Les litiges liés aux accords sur l'accès aux cases postales et sur la mise à disposition de données d'adresses doivent être jugés par les tribunaux civils (art. 8 LPO). Ceux portant sur l'emplacement des boîtes aux lettres et des installations aménagées au domicile du destinataire sont en revanche régis par le droit de la procédure administrative (art. 10 LPO)¹⁵⁶². La situation reste donc **ambiguë**.

779

(iii) Télécommunications

Les relations juridiques de l'entreprise de télécommunications avec sa clientèle sont régies par les dispositions du droit privé (art. 18 al. 1 LET). La **responsabilité est soumise au droit privé**, le droit public étant expressément déclaré inapplicable (art. 18 al. 2 LET).

780

Quant aux **litiges** entre l'entreprise de télécommunications et sa clientèle, ils relèvent des tribunaux civils (art. 19 al. 1 LET). L'organe de conciliation des télécommunications (cf. art. 42 ss OST) est ainsi chargé de connaître de tout différend relevant du droit civil entre un client et son fournisseur de services (art. 43 al. 1 OST). Une requête en conciliation n'empêche pas la formation d'une action devant un tribunal civil (art. 46 al. 1 OST). Ainsi, ces rapports se

781

¹⁵⁵⁹ Déjà OFTINGER, Vertragsfreiheit, p. 329.

¹⁵⁶⁰ FF 2009 4649, 4699.

¹⁵⁶¹ FF 2009 4649, 4699. EGGEN, p. 1562 et 1565 s. précise que la relation entre la Poste et ses clients est soumise au droit privé, alors que les prescriptions légales à l'intention des prestataires de services postaux relèvent du droit public ; UMULISA MUSABY, p. 52.

¹⁵⁶² FF 2009 4649, 4684.

rattacheraient plutôt à la conception d'un professionnel endossant une fonction « privée ».

3. Rapport de représentation

- 782 Lorsque le professionnel désigne un représentant pour la conclusion du contrat avec le consommateur, il **conserve sa qualité de professionnel** (comp. art. 2 let. d Directive 2006/114/CE sur la publicité trompeuse et comparative)¹⁵⁶³.
- 783 La Cour de Justice en a jugé de même sous l'angle de la **défunte Directive 85/577/CEE**. Elle a retenu que la notion de « commerçant » recouvrait toute personne agissant au nom et pour le compte du commerçant¹⁵⁶⁴. Le professionnel doit donc se laisser imputer le comportement du représentant, notamment le fait que le contrat soit passé dans une situation de démarchage. Pour que la protection s'applique, il ne serait pas indispensable que le représenté ait su ou dû savoir que le contrat fut conclu en pareille circonstance¹⁵⁶⁵.
- 784 Après cette présentation de la qualité des parties, nous allons encore approfondir certaines **caractéristiques du contrat** (III) de consommation.

III. Caractéristiques du contrat

- 785 Du point de vue des caractéristiques du contrat de consommation, nous présenterons la **relation entre les prestations** (A), le critère de la prestation de consommation courante (B), ainsi que la durée de l'engagement contractuel (C).

A. Relation entre les prestations

1. Définition

- 786 Le consommateur s'engage à rémunérer la prestation du professionnel, qu'il s'agisse de la livraison d'un bien ou de la fourniture d'un service¹⁵⁶⁶. De son côté, le professionnel s'engage à exécuter la prestation. La prestation de chaque

¹⁵⁶³ FORNAGE, Mise en œuvre, N 160.

¹⁵⁶⁴ CJCE, 25.10.2005, C-229/04, aff. C-229/04, N 42.

¹⁵⁶⁵ CJCE, 25.10.2005, C-229/04, aff. C-229/04, N 45. FORNAGE, N 160.

¹⁵⁶⁶ CR CO I-MORIN, art. 1 N 73.

partie apparaît dès lors comme la contrepartie à celle de l'autre (*do ut es*)¹⁵⁶⁷. Le contrat de consommation est ainsi **généralement**¹⁵⁶⁸ **un contrat onéreux et synallagmatique parfait** (contrat bilatéral parfait)¹⁵⁶⁹.

L'affirmation **dépend toutefois de la réglementation protectrice** considérée. En application de l'art. 13 aCL, le TF a par exemple exclu l'exception du for du domicile du consommateur en cas de garantie donnée par le fabricant par le biais du détaillant, ce faute d'engagements synallagmatiques des deux parties¹⁵⁷⁰. De même, les art. 40a ss CO présupposent un contrat en principe onéreux, étant précisé que la prestation n'est pas nécessairement fournie en argent, mais peut être exclusivement patrimoniale (« *Vermögensleistung* ») ou appréciable en argent (« *geldwerte Leistung* »)¹⁵⁷¹.

Le contrat de consommation peut cependant présenter un caractère **unilatéral, bilatéral imparfait ou multilatéral**¹⁵⁷². Le contrat unilatéral (« *einseitiger Vertrag* ») est celui où seule une partie promet une prestation en faveur de l'autre¹⁵⁷³ et où il n'y a pas de rapport d'échange entre les parties¹⁵⁷⁴. Quant au contrat multilatéral (« *mehrseitiger Vertrag* »), il se caractérise par l'absence d'échange de prestations, mais implique deux ou plusieurs parties se promettant des prestations dans un but commun¹⁵⁷⁵.

Cette variété de relations entre les prestations envisageables soulève des **questions particulières (2)**.

¹⁵⁶⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 257 ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 66.

¹⁵⁶⁸ Dans le cadre d'une interprétation euro-compatible de la LVF, il faut admettre que l'organisation d'un voyage publicitaire gratuit, où le consommateur paye uniquement les taxes d'aéroport et un supplément pour une chambre individuelle, entre dans le champ d'application de la LVF. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 241 s. en réf. à CJCE, 15.06.1999, RECHBERGER, aff. C-140/97, N 30 ss.

¹⁵⁶⁹ CR CO I-MORIN, art. 1 N 73 ; WEBER-STECHER, p. 59. Nuancée, FORNAGE, Mise en œuvre, N 100 ;

¹⁵⁷⁰ ATF 134 III 218 consid. 3.6. Critique, MARCHAND, Droit de la consommation, p. 301 s.

¹⁵⁷¹ ZK OR-DORNIER, art. 40a N 57 s. donne l'ex. du contrat d'échange (art. 237 s. CO).

¹⁵⁷² Pour des approfondissements, FORNAGE, Mise en œuvre, N 100 ss.

¹⁵⁷³ MÜLLER, Contrats, N 70 : ex. la reconnaissance de dette (art. 17 CO), la donation (art. 239 ss CO) ou encore le porte-fort (art. 111 CO).

¹⁵⁷⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, N 341.

¹⁵⁷⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 260 ; MÜLLER, Contrats, N 74. Par ex. la société simple (art. 530 CO).

2. Questions particulières

790 Après des développements sur le **cautionnement en tant que contrat unilatéral** (a), nous évoquerons le critère de la finalité prioritaire, susceptible à notre avis d'intervenir en présence d'un contrat multilatéral (b).

a. Contrat unilatéral : l'exemple du cautionnement

(i) Conception

791 Le principe du caractère onéreux et synallagmatique du contrat de consommation doit être **nuancé pour les contrats de sûreté**, tout particulièrement pour le cautionnement (cf. art. 492 ss CO). Ce dernier est un contrat unilatéral¹⁵⁷⁶ à titre gratuit¹⁵⁷⁷. La thématique visée ici concerne principalement la catégorie des contrats par lesquels le professionnel-créancier est, à certaines conditions, en mesure de rechercher la caution pour obtenir le paiement du montant dû par le consommateur-débiteur¹⁵⁷⁸.

792 Notre réflexion a particulièrement été nourrie par l'affaire BERLINER KINDL BRAUEREI (2000)¹⁵⁷⁹, intervenue dans le contexte de l'application de la Directive 87/102/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation. Dans son arrêt, la CJCE a considéré qu'un **contrat de cautionnement conclu en garantie du remboursement d'un crédit ne relevait pas du champ d'application de la Directive 87/102/CEE** lorsque ni la caution, ni le bénéficiaire du crédit n'ont agi dans le cadre de leur activité professionnelle. Elle a ainsi nié la protection de la Directive à la caution, en particulier dans la mesure où son champ d'application ne s'y étend pas, nonobstant le caractère accessoire de la caution¹⁵⁸⁰.

793 D'une manière générale, l'exclusion de principe des contrats de sûreté en tant que « contrat de consommation » constitue à notre avis une **conception trop restrictive**. Par référence à la CJCE, *mutatis mutandis*, le TF a confirmé qu'un

¹⁵⁷⁶ TERCIER/BIERI/CARRON, N 341 et 6166. *Contra*, MIGNON N 1210 considère le cautionnement comme un contrat bilatéral imparfait.

¹⁵⁷⁷ FORNAGE, Mise en œuvre, N 121.

¹⁵⁷⁸ FORNAGE, Mise en œuvre, N 121. Sur les contrats de sûreté, TERCIER/BIERI/CARRON, N 6139 ss.

¹⁵⁷⁹ CJCE, 23.03.2000, BERLINER KINDL BRAUEREI, aff. C-208/98.

¹⁵⁸⁰ CJCE, 23.03.2000, BERLINER KINDL BRAUEREI, aff. C-208/98, N 26.

contrat *sui generis* par lequel le fabricant s'était engagé envers tout acquéreur d'un véhicule à le réparer gratuitement à certaines conditions (« garantie d'usine ») ne constituait pas un contrat de fourniture de services au sens de l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL, faute d'engagements synallagmatiques des deux parties¹⁵⁸¹. Sous l'angle de l'art. 32 CPC, notre Haute Cour considère par ailleurs seulement que l'application de la disposition présuppose l'existence d'un « contrat »¹⁵⁸². En droit formel également, une exclusion de principe de la typicité consumériste d'un contrat unilatéral ne semble donc pas nécessairement exclue, à tout le moins en droit interne.

L'application de la protection aux personnes étroitement liées à l'engagement du consommateur-principal paraît quoi qu'il en soit **inhérente à l'approche sectorielle**. La réponse définitive dépend souvent de la manière dont l'économie générale ou les objectifs¹⁵⁸³ de la loi sectorielle en cause appréhendent les personnes gravitant autour du consommateur principal. Malgré l'abrogation de la Directive 87/102/CEE par la Directive 2008/48/CE sur le crédit aux consommateurs depuis le prononcé des arrêts BERLINER KINDL BRAUEREI, la problématique demeure néanmoins d'actualité pour la Suisse.

794

(ii) Constat

Si l'objectif est la protection générale des intérêts des personnes agissant dans un but privé (cf. art. 97 Cst., comp. *supra* N 730 ss), le bénéfice des règles protectrices devrait **être octroyé aux personnes qui s'engagent à ce titre aux côtés du consommateur principal**. L'on ne discerne aucun motif permettant de les traiter différemment que le consommateur principal, d'autant plus que ces personnes n'ont, une fois leur engagement valablement pris, aucune influence sur le comportement du consommateur, le cas échéant, défailant.

795

Il nous paraît donc que la caution agissant elle-même à des fins exclusivement ou principalement privées devrait bénéficier de la même protection qu'un consommateur¹⁵⁸⁴, également en ce qui concerne les règles protectrices de for. La caution doit à cet égard être **traitée de manière similaire au codébiteur** du consommateur-débiteur principal passant un contrat avec un professionnel¹⁵⁸⁵,

796

¹⁵⁸¹ ATF 134 III 218 consid. 3.6.

¹⁵⁸² Arrêt du TF 4A_575/2013 du 11.03.2014, consid. 2.2.

¹⁵⁸³ CJCE, 23.03.2000, BERLINER KINDL BRAUEREI, aff. C-208/98, N 26.

¹⁵⁸⁴ Du même avis pour les contrats conclus à des fins de sûreté, FORNAGE, Mise en œuvre, N 128.

¹⁵⁸⁵ Sous l'angle des art. 40a ss CO, CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40a N 9 s. *Contra*, MIGNON, N 1212 ss, pour qui il faudrait plutôt exclure le contrat de cautionnement du champ

et dans un but étranger à son activité artisanale, commerciale, libérale ou professionnelle¹⁵⁸⁶. La seule existence d'une règle de forme (*infra* N 997 ss) ne pallie d'ailleurs pas toujours au besoin d'une protection consumériste spécifique¹⁵⁸⁷, même si le but du droit contractuel de la consommation est effectivement souvent de préserver la partie faible d'une décision hâtive¹⁵⁸⁸.

797 Les contrats de sûreté devraient donc plutôt être considérés comme pouvant représenter un contrat de consommation¹⁵⁸⁹. Tel sera en principe le cas si le garant (la caution), **n'agissant pas à des fins artisanales, commerciales, libérales ou professionnelles**, garantit la dette d'un consommateur-débiteur ne poursuivant pas non plus ce but (« *accessorium sequitur principale* »¹⁵⁹⁰)¹⁵⁹¹.

798 Cette solution évite toujours l'application des dispositions protectrices **lorsque le débiteur vise un but « professionnel »**, bien qu'il ne faille peut-être pas se montrer totalement péremptoire¹⁵⁹². La finalité poursuivie par chacun des protagonistes s'évalue quoi qu'il en soit d'une façon objective et concrète (*supra* N 594 s.). Une approche purement subjective n'est pas souhaitable,

d'application des art. 40a ss CO, dans la mesure où « la prestation du « fournisseur » n'est pas destinée au client (la caution), mais à un tiers (le débiteur). Plus généralement, les art. 40a ss CO supposeraient un contrat à titre onéreux et un contrat synallagmatique (échange de prestations) ».

¹⁵⁸⁶ CJUE, 09.07.2015, BUCURA, aff. C-348/14, N 39.

¹⁵⁸⁷ Par ex. en lien avec le contenu du contrat principal et les taux d'intérêts pratiqués envers le débiteur principal, susceptibles de se répercuter sur la caution si le débiteur n'honore pas ses obligations. WEBER-STECHE, p. 59 présente le cas de la déclaration de cautionnement d'une personne physique sur moins de Fr. 2'000.- et qui ne doit pas revêtir la forme authentique (art. 493 al. 2 CO).

¹⁵⁸⁸ *Contra*, MIGNON, N 1226 : « la question de l'intégration du contrat de cautionnement dans les art. 40a ss CO reste toutefois principalement théorique ; l'art. 493 al. 2 CO impose en effet que le contrat de cautionnement portant sur une somme supérieure à CHF 2'000.00 soit passé en la forme authentique. Il n'y a donc plus d'effet de surprise possible, donc plus de besoin de protection ».

¹⁵⁸⁹ Du même avis, BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 19. *Contra*, MIGNON N 1220 ss (spécifiquement sous l'angle des art. 40a ss CO).

¹⁵⁹⁰ Conclusions de l'avocat général LÉGER du 28.10.1999, BERLINER KINDL BRAUEREI, aff. C-208/98, N 65.

¹⁵⁹¹ En application de la Directive 85/577/CEE, CJUE, 17.03.1998, DIETZINGER, aff. C-45/96, N 23 où la Cour n'a pas retenu la qualité de consommateur de la personne physique garantissant – même hors de son activité professionnelle – la dette du débiteur, dans la mesure où le débiteur avait contracté la dette dans le cadre de son activité professionnelle.

¹⁵⁹² Par ex. le parent qui se porte caution d'une dette que son enfant acquiert pour la mise en place ou l'exercice d'une activité indépendante. Dans l'intérêt économique général, un tel soutien reste à encourager, ce qui pourrait potentiellement intervenir en garantissant une protection de nature consumériste spécifique au soutien.

d'autant plus si une relation contractuelle directe (par ex. un contrat de mandat) entre la caution et le débiteur (bénéficiaire « indirect ») fait défaut. Le bénéficiaire « direct » reste le créancier du débiteur.

Une autre question est celle du **critère de la finalité prioritaire** (b). Elle intervient dans le contexte des contrats multilatéraux.

799

b. Contrat multilatéral : critère de la finalité prioritaire

(i) Conception

L'examen du critère de la finalité prioritaire intervient au cours de l'examen visant à déterminer si un **contrat multilatéral** relève de la typicité consumériste. Pour certaines relations, le rapport d'échange et les fondements de la relation ne sont pas toujours strictement délimités¹⁵⁹³. Ces relations impliquent en outre régulièrement l'existence, d'un côté, d'une multitude de « consommateurs » et, de l'autre, d'un seul ou de plusieurs professionnel(s). Il peut donc être utile de prévoir un critère d'identification commun pour appréhender ce type de relations sous l'angle « consommériste ».

800

Dans l'arrêt **E. FRIZ GMBH**¹⁵⁹⁴, la CJUE a par exemple dû déterminer si la Directive 85/577/CEE sur le démarchage à domicile (abrogée par la Directive 2011/83/UE) s'appliquait uniquement aux contrats synallagmatiques¹⁵⁹⁵. Saisie d'une question préjudicielle soulevée par un tribunal allemand, elle a analysé le retrait d'un consommateur d'un fonds immobilier constitué sous forme de société de droit civil allemand. La Cour y a développé la question de la nature du contrat de consommation, selon la relation entre les prestations des parties¹⁵⁹⁶.

801

¹⁵⁹³ La cession d'usage d'immeubles à temps partagé (*time-sharing* en matière immobilière) peut par ex. avoir son fondement dans le droit des contrats, le droit des sociétés ou les droits réels, FF 2006 2483, 2486.

¹⁵⁹⁴ CJUE, 15.10.2010, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08.

¹⁵⁹⁵ Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 08.09.2009, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 2.

¹⁵⁹⁶ Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 08.09.2009, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 3 et 14.

- 802 Un argument avancé par le consommateur était que l'investissement de capital dans un fonds immobilier fermé¹⁵⁹⁷ sous forme de société de droit civil, plus précisément **l'achat d'une participation dans un tel fonds**, ne constituait pas une adhésion à ladite société en tant qu'associé. En conséquence, il estimait pouvoir bénéficier de la protection consumériste octroyée par la Directive¹⁵⁹⁸. Intervenue dans une situation de démarchage à domicile, le « consommateur » soutenait que son adhésion pouvait être révoquée sans conséquences financières (effet *ex tunc*¹⁵⁹⁹)¹⁶⁰⁰.
- 803 Le gouvernement allemand considérait, en revanche, que la Directive 85/577/CEE¹⁶⁰¹ ne devait s'appliquer qu'aux contrats synallagmatiques classiques, à l'exclusion des contrats multilatéraux¹⁶⁰². En outre, le champ d'application de la Directive ne couvrirait pas les contrats conclus entre consommateurs, ce qui était précisément le cas s'agissant d'un contrat d'adhésion à un fonds immobilier **auquel de nombreux autres consommateurs participaient également et de manière identique** (rapport « C2C »)¹⁶⁰³. Il n'y aurait donc pas à strictement parler de contrat de consommation en cas de transaction entre consommateurs (C2C)¹⁶⁰⁴.
- 804 Dans ses Conclusions, l'avocat général examina si un commerçant, au sens où l'entend la Directive 85/577/CEE, pouvait être identifié dans la relation contractuelle entre le consommateur – l'associé – et les autres associés de la société¹⁶⁰⁵. Sans véritablement trancher la question, la CJUE jugea toutefois que

¹⁵⁹⁷ Les caractéristiques d'un tel fonds sont le nombre limité d'investisseurs et le montant prédéterminé de l'investissement, Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 08.09.2009, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 42.

¹⁵⁹⁸ Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 08.09.2009, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 23.

¹⁵⁹⁹ Il convient de préciser que la jurisprudence allemande prévoyait en revanche un effet *ex nunc* au retrait du consommateur ayant conclu le contrat en situation de démarchage à domicile, Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 08.09.2009, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 33.

¹⁶⁰⁰ Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 08.09.2009, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 16.

¹⁶⁰¹ L'art. 1 § 1 Directive 85/577/CEE disposait, pour l'essentiel, qu'elle s'appliquait aux contrats conclus entre commerçants et consommateurs.

¹⁶⁰² Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 08.09.2009, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 24.

¹⁶⁰³ Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 08.09.2009, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 25.

¹⁶⁰⁴ BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 12.

¹⁶⁰⁵ Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 08.09.2009, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 63.

le **contrat d'adhésion** relevait du champ d'application de la Directive 85/577/CE.

La Cour précisa néanmoins que la **finalité du contrat d'adhésion** sera souvent déterminante pour l'application des règles protectrices. Lorsque la finalité est prioritairement un placement financier – et pas une adhésion en tant que membre d'une société – la Directive s'applique¹⁶⁰⁶.

805

(ii) *Constat*

En présence d'un contrat portant sur la participation à un contrat multilatéral, singulièrement à un fonds immobilier, une utilisation d'immeuble à temps partagé ou un rapport associatif, il semblerait utile de recourir au **critère de la finalité prioritaire** s'agissant de l'examen du but de l'adhésion du contractant-consommateur. Elle devrait s'évaluer de façon objective et concrète (*supra* N 594 ss).

806

La finalité prioritaire doit par ailleurs être mise en lien avec le critère de la prépondérance applicable en cas de contrat de consommation à finalité mixte (*supra* N 664 ss). Particulièrement lorsque le rapport d'échange n'est pas ou que difficilement identifiable, le critère de la finalité prioritaire permet peut-être de **déterminer si la participation à un contrat multilatéral répond à la typicité consumériste**. Certaines règles protectrices s'appliqueraient le cas échéant (ex. art. 32 CPC). On pourrait également recourir à ce critère pour justifier la qualité de consommateur des personnes physiques membres d'une PPE. Si la finalité poursuivie par un ou des membres d'une PPE – qui n'est pas une personne morale – est prioritairement privée (ex. gestion du fonds de PPE, contrat de fourniture d'électricité pour la PPE, etc.), alors la qualité de consommateur de ses membres pourrait être retenue¹⁶⁰⁷.

807

Le TF semble déjà faire usage, implicitement et sous l'angle du droit formel, des **considérations similaires en lien avec l'examen de l'application de l'art. 32 CPC à un rapport associatif**¹⁶⁰⁸. Notre Haute Cour distingue entre, d'une part, les contrats conclus à des fins privées (besoins usuels courants) et, d'autre part, ceux qui sont en rapport direct avec la couverture liée à un risque relatif à l'activité professionnelle. Dès lors qu'une prétention du travailleur contre un syndicat – *in casu* la garantie des dépens dans le cadre d'une

808

¹⁶⁰⁶ CJUE, 15.10.2010, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 34.

¹⁶⁰⁷ Pour le droit allemand, BROX/WALKER, § 9 N 199a.

¹⁶⁰⁸ Arrêt du TF 4A_575/2013 du 11.03.2014.

procédure ouverte contre les ex-employeurs – est en lien direct avec l’activité professionnelle du travailleur, la prestation réclamée au syndicat ne remplit pas le critère de la prestation de consommation courante¹⁶⁰⁹.

809 En d’autres termes, la **finalité prioritaire du rapport associatif – le lien avec le syndicat – n’est en l’espèce pas privée**. En conséquence, le litige ne relève pas de l’art. 32 CPC. Cela dit, il sied de noter que le rapport associatif n’était en l’occurrence de toute manière pas prédominant, s’agissant d’une association à but certes idéal, mais offrant principalement des prestations de protection juridique à ses membres¹⁶¹⁰. Pour ce motif déjà, l’application de l’art. 32 CPC pouvait donc être écartée¹⁶¹¹. Le critère de la finalité prioritaire resterait quoi qu’il en soit utile pour identifier la finalité lorsqu’il existe un véritable rapport d’échange entre l’association et ses membres, de sorte que l’aspect associatif serait relégué au second plan¹⁶¹².

810 Un second élément important dans l’analyse de l’objet du contrat de consommation est le critère de la **prestation de consommation courante (B)**.

B. Prestation de consommation courante

1. Définition

811 Le droit privé interne suisse de protection du consommateur connaît un critère de délimitation spécifique pour certains contrats de consommation, à savoir celui de la **prestation de consommation courante** (« *Leistung des üblichen Verbrauchs* »)¹⁶¹³. Nous l’avons déjà évoqué à plusieurs reprises tout au long de notre étude (par ex. *supra* N 575 s.). Le législateur ne définit pas directement ce critère¹⁶¹⁴, qui ressort expressément de certaines dispositions légales de

¹⁶⁰⁹ Arrêt du TF 4A_575/2013 du 11.03.2014, consid. 2.5.

¹⁶¹⁰ Arrêt du TF 4A_575/2013 du 11.03.2014, consid. 2.5.

¹⁶¹¹ Arrêt du TF 4A_575/2013 du 11.03.2014, consid. 2.5.

¹⁶¹² Arrêt du TF 4A_575/2013 du 11.03.2014 et les réf. citées. Dans ce sens, BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 21 : « *ebenfalls unter Art. 32 fallen Vereinsbeitritte, sofern sich die Mitgliedschaftsbeziehung wie z.B. bei Buch- und Schallplattenklubs einzig auf ein reines Austauschverhältnis beschränkt (s. BSK-GONZENBACH, Art. 40a OR N 2)* ».

¹⁶¹³ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 305 rappelle que le critère de la prestation de consommation courante est une particularité suisse.

¹⁶¹⁴ FORNAGE, Mise en œuvre, N 1326 s.

nature formelle (cf. art. 32 al. 2 CPC et 114 et 120 LDIP)¹⁶¹⁵, ainsi que de la jurisprudence¹⁶¹⁶.

La « prestation de consommation courante » **est susceptible de concerner n'importe quel type de prestation**, qu'il s'agisse d'une livraison de biens ou de services, à la condition qu'elle corresponde aux besoins usuels courants du consommateur (assurances, contrat de réparation, de fitness, etc.)¹⁶¹⁷. Une autre condition est que la finalité du consommateur – la destination du bien ou du service – soit privée¹⁶¹⁸. Sous ce dernier angle, le critère s'avère potentiellement superflu, car il revient à examiner la finalité poursuivie par le consommateur et non la valeur ou la fréquence d'occurrence de la prestation contractuelle¹⁶¹⁹.

La **valeur ou la fréquence d'occurrence** d'une prestation ne sont, cela dit, pas à eux seuls déterminants pour juger de son caractère « courant ». Une prestation devrait bien plus être qualifiée de « courante » indépendamment de sa valeur ou même si elle n'intervient qu'une seule fois¹⁶²⁰, à la condition toutefois qu'il ne s'agisse pas d'une situation exceptionnelle (comp. *infra* N 858 en rapport avec le critère de la confiance qualifiée). Rien n'exclurait¹⁶²¹ donc que le critère englobe un contrat d'assurance-vie, en particulier s'il est destiné à faire fructifier une modeste épargne¹⁶²² ou encore qu'il vise un contrat d'investissement ou un placement financier¹⁶²³. Les besoins du consommateur qui tendent à être satisfaits peuvent rester de nature privée, peu importe que le consommateur ne conclue, par hypothèse, qu'une seule assurance de ce genre

¹⁶¹⁵ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 303 et 311.

¹⁶¹⁶ ATF 132 III 268, consid. 2.2.2 = JdT 2006 I 564 ; arrêt du TF 4A_432/2007 du 08.02.2008, consid. 4.2.3 (arrêt publié en partie aux ATF 134 III 218, mais pas le considérant cité).

¹⁶¹⁷ CPC-HALDY, art. 32 N 6 ; BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 19.

¹⁶¹⁸ CPC-HALDY, art. 32 N 11.

¹⁶¹⁹ FORNAGE, Mise en œuvre, N 1329.

¹⁶²⁰ *Contra*, KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 30 ; BSK ZPO-JOB, art. 32 N 7 mais cf. N 8 se référant néanmoins au caractère « ordinaire » de la prestation acquise : « [...] *die weder in Bezug auf ihre Grössenordnung bzw. Tragweite noch in Bezug auf ihren Gegenstand als ausserordentlich einzustufen sind* (GVP SG 2008 Nr. 68) ».

¹⁶²¹ Comp. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 305, qui rappelle que le critère de la prestation de consommation courante reste « *assez imprévisible dans son application* ».

¹⁶²² Arrêt de la Chambre des recours I du TC vaudois AP/2010/52 du 10.03.2010, consid. 6 (assurances-vie de Fr. 22'500.- et Fr 30'000.-, arrêt rendu sous l'angle des art. 114 et 120 LDIP). Comp. CPC-HALDY, art. 32 N 9 et MARCHAND, Droit de la consommation, p. 306 s.

¹⁶²³ *Contra*, ATF 132 III 268, consid. 2.2.3 = JdT 2006 I 564 (prise en compte du volume des affaires également). CPC-HALDY, art. 32 N 9 et la réf. citée.

pendant son existence¹⁶²⁴. La nature « courante » de la prestation se rattache donc plutôt à un élément macroéconomique (le caractère répandu de la prestation), qu'à un élément microéconomique (la fréquence d'occurrence auprès du seul consommateur considéré).

814 En application de l'art. 32 CPC, il est par ailleurs nécessaire que le contractant du consommateur **agisse dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale**¹⁶²⁵, c'est-à-dire qu'il endosse une qualité professionnelle au sens large¹⁶²⁶.

2. Lien avec le critère de la finalité

815 Le critère de la prestation de consommation courante **tempère parfois la focalisation sur la seule finalité du contrat** pour sa qualification en tant que contrat de consommation.

816 Pour les services financiers, le TF a par exemple considéré que, dans l'examen de l'existence d'une prestation de consommation courante, le type et le but de la relation contractuelle ne sont pas seuls déterminants. Le volume de l'affaire l'est également, ce qui revient à considérer que **le besoin courant ne peut être déterminé sans égard à la valeur de l'objet du contrat**¹⁶²⁷. Jurisprudence et doctrine évoquent différentes valeurs seuils pour déterminer le caractère courant de la prestation de consommation¹⁶²⁸. Cette diversité des opinions quant à la valeur de la prestation contractuelle reste une importante source d'insécurité juridique¹⁶²⁹.

¹⁶²⁴ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 39.

¹⁶²⁵ CPC-HALDY, art. 32 N 14.

¹⁶²⁶ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 303 s. précise que cette qualité n'est pas requise sous l'angle de l'art. 114 LDIP, mais que la doctrine est néanmoins favorable à la reconnaître dans ce contexte également.

¹⁶²⁷ ATF 132 III 268, consid. 2.2.3 = JdT 2006 I 564. FORNAGE, Mise en œuvre, N 1330 ss ; CPC-HALDY, art. 32 N 7.

¹⁶²⁸ Les montants évoqués varient entre Fr. 20'000.- et Fr. 80'000.-, cf. arrêt du TF 4A_432/2007 du 08.02.2008, consid. 4.2.2. Comp. KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 29 s. ; FORNAGE, Mise en œuvre, N 1331 ; BSK ZPO-JOB, art. 32 N 9 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 306 ; MÖHLER, N 53 ss propose une analyse en fonction de différents contrats à usage privé ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 65 s.

¹⁶²⁹ FORNAGE, Mise en œuvre, N 1331.

Ce critère conserve-t-il donc sa **pertinence**¹⁶³⁰(3) ?

817

3. Pertinence

a. Relativisation de l'approche structuraliste téléologique

Le critère de la prestation de consommation courante demeurerait un élément **incontournable** – indispensable pour MARCHAND – de la définition du contrat de consommation en vertu du droit formel « strictement » national (CPC et LDIP)¹⁶³¹.

818

D'autres auteurs critiquent¹⁶³² ce critère propre au droit suisse¹⁶³³. Dans certains cas, il faut néanmoins admettre que son application évite qu'une partie ne se prévale abusivement de la qualité de consommateur dans le seul but de bénéficier de règles légales protectrices¹⁶³⁴. *A priori*, le critère semble donc utile pour éviter une extension (trop) généralisée de la protection consumériste. D'incidence communautaire substantielle, la CL ne prévoit en revanche pas ce critère. Cette différence consacre potentiellement une inégalité de traitement injustifiée entre consommateurs. Compte tenu de l'interprétation (plus) restrictive que peut impliquer le critère de la prestation de consommation courante, le consommateur ne bénéficiera pas nécessairement de la même protection selon qu'il contracte avec un professionnel ayant son siège, ou non, dans un Etat contractant à la CL (comp. art. 114 LDIP et 15 ss CL). Or, dans les deux cas, le besoin de protection du consommateur repose sur le caractère

819

¹⁶³⁰ Nos développements suivent une approche théorique marquée. Pour l'incidence plus concrète et pratique du critère de la « prestation de consommation courante », nous renvoyons en particulier aux différents commentaires des textes légaux, par ex. KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 28 ss ; BSK ZPO-JOB, art. 32 N 6 ss ; BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 23 ss.

¹⁶³¹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 20 s.

¹⁶³² FORNAGE, Mise en œuvre, N 1328 ss relève le caractère superflu du critère, les difficultés engendrées par la valeur de la prestation et une inégalité de traitement injustifiée selon la législation applicable (comp. CL avec LDIP et CPC).

¹⁶³³ FORNAGE, Mise en œuvre, N 2734 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 21.

¹⁶³⁴ Par ex. arrêt du TF 4A_58/2008 du 28.04.2008 consid. 2, où le TF retient qu'« il est fort douteux que le contrat en cause, qui porte sur la vente d'une voiture de collection, ait trait à une prestation de consommation courante au sens de l'art. 120 al. 1 LDIP ». Avant de rajouter que « de toute manière, aucun élément de l'arrêt attaqué ne laisse supposer que le recourant, fournisseur du véhicule, ait agi dans le cadre d'une activité professionnelle, ce qui suffit à exclure l'application de l'art. 120 LDIP ».

international de la relation et du litige avec le professionnel et pas sur la prestation acquise¹⁶³⁵. Ces éléments plaideraient donc plutôt en faveur de l'abandon du critère dans le contexte de la LDIP.

820 Le seul recours à l'approche structuraliste téléologique (*supra* N 570 ss) ne permet quoi qu'il en soit pas de considérer qu'il existerait un seul contrat de consommation, à savoir une catégorie propre (ex. droit du travail ou du bail à loyer). Définir le « contrat de consommation » principalement par référence à sa finalité – et non à sa prestation caractéristique – **empêche donc vraisemblablement d'affirmer qu'il bénéficierait d'une existence monolithique au sein de l'ordre juridique suisse**. Les définitions légales de la finalité du contrat de consommation impliquent en réalité plusieurs manières de définir le contrat de consommation. Ces définitions ne sont même pas exclusivement et strictement fondées sur la théorie de la finalité. Conceptuellement, sous l'angle strict de la théorie de la finalité, il est vrai que qu'elle que soit la définition choisie – positive, négative, hybride ou indirecte (*supra* N 666 ss) – le critère de la prestation de consommation courante n'est pas immédiatement déterminant ; c'est le but du contrat qui reste décisif et pas la nature de la prestation contractuelle, laquelle est caractéristique de la définition du contrat de consommation selon la théorie dite objective¹⁶³⁶.

821 La prestation de consommation courante représente-t-elle peut-être le **vecteur d'une catégorisation propre** (b) du contrat de consommation ?

b. Vecteur d'une catégorisation propre ?

822 Le critère de la prestation de consommation courante fait figure **de critère à part dans le paysage européen de la protection du consommateur**¹⁶³⁷.

823 Le critère de la prestation de consommation courante **insiste sur l'importance de la prestation contractuelle caractéristique** dans le processus de qualification de la convention en tant que « contrat de consommation »¹⁶³⁸.

¹⁶³⁵ Pour ces développements, FORNAGE, *Mise en œuvre*, N 1334.

¹⁶³⁶ La théorie objective se concentre sur l'objet du contrat, BRUNNER, *Konsumverträge*, p. 14 s. Pour une critique de la définition – générale – du contrat de consommation en lien avec la théorie objective connue en droit commercial, BRUNNER, *Konsumentenvertrag*, p. 593 s.

¹⁶³⁷ MARCHAND, *Droit de la consommation*, p. 20 s. Critiques sur la pertinence du critère de la consommation courante, FORNAGE, *Mise en œuvre*, N 1328 ss et PICHONNAZ, *Les contrats dans le droit de la consommation*, p. 58 s.

¹⁶³⁸ En France, la prestation caractéristique d'un contrat de consommation reste généralement considérée comme étant identique à celle d'un contrat « ordinaire ». SAUPHANOR-

L'existence de ce critère permet de considérer qu'il existe une catégorie spécifique de contrats qui tombent sous cette dénomination, à tout le moins sous l'angle du droit formel strictement interne. Compte tenu de sa capacité à identifier le contrat de consommation en fonction de la prestation contractuelle, le critère représenterait dès lors un frein à l'éclatement définitif du droit contractuel de la consommation¹⁶³⁹. Or, le fait de ne pas définir le consommateur en fonction de critères identiques, suivant que l'application de règles matérielles ou formelles est envisagée, est potentiellement en contradiction avec le besoin de protection du consommateur¹⁶⁴⁰. Il complique également l'intégration définitive du concept « contrat de consommation » au sein de la partie générale du CO, avec le risque de donner une portée différente au contrat de consommation en droit formel.

On constatera que le Projet CO 2020, qui entend non seulement mettre en place un droit de révocation général pour les contrats de consommation (art. 16 ss Projet CO 2020), mais également augmenter la cohérence dogmatique du droit privé et éviter son éclatement progressif¹⁶⁴¹, ne prévoit pas ce critère ; certes le projet intervient sous l'angle du droit matériel. Cela étant, en raison de la nécessité d'interpréter le contrat au cas par cas en vue de déterminer si une relation relève effectivement de la typicité consumériste¹⁶⁴², il nous paraît que le critère de la prestation de consommation courante devrait s'envisager comme une **aide raisonnable et non contraignante pour l'interprète** appelé à conceptualiser, identifier et qualifier le contrat. C'est peut-être en ce sens que le critère doit être compris, à savoir comme permettant de relativiser l'approche structuraliste téléologique – également en droit matériel – en y apportant, au besoin, des limites raisonnables¹⁶⁴³.

824

BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 14. Pour le droit suisse, mais critique en raison du caractère extensible de la protection induite par le recours à la théorie objective, BRUNNER, Konsumverträge, p. 15.

¹⁶³⁹ Comp. PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 58 : « *la résolution de la difficulté passe peut-être par un éclatement du droit contractuel de la consommation comme une catégorie spécifique* ». Contra, BRUNNER, Konsumverträge, p. 15 considère que l'application de la théorie objective étend la protection sociale aux personnes juridiques également et, partant, entraîne une confusion entre le droit privé général et le droit privé spécial (« *das Sonderprivatrecht lässt sich hier vom allgemeinen Privatrecht nicht mehr unterscheiden* »).

¹⁶⁴⁰ PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 58.

¹⁶⁴¹ CO 2020-PROBST, art. 16 N 2.

¹⁶⁴² BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 7.

¹⁶⁴³ Sur la question des *Ultra High Net Worth Individuals*, infra N 2192.

825 Du point de vue de la typicité consumériste de la convention, quelle est l'incidence de la **durée de l'engagement contractuel** (C) ?

C. Durée de l'engagement contractuel

826 La durée de l'engagement contractuel des parties n'a **aucune incidence** sur la qualification de la convention des parties en tant que « contrat de consommation ». La finalité de l'acte reste en principe¹⁶⁴⁴ seule déterminante¹⁶⁴⁵.

827 **Par exemple**, l'exercice d'un droit de révocation légal (*infra* N 1049 ss) limite, le cas échéant, sensiblement la durée de la relation, en permettant au consommateur de revenir sur son engagement contractuel. A l'inverse, il est tout à fait envisageable qu'une relation de consommation s'étende sur une période temporelle substantielle, à l'instar d'un contrat d'assurance-vie.

828 L'approche sectorielle du droit de la consommation conduit inévitablement à cibler certaines relations contractuelles. Les **exemptions** (IV), soit les relations non ciblées par des règles protectrices légales, restent ainsi nombreuses, pour ne pas dire la norme, ce qu'il convient de préciser.

IV. Exemptions

829 Au moment d'aborder spécifiquement les relations exclues de la typicité consumériste, il est possible de distinguer entre les exemptions **proprement dites** (A) et les exemptions improprement dites (B). L'existence d'une relation de confiance qualifiée est également susceptible d'écarter cette typicité (C).

A. Proprement dites

1. Définition

830 Par « exemption proprement dite », nous visons l'**exclusion expresse ou implicite** du champ d'application des règles protectrices d'un contrat dont la

¹⁶⁴⁴ Réf. est faite à l'incidence conceptuelle du critère de la prestation de consommation courante qui conduit à nuancer le recours à la seule finalité dans l'identification du contrat de consommation, comp. *supra* N 823.

¹⁶⁴⁵ ATF 121 III 336, consid. 5e/dd (relatif à l'art. 13 aCl) = JdT 1996 I 78.

finalité est l'usage privé ou étranger à l'activité artisanale, commerciale, professionnelle ou libérale du consommateur. L'analyse doit intervenir en fonction du cas d'espèce¹⁶⁴⁶.

Quelles sont les principales **manifestations** (2) d'exclusions proprement dites ? 831

2. Manifestations

a. Droit matériel

En droit matériel, la plus importante manifestation d'exemption proprement dite se retrouve dans la **CVIM**. Cette loi contient une exclusion de principe du contrat de consommation de son champ d'application¹⁶⁴⁷. 832

Exceptionnellement, la CVIM **peut néanmoins s'appliquer à un contrat de consommation**. C'est le cas si le vendeur, avant ou au moment de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé connaître la destination privée du bien acquis par l'acheteur (art. 2 let. a CVIM)¹⁶⁴⁸. Mais, même dans ce cas, la CVIM ne régit pas encore la validité dudit contrat (art. 4 CVIM)¹⁶⁴⁹, étant rappelé que les règles de protection du consommateur soulèvent précisément régulièrement cette question¹⁶⁵⁰. 833

b. Droit formel

En droit formel, le **caractère d'exception et l'interprétation restrictive** du for du consommateur¹⁶⁵¹ confirment le caractère « exceptionnel » du contrat conclu avec un consommateur (cf. art. 32 CPC, art. 114 et 120 LDIP et art. 15 ss CL). 834

¹⁶⁴⁶ Sur la nécessité d'une approche fondée sur le cas d'espèce dans l'interprétation – et la qualification – du contrat de consommation, BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 7. On relève ici que les contrats impliquant un immeuble devraient généralement être exclus de la typicité consumériste (cf. CPC-HALDY, art. 32 N 10 s'agissant des prestations de baux immobiliers implicitement exclues du champ d'application de l'art. 32 CPC).

¹⁶⁴⁷ HONSELL, BT, p. 2.

¹⁶⁴⁸ CISG-FERRARI, art. 2 N 15 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 187.

¹⁶⁴⁹ Arrêt du TF 4A_429/2012 du 02.11.2015, consid. 2.

¹⁶⁵⁰ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 188.

¹⁶⁵¹ KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 4.

B. Improprement dites

1. Définition

835 Par « exemption improprement dite », nous visons le contrat de consommation tombant *a priori* dans le champ d'application d'une réglementation protectrice, mais qui est privé d'un ou de tout moyen de protection spécifique (comp. art. 7 LCC, en part. l'art. 7 al. 1 let. b LCC [gages immobiliers]). La Cour de justice utilise le terme d'« **exemption sectorielle** » (ou exception spécifique)¹⁶⁵² pour qualifier les contrats exclus du champ d'application des Directives de protection du consommateur (cf. art. 3 ch. 3 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs¹⁶⁵³).

836 La présence d'exemptions improprement dites **s'explique souvent par** la prise en compte d'intérêts du professionnel¹⁶⁵⁴ ou par une volonté politique ou économique de ne pas étendre trop largement la protection du consommateur. En outre, l'existence d'un moyen de protection à disposition du consommateur ne sera parfois que peu ou mal adapté, ce en raison de la nature spécifique des biens ou des services acquis (ex. biens dont la péremption est rapide, médicaments, biens de très faible valeur, etc.). Dans les Directives, on retrouve ainsi différentes exemptions qui restreignent, en particulier, le droit de révocation¹⁶⁵⁵.

837 Il existe de nombreuses **manifestations** (2) d'exemptions improprement dites.

2. Manifestations

838 Les principales manifestations d'exemptions improprement dites sont prévues dans le contexte des **contrats d'assurance** (a), de la fourniture fréquente et régulière de certains biens (b), ainsi que des services soumis à réservation et

¹⁶⁵² En lien avec l'ancienne Directive 97/7/CE, CJCE, 10.03.2005, EASYCAR, aff. C-336/03, N 22. Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL du 11.11.2004, EASYCAR LTD, aff. C-336/03, N 34. Palandt/GRÜNEBERG, § 312 N 8 ss (« *Bereichsausnahmen* »).

¹⁶⁵³ La disposition citée cible notamment les contrats portant sur les jeux d'argent, sur la création, l'acquisition ou le transfert de biens immobiliers ou de droits sur des biens immobiliers, sur la construction d'immeubles neufs, la transformation importante d'immeubles existants ou la location d'un logement à des fins résidentielles.

¹⁶⁵⁴ En lien avec le droit de révocation des art. 40a ss CO, FF 2014 893, 907 : « [...] *de tenir compte des intérêts légitimes des fournisseurs, de façon à ce que le droit général de révocation n'aie pas d'effets disproportionnés à leur encontre* ».

¹⁶⁵⁵ ECL-HELLWEGE, Appendix to art. 2:505, N 6 ss; SCHULZE/ZOLL, p. 178.

dont le risque repose sur le professionnel (c). On rencontre encore d'autres cas (d).

a. Contrats d'assurance

Les contrats d'assurance peuvent impliquer une relation entre un preneur agissant à des fins privées et un assureur professionnel. Mais, le contrat peut également être conclu par un preneur d'assurance agissant pour son activité professionnelle ou commerciale (cf. art. 3 LCA ; « B2B »). Le champ d'application de la protection est large et n'est pas limitée aux consommateurs. Toutefois, malgré cette large applicabilité, les contrats d'assurance demeurent souvent exclus du champ d'application des dispositions protectrices spécifiques. Ainsi, l'art. 40a al. 2 CO **rend inapplicable** aux contrats d'assurance le droit de révocation à disposition du consommateur en matière de démarchage à domicile¹⁶⁵⁶.

839

Il est vrai, de telles réserves ou exclusions ne sont pas l'apanage du droit contractuel de la consommation ; elles se retrouvent dans l'ensemble du droit privé (comp. art. 100 al. 3 CO ; cf. ég. la LCR). Cependant, lorsque le preneur d'assurance est une personne physique agissant à des fins privées, le contrat est indéniablement « de consommation » au sens le plus traditionnel du terme (déséquilibre informationnel et structurel, *supra* N 202 ss)¹⁶⁵⁷. **Paradoxalement**, le contrat d'assurance est donc un domaine où la protection s'applique *a priori* largement, mais où l'application de moyens de protection du consommateur n'est pas toujours reconnue.

840

b. Fourniture fréquente et régulière de certains biens ou services

Une seconde catégorie importante d'exemptions improprement dites concerne la fourniture fréquente et régulière de biens ou services sur une période généralement indéfinie (ex. livraison de nourriture, soins à domicile, transport des voyageurs, utilisation d'un distributeur automatique de marchandises, etc.). On retrouve alors des **considérations** liées à un certain rapport de confiance entre les parties, motivées par la périssabilité ou la consommation immédiate de biens élémentaires (ex. denrées alimentaires et boissons). Certaines exemptions s'expliquent également par des motifs plus économiques (ex. nombre de

841

¹⁶⁵⁶ Considérant que cette exemption est injustifiée, CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40a N 25.

¹⁶⁵⁷ Admettant une application de l'art. 32 CPC aux contrats d'assurance, BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 22.

transactions, faible valeur de la prestation contractuelle, etc. ; comp. art. 40a al. 1 let. b CO).

842 Le droit de l'UE prévoit ce genre d'exemptions (art. 3 ch. 3 let. j à l Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs ; comp. art. 9 al. 2 let. b ch. iii Directive). Le **droit allemand** connaît une solution particulière, puisque le BGB exclut l'application des principes généraux relatifs aux rapports de consommation à la fourniture de certains biens et services (cf. § 312 al. 2 ch. 5 et 8 et 3 BGB). Cette solution est fondée sur le fait qu'il existe alors d'autres devoirs d'information (de droit privé ou public), de même que des droits de révocation sectoriels pour certains des contrats visés par l'exemption¹⁶⁵⁸. Le droit suisse n'envisage pas de réglementation similaire.

c. Biens et services soumis à réservation dont le risque repose sur le professionnel

843 L'exemption du champ d'application des règles protectrices de contrats portant sur la **fourniture de certains biens et services soumis à réservation**¹⁶⁵⁹ entend généralement préserver les intérêts du professionnel. En cas de révocation, le professionnel pourrait parfois subir des conséquences économiques, si le consommateur renonce à la prestation contractuelle « à la dernière minute »¹⁶⁶⁰. C'est le cas si le professionnel propose un bien ou un service dans une disponibilité limitée (ex. réservation de chambres d'hôtes, de produits artisanaux de faible production, d'une voiture de location, etc.). Son risque est également plus élevé lorsqu'il s'engage à fournir au consommateur les prestations à une date déterminée ou à une période spécifiée¹⁶⁶¹.

844 Les prestations concernées par l'exemption **relèvent régulièrement** de l'hébergement, des transports, de la restauration ou des loisirs. Des considérations similaires se retrouvent dans le contexte du téléchargement de musique (ex. MP3, streaming, contenus musicaux) ou de logiciels informatiques (ex. jeux vidéos, applications), soit des prestations où le risque repose également plutôt sur le professionnel (ex. le consommateur peut avoir

¹⁶⁵⁸ Palandt/GRÜNEBERG, § 312 N 1 et 8 ss.

¹⁶⁵⁹ En lien avec l'ancienne Directive 97/7/CE, Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL du 11.11.2004, EASYCAR LTD, aff. C-336/03, N 40 et 41.

¹⁶⁶⁰ En lien avec l'ancienne Directive 97/7/CE, Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL du 11.11.2004, EASYCAR LTD, aff. C-336/03, N 30 en réf. à l'avis de la Commission et N 39.

¹⁶⁶¹ En lien avec l'ancienne Directive 97/7/CE, Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL du 11.11.2004, EASYCAR LTD, aff. C-336/03, N 32.

sauvegardé ou uploadé une chanson qu'il vient de télécharger à l'intention d'autres personnes). Il reste également imaginable que le professionnel fabrique un bien d'après les spécifications du consommateur et qui serait impossible à revendre en cas de refus de la prestation par ce dernier (cf. art. 16 let. c Directive 2011/83/UE ; comp. *infra* N 846)¹⁶⁶².

Cela étant, le risque ne **se concrétise plus** si le professionnel tire ou peut tirer profit de l'effet de disponibilité limitée du bien. Tel est notamment le cas si le bien ou le service peut être aisément et rapidement (re)mis à disposition d'autres consommateurs ou que l'importance économique du professionnel lui permette de couvrir les faibles surcoûts d'une annulation de dernière minute. S'agissant de la mise à disposition de contenu téléchargeable, le professionnel pourrait également se prémunir par ses propres moyens contre un risque individuel trop important (ex. mise à disposition d'une chanson sur une plateforme sans possibilités de téléchargement, contrôle du téléchargement, etc.).

845

d. Autres

Une réglementation sectorielle des différents rapports de consommation est susceptible d'écarter du champ d'application de la législation protectrice de **nombreux autres biens ou services**. Tel est notamment le cas des biens individualisés et « taillés sur mesure » pour le consommateur (cf. § 312g al. 1 ch. 1 BGB), des biens scellés pour des raisons d'hygiène (cf. § 312g al. 1 ch. 3 BGB), des biens qui, par leur nature, sont adjoints par mélange à d'autres à la suite de leur livraison (cf. § 312g al. 1 ch. 4 BGB) ou encore de la livraison de quotidiens, à l'exception du contrat d'abonnement en tant que tel (cf. § 312g al. 1 ch. 7 BGB). On peut encore mentionner les contrats où le risque d'abus du consommateur est élevé, notamment en lien avec des biens dont la valeur est sujette à la fluctuation du marché¹⁶⁶³.

846

L'adoption légale d'exemptions improprement dites implique l'effet potentiellement négatif de la démultiplication des prescriptions légales consécutives à la volonté de régler chaque situation de la vie quotidienne. En conséquence, leur utilisation devrait rester mesurée. Le critère de la **relation de confiance qualifiée** (C) est une dernière exemption particulière à la typicité consumériste.

847

¹⁶⁶² SCHULZE/ZOLL, p. 178.

¹⁶⁶³ SCHULZE/ZOLL, p. 178.

C. Relation de confiance qualifiée

1. Problématique

a. Approches horizontale et structuraliste téléologique

848 La conjonction des approches horizontale (*supra* N 511 ss) et structuraliste téléologique (*supra* N 570 ss) conduit à reconnaître que **tout bien ou service** peut, en principe, faire l'objet d'un contrat de consommation. La principale condition est que la finalité poursuivie par le consommateur soit entièrement privée, ou qu'elle le soit de façon prépondérante. En droit de procédure, on rappelle que le critère de la prestation de consommation courante relativise cette affirmation ; le critère de la prestation de consommation courante se rattache (plus) directement à la prestation contractuelle (comp. *supra* N 823).

849 Ainsi, tout type de contrat est susceptible d'être visé par la typicité consumériste, sous réserve d'éventuelles exemptions (*supra* N 829 ss). La **structure du rapport d'obligations est sans portée**, et il peut notamment s'agir d'un contrat simple, de durée, à livraisons successives ou encore d'un autre type¹⁶⁶⁴. Les contrats de consommation fondés sur une relation de confiance qualifiée (contrats conclus « *intuitu personae* ») n'échappent *a priori* pas à cette règle¹⁶⁶⁵. Toutefois, la qualification de ses relations en tant que « contrat de consommation » n'est pas nécessairement opportune.

850 Après un exposé de l'**état de la question** (b), nous traiterons des critères (2) permettant d'identifier cette relation de confiance qualifiée. Nous présenterons ensuite l'incidence d'une telle relation sur la typicité consumériste de la convention.

b. État de la question

851 Le TF ne s'est, à notre connaissance, prononcé qu'une seule fois sur la question de savoir si le contrat présentant une relation de confiance particulière entre les parties (« *besonderes Treueverhältnis* ») répondait à la typicité consumériste

¹⁶⁶⁴ ATF 121 III 336, consid. 5e/dd = JdT 1996 I 78.

¹⁶⁶⁵ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 239 ss.

(application de l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL)¹⁶⁶⁶. En doctrine, la question reste controversée¹⁶⁶⁷.

Notre Haute Cour retient que les contrats où **la relation de confiance entre parties est au premier plan** (et non le caractère commercial) ne répondent pas à la typicité consumériste¹⁶⁶⁸. Un arrêt cantonal bernois, tout en niant *in fine* l'existence d'une relation de confiance qualifiée, insiste néanmoins sur la possibilité de qualifier une telle relation comme un « contrat de consommation » (application de l'art. 22 al. 2 aLFors)¹⁶⁶⁹. Pareille conclusion exigerait quoi qu'il en soit un examen des conditions d'application de la réglementation en fonction du cas concret¹⁶⁷⁰ ; le type de contrat ou sa structure ne seraient pas déterminants¹⁶⁷¹. Cette nécessité d'un examen circonstancié s'impose en raison du caractère transversal du contrat de consommation. Il implique également d'évaluer la relation envisagée en fonction des règles protectrices et de leur champ d'application respectif¹⁶⁷².

Il est vrai que des prestations offertes et reçues dans le cadre d'une relation de confiance – singulièrement par un avocat ou un médecin – présentent des **similitudes avec un contrat de consommation** (rapport synallagmatique et onéreux, spécialisation de l'une des parties, rôle spécifique, règles légales

¹⁶⁶⁶ KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 32.

¹⁶⁶⁷ Sous l'angle de l'art. 32 CPC, KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 31 ; BSK ZPO-JOB, art. 32 N 10 ; BOHNET/MARTENET, N 3018.

¹⁶⁶⁸ ATF 121 III 336, consid. 5e/bb = JdT 1996 I 78 : « *hingegen werden solche Rechtsgeschäfte vom Begriff des Konsumentenvertrags ausgenommen, bei welchen nicht der kommerzielle Charakter, sondern die persönlichen Beziehungen, insbesondere das Treueverhältnis zwischen den Parteien, im Vordergrund stehen (z.B. beim Auftrag; STAHELIN, a.a.O., S. 130 f.; vgl. auch die Aufzählung bei IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N. 60 ff. zu Art. 117 IPRG)* ».

¹⁶⁶⁹ OG BE APH 09 30 du 24.08.2009, consid. 3c : « *gemäss den Erwägungen der Vorinstanz können auch die durch ein besonderes Treueverhältnis geprägten Verträge, insbesondere Verträge mit Ärzten und Anwälten, unter den Begriff des Konsumentenvertrages von Art. 22 Abs. 2 GestG fallen. Diese Rechtsauffassung ist nicht zu kritisieren und entspricht wohl der herrschenden Lehre vgl. z.B. Walther in Kellerhals/von Werdt/Güngerich [Hrsg.], a.a.O., N 29 zu Art. 22 GestG; Alexander Brunner, in Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2001, N 16 zu Art. 22 GestG* ».

¹⁶⁷⁰ BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 12.

¹⁶⁷¹ OG BE APH 09 30 du 24.08.2009, consid. 3c : « *weiter ist zu beachten, dass ein Vertrag grundsätzlich immer nur für den konkreten Einzelfall als Konsumentenvertrag oder nicht als Konsumentenvertrag eingeordnet werden kann; auf den Vertragstypus und die Vertragsstruktur kommt es in diesem Sinne nicht an* ».

¹⁶⁷² OG BE APH 09 30 du 24.08.2009, consid. 3c : « *somit gilt auch ein Anwaltsvertrag nicht einfach per se als Konsumentenvertrag, sondern es ist zu prüfen, ob die Anwendungs-voraussetzungen des Art. 22 GestG gegeben sind* ».

protectrices). En raison de particularités, ces relations fondées sur un rapport de confiance ne sauraient toutefois y être assimilées (*infra* N 855 ss)¹⁶⁷³. Pour le contrat de mandat, l'obligation de préserver les intérêts du cocontractant (cf. art. 398 al. 2 CO) corrige d'ailleurs déjà sensiblement le déséquilibre structurel typique du contrat de consommation¹⁶⁷⁴.

854 Quels pourraient être les **critères** (2) d'évaluation d'un rapport de confiance qualifié ?

2. Critères

a. Détermination

855 Le lien de confiance est considéré comme qualifié dès lors qu'il est **au centre d'une relation entre parties**¹⁶⁷⁵ **ayant un caractère individuel marqué**. En revanche, le seul fait que la confiance soit éventuellement protégée par des dispositions légales (cf. art. 321 CP¹⁶⁷⁶), conventionnelles (cf. art. 162 CP) ou déontologiques (cf. art. 13 LLCA) ne saurait, à elle seule, justifier d'écarter la typicité consumériste¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷³ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 241.

¹⁶⁷⁴ OG BE APH 09 30 du 24.08.2009, consid. 3c : « *immerhin sei festgehalten, dass das durch den Massenmarkt bedingte strukturelle Ungleichgewicht zwischen den Parteien, welches typisches Merkmal eines Konsumentenvertrages ist, durch die ausdrückliche Pflicht zur umfassenden Interessenswahrung bei Aufträgen eine erhebliche Korrektur erfährt* ».

¹⁶⁷⁵ BOHNET/MARTENET, N 3018.

¹⁶⁷⁶ FF 2011 7091, 7176 traite de l'art. 168 OS selon lequel « *la disposition d'un contrat d'assurance par laquelle la personne assurée s'engage à délier son mandataire du secret professionnel à l'égard de l'entreprise d'assurance n'est pas applicable s'il y a conflit d'intérêts et que la transmission à l'entreprise d'assurance de l'information demandée peut être préjudiciable à la personne assurée* ». Si l'avocat mandaté par l'intermédiaire d'une assurance de protection juridique reste soumis au secret professionnel, cela n'empêche à notre avis pas d'envisager le contrat conclu entre le preneur et l'assurance de protection juridique comme un authentique contrat de consommation si son but est exclusivement ou principalement privé.

¹⁶⁷⁷ Comp. cep. CJUE, 15.01.2015, ŠIBA, aff. C-537/13, N 30 : « *s'agissant, en particulier, de la circonstance que, dans le cadre de leurs activités, les avocats sont tenus de veiller au respect de la confidentialité de leurs relations avec les «clients-consommateurs», elle ne constitue ainsi pas un obstacle à l'application de la directive 93/13 à l'égard des clauses standardisées de contrats relatifs à la prestation de services juridiques* ».

Dans l'examen d'une relation de confiance qualifiée, l'observation de **l'ensemble des circonstances concrètes s'impose, notamment** : l'importance de la relation personnelle entre parties, l'existence d'un environnement concurrentiel marqué permettant de négocier les conditions du contrat¹⁶⁷⁸, la structure du prestataire de services, l'intérêt et la fréquence de contacts personnels réguliers entre parties, la possibilité d'une résiliation en tout temps (cf. art. 404 CO¹⁶⁷⁹), l'existence de règles explicites et expresses relatives à la préservation des intérêts du partenaire contractuel¹⁶⁸⁰ ou encore la possibilité, pour le mandataire, d'intervenir dans la sphère intime du mandant¹⁶⁸¹ et d'obtenir une connaissance étendue de celle-ci.

856

Nous proposons deux cas d'**application** (b) de ces considérations.

857

b. Applications

(i) Contrat conclu avec un avocat

Les prestations fournies par un avocat ne constituent pas des prestations de consommation courante, particulièrement en raison du **lien de confiance central à la relation entre parties et du fait que le recours à un avocat implique généralement une situation exceptionnelle** (comp. *supra* N 813)¹⁶⁸². La jurisprudence du TF va dans ce sens, à tout le moins dans le contexte de l'interprétation de l'art. 13 aCL¹⁶⁸³. Le contrat de mandat

858

¹⁶⁷⁸ Pour le contrat conclu avec un avocat, CHAPPUIS, Tome II, p. 257. Pour cet argument en lien avec le refus d'assimiler certaines professions dont l'exercice est soumis à un examen vérifiant les aptitudes professionnelles à une industrie concédée, CR CO I-THÉVENOZ, art. 100 N 28.

¹⁶⁷⁹ Pour un commentaire de cette disposition, en particulier sur la controverse quant à son caractère impératif, CR CO I-WERRO, art. 404 N 1 ss et N 15 ss. Cet auteur souligne que la doctrine dominante se prononce en faveur de la nature impérative du droit « *dans la mesure où le mandat repose sur un rapport personnel ou de confiance spécial, par exemple parce qu'il permet au mandataire d'intervenir dans la sphère intime d'une personne* » (N 16). Cf. ég. arrêt du TF 4A_284/2013 du 13.02.2014, consid. 3.5.1.

¹⁶⁸⁰ Pour ces développements, KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 34.

¹⁶⁸¹ CR CO I-WERRO, art. 404 N 16.

¹⁶⁸² Arrêt du KGer SG BZ.2007.68 du 13.02.2008, consid. 2. BOHNET/MARTENET, N 3018.

¹⁶⁸³ ATF 121 III 336, consid. 5e/bb : « *Hingegen werden solche Rechtsgeschäfte vom Begriff des Konsumentenvertrags ausgenommen, bei welchen nicht der kommerzielle Charakter, sondern die persönlichen Beziehungen, insbesondere das Treueverhältnis zwischen den Parteien, im Vordergrund stehen* ». BOHNET/MARTENET, N 3018.

n'appartient en outre pas aux contrats réglementés par les art. 118 à 120 LDIP et le principe général de l'art. 116 LDIP relatif à l'élection de droit s'applique¹⁶⁸⁴.

859 Aussi, et contrairement aux professionnels « traditionnels » du droit de la consommation, l'avocat reste potentiellement plus limité dans sa liberté de faire de la **publicité** (cf. art. 12 let. d LLCA)¹⁶⁸⁵. Si les autres professionnels connaissent également des restrictions à la publicité (cf. art. 3 al. 1 let. n ou p LCD), ces dernières ne représentent pas une règle professionnelle fédérale qui, nonobstant son éventuelle inconstitutionnalité en tant qu'entrave à la liberté économique de l'avocat, doit être appliquée (cf. art. 190 Cst.)¹⁶⁸⁶. Pareille règle vise en outre un but différent à la LCD : la préservation de la confiance des justiciables et de la dignité de la profession de l'avocat¹⁶⁸⁷.

(ii) *Contrat conclu avec un médecin*

860 La typicité consumériste d'un contrat conclu avec un médecin doit aussi être nuancée¹⁶⁸⁸, à tout le moins lorsque les rapports avec le praticien sont étroits et se basent sur une relation individuelle et de droit privé (ex. médecin de famille, spécialiste indépendant, etc.). La **confiance envers le médecin s'entend alors dans un sens subjectif** (intime)¹⁶⁸⁹ par opposition à la confiance, au sens objectif, dans les acteurs du marché (transparence, sécurité, prix le plus bas, etc.) devant amener le consommateur à consommer¹⁶⁹⁰. Les professions médicales connaissent également des restrictions à la publicité érigées au rang de devoir professionnel (cf. art. 40 let. d LPMéd)¹⁶⁹¹.

861 Quelle est l'**incidence** (c) d'une relation de confiance qualifiée ?

¹⁶⁸⁴ CHAPPUIS, Tome II, p. 138.

¹⁶⁸⁵ Comp. CHAPPUIS, Tome II, p. 106 ss et BOHNET/MARTENET, N 1074 ss.

¹⁶⁸⁶ BOHNET/MARTENET, N 1074.

¹⁶⁸⁷ ATF 139 II 173, consid. 5.2 = JdT 2014 I 53. CHAPPUIS, Tome II, p. 106.

¹⁶⁸⁸ Admettant la typicité consumériste, ZR 88/1989 p. 86, consid. 1.3 ainsi que CR CO I-MORIN, art. 1 N 75 et BK ZPO-WALTHER, art. 32 N 20 (« *Spitalaufnahmeverträge* » et « *Ärzteverträge* »).

¹⁶⁸⁹ Sur le devoir d'information du médecin à l'égard du patient, FELLMANN.

¹⁶⁹⁰ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 247.

¹⁶⁹¹ ATF 139 II 173, consid. 5.3 = JdT 2014 I 53. La même chose vaut pour les psychologues (art. 27 let. d LPsy).

c. Incidence

Si l'examen concret conduit à reconnaître l'existence d'un lien de confiance qualifié, cela **implique de nier la typicité consumériste** à la relation analysée. Partant, certaines règles protectrices spécifiques pourraient être écartées (ex. art. 32 CPC). 862

Cela étant, la tendance du droit de l'UE reste celle d'une applicabilité large de la protection consumériste, en particulier face à des avocats¹⁶⁹². En Suisse également, l'interprétation conduisant à admettre l'existence d'une relation de confiance qualifiée devrait être **restrictive**, au risque de vider la protection contractuelle et procédurale du consommateur de sa substance. 863

¹⁶⁹² CJUE, 03.09.2015, COSTEA, aff. C-110/14, N 24 : « *en ce qui concerne les prestations offertes par des avocats dans le cadre de contrats de services juridiques, la Cour a déjà pris en compte l'inégalité entre les <clients-consommateurs> et les avocats, due notamment à l'asymétrie de l'information entre ces parties aux contrats (voir arrêt Šiba, C-537/13, EU:C:2015:14, points 23 et 24)* ».

Troisième partie : La protection du
consommateur au stade de la formation du
contrat

Chapitre 9 : Devoir d'information précontractuel

Notre exposé du devoir d'information précontractuel en rapport avec le contrat de consommation commencera par une **introduction** (I). Nous traiterons ensuite du devoir d'information précontractuel général (II) et du devoir d'information précontractuel spécifique (III).

864

I. Introduction

A. Notion

1. Définition

Le devoir d'information précontractuel définit toute règle de comportement **commandant d'informer** l'autre partie, avant la conclusion du contrat, indépendamment du fait que cette partie demande, expressément ou implicitement, à être renseignée à ce sujet¹⁶⁹³. Une partie qui ne serait pas correctement informée encourt le risque de conclure un contrat ne correspondant pas à ses attentes, ce que le législateur estime parfois nécessaire de prévenir. En ce sens, un tel devoir entend pallier le déficit informationnel de l'une des parties négociantes et il vise à préserver la formation libre et éclairée de sa volonté¹⁶⁹⁴.

865

Les informations précontractuelles font **partie intégrante du droit européen des contrats** et, plus particulièrement, constituent un élément substantiel du

866

¹⁶⁹³ HARTMANN, Informationspflichten, N 4 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 37 s. évoque, notamment, l'information juridique et factuelle ; Palandt/ELLENBERGER, § 242 N 37.

¹⁶⁹⁴ HARTMANN, Informationspflichten, N 18 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 75 ; RISKE, N 1187.

droit privé de l'UE¹⁶⁹⁵. En revanche, les Directives laissent dans une large mesure subsister le pouvoir des Etats membres de décider de la réglementation des conséquences légales résultant de la violation d'un devoir d'information, ce qui constituerait un important point faible de l'acquis communautaire. La Directive 2011/83/UE n'a pas fondamentalement modifié ce constat¹⁶⁹⁶.

867 Hormis l'obligation de bonne foi objective (art. 2 al. 1 CC, *infra* N 877) et des devoirs d'information spécifiques (*infra* N 972 ss), le droit suisse ne connaît par principe **aucun devoir précontractuel général d'informer**¹⁶⁹⁷ le contractant prospectif (cf. « *principle of non-disclosure* »¹⁶⁹⁸)¹⁶⁹⁹. En vertu de l'autonomie de la volonté (cf. art. 19 CO), chaque partie, y compris à une relation de consommation, demeure donc libre de fournir ou de taire des informations¹⁷⁰⁰. La bonne foi ancrée à l'art. 2 al. 1 CC ne constitue effectivement pas un principe dont le but est une égalité distributive ou matérielle, mais une disposition cherchant seulement à assurer un comportement loyal des parties¹⁷⁰¹.

2. Fonction

868 Idéalement (sur les limites relatives à l'information du consommateur, *supra* N 258 ss), la fonction d'un devoir d'information précontractuel est de garantir l'information la plus complète et objective possible au

¹⁶⁹⁵ ECL-KÄSTLE/LAMPARTER, Introduction before art. 2:401, N 1 évoque « *one of the <hot topics> of EU regulation* ».

¹⁶⁹⁶ ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:406 N 1 relève tout de même, en particulier, l'extension de la période de révocation cas de défaut d'information du consommateur (art. 10 Directive).

¹⁶⁹⁷ CARRON, Protection, N 34 renvoie à l'ATF 108 II 305, consid. 2d = JdT 1983 I 608. Plus nuancée, HUGUENIN, Obligationenrecht, N 1544 admet l'existence d'une « *obligation de détromper* » le cocontractant, en particulier lorsqu'il se trouve dans une erreur reconnaissable pour l'autre partie ; ROUILLER, Culpa in contrahendo, N 8 ; ROUILLER, Devoirs précontractuels, p. 3 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 312 ; WEBER, E-Commerce, p. 359 s.

¹⁶⁹⁸ ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:401 N 4.

¹⁶⁹⁹ HARTMANN, Informationspflichten, N 49 s. ; ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, Introduction before art. 2:401, N 10 ; BK OR-KRAMER, art. 22 N 23 : « *die <allgemeine vorvertragliche Informationspflicht> ist keineswegs unbegrenzt, umfassend. Eine in diesem Sinn <allgemeine Pflicht, den Vertragspartner über für ihn wesentliche Umstände aufzuklären, besteht nicht> [...]* » ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 311.

¹⁷⁰⁰ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 75 ; RISKE, N 639 : « *les parties étant supposées négocier sur un pied d'égalité, il revient en principe à chaque partie de rechercher elle-même les informations nécessaires et ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'elles peuvent en être dispensées* ».

¹⁷⁰¹ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 180.

consommateur¹⁷⁰², ainsi que d'assurer que le professionnel se renseigne au sujet de faits relatifs à son contractant prospectif (ex. la situation financière du preneur de crédit, cf. art. 29 LCC). Le but est de veiller à ce **que le contrat corresponde à la volonté exprimée réciproquement et de manière concordante** par les parties, conformément à l'art. 1 al. 1 CO ; l'engagement doit reproduire le plus fidèlement possible leurs intentions¹⁷⁰³.

La phase précontractuelle s'initie à la première prise de contact entre le consommateur et le professionnel en vue de la conclusion du contrat. Elle s'achève au moment du refus de contracter de l'une des parties ou lors de la conclusion du contrat¹⁷⁰⁴. Le devoir d'information précontractuel est dès lors l'un des **moyens les plus significatifs de mise en œuvre de la protection du consommateur** (« *Informationsmodell* »). Les Directives UE se focalisent régulièrement sur le comportement précontractuel des parties et elles ont influencé la protection du consommateur dans les droits respectifs des Etats membres¹⁷⁰⁵.

Pour les législateurs nationaux, les devoirs précontractuels d'information posent en outre des questions quant à la relation entre ces devoirs d'informations et les règles « ordinaires » sur les **vices du consentement**¹⁷⁰⁶. Les obligations d'information et de conseil visent non seulement à éviter une erreur du consommateur, mais auraient aussi pour effet « collatéral » d'écarter progressivement les règles sur les vices du consentement, en particulier celles – générales – sur l'erreur¹⁷⁰⁷. L'existence d'un devoir d'information tempère potentiellement le recours à cette dernière, l'information en cause étant plus facilement réputée connue par le bénéficiaire. La doctrine européenne considère ainsi que la question de savoir dans quelle mesure la violation d'une obligation d'information doit permettre à la partie lésée « d'échapper » au contrat est particulièrement délicate¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰² CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 51 ss ; CARRON, Protection, N 103 rappelle que le devoir d'informer a également un rôle économique. Le consommateur qui conclut le contrat une seule fois devrait supporter un coût d'acquisition de l'information sensiblement plus élevé que le professionnel concluant un grand nombre de transaction identiques, voire similaires.

¹⁷⁰³ FF 2011 7091, 7121.

¹⁷⁰⁴ RISKE, N 458.

¹⁷⁰⁵ SCHULZE/ZOLL, p. 151.

¹⁷⁰⁶ SCHULZE/ZOLL, p. 112 s.

¹⁷⁰⁷ SCHAER, § 12 dont le chapitre de présentation est intitulé « *die Willensmängel : lex generalis* ».

¹⁷⁰⁸ ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:406 N 10.

871 Il sied encore de relever ici que les règles sur la *culpa in contrahendo* pourraient être altérées dès lors qu'un consommateur est impliqué¹⁷⁰⁹. En raison de la rapidité des négociations contractuelles, BABUSIAUX relève même qu'en pratique, l'institution de la *culpa in contrahendo* ne serait pas adaptée pour le contrat de consommation¹⁷¹⁰. A notre avis, une réponse forfaitaire n'est pas possible. Par principe, et à tout le moins en droit suisse, le consommateur reste un contractant comme les autres et à qui les règles générales s'appliquent pleinement. L'interprète devrait par ailleurs toujours vérifier si des règles plus générales, à l'instar de la *culpa in contrahendo*, n'offrent pas déjà une protection suffisante. Aussi – et BABUSIAUX le reconnaît – le mécanisme d'une responsabilité précontractuelle n'est pas destiné à protéger uniquement des intérêts individuels, mais également la confiance collective dans le fonctionnement de l'ordre juridique (« *systemic trust* »), en particulier le droit des contrats (« garde-fou »)¹⁷¹¹.

872 Les devoirs d'information sont à mettre en **lien avec les règles de forme** (B).

B. Lien avec les règles de forme

873 L'obligation précontractuelle d'informer le consommateur s'avère souvent étroitement liée au respect de règles de forme. L'affirmation vaut particulièrement pour les devoirs d'information spécifiques (cf. art. 9 LCC et art. 15 LCC, *infra* N 972 ss). En effet, la prescription de forme représente un **vecteur de transmission de l'information et possède une fonction d'avertissement du consommateur** (« *Warnfunktion* »)¹⁷¹².

874 Dans une certaine mesure, les règles de forme visent également un **but de clarification pour le professionnel**. Les informations détaillées que doit fournir celui-ci par écrit avant le début du voyage (art. 5 LVF) et celles qui doivent figurer dans le contrat (art. 6 LVF) témoignent à notre avis également de la volonté du législateur d'inciter le professionnel à être au clair avec ses prestations ; à défaut, le consommateur bénéficie de règles protectrices (cf. art. 10 et 11 LVF).

875 Les **conséquences de la violation** d'une règle de forme ou d'un devoir d'information précontractuel sont parfois, sinon identiques (cf. art. 12 al. 1 LCC

¹⁷⁰⁹ ECL-BABUSIAUX, art. 2:301 N 6.

¹⁷¹⁰ ECL-BABUSIAUX, art. 2:301 N 7.

¹⁷¹¹ ECL-BABUSIAUX, art. 2:301 N 10.

¹⁷¹² KOLLER-TÜMLER, Einführung, p. 80.

et 15 al. 1 LCC), du moins très proches (cf. art. 40e al. 2 let. b et art. 40d al. 1 CO). Suivant les cas, ces conséquences sont susceptibles de différer. Ainsi, la violation d'une règle de forme peut être sanctionnée d'une nullité « aménagée » (*infra* N 1037)¹⁷¹³ et la violation d'un devoir d'information spécifique impliquer d'autres effets, ne remettant pas automatiquement en cause le contenu ou l'existence du contrat (cf. art. 3a LCA « *est en droit* »).

En sus de l'éventuel **devoir d'information précontractuel général** (II), le droit de la consommation impose régulièrement au professionnel un devoir d'information précontractuel spécifique (III).

876

II. Devoir d'information précontractuel général

A. Notion

1. Contexte

L'examen du devoir d'information précontractuel général du professionnel fondé sur l'**obligation de bonne foi objective** (art. 2 al. 1 CC) s'inscrit dans le contexte des négociations précontractuelles, en particulier au stade de l'analyse d'une *culpa in contrahendo*¹⁷¹⁴ (comp. cep. *supra* N 871) ou d'un vice du consentement¹⁷¹⁵.

877

Ce devoir constitue une **catégorie des devoirs précontractuels spécifiques**, plus précisément une sous-catégorie du devoir d'informer le cocontractant prospectif¹⁷¹⁶.

878

¹⁷¹³ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 80.

¹⁷¹⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 946 ss et 963 ss ; KOLLER, OR AT, N 28.01 ; BK OR-KRAMER, art. 22 N 19 ss ; RISKE, N 485, 533 et 584 ss ; ROUILLER, Devoirs précontractuels, p. 2 ; CR CO I-THÉVENOZ, Intro art. 97-109 N 22. La responsabilité pour *culpa in contrahendo* n'est pas conditionnée par la conclusion du contrat, ENGEL, Traité, p. 751 et GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID N 969.

¹⁷¹⁵ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 399.

¹⁷¹⁶ RISKE, N 533 ss, pour qui les devoirs précontractuels spécifiques sont le devoir de négocier de bonne foi, les devoirs d'information, les devoirs de protection spéciaux et le devoir de confidentialité. Les devoirs d'information au sens large (N 584 ss) se rapportent au devoir des contractants de se renseigner eux-mêmes (N 585 ss) et d'informer le cocontractant prospectif (N 589 ss). Le devoir d'informer le cocontractant prospectif est composé du devoir

- 879 Il s'impose à toute personne qui émet une déclaration de volonté en vue de la conclusion d'un contrat (déclaration unilatérale, offre ou acceptation) ou qui entame des pourparlers (pré)contractuels avec autrui¹⁷¹⁷. Le TF a déjà eu l'occasion d'appliquer certains de ces principes **au droit de la consommation**¹⁷¹⁸. L'état toujours fragmentaire de ce dernier justifie la pertinence de l'analyse du devoir d'information légal général du professionnel. Ce devoir reste susceptible de s'appliquer en parallèle ou en complément à d'éventuels devoirs d'information spécifiques. En matière de commerce électronique, par exemple, seule la LCD prévoit des devoirs d'information spécifiques (cf. art. 3 al. 1 let. s LCD), à l'exclusion d'un devoir général¹⁷¹⁹.
- 880 En l'absence de tout devoir d'information spécifique, on pourrait peut-être envisager l'existence d'une « *Sonderverbindung* » entre le professionnel et le consommateur. Elle fonderait d'autres devoirs d'information précontractuels en tant qu'obligations accessoires, précisément non prévues par les dispositions sectorielles¹⁷²⁰. Le droit de l'UE impose aux Etats membres de prévoir une information générale sur les principales caractéristiques du bien ou du service offerts en cas de contrats à distance et hors établissement (cf. art. 6 al. 1 let. a Directive 2011/83/UE)¹⁷²¹. En l'état pour le droit suisse, une affirmation définitive paraît difficile, également compte tenu de la transversalité du droit (contractuel) de la consommation. Il n'existerait en tout cas pas d'obligation d'information générale, applicable à tous les contrats de consommation, laquelle ne saurait, en particulier, être déduite de l'art. 2 LIC¹⁷²².

d'information général (N 592 ss) et des devoirs d'information spéciaux (N 589 ss ; comp. *infra* notre réf. N 972 ss).

¹⁷¹⁷ ENGEL, Traité, p. 748.

¹⁷¹⁸ Arrêt du TF 4C.98/2007 du 29.04.2008, consid. 3.2.2 (contrat d'assurance).

¹⁷¹⁹ CR LCD-WERRO/CARRON, art. 3 al. 1 let. s N 17 rappellent qu'après avoir abandonné l'idée d'un tel devoir général d'information en 2005, le législateur a également renoncé à l'introduire lors de l'adoption de l'art. 3 al. 1 let. s LCD, entré en vigueur le 01.04.2012 (RO 2011 4909, FF 2009 5539).

¹⁷²⁰ Cf. arrêt du TF 4C.98/2007 du 29 04.2008, consid. 3.2.2. Comp. WEBER/WOLF, N 63.

¹⁷²¹ Dans le cadre de l'avant-projet de loi fédérale sur le commerce électronique, l'art. 3 al. 1 let. b^{bis} à intégrer dans la LCD prévoyait une obligation à charge de la personne offrant à distance, y compris par la voie du commerce électronique, de donner des indications claires et complètes notamment sur les caractéristiques essentielles des produits offerts, comp. *infra* N 2238 s.

¹⁷²² GALLI, p. 97 s.

Envisagée sous l'angle de la protection du consommateur, la présentation du devoir d'information précontractuel général implique d'abord que l'on s'intéresse à la **nature de la protection** (2).

881

2. Nature de la protection

Le devoir d'information précontractuel général n'est pas une règle de protection spécifique du consommateur¹⁷²³. L'exigence d'un besoin concret d'information subsiste¹⁷²⁴. Le devoir ne s'évalue donc pas abstraitement. Les **circonstances concrètes** du cas d'espèce¹⁷²⁵ comme la nature du contrat, la manière dont se déroulent les négociations ou les intentions et connaissances des parties restent ainsi déterminantes pour évaluer l'existence et l'étendue de ce devoir¹⁷²⁶.

882

En tant que tel, le devoir – même général – se fonde néanmoins sur une différence de niveau d'information entre les parties (critère de l'information spécialisée¹⁷²⁷)¹⁷²⁸. Si le déficit informationnel typique du contrat de consommation met certes abstraitement à charge du professionnel certains devoirs d'information précontractuels spécifiques (*infra* N 972), l'examen du devoir général demeure de nature concrète. On peut se demander si, compte tenu du mandat constitutionnel (art. 97 Cst.), il ne se justifierait pas de **retenir que le consommateur possède toujours un besoin concret d'information**¹⁷²⁹. Cela reviendrait à considérer, en quelque sorte « en amont », qu'une information lui est nécessaire¹⁷³⁰. Il appartiendrait alors au professionnel de démontrer l'absence d'un besoin concret d'information, par exemple en raison

883

¹⁷²³ Comp. ATF 105 II 75, consid. 2 = JdT 1980 I 66. Cf. ENGEL, Cent ans, p. 33 : « *par exemple, s'agissant des pourparlers (dans la mesure où la standardisation contractuelle leur ménage une place), les cocontractants, sans être déchargés du devoir de veiller eux-mêmes sur leurs intérêts, se doivent une information appropriée à la formation régulière du consentement, c'est-à-dire exempte de vices de la volonté* ».

¹⁷²⁴ CARRON, Protection, N 102.

¹⁷²⁵ La nature ouverte et transversale de la clause générale de bonne foi dans l'ordre juridique (cf. art. 2 CC) implique que le contenu de la norme ne peut être déterminé abstraitement, mais dépend toujours des circonstances concrètes de l'espèce, RISKE N 485.

¹⁷²⁶ ATF 105 II 75, consid. 2a = JdT 1980 I 66. CARRON, Protection, N 35 ; BK OR-KRAMER, art. 22 N 24 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 311 s.

¹⁷²⁷ TERCIER/PICHONNAZ, N 577 s.

¹⁷²⁸ BRULHART, p. 204 ; HARTMANN, Informationspflichten, N 60 ; LAUER, p. 317 ss.

¹⁷²⁹ Comp. BK OR-MÜLLER, art. 18 N 140 et N 175. Tout en rejetant des maximes d'interprétation spéciales pour les contrats de consommation, cet auteur précise tout de même que le tribunal doit observer le déséquilibre entre parties au stade de l'interprétation.

¹⁷³⁰ CARRON, Protection, N 42.

de la formation ou de l'expérience du consommateur. Cela concilierait peut-être les considérations de protection du consommateur avec la nécessité de vérifier les conditions d'application du devoir d'information précontractuel général avant d'en reprocher abstraitement la violation au professionnel¹⁷³¹.

884 En **présumant l'importance générale de l'information** pour le consommateur, l'on tient en outre équitablement compte des intérêts des deux parties. Contrairement au devoir d'information précontractuel spécifique (*infra* N 972), le professionnel conserverait la possibilité d'apporter la preuve que l'information n'était pas nécessaire au consommateur (« protection abstraite-relative » ou « abstraite-moderée »). En Suisse, il est vrai que la conception se heurte potentiellement à l'absence de définition uniforme du consommateur (*supra* N 728 ss et 760 ss). Une présomption appliquée au détriment de l'une des parties exigerait que celle à qui elle bénéficie soit clairement identifiée.

885 Quelles sont les **conditions** (B) du devoir d'information précontractuel général ?

B. Conditions

886 De nombreux autres pays européens connaissent une obligation générale d'informer le contractant prospectif fondée sur les règles de la bonne foi ou de la loyauté en affaires¹⁷³². Cela étant, une **réglementation expresse**¹⁷³³ reste une denrée rare, ce qui constituerait d'ailleurs un obstacle à l'harmonisation européenne du droit des contrats¹⁷³⁴. Souhaitable en tant que telle, une clause générale ne serait quoi qu'il en soit pas en mesure de remplacer l'ensemble des

¹⁷³¹ Nuancé ég. HARTMANN, Informationspflichten, N 118 : « *insofern kommt dem Konsumentenschutzgedanken durchaus Bedeutung für das Auffinden von Informationspflichten zu. Jedoch darf dieser Gedanke nicht dazu verleiten, Informationspflichten bloss oberflächlich – unter Verweis auf das Ungleichgewicht zwischen Anbietern und Konsumenten – zu begründen. Sonst droht die Gefahr einer Billigkeitsrechtsprechung. Der Konsumentenschutzgedanke entbindet somit nicht davon, die einzelnen Voraussetzungen für eine Informationspflicht eingehend zu prüfen. Er leistet lediglich Hilfe bei dieser Prüfung* ».

¹⁷³² ECL-KÄSTLE/LAMPARTER, art. 2:401 N 1.

¹⁷³³ Pour une rare réglementation expresse, art. 1112-1 CCfr.

¹⁷³⁴ ECL-KÄSTLE/LAMPARTER, art. 2:401 N 1 s.

devoirs d'information spécifiques, notamment en matière de protection du consommateur¹⁷³⁵.

La doctrine européenne rappelle que les **éléments suivants sont à observer au stade de l'examen de l'existence d'un devoir d'information général à charge de l'une des parties** : (i) son expertise ou ses compétences particulières, (ii) le coût d'acquisition de l'information pertinente, (iii) la facilité d'acquisition de l'information par d'autres moyens pour l'autre partie, (iv) la nature des informations, (v) l'importance prévisible des informations pour l'autre partie et, (vi) la bonne pratique commerciale dans la situation concernée¹⁷³⁶.

En Suisse, la doctrine rappelle que le devoir d'information précontractuel général du professionnel à l'égard du consommateur exige la réunion de quatre conditions cumulatives (directement *infra* N 889 ss)¹⁷³⁷. Le devoir d'information précontractuel général suppose premièrement que le professionnel **détienne ou doive détenir l'information en question** (1). Deuxièmement, l'information doit être inconnue du consommateur et il n'est pas censé la connaître, ce que le professionnel doit pouvoir identifier (caractère reconnaissable de l'ignorance, [2]). Troisièmement, le professionnel sait ou doit savoir que l'information est importante pour le consommateur (caractère reconnaissable de l'importance de l'information, [3]). Quatrièmement, le professionnel ne peut faire valoir un intérêt supérieur à celui du consommateur qui l'autoriserait à conserver le secret sur l'information en cause (4). On peut intégrer dans la réflexion des éléments généraux, identifiés en droit européen et qui sont susceptibles de fonder un devoir d'information général à charge de l'une des parties (comp. *supra* N 887)¹⁷³⁸.

¹⁷³⁵ Comp. ECL-KÄSTLE/LAMPARTER, art. 2:401 N 2 et N 4 : « *Thus, the exceptional character of a general disclosure duty should be clarified* ».

¹⁷³⁶ Pour nos développements, ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:401 N 1 ss. L'auteur souligne que la bonne pratique commerciale est d'importance particulière pour les contrats entre professionnels (N 10).

¹⁷³⁷ Conditions reprises de CARRON, Protection, N 36 ss se fondant sur les développements de HARTMANN, Informationspflichten, N 57 ss. et les réf. citées ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 311 s. Il convient de rappeler que la validité d'une offre d'intégration globale de conditions générales fonde un devoir d'information précontractuel particulier à charge de l'utilisateur lorsque le destinataire est un consommateur ou une personne non rompue aux affaires, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 52.

¹⁷³⁸ Sur le caractère non exhaustif de ces éléments généraux, ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:401 N 11.

1. Professionnel détient ou doit détenir l'information

889 La première condition du devoir d'information précontractuel général se rapporte à l'**obligation de détention (au sens large) de l'information par le professionnel**¹⁷³⁹. L'obligation s'analyse en fonction des circonstances concrètes, en observant la nature du contrat envisagé, le déroulement des négociations et les intentions et connaissances des parties¹⁷⁴⁰. Il convient de vérifier si l'on peut raisonnablement exiger du professionnel qu'il s'informe au sujet de certaines circonstances¹⁷⁴¹. Le devoir d'information ne concerne en revanche pas les informations que l'autre partie est censée connaître¹⁷⁴².

890 L'obligation envisagée ici est étroitement liée au devoir du professionnel de se préparer correctement avant d'entamer des négociations contractuelles. Ce devoir de préparation est une sous-catégorie de l'obligation plus générale du professionnel de **négoier sérieusement**, c'est-à-dire conformément à ses véritables intentions. Le professionnel doit également être au clair avec ses propres intentions, au risque de ne pas être en mesure d'honorer son devoir d'information général envers le consommateur¹⁷⁴³.

891 L'obligation de détention de l'information du professionnel se vérifie en fonction de deux éléments complémentaires : la **détention concrète de l'information** (a) et l'obligation raisonnable de la détenir (b).

a. Détention de l'information

892 Si le professionnel connaît l'information, notamment en détenant matériellement certains documents qu'il sait être importants pour le consommateur, la condition de la connaissance de l'information semble donnée sans autre. *A priori*, ce critère est donc **limpide**¹⁷⁴⁴.

¹⁷³⁹ CARRON, Protection, N 37 ; HARTMANN, Informationspflichten, N 68 ss.

¹⁷⁴⁰ CARRON, Protection, N 35 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 311 s.

¹⁷⁴¹ HARTMANN, Informationspflichten, N 68.

¹⁷⁴² ATF 90 II 449, consid. 4.

¹⁷⁴³ Arrêt du TF 4C.247/2005 du 17.11.2005, consid. 3.1. HARTMANN, Informationspflichten, N 64 ; ROUILLER, Devoirs précontractuels, p. 4 et les réf. citées en ndbp 40 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 313 considère que les devoirs d'information augmentent la sécurité juridique, notamment pour le professionnel, en délimitant clairement son obligation d'information.

¹⁷⁴⁴ HARTMANN, Informationspflichten, N 68 : « *kennt sie* (i.e. la partie obligée de détenir l'information) *den fraglichen Umstand tatsächlich, so ist diese Voraussetzung ohne weiteres erfüllt* ».

Les conséquences pratiques sont plutôt **d'ordre probatoire**. Le consommateur, à qui il appartient ici en principe de justifier d'un besoin concret d'information (comp. *supra* N 882 ss)¹⁷⁴⁵, doit démontrer que le professionnel détient l'information s'il entend tirer des droits de cette circonstance (art. 8 CC). La preuve sera parfois difficile à apporter si la détention de l'information vise un processus psychique – interne – du professionnel ou de son représentant. Elle pourrait notamment intervenir par des notes personnelles ou des ébauches de contrat.

893

Il ne suffit pas de constater que le professionnel détient l'information. Il convient également de vérifier s'il a une **obligation raisonnable de détenir l'information** (b).

894

b. Obligation raisonnable de détenir l'information

(i) *Examen de la diligence*

Dans l'examen de la diligence du professionnel, il convient de se référer à son **appartenance à une profession ou à un corps de métier particuliers**. Le but est de déterminer l'étendue de la diligence requise et celle que le consommateur est en droit d'attendre de son vis-à-vis¹⁷⁴⁶. S'agissant peut-être paradoxalement du contexte du régime général, le « rôle » spécifique du professionnel s'applique néanmoins dans toute sa rigueur ; il circonscrit la portée et l'étendue du devoir d'information.

895

Il ne s'agit toutefois pas de conférer aux règles et aux usages professionnels une portée légale directe. L'analyse doit, en revanche, **permettre d'évaluer concrètement l'étendue de la diligence** du professionnel quant à son obligation générale d'information précontractuelle. Ces règles et usages déploient dès lors un effet légal « indirect », similaire à celui intervenant dans le contexte de l'analyse des normes de comportement en droit de la responsabilité civile extracontractuelle, au stade de l'examen de la faute¹⁷⁴⁷.

896

¹⁷⁴⁵ CARRON, Protection, N 102.

¹⁷⁴⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1444 ss ; HARTMANN, Informationspflichten, N 68 donne l'ex. d'un architecte devant se voir imputer les connaissances objectives – typiques ou abstraites – que le public est en droit d'attendre d'un architecte, cela indépendamment de ses compétences personnelles subjectives, c'est-à-dire concrètes.

¹⁷⁴⁷ MÜLLER, Responsabilité civile, N 234 ss.

(ii) *Rapport de représentation*

- 897 En présence d'un rapport de représentation (art. 32 ss CO), l'obligation raisonnable de détenir l'information du professionnel s'évalue en principe à **l'aune des compétences du représentant, non de celles du représenté** (cf. § 166 al. 1 BGB¹⁷⁴⁸)¹⁷⁴⁹. Si la procuration porte sur une affaire concrète déterminée et délimitée (« *Spezialvollmacht* »), on cumule la somme des connaissances du professionnel et de son représentant¹⁷⁵⁰. Le recours à un représentant procure généralement au professionnel un avantage (ex. délégation des tâches, spécialisation, démarchage d'une clientèle spécifique, etc.).
- 898 Lorsque le professionnel se fait représenter pour la négociation et la conclusion d'un contrat de consommation, le principe du déséquilibre commanderait peut-être de **présumer que la procuration porte sur une affaire précise** (cf. § 166 al. 2 BGB¹⁷⁵¹). Le professionnel devrait cependant toujours pouvoir établir que la procuration n'était précisément pas spéciale. Il pourra le cas échéant échapper au cumul de connaissances et, partant, réduire l'éventail des compétences exigées dans l'examen de son obligation raisonnable de détenir l'information.
- 899 Plus spécifiquement pour le **contrat d'assurance privé**, il sied de relever que l'assureur répond, à l'égard du preneur d'assurance, des actes de son intermédiaire comme de ses propres actes (art. 34 LCA)¹⁷⁵². La législation (sectorielle) décrit donc parfois explicitement l'incidence d'un rapport de représentation sur l'obligation d'information du professionnel, en l'occurrence l'assureur.

¹⁷⁴⁸ La teneur de cet alinéa est la suivante : « *Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht* ». Pour une analyse de cette disposition dans un ouvrage de doctrine suisse, ABEGGLEN, Wissenszurechnung, p. 20 ss.

¹⁷⁴⁹ ATF 56 II 96, consid. 2 et 4 (erreur de la caution).

¹⁷⁵⁰ HARTMANN, Informationspflichten, N 69.

¹⁷⁵¹ La teneur de cet alinéa est la suivante : « *Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht* ». Pour une analyse de la disposition dans un ouvrage de doctrine suisse, ABEGGLEN, Wissenszurechnung, p. 23 s.

¹⁷⁵² KOLLER, AGB-Recht, p. 291. Sur l'imputation de la connaissance en matière de contrat d'assurance, qui prévoit un régime considérablement autonome, ABEGGLEN, Wissenszurechnung, p. 89 ss. ; BSK VVG Nachf.-KUH/GEIGER-STEINER, art. 3a N 10 ss.

(iii) *Personnes morales et outsourcing*

La **répartition des tâches** au sein d'une personne morale ne devrait pas nuire 900
au consommateur négociant avec celle-ci¹⁷⁵³. En particulier, ce dernier ne doit
pas se retrouver dans une position moins favorable que si son partenaire
contractuel était une personne physique¹⁷⁵⁴.

Le professionnel conserve la possibilité de démontrer qu'il n'y avait **aucun** 901
motif que l'information circule en son sein¹⁷⁵⁵. Tel pourrait être le cas en
présence d'une entreprise de grande taille déployant des activités multiples,
dans des domaines variés et non apparentés et où les différents secteurs ne
communiquent pas nécessairement entre eux. Il convient d'admettre
restrictivement cette hypothèse, au risque que le professionnel se retranche trop
aisément derrière un partage des tâches dont le choix lui revient en définitive.
Le consommateur ne dispose au demeurant d'aucune possibilité d'intervenir
dans cette organisation interne.

Nonobstant une éventuelle **externalisation des tâches** (« *outsourcing* »¹⁷⁵⁶), à 902
tout le moins dans un même domaine d'activité (comp. directement
supra N 901), il s'impose de présumer que l'information circule au sein de la
personne morale appelée à devenir le partenaire contractuel du
consommateur¹⁷⁵⁷. Les avantages que peut tirer le professionnel d'une telle
externalisation justifient pareille présomption en faveur du consommateur.
Dans une situation présumée de déséquilibre originel, il n'est pas admissible
que le consommateur supporte le risque d'une mauvaise transmission de
l'information au sein des structures mises en place par la personne morale.

La seconde condition pour mettre à charge du professionnel un devoir 903
d'information précontractuel général est **le caractère reconnaissable de**
l'ignorance du consommateur (2).

¹⁷⁵³ Pour un cas impliquant une société d'assurance, mais où le preneur agissait à des fins
professionnelles (exploitation d'une entreprise de transports), ATF 90 II 449, consid. 4 à 6.

¹⁷⁵⁴ En lien avec la jurisprudence allemande, HARTMANN, Informationspflichten, N 71.

¹⁷⁵⁵ HARTMANN, Informationspflichten, N 71.

¹⁷⁵⁶ Pour une analyse de l'imputation des connaissances en cas d'outsourcing dans le contrat
d'assurance, ABEGGLEN, Wissenszurechnung, p. 102 ss et, dans l'entreprise en général
(« *Konzern* »), le même auteur, p. 271 ss.

¹⁷⁵⁷ Plus nuancé, ABEGGLEN, Wissenszurechnung, p. 272.

2. Caractère reconnaissable de l'ignorance du consommateur

- 904 L'ignorance du consommateur – plus précisément l'amélioration de son information – est un élément substantiel fondant l'intervention du législateur en faveur du consommateur. Elle est à mettre en rapport avec l'élément du déséquilibre caractéristique du droit de la consommation (*supra* N 202 ss). Dans le contexte du devoir d'information, ce postulat abstrait d'une ignorance du consommateur **doit toutefois être distinguée** de la question de savoir si elle était reconnaissable pour le professionnel dans un cas concret, sujet qui nous occupe ici¹⁷⁵⁸.
- 905 En présence d'un contrat de consommation prospectif, la **structure personnelle du rapport de négociation** (« *personelle Struktur des Verhandlungs-verhältnisse* ») reste particulièrement importante¹⁷⁵⁹. Le devoir d'information serait d'autant plus important que le déséquilibre structurel entre parties est grand¹⁷⁶⁰. Aussi, le devoir d'information est-il accru lorsque le professionnel dispose d'une expertise ou d'une qualification technique particulières, soit des circonstances qui amènent le consommateur à placer une confiance accrue dans son vis-à-vis, sans qu'il ne s'agisse toutefois d'une relation de confiance qualifiée (*supra* N 848 ss)¹⁷⁶¹.
- 906 Le caractère reconnaissable de l'ignorance du consommateur suppose la réunion de deux conditions cumulatives : un **besoin d'information** (a) et sa reconnaissabilité (b) pour le professionnel¹⁷⁶².

a. Besoin d'information

(i) Circonstances et éléments connus du consommateur

- 907 L'identification du besoin d'information du consommateur dépend des circonstances et du type de contrat négocié¹⁷⁶³. Le professionnel n'a toutefois pas à informer le consommateur sur des **circonstances et éléments que ce**

¹⁷⁵⁸ Comp. CARRON, Protection, N 38 et 42.

¹⁷⁵⁹ BK OR-KRAMER, art. 22 N 29.

¹⁷⁶⁰ Comp. BK OR-KRAMER, art. 22 N 29.

¹⁷⁶¹ ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:401 N 7.

¹⁷⁶² CARRON, Protection, N 38 ; HARTMANN, Informationspflichten, N 72 ss.

¹⁷⁶³ BK OR-KRAMER, art. 22 N 28.

dernier connaît ou devait connaître¹⁷⁶⁴. Le principe selon lequel il appartient à chaque contractant prospectif de se renseigner soi-même sur les conditions et les circonstances du contrat envisagé¹⁷⁶⁵ s'applique en présence d'un consommateur. Le professionnel doit toutefois vérifier qu'il a les compétences nécessaires afin d'exécuter le contrat correctement¹⁷⁶⁶.

L'évaluation des circonstances connues du consommateur est difficile vu les (nombreuses) **informations qu'il peut ou pourrait obtenir** de son propre chef, à savoir en utilisant les canaux d'informations usuels à sa disposition. Il suffit de penser aux tests ou aux sites Internet comparatifs, ainsi qu'aux autres moyens remplissant une fin similaire (ex. forums de discussion, magazines spécialisés, campagnes de prévention, etc.). Le cas échéant, ils lui permettent de se forger une opinion critique – sinon exhaustive – sur le bien ou le service qu'il entend acquérir. Le professionnel est dès lors seulement tenu de renseigner le consommateur sur des faits au sujet desquels il dispose de connaissances que ce dernier ne peut, objectivement, pas avoir, donc y compris en respectant son devoir de se renseigner¹⁷⁶⁷. Une sévérité accrue à l'endroit du professionnel suppose, en principe, d'adopter un devoir d'information précontractuel spécifique (*infra* N 972 ss).

La connaissance des informations par le consommateur n'est quoi qu'il en soit plus déterminante lorsque le professionnel **exploite sciemment l'ignorance, même non excusable, du consommateur** quant aux circonstances déterminantes pour sa décision de conclure le contrat (cf. art. 28 al. 1 CO, dol par omission)¹⁷⁶⁸. Dans ce prolongement, la position du TF en matière de *culpa in contrahendo* mérite d'être relevée. Notre Haute Cour considère en effet que la partie ne respectant pas ses obligations précontractuelles¹⁷⁶⁹ est déjà responsable lorsque son attitude a été de quelque manière fautive, qu'il s'agisse de dol ou de négligence, dans les limites tout au moins de la responsabilité

¹⁷⁶⁴ ATF 102 II 81, consid. 2 = JdT 1977 I 210. HARTMANN, Informationspflichten, N 73 s. et la réf. citée précisent que le devoir d'informer son contractant ne commence que lorsque le devoir propre de s'informer de ce contractant s'arrête ; BK OR-KRAMER, art. 22 N 27 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 13.

¹⁷⁶⁵ CR CO I-MORIN, art. 1 N 133.

¹⁷⁶⁶ ATF 124 III 155 consid. 3b = JdT 1999 I 125 (« *Übernahmeverschulden* »). CR CO I-MORIN, art. 1 N 133.

¹⁷⁶⁷ CR CO I-MORIN, art. 1 N 134.

¹⁷⁶⁸ HARTMANN, Informationspflichten, N 75 ; BK OR-KRAMER, art. 22 N 25 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 9.

¹⁷⁶⁹ En particulier le devoir de négocier sérieusement dès l'entrée en pourparlers et l'interdiction d'adopter une attitude contraire à ses véritables intentions.

qu'elle encourt sous l'empire du contrat envisagé¹⁷⁷⁰. Il existe ainsi une obligation de ne pas tromper son partenaire contractuel prospectif s'agissant des éléments pouvant être déterminants pour sa décision de ne pas conclure ou de conclure le contrat sous conditions¹⁷⁷¹.

910 Cependant, même sous l'angle du dol, l'obligation d'information comporte des limites. L'information à fournir doit **directement concerner la conclusion du contrat**. Des informations incomplètes ou même fausses sur des faits qui ne sont pas pertinents n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 28 CO. Le caractère moralement répréhensible d'un tel comportement n'est à cet égard pas décisif¹⁷⁷². Cette exigence d'un lien matériel entre l'information couverte par le devoir d'information et la conclusion du contrat envisagé devrait également valoir dans le cadre de l'examen de l'existence d'une *culpa in contrahendo*. Cette dernière ne devrait ainsi s'envisager qu'en lien avec des faits concernant directement la conclusion du contrat prospectif. Ces limites valent aussi pour les contrats de consommation.

(ii) *Contours du besoin*

911 **Deux sous-éléments** tracent les contours du besoin – concret – d'information du consommateur¹⁷⁷³ :

912 **1° Le consommateur n'a pas la possibilité suffisante de s'informer soi-même.** Le TF se montre strict quant à cette condition, il est vrai, s'agissant du précédent envisagé, dans le contexte d'un contrat conclu entre professionnels. La Cour suprême estime qu'un spécialiste en informatique n'a pas à informer spontanément son partenaire contractuel – en l'occurrence une fiduciaire – quant à la signification du terme « *object code* », au motif que le partenaire contractuel pouvait se renseigner à ce sujet¹⁷⁷⁴. La doctrine critique la sévérité de cette décision. Dans le domaine informatique, elle rappelle, à juste titre, que le client ne sait même pas nécessairement quelles sont les informations dont il a besoin¹⁷⁷⁵.

913 Sous l'angle de la protection du consommateur, l'approche consacrée reste potentiellement délicate. Les **critères déterminants** pour considérer qu'il a une

¹⁷⁷⁰ Arrêt du TF 4A_202/2011 du 16.06.2011, consid. 2.2.

¹⁷⁷¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 956 ss et les réf. citées.

¹⁷⁷² BK OR-SCHMIDLIN, art. 28 N 12.

¹⁷⁷³ HARTMANN, Informationspflichten, N 77 ss.

¹⁷⁷⁴ ATF 125 III 263, consid. 4b/bb = SJ 1999 I 469.

¹⁷⁷⁵ CHAPPUIS, p. 474 ss citée par HARTMANN, Informationspflichten, N 77.

possibilité suffisante de s'informer demeurent bien plus ses compétences personnelles et son expérience. S'y ajoute sa position de faiblesse concrète. Si le consommateur parvient à démontrer l'existence effective d'un déséquilibre informationnel et structurel¹⁷⁷⁶, il devrait plutôt être considéré comme n'ayant pas de possibilité de s'informer suffisamment. De son côté, le professionnel doit tout de même pouvoir démontrer qu'il n'y avait aucun motif qu'il informe le consommateur au sujet des éléments litigieux¹⁷⁷⁷. Il s'agit donc plutôt de décider dans quelle sphère d'influence se situent les informations *in concreto*¹⁷⁷⁸, plutôt que de mettre trop strictement à charge du consommateur – ou de la partie faible – l'obligation de se renseigner.

2° Le consommateur a ou peut avoir une confiance particulière dans le professionnel. Lorsque le client renonce, volontairement ou non, à procéder à certaines recherches en raison d'une confiance particulière (ex. banquier, avocat, médecin ou existence de relations préexistantes), un besoin d'information pourrait être retenu à charge du professionnel¹⁷⁷⁹. Ce besoin est donné lorsque la confiance particulière du client en une explication de l'autre partie apparaît justifiée¹⁷⁸⁰. Le besoin d'information du consommateur doit ainsi être retenu lorsqu'il place ou peut légitimement placer une confiance particulière dans son contractant prospectif¹⁷⁸¹.

Ce critère de la confiance particulière envisagé dans le contexte du besoin d'information soulève la question de sa **délimitation par rapport au critère de la confiance qualifiée**. Alors que le premier vise potentiellement toute relation contractuelle sous l'angle du devoir d'information précontractuel général, le second nie à la relation en cause la typicité consumériste. En d'autres termes, le lien de confiance qualifié n'empêche pas nécessairement l'existence d'un besoin d'information du consommateur fondé sur une confiance particulière au sens décrit ici (cf. art. 2 al. 1 CC). En revanche, le lien de confiance qualifié – s'il est vérifié – pourrait être susceptible d'écarter

¹⁷⁷⁶ En lien avec l'établissement des circonstances concrètes indiquant un déséquilibre informationnel et structurel entre parties, CARRON, Protection, N 51.

¹⁷⁷⁷ Par ex. pour le motif que les informations litigieuses sont très aisément accessibles et disponibles sur un site comparatif présentant une certaine fiabilité et popularité pour le marché considéré.

¹⁷⁷⁸ HARTMANN, Informationspflichten, N 79.

¹⁷⁷⁹ HARTMANN, Informationspflichten, N 80.

¹⁷⁸⁰ HARTMANN, Informationspflichten, N 80 et les réf. citées qui évoquent à cet égard la notion de « *berechtigtes Vertrauen* ».

¹⁷⁸¹ HARTMANN, Informationspflichten, N 80.

l'application même de règles légales protectrices (ex. art. 32 CPC ; *supra* N 862 s.).

- 916 Après l'analyse du besoin d'information, il convient d'examiner la **reconnaissabilité** (b) de l'ignorance du consommateur.

b. Reconnaissabilité

- 917 Le caractère reconnaissable de l'ignorance du consommateur **s'évalue en fonction** du déroulement des négociations contractuelles¹⁷⁸², des caractéristiques du contrat envisagé¹⁷⁸³ et de la compétence¹⁷⁸⁴, respectivement du degré de spécialisation que le consommateur démontre raisonnablement au professionnel durant le cours des négociations précontractuelles¹⁷⁸⁵.

- 918 Un devoir d'information existe lorsque le professionnel reconnaît ou peut reconnaître l'ignorance du consommateur quant aux éléments et circonstances factuels décisifs à la formation de sa volonté de conclure¹⁷⁸⁶. Le professionnel doit alors **l'y rendre attentif et l'informer en conséquence**. Plus spécifiquement, si l'utilisateur des conditions générales peut et doit reconnaître que le destinataire ne saisit pas la portée de la ou des clause(s) considérée(s), il devrait l'expliquer de manière circonstanciée¹⁷⁸⁷. Cette problématique reste susceptible de se confondre avec celle de l'accessibilité des conditions générales, laquelle est certes liée à l'intégration des conditions générales, plutôt qu'au contrôle – caché – de leur contenu (*infra* N 1518 ss).

- 919 Le devoir d'information peut également être donné lorsque le professionnel **reconnaît ou aurait dû reconnaître l'erreur du consommateur**¹⁷⁸⁸. Le fait d'entretenir chez le consommateur une erreur sur certains faits pour l'amener à conclure le contrat est également susceptible de constituer un dol par omission

¹⁷⁸² HARTMANN, Informationspflichten, N 82 ss.

¹⁷⁸³ HARTMANN, Informationspflichten, N 85 s.

¹⁷⁸⁴ HARTMANN, Informationspflichten, N 87.

¹⁷⁸⁵ Par ex., au cours de démarches précontractuelles, le consommateur agissant à des fins privées se réfère néanmoins – explicitement ou implicitement – à sa profession d'avocat spécialisé en droit bancaire.

¹⁷⁸⁶ CARRON, Protection, N 38 ; HARTMANN, Informationspflichten, N 81.

¹⁷⁸⁷ ATF 104 Ia 278, consid. 4c (absence de maîtrise de la langue par le consommateur). KOLLER, OR AT, N 23.45 (clause d'élection de for). Comp. mais en lien avec la règle de l'insolite, KRAMER/PROBST/PERRIG, N 182 ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 370.

¹⁷⁸⁸ ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:401 N 11.

(cf. art. 28 CO et 4:107 (3) PECL¹⁷⁸⁹)¹⁷⁹⁰. Dans ce prolongement, il convient encore de mentionner que la doctrine admet la possibilité de la réalisation d'une *culpa in contrahendo* lorsque le professionnel peut et doit reconnaître que le consommateur souffre d'un déficit informationnel ou si le professionnel peut raisonnablement avoir des doutes au sujet de la compréhension véritablement correcte du consommateur quant aux circonstances essentielles pour la conclusion du contrat (cf. art. 26 al. 1 CO et art. 4:107 al. 3 et 4:117 Principes du droit européen des contrats)¹⁷⁹¹.

À lui seul, le caractère reconnaissable de l'ignorance du consommateur ne suffit cependant pas à retenir un devoir d'information précontractuel général. Encore faut-il vérifier le **caractère reconnaissable de l'importance de l'information** (3).

920

3. Caractère reconnaissable de l'importance de l'information

Le caractère reconnaissable de l'importance de l'information pour le consommateur implique, sans surprises, **l'importance de l'information** (a) et que cette importance soit reconnaissable (b) pour le professionnel.

921

a. Importance de l'information

La question de l'« importance de l'information » se rattache à **l'objet de l'information**, plutôt qu'au niveau de connaissance(s) des parties¹⁷⁹². Il convient, en d'autres termes, de décider si l'importance des éléments considérés est telle qu'elle justifie que le consommateur soit informé à leur sujet (« *material in the circumstances* »¹⁷⁹³). Seules les informations essentielles à la formation de la volonté sont concernées, en particulier les caractéristiques principales de l'objet du contrat¹⁷⁹⁴. Exceptionnellement, lorsque le consommateur est trompé par un tiers (cf. art. 28 al. 2 CO), les informations ne doivent toutefois pas nécessairement être essentielles¹⁷⁹⁵.

922

¹⁷⁸⁹ ROUILLER, Devoirs précontractuels, p. 3.

¹⁷⁹⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 773 et 861 ss ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 9.

¹⁷⁹¹ BK OR-KRAMER, art. 22 N 26 ; ROUILLER, Devoirs précontractuels, p. 3.

¹⁷⁹² HARTMANN, Informationspflichten, N 89.

¹⁷⁹³ ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:401 N 9.

¹⁷⁹⁴ Comp. ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:401 N 9.

¹⁷⁹⁵ HARTMANN, Informationspflichten, N 88.

923 Dans l'appréciation de ce critère, il convient de vérifier le **dessein** – la « finalité »¹⁷⁹⁶ – du consommateur (i) et les caractéristiques du contrat envisagé (ii).

(i) *Dessein du consommateur*

924 Le dessein du consommateur peut **par exemple** être celui de partir en vacances. On pourrait imaginer que l'information sur un risque météorologique (ex. mousson prolongée, risque sévère d'ouragan) soit essentielle pour un touriste¹⁷⁹⁷.

925 L'on ne **saurait ici exiger du professionnel** une information exhaustive sur tous les éléments factuels potentiellement essentiels¹⁷⁹⁸. L'obligation d'information conçue de manière trop large comporte le risque de réduire à néant le principe selon lequel chaque partie a le droit d'utiliser en sa faveur une connaissance que l'autre n'a pas¹⁷⁹⁹. Toutefois, plus une circonstance appert objectivement comme importante et reste cachée (inaccessible) pour le bénéficiaire potentiel de l'information, plus il se justifie d'admettre un devoir d'information étendu en faveur dudit bénéficiaire¹⁸⁰⁰.

926 **En complétant l'exemple ci-dessus** (*supra* N 924)¹⁸⁰¹, si le touriste envisage un voyage organisé de plusieurs jours dans la nature, dans un environnement reculé et à la météo particulièrement imprévisible, on pourrait envisager que le professionnel doive l'informer de ces risques s'il a ou peut raisonnablement en avoir connaissance (ex. il organise régulièrement des séjours dans cette région). On devrait toutefois se montrer strict et exiger du consommateur qu'il s'informe

¹⁷⁹⁶ Cette finalité ne s'entend pas dans le même sens que la finalité privée permettant de conceptualiser le contrat de consommation (sur l'approche structuraliste téléologique, *supra* N 570 ss). Il s'agit certes d'examiner ici l'intention et l'intérêt du consommateur à la conclusion du contrat (ex. partir en voyage, obtenir un prêt d'études), mais spécifiquement pour en inférer une obligation d'information à charge du professionnel.

¹⁷⁹⁷ Notre affirmation doit être distinguée de la problématique de l'octroi d'un tort moral pour des vacances gâchées, MÜLLER, Responsabilité civile, N 78.

¹⁷⁹⁸ HARTMANN, Informationspflichten, N 89.

¹⁷⁹⁹ SJ 1961 127, p. 128 : « [...] *cependant, cela ne signifie pas qu'une partie doive sauvegarder les intérêts de l'autre. En principe, il incombe à chacun de veiller avec diligence sur ses propres intérêts. L'obligation de renseigner le cocontractant n'existe que dans les cas où les règles de la bonne foi l'exigent. Cette condition n'est pas remplie lorsqu'il s'agit de faits que le cocontractant connaissait ou était tenu de connaître* ». HARTMANN, Informationspflichten, N 90.

¹⁸⁰⁰ HARTMANN, Informationspflichten, N 90 s. ; BK OR-KRAMER, art. 22 N 30.

¹⁸⁰¹ Nous écartons volontairement des considérations liées à l'éventuelle application de la LVF.

suffisamment, à tout le moins lorsqu'il s'agit d'un élément habituel, aisément comparable ou vérifiable au moyen d'une demande de précision adressée au partenaire contractuel prospectif (sur les circonstances connues du consommateur, *supra* N 907 ss)¹⁸⁰².

(ii) Caractéristiques du contrat envisagé

Les caractéristiques du contrat envisagé peuvent également avoir une incidence sur l'évaluation du critère de l'importance de l'information pour le consommateur. Dans la doctrine, on rencontre ce qu'on pourrait désigner comme le **critère de l'asymétrie des intérêts** (« *Interessengegensatz* ») des contractants ; nous le déduisons particulièrement des développements de HARTMANN¹⁸⁰³.

Selon ce principe, **plus les intérêts des parties divergent** – sont en conflit – moins il se justifie de retenir l'importance d'une information donnée pour l'autre¹⁸⁰⁴. Le devoir d'information du professionnel est moindre si celui-ci poursuit des intérêts exclusivement « égoïstes ». En outre, sauf circonstances particulières (ex. insolvabilité totale et durable)¹⁸⁰⁵, le consommateur n'est en principe pas tenu de dévoiler sa situation financière¹⁸⁰⁶. *A contrario*, le devoir d'information devrait en revanche être accru dès lors que la relation entre parties est fondée sur une certaine confiance mutuelle (ex. contrat de mandat ou de société)¹⁸⁰⁷.

Il convient également d'observer la **durée du contrat envisagé**. Plus elle est longue, plus l'intérêt de la partie faible à une information étendue mérite d'être protégé. *A contrario*, en cas de prestation immédiate et quotidienne, le devoir d'information devrait être réduit, voire même inexistant¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰² ZR 86/1987 131, consid. 7 : l'organisateur d'une croisière n'a pas à informer un touriste de particulièrement grande taille de la longueur des lits dans la cabine, puisqu'il est notoire que la longueur des lits peut également varier d'un hôtel à l'autre. HARTMANN, Informationspflichten, N 102.

¹⁸⁰³ HARTMANN, Informationspflichten, N 92 ss. Comp. BK OR-BECKER, art. 28 N 6 ; VON TUHR/PETER, p. 322.

¹⁸⁰⁴ ENGEL, Traité, p. 353 et VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 312 considèrent que le devoir de renseigner n'existe pas dans les rapports entre concurrents.

¹⁸⁰⁵ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19, 20 N 75 et 86 ; VON TUHR/PETER, p. 322.

¹⁸⁰⁶ Sous réserve de dispositions sectorielles contraires (cf. art. 29 LCC).

¹⁸⁰⁷ ENGEL, Traité, p. 188 ; HARTMANN, Informationspflichten, N 94 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 312.

¹⁸⁰⁸ Comp. HARTMANN, Informationspflichten, N 95.

- 930 Une application trop stricte du critère de l'asymétrie des intérêts conduit toutefois à un résultat potentiellement **paradoxal** pour le consommateur. La divergence des intérêts est précisément une caractéristique de la relation de consommation. Or, considérer que le devoir d'information serait moindre en cas de divergence large conduit à favoriser indûment la position du professionnel¹⁸⁰⁹. En l'absence d'intervention du législateur par l'adoption d'un devoir d'information précontractuel spécifique (*infra* N 972 ss), une interprétation favorable commanderait peut-être d'adapter le critère de l'asymétrie. En d'autres termes, il conviendrait donc précisément de considérer que le besoin d'information du consommateur est accru lorsque les intérêts des parties divergent (*supra* N 928) ou que la durée du contrat envisagé est longue (*supra* N 929).
- 931 En revanche, y compris en droit (contractuel) de la consommation, une obligation d'information portant sur la **valeur de la prestation et de la contre-prestation** doit être admise avec retenue¹⁸¹⁰. Elle reste éventuellement envisageable en cas de position monopolistique ou quasi monopolistique du professionnel¹⁸¹¹, voire d'obligation de contracter (cf. art. 63 LCR). La condition pourrait être que l'information permette au client d'obtenir un prix plus bas pour les mêmes services et auprès du même professionnel. On pourrait imaginer qu'un assureur doive informer le preneur sur les possibilités de renoncer à certains postes d'assurance superflus et difficilement identifiables comme tels¹⁸¹², ce dans le but de proposer une prime plus basse.
- 932 Après l'examen de l'importance de l'information pour le consommateur, il convient encore d'examiner sa **reconnaissabilité** (b) pour le professionnel.

¹⁸⁰⁹ L'affirmation vaut en tout cas lorsqu'on analyse le devoir d'information sous l'angle de la nature du contrat. Lorsqu'on l'envisage sous l'angle de la nature du fait dissimulé, la suprématie scientifique, technique ou de compétences de l'un des contractants impose dans tous les cas une information, ENGEL, Traité, p. 353.

¹⁸¹⁰ HARTMANN, Informationspflichten, N 96 ; VON TUHR/PETER, p. 322.

¹⁸¹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1102 ss rappellent qu'une obligation de contracter au sens strict (« *Kontrahierungspflicht* ») n'existe que si une personne a un droit à la conclusion du contrat (par ex. art. 13 let. b LCart).

¹⁸¹² Par ex. un assureur responsabilité civile prospectif du détenteur d'un véhicule à moteur qu'il sait être à 3 portes n'a pas à informer le consommateur qu'il est en train de conclure une assurance pour un véhicules à 5 portes, puisque le consommateur doit en principe s'en rendre compte de lui-même. En revanche, s'il dispose des informations utiles, l'assureur devrait le rendre attentif que le cylindre assuré est, le cas échéant, supérieur à celui – véritable – de son véhicule, en particulier si des termes techniques sont employés.

b. Reconnaissabilité

933
 Similairement à l'examen du caractère reconnaissable de l'ignorance du consommateur (lié à la personne informée, *supra* N 904 ss), l'importance de l'information pour le consommateur doit être reconnaissable pour le professionnel (lié à l'objet de l'information). L'existence du devoir d'information suppose que professionnel reconnaisse ou doive reconnaître **l'importance que déploie une circonstance ou un élément de fait considéré** pour le consommateur¹⁸¹³. La réponse à cette question dépend largement des circonstances concrètes, en particulier de l'objet du contrat et des intentions reconnaissables du consommateur¹⁸¹⁴.

934
 En dernier lieu, l'existence d'un devoir d'information précontractuel général suppose l'**absence d'intérêt supérieur à la conservation de l'information** (4).

4. Absence d'intérêt supérieur à la conservation de l'information

935
 L'intérêt supérieur à la conservation (confidentialité) de l'information **écarte le devoir d'information précontractuel général** du professionnel à l'égard du consommateur¹⁸¹⁵. Un tel intérêt peut être donné lorsque les informations sont couvertes par un secret professionnel ou par un secret commercial. C'est également le cas lorsque la divulgation de l'information constitue ou est susceptible de constituer une atteinte à la personnalité¹⁸¹⁶. Dans cette appréciation, il convient d'examiner l'incidence concrète, pour les parties, de l'information sur le contrat envisagé et son exécution¹⁸¹⁷.

¹⁸¹³ HARTMANN, Informationspflichten, N 98 en réf. aux ATF 66 II 132 consid. 6 et 117 II 218 consid. 6b = JdT 1994 I 167 : « [...] *et que l'importance de ce fait pour la conclusion de la convention et de l'erreur de la partie adverse étaient reconnaissables pour le défendeur, ce dernier avait, selon les règles de la bonne foi (cf. ATF 116 II 434 c. 3, JdT 1991 I 45), l'obligation de rendre la demanderesse attentive à cette erreur* ».

¹⁸¹⁴ HARTMANN, Informationspflichten, N 99 ss, notamment en réf. à la jurisprudence allemande, donne les ex. de l'achat d'un immeuble sis dans une zone d'atterrissage d'un aéroport ou encore celui de l'acheteur d'une maison ayant l'intention de construire ensuite une mansarde alors qu'une règle de police des constructions réputée connue du vendeur l'interdit (cf. ATF 40 II 370, consid. 5).

¹⁸¹⁵ HARTMANN, Informationspflichten, N 104 ss.

¹⁸¹⁶ HARTMANN, Informationspflichten, N 105.

¹⁸¹⁷ HARTMANN, Informationspflichten, N 105 fournit l'ex. d'une condamnation pénale antérieure incompatible avec les prestations contractuelles négociées. En droit contractuel de la consommation, on pourrait imaginer qu'un courtier en assurance soit tenu de mentionner

- 936 La doctrine considère qu'un intérêt supérieur existe également lorsque l'obtention de l'information considérée résulte d'un **investissement technique, temporel ou financier important**¹⁸¹⁸. D'un point de vue économique, il est important d'observer le coût d'acquisition d'une information, à la condition que son obtention soit légale¹⁸¹⁹. En revanche, lorsque le professionnel fait directement supporter au consommateur le coût de cet investissement, l'intérêt à la confidentialité s'efface. Ainsi, les résultats d'une étude de marché financés par le professionnel peuvent en principe être tenus secrets, alors que le professionnel ne peut s'appuyer sur le coût et la durée de sa formation professionnelle pour justifier, en tant que tel, un intérêt supérieur à la confidentialité de l'information¹⁸²⁰.
- 937 Dans les contrats **conclus par la voie électronique**, un devoir d'informer incomberait par ailleurs à la partie pour laquelle l'accès à l'information est le moins « coûteux » (théorie du « *cheapest cost provider* »)¹⁸²¹.

C. Violation

1. Généralités

a. Obligation négative et positive

- 938 L'obligation d'information **négative** vise à interdire la tromperie (par ex. art. 3 al. 1 let. b LCD et 39 CO). La violation de l'obligation négative se traduit en une tromperie du consommateur par le professionnel, intentionnelle ou non¹⁸²². La sanction la mieux adaptée serait la nullité¹⁸²³.

une condamnation pénale, à tout le moins s'il n'est pas interdit de l'exercice d'une profession ou bénéficie d'une condamnation avec sursis.

¹⁸¹⁸ HARTMANN, Informationspflichten, N 106.

¹⁸¹⁹ ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:401 N 8.

¹⁸²⁰ HARTMANN, Informationspflichten, N 107.

¹⁸²¹ WEBER, E-Commerce, p. 359. Cette théorie comporte toutefois le risque qu'il est facile de soutenir que le consommateur est en mesure d'obtenir chaque information aisément en s'informant, notamment, sur des forums de discussion dont l'accès est généralement gratuit.

¹⁸²² VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 354.

¹⁸²³ Comp. SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 282.

L'obligation d'information **positive** impose au professionnel la transmission d'une information déterminée (ex. art. 4 al. 3 LVF)¹⁸²⁴. La violation d'une obligation positive peut généralement prendre plusieurs formes : l'absence d'information, l'information inexacte, l'information insuffisante et la surinformation¹⁸²⁵. 939

En droit des contrats, le devoir d'information précontractuel général entend **prévenir** des violations tant négatives que positives (devoirs négatifs et positifs¹⁸²⁶). Cela étant, la prévention des violations négatives occupe plutôt la LCD, avec pour conséquence générale l'illicéité (cf. art. 2 LCD)¹⁸²⁷. Par ailleurs, en sus de l'interdiction de tromperie, l'obligation positive¹⁸²⁸ générale de bonne foi fonderait parfois¹⁸²⁹ un véritable devoir à la charge du professionnel de transmettre une ou plusieurs informations au consommateur¹⁸³⁰. 940

Par principe, il n'en demeure pas moins que la violation du devoir d'information précontractuel général se caractérise par l'**absence d'effet contractuel** (b), ce qu'il convient de préciser. 941

b. Absence d'effet contractuel

Contrairement à certains devoirs d'information précontractuels spécifiques de protection du consommateur (*infra* N 972 ss), la violation du devoir **d'information précontractuel général ne déploie pas d'effet contractuel direct** (comp. art. 2 let. a Directive 1999/44/CE sur la vente de biens de consommation¹⁸³¹ ; cf. art. 197 al. 1 CO pour la garantie de la qualité promise 942

¹⁸²⁴ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 354.

¹⁸²⁵ HARTMANN, Informationspflichten, N 179 ss ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 354 s.

¹⁸²⁶ ENGEL, Traité, p. 187 s. : « on distingue des devoirs négatifs et des devoirs positifs. Tous sont commandés par la loyauté et la diligence ».

¹⁸²⁷ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 394.

¹⁸²⁸ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 311.

¹⁸²⁹ Comp. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 292 s., 311 et 398 rappelle tout de même que les règles sur la bonne foi proscrirent déjà de tromper son contractant prospectif sur des faits ayant une incidence déterminante pour lui.

¹⁸³⁰ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 292 s. considère que le devoir de renseigner et de conseiller l'autre partie représentent des obligations positives dont le but est d'assurer une plus grande transparence.

¹⁸³¹ La teneur de l'art. 2 let. a Directive 1999/44/CE est la suivante : « le bien de consommation est présumé conforme au contrat : (a) s'il correspond à la description donnée par le vendeur

en cas de contrat de vente¹⁸³²)¹⁸³³. *De lege lata*, le constat d'une telle violation n'assure donc en principe pas au consommateur d'être remis dans la situation qui eut été la sienne s'il avait été correctement informé (comp. art. 69 al. 1 CESL¹⁸³⁴ ; cf. ég. art. 4:107 ACQP, art. II.-9:102 DCFR et art. 6:101 ECL)¹⁸³⁵.

943 Cette dernière affirmation doit tout de même être nuancée. La systématisation des conséquences de la violation du devoir d'information précontractuel général exige que l'on approfondisse la thématique des **sanctions civiles de nature contractuelle** (2)¹⁸³⁶.

2. Sanctions civiles de nature contractuelle

944 La mise en œuvre des sanctions civiles de nature contractuelle suppose, en amont, la réunion des conditions cumulatives mettant à charge du professionnel un devoir d'information précontractuel général (*supra* N 886 ss). Ces sanctions

et possède les qualités du bien que le vendeur a présenté sous forme d'échantillon ou modèle au consommateur ».

¹⁸³² Nous n'approfondirons pas la relation entre la violation d'un devoir d'information et la garantie contre les défauts, comp. ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:406 N 4 et 14 ss.

¹⁸³³ L'affirmation doit être nuancée au regard de l'interprétation selon le principe de la confiance où le TF retient que « *les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion d'éléments postérieurs* » (ATF 133 III 61, consid. 2.2.2.2). En droit suisse, on rencontre également la conception selon laquelle des déclarations publicitaires faites à l'égard d'un consommateur peuvent avoir une pertinence du point de vue de l'interprétation historique du contrat, BK OR-MÜLLER, art. 18 N 144.

¹⁸³⁴ La teneur de l'art. 69 al. 1 CESL (clauses découlant de certaines déclarations précontractuelles) est la suivante : « *lorsque le professionnel fait, avant la conclusion du contrat, une déclaration adressée soit à l'autre partie soit au public, quant aux caractéristiques de ce qu'il doit fournir en vertu du contrat, la déclaration fait partie intégrante des clauses du contrat sauf si : (a) l'autre partie savait, ou était censée savoir, lors de la conclusion du contrat, que la déclaration était inexacte ou que l'on ne pouvait lui accorder foi en tant que clause contractuelle ; ou (b) la décision de l'autre partie de conclure le contrat n'a pas pu être influencée par la déclaration* ».

¹⁸³⁵ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 401 *a contrario* qui présente « l'effet contractuel » en rapport avec les « sanctions spécifiques relatives aux contrats de consommation ». En l'absence de conclusion du contrat, du point de vue de la *culpa in contrahendo*, CARRON, Protection, N 445 et sa citation, en ndbp 65 de HARTMANN, Informationspflichten, N 296 ss (qui exige de remettre le consommateur dans la situation dans laquelle il se trouverait s'il avait été correctement informé).

¹⁸³⁶ CARRON, Protection, N 44 : « *Plusieurs instruments du droit classique des obligations protègent le consommateur lorsque le professionnel a violé les devoirs d'information requis par le principe de bonne foi* ».

peuvent être mises en lien avec les **conséquences générales en cas de violation des devoirs précontractuels** (devoir de négocier sérieusement, devoir de s'informer soi-même, devoir de renseigner et de conseiller l'autre partie et devoir de se comporter loyalement)¹⁸³⁷.

On peut distinguer entre l'**absence de conclusion du contrat** (a) et la conclusion du contrat (b).

945

a. Absence de conclusion du contrat

(i) *Réparation de l'intérêt en principe négatif*

Si le contrat de consommation n'est pas conclu¹⁸³⁸, une **responsabilité précontractuelle** (ou responsabilité pour *culpa in contrahendo*¹⁸³⁹) du professionnel peut s'envisager, si les conditions en sont remplies¹⁸⁴⁰. Le consommateur pourra tenter d'obtenir la réparation du dommage subi pour la confiance inspirée dans la conclusion d'un contrat ou dans la conclusion d'un contrat non vicié¹⁸⁴¹. Il lui est à ce titre possible de réclamer la compensation d'un intérêt négatif (« *Vertrauensschaden* »¹⁸⁴²) et de demander à être remis dans la situation qui eut été la sienne s'il n'avait pas commencé ou poursuivi les pourparlers¹⁸⁴³.

946

¹⁸³⁷ Du point de vue des conséquences de la violation du devoir précontractuel, TERCIER/PICHONNAZ, N 631 ss distinguent précisément selon que le contrat est conclu ou ne l'est pas.

¹⁸³⁸ Tel sera le cas si les parties ne se sont pas mises d'accord sur les éléments contractuels essentiels, comp. en lien avec la violation d'un devoir d'information ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:406 N 4 avec les réf. citées.

¹⁸³⁹ La *culpa in contrahendo*, institution développée par VON JHERING, peut se définir comme « la violation intentionnelle ou négligente d'un devoir imposé par un ordre juridique donné dans la phase précontractuelle » ; RISKE, N 455 et 520 ss.

¹⁸⁴⁰ CR CO I-MORIN, art. 1 N 136 ss ; RAPIN/WESSNER, N 49 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 645.

¹⁸⁴¹ BRUNNER, Konsumverträge, p. 19 ; CARRON, Protection, N 44 ; RAPIN/WESSNER, N 33.

¹⁸⁴² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2899 ; HARTMANN, Informationspflichten, N 296.

¹⁸⁴³ CARRON, Protection, N 44 ; BK OR-KRAMER, art. 22 N 44 ; KUONEN, Responsabilité précontractuelle, N 1838 ; RAPIN/WESSNER, N 33 ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 97 N 35 ; CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 49.

- 947 L'**intérêt négatif**¹⁸⁴⁴ est difficile à prouver devant les tribunaux¹⁸⁴⁵. Il comprend la perte éprouvée ou le gain manqué¹⁸⁴⁶. Comme perte éprouvée, on peut imaginer des frais de déplacement du consommateur, de représentation ou encore d'assistance dans les négociations, par exemple la consultation d'un avocat ou le coût d'autres procès préalables à l'action en responsabilité précontractuelle¹⁸⁴⁷. Le gain manqué¹⁸⁴⁸, plus difficile à concevoir en lien avec une relation de consommation, pourrait peut-être consister en la perte d'expectatives de prévoyance privée lorsqu'un montant a déjà été versé par le consommateur.
- 948 Exceptionnellement, l'**intérêt positif** (« *Erfüllungsinteresse* »¹⁸⁴⁹) pourrait être pertinent¹⁸⁵⁰. En cas de nullité du contrat, lorsque le vice de forme résulte de l'astuce d'une partie, la doctrine reconnaît également la possibilité d'une réparation de l'intérêt positif¹⁸⁵¹.

(ii) *Limites*

- 949 Le régime de la *culpa in contrahendo* ne permet **pas au consommateur d'exiger le respect des informations reçues** lorsqu'il a été trompé par le professionnel (aspect négatif de l'obligation d'information). Il ne peut donc exiger l'exécution du contrat en invoquant la déception des attentes suscitées par des informations fausses ou trompeuses (absence d'effet contractuel, comp. *supra* N 942 ss)¹⁸⁵². En revanche, lorsque le professionnel doit fournir une information sur un élément déterminé (aspect positif de l'obligation d'information), le consommateur doit être mis dans la situation patrimoniale qui eût été la sienne s'il avait correctement reçu ladite information (effet « contractuel » limité)¹⁸⁵³. L'application de cette hypothèse suppose néanmoins

¹⁸⁴⁴ Nuancé sur une véritable distinction entre l'intérêt négatif et l'intérêt positif, CR CO I-THÉVENOZ, art. 97 N 35.

¹⁸⁴⁵ RAPIN/WESSNER, N 49.

¹⁸⁴⁶ KUONEN, Responsabilité précontractuelle, N 1839.

¹⁸⁴⁷ KUONEN, Responsabilité précontractuelle, N 1840 ss. Comp. ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:406 N 17 (« *incurred costs for legal advice or the prosecution of a claim* »).

¹⁸⁴⁸ KUONEN, Responsabilité précontractuelle, N 1856 et les réf. citées.

¹⁸⁴⁹ HARTMANN, Informationspflichten, N 296.

¹⁸⁵⁰ ENGEL, Traité, p. 754 et l'ex. des art. 26 al. 2 et 39 al. 2 CO ; BK OR-KRAMER, art. 22 N 45.

¹⁸⁵¹ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 182 et les réf. citées.

¹⁸⁵² VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 398 s.

¹⁸⁵³ CARRON, Protection, N 44 semble analyser cette problématique dans la situation où le contrat n'est pas conclu, même si elle reste, à notre avis, tout à fait envisageable en cas de conclusion du contrat également, compte tenu de l'ex. fourni par HARTMANN (achat d'un tableau avec

que les conditions du devoir d'information précontractuel général du professionnel (*supra* N 886 ss) soient remplies.

Certains auteurs considèrent que l'institution de la *culpa in contrahendo* n'est **pas nécessairement adaptée aux situations typiques dans lesquelles le contrat de consommation est négocié** ; elles n'impliquent que rarement de longs pourparlers (comp. *supra* N 477)¹⁸⁵⁴. 950

Quelle est la situation en cas de **conclusion du contrat** (b) ? 951

b. Conclusion du contrat

En cas de conclusion du contrat de consommation, il nous paraît possible de distinguer quatre cas de figure : la ***culpa in contrahendo*** (i), l'interprétation selon le principe de la confiance (ii), les vices du consentement, la lésion et la nullité partielle (iii), ainsi que les droits de révocation (iv). 952

(i) *Culpa in contrahendo*

Si le contrat est conclu malgré la violation d'une obligation générale d'information, la question de l'existence d'une ***culpa in contrahendo* du professionnel** peut également se poser (sur la situation en l'absence de conclusion du contrat, *supra* N 946 ss). 953

Une partie de la doctrine considère que la responsabilité précontractuelle s'envisage également lorsque le contrat est conclu¹⁸⁵⁵. La position du TF et de la doctrine majoritaire est différente¹⁸⁵⁶. En application de la théorie dite de **l'absorption**, la Cour suprême considère que la responsabilité précontractuelle s'efface devant la responsabilité contractuelle dès lors qu'un contrat a été conclu¹⁸⁵⁷. Un autre courant doctrinal rejette la théorie de l'absorption au profit 954

une conception erronée sur sa réalisation par un artiste célèbre) ; HARTMANN, Informationspflichten, N 298.

¹⁸⁵⁴ ECL-BABUSIAUX, art. 2:310 N 6 s.

¹⁸⁵⁵ RAPIN/WESSNER, N 33. *Contra*, HUGUENIN, Obligationenrecht, N 1565 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 644 ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 97 N 38. Pour un exposé des positions doctrinales et jurisprudentielles en cas de concours entre l'action contractuelle et le moyen tiré de la *culpa in contrahendo*, RISKE, N 1240 ss.

¹⁸⁵⁶ CR CO I-MORIN, art. 1 N 137.

¹⁸⁵⁷ Arrêt du TF 4C.98/2007 du 29.04.2008, consid. 3.2.2 TERCIER/PICHONNAZ, N 644. Critique, RISKE, N 1247 ss qualifie la jurisprudence sur la théorie de l'absorption « d'erratique ».

soit, d'une application exclusive de la responsabilité précontractuelle¹⁸⁵⁸, soit d'une application exclusive d'un éventuel régime contractuel spécial, en particulier celui des règles sur la garantie contre les défauts (cf. art. 197 ss CO)¹⁸⁵⁹.

955 En cas de violation d'une obligation précontractuelle d'information, selon la conception adoptée, le consommateur **ne pourra donc agir** sur le fondement de la *culpa in contrahendo* dans l'hypothèse où le contrat de consommation est conclu malgré la violation du devoir d'information précontractuel général. Or, en octroyant au consommateur la possibilité d'agir sur le fondement de la responsabilité précontractuelle, on lui assure le cas échéant mieux la réparation intégrale de son éventuel dommage. La condition reste que l'ensemble des éléments constitutifs de chaque moyen juridique invoqué soient remplis¹⁸⁶⁰ à savoir, en l'occurrence, particulièrement les conditions permettant de retenir le devoir d'information précontractuel général du professionnel (*supra* N 886 ss) ; le consommateur devra le démontrer.

956 Les **devoirs issus** de la bonne foi ne sont d'ailleurs pas nécessairement les mêmes selon qu'ils ont leur source dans le contrat (valable ou ratifié) ou la relation précontractuelle¹⁸⁶¹. D'un point de vue strictement logique, il paraît même difficilement défendable qu'un devoir de bonne foi, dont la source est le contrat, puisse rétroagir à la période avant sa conclusion, à savoir avant même son fait générateur (art. 1 ss CO). Au stade précontractuel, cette source est l'entame de la relation précontractuelle¹⁸⁶². Sous l'angle de la protection du consommateur, ces éléments nous paraissent plaider en défaveur de la théorie de l'absorption, à tout le moins absolue¹⁸⁶³. A défaut, on risque de priver le consommateur d'une protection plus étendue.

(ii) *Interprétation selon le principe de la confiance*

957 Un autre moyen pour le consommateur d'obtenir une sanction de la violation, par le professionnel, du devoir d'information précontractuel général est

¹⁸⁵⁸ RISKE, N 1256 ss.

¹⁸⁵⁹ RISKE, N 1266.

¹⁸⁶⁰ RISKE, N 1253.

¹⁸⁶¹ Par ex. suivant la nature de la relation envisagée, un devoir précontractuel de confidentialité pourrait exister mais qui ne se retrouverait ensuite pas dans le contrat finalement conclu (ex. négociation portant sur un contrat de licence et où les parties se décident finalement pour un contrat de vente), RISKE, N 1255.

¹⁸⁶² ATF 68 II 295, consid. 5. RISKE, N 1254.

¹⁸⁶³ Pour la notion d'« absorption relative », ANEX p. 64 s.

l'interprétation du contenu du contrat d'après le principe de la confiance¹⁸⁶⁴. Le **lien entre le principe de la confiance et l'information précontractuelle** est effectivement très étroit¹⁸⁶⁵. Ce principe déterminerait en particulier l'incidence d'une information défectueuse sur le contenu et la portée de clauses préformulées¹⁸⁶⁶. Il observe, en outre, le sens que le consommateur pouvait raisonnablement (re)connaître, notamment en l'absence d'informations circonstanciées et individualisées sur la portée de l'engagement¹⁸⁶⁷.

Il y a **dissentiment caché** – latent¹⁸⁶⁸ – si les parties se sont exprimées de manière concordante, mais n'ont pas la même compréhension de ce qui a été échangé¹⁸⁶⁹. La situation consacre un désaccord des volontés internes des parties et l'impossibilité de constater leur intention véritable, ce qui ouvre la porte à une interprétation normative selon le principe de la confiance (sur la priorité de l'interprétation subjective, *supra* N 118 ss)¹⁸⁷⁰. Le contrat est alors conclu selon le sens que les parties pouvaient et devaient donner à leurs manifestations de volonté, conformément à la bonne foi¹⁸⁷¹.

En revanche, face à un **dissentiment patent**, le contrat n'est pas conclu et une interprétation selon le principe de la confiance n'est plus possible¹⁸⁷².

Dans le contexte de l'interprétation d'après le principe de confiance à la suite de la violation du devoir d'information précontractuel général, la protection du

¹⁸⁶⁴ CARRON, Protection, N 46 ss.

¹⁸⁶⁵ CARRON, Protection, N 49 ; HARTMANN, Informationspflichten, N 193. Du point de vue des informations publicitaires relatives à une marchandise données à un consommateur, BK OR-MÜLLER, art. 18 N 144.

¹⁸⁶⁶ HARTMANN, Informationspflichten, N 193.

¹⁸⁶⁷ ATF 116 II 431, consid. 3 = JdT 1991 I 45 (expression « *fabrikneu/neu* »): « *le sens déterminant est celui dont un contractant peut admettre, dans un cas déterminé selon les règles de la bonne foi, qu'il sera le sens retenu par le cocontractant* » ; arrêt du TF 4A_571/2012 du 18.03.2013, consid. 4.2.3 *a contrario*. Comp. ég. ATF 129 III 702, consid. 2.4.3 et 2.5 = JdT 2004 I 535.

¹⁸⁶⁸ ATF 123 III 35, consid. 2b = JdT 1997 I 322.

¹⁸⁶⁹ CARRON, Protection, N 46 ; CR CO I-WINIGER, art. 18 N 138.

¹⁸⁷⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1200 s.

¹⁸⁷¹ CARRON, Protection, N 47 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 590.

¹⁸⁷² Cette affirmation doit être nuancée en ce sens que le constat d'un tel dissentiment suppose, en soi, une interprétation, en particulier du contenu et de la signification de la manifestation de volonté en vertu du principe de la confiance, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 316.

consommateur nous paraît dès lors pouvoir s'envisager en fonction de **deux situations distinctes**¹⁸⁷³ :

- 961 **1° Le consommateur conteste la conclusion du contrat** (« *Konsensstreit* »). Si l'une des parties conteste la conclusion du contrat, le tribunal doit examiner d'office l'existence d'un contrat¹⁸⁷⁴. S'il retient que les parties ne se sont **pas entendues sur un élément essentiel**, le contrat n'est pas conclu (art. 2 al. 1 CO)¹⁸⁷⁵. Si le désaccord porte uniquement sur un élément secondaire, le contrat vient, en revanche, à chef (art. 2 al. 2 CO)¹⁸⁷⁶.
- 962 La manifestation de volonté du consommateur dirigée en vue de la conclusion du contrat doit être interprétée comme elle **pouvait et devait raisonnablement être comprise par le professionnel, d'après les règles de la bonne foi**¹⁸⁷⁷. On pourrait donc arriver à la conclusion que, faute d'information suffisante, cette manifestation de volonté n'était en réalité qu'« incomplète » (imparfaite), ce que pouvait et devait reconnaître le professionnel, compte tenu de la violation de son obligation d'information. Partant, le consentement libre et éclairé du consommateur ferait défaut ; lorsqu'il concerne des éléments essentiels, cela empêche la conclusion du contrat et ouvre la possibilité d'une responsabilité pour *culpa in contrahendo* du professionnel (*supra* N 946 ss).
- 963 En l'absence d'accessibilité des conditions générales (*infra* N 1507 ss), ou si elles sont insolites, respectivement inhabituelles (*infra* N 1819 ss), la situation est plus spécifique. **L'intention d'intégrer globalement des conditions générales** fonde un devoir d'information précontractuel général particulier à charge de l'utilisateur. Dès lors, en cas de violation du devoir, la ou les clauses concernées ne deviennent pas partie au contrat, celles-ci n'étant pas couvertes par le consentement du consommateur. Cela étant, cette thématique se rattache plus spécifiquement à celle des conditions générales et, plus particulièrement, de celle de leur intégration (*infra* N 1496 ss).
- 964 **2° Le consommateur conteste l'interprétation du contrat** (« *Auslegungstreit* »). Lorsque, malgré la violation du devoir général d'information,

¹⁸⁷³ Réf. est faite à la distinction entre le litige interprétatif (« *Auslegungstreit* ») et le litige relatif au consentement (« *Konsensstreit* »). Dans le premier cas, chaque partie considère que le contrat est conclu et le litige porte sur le contenu du contrat. Dans le second, le litige porte sur l'existence même de l'accord contractuel, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 309 ss, 1196 ss et 1226 s.

¹⁸⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 324a ; BK OR-MÜLLER, art. 2 N 13.

¹⁸⁷⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 326 ; BK OR-MÜLLER art. 2 N 12.

¹⁸⁷⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 326.

¹⁸⁷⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 316 ; HARTMANN, Informationspflichten, N 193.

l'existence du contrat n'est pas contestée en tant que telle¹⁸⁷⁸, le consommateur pourrait essayer d'obtenir une **interprétation « favorable »** du contenu du contrat. Pour ce faire, il lui revient d'établir et d'étayer les circonstances concrètes entourant la conclusion du contrat, le but étant de démontrer l'existence d'un déséquilibre informationnel et structurel par rapport au professionnel¹⁸⁷⁹.

Lorsque le professionnel emploie des termes courants dans sa branche, mais obscurs ou au sens différent pour un profane¹⁸⁸⁰, l'interprétation objective-concrète pourrait conduire à **relativiser la position de force du professionnel**. Ce dernier doit alors expliquer ou démontrer avoir raisonnablement expliqué le sens véritable – c'est-à-dire compris et valable dans une branche considérée – à reconnaître à un terme contractuel donné¹⁸⁸¹. Le sens commun est déterminant, ainsi que sa compréhension par un consommateur raisonnable et présentant des connaissances inférieures au professionnel¹⁸⁸².

965

(iii) Vices du consentement, lésion et nullité

En cas de conclusion du contrat, le consommateur peut encore invoquer les règles sur les **vices du consentement (art. 23 ss CO) ou la lésion (art. 21 CO)**. Il pourrait alors chercher à obtenir l'invalidation du contrat, si les conditions

966

¹⁸⁷⁸ Sur l'imbrication potentielle entre le litige relatif au consentement (« *Konsensstreit* ») et le litige interprétatif (« *Auslegungsstreit* »), GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1199.

¹⁸⁷⁹ CARRON, Protection, N 51.

¹⁸⁸⁰ Pour un ex. ATF 116 II 431, consid. 3b = JdT 1991 I 45 (expression « sortant de l'usine/neuf » utilisée par le professionnel ne pouvant être opposée au profane qui acquiert un véhicule jamais mis en circulation mais importé trois ans avant la conclusion du contrat), CARRON, Protection, N 50.

¹⁸⁸¹ ATF 124 III 155, consid. 1b = JdT 1999 I 125 (application de la règle de la clause ambiguë, *infra* N 1675 ss) : « *was der Fachbegriff in diesem Zusammenhang bedeuten sollte, war für den Kläger weder mit Hilfe der Erläuterungen in der Broschüre noch aus der Auftragsbestätigung vom 7. März 1991 klar zu erschliessen. Die dortigen Formulierungen, welche das Wort "Kontrakt" nicht verwenden, waren vielmehr geeignet, bei einem Laien wie dem Kläger den Eindruck zu erwecken (sic !), dass jedes Geschäft eine einzige "Option" umfasse, das heisst die beiden Begriffe "Geschäft" und "Option" gleichbedeutend verwendet würden. Zum Mangel an Klarheit trug zudem bei, dass in den Geschäftsbedingungen und der Broschüre angegeben wird, die Kommission betrage für Optionen "maximal" 300 US\$* ».

¹⁸⁸² Arrêt du TF 5C.87/2002 du 24.10.2002, consid. 2.3.1 et 2.3.2 : « *auch bei Versicherungsverträgen gilt im Zweifel der Vorrang der Alltagssprache vor der Fach- oder Gruppensprache* ». CARRON, Protection, N 50.

respectives de chaque institution (l'erreur, le dol ou, plus difficile à concevoir, la crainte fondée) sont remplies¹⁸⁸³.

967 La principale situation visée est celle où l'information incorrecte, lacunaire, fausse ou dolosive porte sur les circonstances influant sur la formation de la volonté du consommateur¹⁸⁸⁴. Le recours à ces règles demeure intéressant lorsqu'une interprétation selon le principe de la confiance (*supra* N 957 ss) lui reste « défavorable », voire si le délai pour se prévaloir de la lésion est échu (comp. art. 21 al. 2 et 31 al. 2 CO)¹⁸⁸⁵. Le cas échéant, le consommateur pourra **se départir du contrat aux conditions de l'art. 31 CO**, étant précisé qu'il peut réclamer le dommage supplémentaire en cas de dol ou de crainte fondée (art. 31 al. 3 CO)¹⁸⁸⁶. Toutefois, les règles sur les vices du consentement conservent une portée réduite pour la protection générale et collective des consommateurs ; elles ont seulement vocation à s'appliquer dans un cas déterminé et les règles sur le fardeau de la preuve (art. 8 CC) imposent au consommateur de démontrer l'existence d'un vice¹⁸⁸⁷.

968 En règle générale, le consommateur cherchera plutôt à obtenir la **nullité, partielle ou totale**¹⁸⁸⁸ du contrat (art. 20 al. 2 CO)¹⁸⁸⁹. La nullité partielle permet le maintien du contrat lorsque seules certaines clauses sont viciées¹⁸⁹⁰. La condition est que, d'une part, le contrat aurait été conclu sans lesdites clauses

¹⁸⁸³ Pour un examen des instruments relatifs à la validité du contrat (vices du consentement et lésion) consécutivement à la violation de l'obligation générale d'informer, CARRON, Protection, N 52 ss. HARTMANN, Informationspflichten, N 198 ss et 208 ss.

¹⁸⁸⁴ HARTMANN, Informationspflichten, N 210 pour qui, en cas de violation du devoir général d'information fondé sur la bonne foi, les conditions d'une erreur de base (art. 24 al. 1 ch. 4 CO) seront généralement remplies ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 399.

¹⁸⁸⁵ CARRON, Protection, N 52 et 70, en part. ndbp 92 où l'auteur précise qu'en cas de lésion, « *les conditions de l'erreur de base ou du dol sont certainement remplies* ».

¹⁸⁸⁶ En vertu de l'art. 31 al. 3 CO, le consommateur peut, en effet, exiger la réparation du dommage que le contrat soit ratifié ou invalidé, CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 41.

¹⁸⁸⁷ CR CO I-CHAPPUIS, art. 31 N 54 (ratification du contrat) ; FORNAGE, Droit de révocation, p. 492 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 23, 24 N 60 (erreur), CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 61 (dol) ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 29, 30 N 23 (crainte fondée) ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 400. Comp. FF 2014 2883, 2885 (Initiative parlementaire « pour une protection du consommateur contre les abus du démarchage téléphonique », Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 14 novembre 2013, Avis du CF).

¹⁸⁸⁸ Sur les effets de l'invalidation d'un contrat conclu sous l'emprise d'un vice du consentement, CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 21 ss, *infra* N 1351 ss (en rapport avec le droit de révocation).

¹⁸⁸⁹ CARRON, Protection, N 63 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 643.

¹⁸⁹⁰ Comp. ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:406 N 4.

(cf. art. 20 al. 2 CO) – y compris si elles portent sur un élément essentiel¹⁸⁹¹ – et, d'autre part, que la nullité totale ne s'impose pas¹⁸⁹². En présence de conditions générales, il sera cependant difficile de considérer que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles¹⁸⁹³ ; leur destinataire ne les lit souvent pas avant d'en accepter l'intégration (intégration globale, *infra* N 1496 ss). La modification du contrat consécutivement à une nullité partielle ne doit quoi qu'il en soit pas être admise si elle favorise la partie forte. Il faut alors lui préférer la nullité totale¹⁸⁹⁴, qui permet d'assurer un certain effet préventif¹⁸⁹⁵.

(iv) Droit de révocation

Le droit de révocation légal (*infra* N 1049 ss) est un autre moyen potentiel permettant de sanctionner la violation d'un devoir d'information par le professionnel. Il **n'existe cependant pas immédiatement en lien avec la violation d'un devoir d'information général** (comp. art. 16 al. 1 CO 2020 ; *infra* N 2008 ss).

969

Le droit de révocation ne permet pas toujours de pallier un déficit informationnel *in concreto*, en tout cas lorsque la loi n'impose pas un devoir d'information spécifique à son sujet¹⁸⁹⁶. Dans ce contexte, l'obligation d'information représente plutôt un moyen de rendre le consommateur attentif à l'existence d'un droit de révocation – en prévoyant d'éventuelles conséquences spécifiques (cf. art. 40e al. 2 let. b CO) – qu'une sanction directe de la violation d'un devoir d'information général. Demeure réservé le cas où l'obligation d'information sur le droit de révocation est **étroitement liée à une exigence de forme, voire se confond avec celle-ci** (cf. art. 9 al. 2 let. h et 15 LCC ; *infra* N 1037, 1200 et 1218 ss).

970

¹⁸⁹¹ ATF 107 II 216, consid. 3a = JdT 1982 I 66 : « richtig ist, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 93 II 192, BGE 80 II 336) Art. 20 Abs. 2 OR nicht nur zur Anwendung kommt, wenn Nebenpunkte eines Vertrages nichtig sind, sondern auch dann, wenn die Nichtigkeit einen Hauptpunkt betrifft ». CHK OR-KUT, art. 19-20 N 48.

¹⁸⁹² CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19, 20 N 101 et les réf. citées.

¹⁸⁹³ MORIN, *Clauses contractuelles*, p. 509.

¹⁸⁹⁴ CARRON, *Protection*, N 63 précise qu'en règle générale, « le consommateur, victime d'une violation des devoirs d'information et désirant invalider le contrat pour vice du consentement, cherchera à obtenir la nullité totale du contrat ».

¹⁸⁹⁵ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19, 20 N 104.

¹⁸⁹⁶ Plus nuancée, mais vraisemblablement du même avis, VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*, p. 402 rappelle que pour révoquer le contrat, le consommateur doit réaliser très rapidement son « erreur » ou la « tromperie » dont il a fait l'objet.

971 Nous allons à présent examiner le **devoir d'information précontractuel spécifique** (III).

III. Devoir d'information précontractuel spécifique

A. Notion

972 Contrairement au devoir d'information précontractuel général résultant de l'obligation de bonne foi (*supra* N 877), les différents devoirs d'information précontractuels légaux spécifiques du droit (contractuel) de la consommation s'appliquent **indépendamment d'un besoin concret d'information** du consommateur¹⁸⁹⁷. En ce sens, ils confirment le caractère abstrait de la protection adoptée. Les conditions d'application de tels devoirs restent ainsi tributaires du champ d'application – et de l'existence – de dispositions légales protectrices. Dans la mesure où il convient de garantir une information minimale, ces devoirs visent d'ailleurs souvent une information juridique ou factuelle du consommateur¹⁸⁹⁸. Le devoir d'information précontractuel spécifique peut encore s'inscrire dans le contexte de l'information générale du consommateur, de l'information sur les produits ou sur les prix, ou encore de la lutte contre la tromperie¹⁸⁹⁹.

973 Une telle obligation **existe, notamment**, pour le démarchage à domicile ou les contrats semblables (art. 40d al. 1 CO, information juridique), pour le crédit à la consommation (art. 9 à 12 et 28 ss LCC, information juridique)¹⁹⁰⁰, dans la loi contre la concurrence déloyale (art. 3 al. 1 let. k-l LCD, lutte contre la tromperie), pour le contrat de voyages à forfait (art. 3 à 6 LVF, informations juridique et factuelle), pour le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406g CO, information juridique) ou encore dans le contrat d'assurance (art. 3 ss¹⁹⁰¹ LCA, informations juridique et

¹⁸⁹⁷ CARRON, Protection, N 102 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 76.

¹⁸⁹⁸ Comp. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 37 s.

¹⁸⁹⁹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 36 ss et 42.

¹⁹⁰⁰ HUGUENIN, Obligationenrecht, N 3102.

¹⁹⁰¹ BSK OR I-SCHWENZER, Vor Art. 23-31 N 5 considère que les art. 4 ss LCA constituent une réglementation spéciale (« *Sondervorschriften* ») en matière de vices du consentement,

factuelle)¹⁹⁰². On mentionnera encore l'obligation d'indiquer le prix de détail (art. 3 OIP, information sur les prix).

Les **devoirs d'informations spécifiques sont dès lors multiples**¹⁹⁰³, les conséquences de leur violation variant selon le but concret poursuivi par le législateur dans chaque réglementation sectorielle. Par exemple, en cas de violation de l'obligation d'information précontractuelle du voyageur (art. 4 al. 3 LVF), le voyageur doit pouvoir invalider le contrat lorsque les aspects administratifs du voyage ne correspondent pas aux attentes et l'empêchent de partir¹⁹⁰⁴.

974

Dans une optique de systématisation, est-il tout de même possible d'identifier des sanctions communes en cas de **violation de l'obligation (B)** ?

975

B. Violation

1. Généralités

Les conséquences en cas de violation d'un devoir d'information précontractuel spécifique destiné à la protection du consommateur sont potentiellement **multiples** (comp. art. 6 al. 6 Directive 2011/83/UE¹⁹⁰⁵)¹⁹⁰⁶. Il s'avère donc ardu de procéder à une généralisation dans des eaux qui restent troubles en droit européen des contrats également¹⁹⁰⁷. On peut tout de même renvoyer à la distinction « de principe » entre les obligations négative et positive, dont il a déjà été question sous l'angle de la violation du devoir d'information précontractuel général (*supra* N 938 ss). S'agissant d'un éventuel effet

976

¹⁹⁰² CARRON, Protection, N 106 ss ; GALLI, p. 98 s. ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 75 s. ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 134.

¹⁹⁰³ Pour une présentation détaillée des devoirs d'information spécifiques, CARRON, Protection, N 102 ss ; HARTMANN, Informationspflichten ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 36 ss ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information.

¹⁹⁰⁴ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 244 précise que « *le voyageur assumerait dans un tel cas une responsabilité précontractuelle, pour les coûts supportés par les consommateurs en rapport avec la conclusion du contrat et la préparation du voyage* ».

¹⁹⁰⁵ Pour les contrats à distance et hors établissement, la disposition prévoit que si le professionnel n'a pas respecté les obligations d'information relatives aux frais supplémentaires et à d'autres frais, le consommateur ne supporte pas ces frais.

¹⁹⁰⁶ Pour une présentation détaillée, VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 354 ss.

¹⁹⁰⁷ Pour une bonne systématisation en rapport avec la violation d'un devoir d'information précontractuel (« *pre-contractual information duty* »), ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:406.

contractuel d'une violation, il doit être identifié à l'aune de la disposition spécifique dont la violation est envisagée.

- 977 En Suisse, les conséquences d'une violation **diffèrent ainsi selon les dispositions sectorielles applicables** (cf. art. 40e al. 2 CO, art. 10, 11 al. 2 et 12 al. 2 LCC, art. 3 LVF, art. 406g al. 1 et art. 3a LCA)¹⁹⁰⁸. A titre non exhaustif, on relève, l'empêchement du cours d'un délai de révocation (art. 40e al. 2 let. b CO et 16 al. 2 LCC), l'exclusion du contrat d'informations non communiquées (cf. art. 4 al. 1 et 2 LVF), une nullité « aménagée » ou *sui generis* (art. 9 ss LCC en relation avec l'art. 15 al. 2 et 4 LCC)¹⁹⁰⁹ ou encore le droit de résilier le contrat dans un délai de quatre semaines dès la connaissance de la contravention de l'assureur et des informations (art. 3a LCA, *infra* N 1071 s.). Il semblerait en tout cas que les devoirs d'information mis à la charge du professionnel par le droit (contractuel) de la consommation soient susceptibles d'altérer les règles sur la *culpa in contrahendo*, dans le sens d'une sévérité accrue à l'égard du professionnel (cf. art. 2:102 ACQP)¹⁹¹⁰.
- 978 La **règle de l'insolite** fonde également un devoir d'information spécifique particulier de l'utilisateur des conditions générales à l'égard de leur destinataire prospectif (*infra* N 1821). Le destinataire qui n'a pas été rendu attentif au caractère insolite d'une clause préformulée au plus tard au moment de la conclusion du contrat n'est pas lié par celle-ci (*infra* N 1840). La règle est donc également susceptible de consacrer une conséquence spécifique à la violation d'un devoir d'information de protection du consommateur¹⁹¹¹. Il est vrai, sa véritable nature « spécifique » reste sujette à discussion ; elle demeure un cas d'application du principe de la confiance (*supra* N 41 ss et *infra* N 1820 ; comp. cep. *infra* N 1848). Une réponse définitive ne nous paraît toutefois ni nécessaire, ni utile, dès lors que les conséquences d'application de la règle de l'insolite sont limpides (pour ces conséquences, *infra* N 1840 ss).

¹⁹⁰⁸ CARRON, Protection, N 122 ss, 171 et 178 s. Pour une analyse approfondie des instruments de protection de la LCC, BARNIKOL.

¹⁹⁰⁹ CARRON, Protection, N 171.

¹⁹¹⁰ ECL-BABUSIAUX, art. 2:301 N 6 : « *This higher standard of protection could lead to a stricter liability for breaking off negotiations, at the cost of the professional, whenever the consumer had reasons to rely on the formation of the contract* » et « *One could, for example, argue that a professional facing a consumer may not withdraw from the negotiations because he discovers during negotiations that his supply is running out* ».

¹⁹¹¹ La nature consumériste de la règle de l'insolite dépend des parties concernées. Contrairement au contrôle ouvert de l'art. 8 LCD (*infra* N 1769 ss), la règle de l'insolite s'applique également aux contrats conclus entre professionnels, BIERI, Règle de l'insolite, p. 719.

Il en va potentiellement de même de la **règle de l'accessibilité et de la règle *in dubio contra stipulatorem***. Suivant l'approche consacrée (comp. *infra* N 1521 et N 1677), leurs conséquences pourraient s'approcher de celles de la violation d'une obligation d'information positive (*supra* N 939)¹⁹¹². Dans le premier cas, si l'accessibilité n'est pas garantie, la clause ne lie pas le consommateur. Dans le second, l'interprétation de la clause peu claire ou ambiguë peut amener à consacrer le sens favorable au destinataire. L'élément à retenir ici est que ces deux règles sont susceptibles de fonder un devoir d'information « spécifique » à charge de l'utilisateur de clauses préformulées.

979

2. Sanctions civiles de nature contractuelle

En cas de violation d'un devoir d'information précontractuel spécifique, plusieurs situations restent envisageables (pour les sanctions civiles en cas de violation du devoir précontractuel général d'information, *supra* N 944 ss). Il nous paraît néanmoins possible de distinguer, dans l'optique d'une approche plus générale, entre l'**absence de conclusion du contrat** (a) et la conclusion du contrat (b)

980

a. Absence de conclusion du contrat

Si, en cas de violation d'un devoir d'information précontractuel spécifique, le contrat n'est pas conclu – par exemple lorsque l'interprète retient l'existence d'un dissentiment latent – le consommateur pourrait agir contre le professionnel sur la base du régime général de la responsabilité précontractuelle. Il pourrait alors fonder ses prétentions sur la ***culpa in contrahendo***¹⁹¹³. Le succès de l'action suppose la réunion des conditions de l'institution¹⁹¹⁴, ce qu'il appartient toujours au consommateur de démontrer. Seuls des dommage-intérêts compensant l'intérêt négatif – difficiles à établir – peuvent être réclamés (*supra* N 947).

981

En revanche, le consommateur **ne pourra pas exiger l'exécution du contrat** selon les informations fausses ou trompeuses du professionnel, mais uniquement une compensation financière tendant au rétablissement de la

982

¹⁹¹² Comp. ECL-JANSEN, art. 2:606 N 14.

¹⁹¹³ CARRON, Protection, N 111.

¹⁹¹⁴ Pour ces conditions, CR CO I-MORIN, art. 1 N 139 ss.

situation préexistante¹⁹¹⁵. S'agissant d'une conséquence relevant du régime général – *la culpa in contrahendo* – le consommateur devrait toujours démontrer un besoin concret d'information, *a priori* également lorsqu'un devoir d'information spécifique est concerné¹⁹¹⁶. Afin d'être pleinement efficace, le recours au régime général de la responsabilité précontractuelle devrait dès lors être complété par des règles protectrices abstraites spécifiques, permettant d'attribuer *ex lege* une portée « contractuelle » aux déclarations des parties (comp. art. 12 ss LVF)¹⁹¹⁷.

983 Quelle est la situation en cas de **conclusion du contrat** (b) ?

b. Conclusion du contrat

984 En l'absence de conséquences plus spécifiques, lorsque le contrat est conclu malgré la violation d'un devoir d'information précontractuel spécifique, quatre cas de figure peuvent généralement être distingués : le régime de la ***culpa in contrahendo*** (i), l'interprétation selon le principe de la confiance (ii), les vices du consentement et la lésion (iii) et l'existence d'un droit de révocation (iv).

(i) *Culpa in contrahendo*

985 Pour les développements relatifs à la *culpa in contrahendo*, nous **renvoyons** à ceux intervenus dans le cas de figure où le contrat est conclu malgré la violation d'un devoir précontractuel général d'information (*supra* N 953 ss). S'agissant d'un cas de figure où le contrat est conclu, la question de l'absorption de la *culpa in contrahendo* pourrait néanmoins se poser (sur la théorie de l'absorption, comp. *supra* N 954 ss).

(ii) *Interprétation selon le principe de la confiance*

986 L'interprétation favorable d'après le principe de la confiance (cf. art. 2 CC¹⁹¹⁸) paraît **difficile à appliquer** en lien avec la violation d'un devoir d'information spécifique. Ni la doctrine, ni la jurisprudence ne se sont, à notre connaissance,

¹⁹¹⁵ CARRON, Protection, N 111 ; RAPIN/WESSNER, N 49 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 398 s.

¹⁹¹⁶ CARRON, Protection, N 42 et 111. *Contra*, BRUNNER, Konsumentenvertrag, p. 600.

¹⁹¹⁷ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 399 et 401.

¹⁹¹⁸ BUCHER, OR AT, p. 186.

expressément prononcées à ce sujet. L'analyse du recours à ce « correctif » paraît plutôt intervenir sous l'angle de l'obligation générale de bonne foi (*supra* N 957 ss)¹⁹¹⁹.

La conséquence de la violation d'un devoir d'information précontractuel spécifique s'**évalue plutôt à l'aune d'une interprétation de la disposition** qui l'impose ; les canons d'interprétation sont ceux de la loi (interprétation historique, systématique, téléologique et grammaticale). L'interprétation d'après le principe de la confiance ne déploie alors qu'un rôle secondaire. Cela dit, une violation pourrait éventuellement conduire à nier l'existence d'un accord du consommateur, ce que le tribunal doit constater d'office dans l'hypothèse où le consommateur conteste la conclusion du contrat (*supra* N 961).

987

(iii) *Vices du consentement et lésion*

Le consommateur peut également recourir à l'erreur (art. 23 ss CO) ou au dol (art. 28 CO) pour tenter d'obtenir l'invalidation du contrat¹⁹²⁰. La pertinence d'un appel à la crainte fondée (art. 29 s. CO) semble, en revanche, plus incertaine ; elle serait (très) difficile à concevoir en lien avec la violation d'un devoir d'information précontractuel spécifique¹⁹²¹. Un recours aux vices du consentement suppose quoi qu'il en soit que le consommateur établisse **concrètement** son erreur¹⁹²² ou la tromperie dont il a été victime¹⁹²³ et leur influence sur sa volonté¹⁹²⁴.

988

Le recours à la **lésion** (art. 21 al. 1 CO) devrait rester envisageable sous l'angle de la violation d'un devoir d'information précontractuel spécifique¹⁹²⁵. Si les conditions¹⁹²⁶ objective (disproportion évidente entre les prestations) et subjective (gêne, légèreté ou inexpérience du lésé et exploitation de la faiblesse du lésé par le lésant) de la lésion sont remplies, le consommateur pourra tenter

989

¹⁹¹⁹ CARRON, Protection, N 46 ss.

¹⁹²⁰ CARRON, Protection, N 111 précise que « *cet outil est efficace, mais il exige du consommateur qu'il prouve, dans le cas concret, son erreur ou la tromperie ainsi que leur influence sur la volonté viciée* ».

¹⁹²¹ CARRON, Protection, N 52.

¹⁹²² En général une erreur de base (art. 24 al. 1 ch. 4 CO). Pour les conditions d'application, CARRON, Protection, N 53 ss.

¹⁹²³ L'erreur du consommateur n'a alors pas besoin d'être essentielle, CARRON, Protection, N 59.

¹⁹²⁴ CARRON, Protection, N 111.

¹⁹²⁵ Comp. CARRON, Protection, N 102 en relation avec N 64 ss.

¹⁹²⁶ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 21 N 3 ss.

d'obtenir l'invalidation du contrat ou demander son adaptation au tribunal¹⁹²⁷. L'abus de conditions générales à des fins usuraires ne constitue toutefois pas une lésion, laquelle se rattache exclusivement au rapport entre la prestation et la contre-prestation ; elle ne vise pas les autres éléments du contrat, qui doivent être contrôlés au moyen de l'art. 20 CO¹⁹²⁸.

(iv) *Droit de révocation*

990 Les droits de révocation **visent a priori un autre but** que la sanction de la violation d'un devoir d'information précontractuel spécifique¹⁹²⁹. Il n'est, cela dit, pas rare que le devoir d'information porte sur l'existence et les modalités du droit de révocation (ex. art. 40e al. 2 CO). Sous cet angle, la sanction de l'absence d'information sur le droit de révocation peut notamment prendre la forme d'une extension de la période de révocation (cf. art. 10 Directive 2011/83/UE)¹⁹³⁰. Par ailleurs, l'existence d'un droit de révocation relativiserait sensiblement la confiance légitime du professionnel dans la conclusion du contrat¹⁹³¹.

991 Les sanctions civiles de nature contractuelle présentées ci-dessus doivent être précisées en présence d'un devoir d'information précontractuel spécifique du droit de la **lutte contre la concurrence déloyale** (C).

C. *Lutte contre la concurrence déloyale*

992 Des prescriptions de la LCD relatives à l'information du « public », en particulier celles sur l'interdiction de le tromper (ex. art. 3 al. 1 let. b LCD), se situent **à la limite du droit contractuel de la consommation**¹⁹³². La doctrine relève d'ailleurs que les art. 3 al. 1 let. k, l, n, p et s adoptent des devoirs d'information visant la protection du consommateur¹⁹³³. Aussi, l'art. 3 al. 1

¹⁹²⁷ ATF 123 III 292, consid. 3 = JdT 1998 I 586. CARRON, Protection, N 68.

¹⁹²⁸ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 21 N 10 précise que les conditions générales doivent être contrôlées, d'une part, dans le cadre de l'art. 20 CO, d'autre part, des autres dispositions pertinentes. Sur le contrôle de contenu des conditions générales, *infra* N 1754 ss.

¹⁹²⁹ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 402.

¹⁹³⁰ Pour des approfondissements, ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:406 N 7 s.

¹⁹³¹ ECL-BABUSIAUX, art. 2:301 N 6.

¹⁹³² En lien avec la législation sur le crédit à la consommation, KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 78 indique que : « *Flankierende lauterkeitsrechtliche und strafrechtliche Täuschungsverbote runden das Bild ab* ».

¹⁹³³ GALLI, p. 99 s.

let. i LCD – relatif à la tromperie sur la marchandise – fonderait-il un devoir d'information précontractuel spontané à la charge du professionnel¹⁹³⁴.

Cela étant, intégrées dans une loi de lutte contre la concurrence déloyale, le but de ces dispositions reste la préservation d'intérêts collectifs¹⁹³⁵. Le consommateur est alors plutôt envisagé en tant qu'un acteur du marché que comme contractant. Néanmoins, la protection du droit de la lutte contre la concurrence loyale est à observer **au niveau contractuel** également¹⁹³⁶. 993

La violation d'un devoir d'information contenu dans la LCD peut avoir des conséquences civiles **autres que celles des actions des art. 9 et 10 LCD**¹⁹³⁷. On rappelle ici nos développements relatifs aux sanctions de nature contractuelle d'une violation de la LCD (*supra* N 190 ss). En sus, la loi prévoit encore un arsenal pénal (cf. art. 23 et 24 LCD), 994

Il n'est enfin pas rare que des **prescriptions de droit public (D)** mettent également à charge du professionnel un devoir d'information précontractuel spécifique. 995

D. Prescriptions de droit public

Certaines lois de droit public visent l'**information objective** du consommateur, à l'instar de l'OIP et de la LIC¹⁹³⁸. Comme les prescriptions de la LCD, l'application de ces lois ne s'envisage pas nécessairement dans un processus contractuel déterminé. Les conséquences de leur violation sont par ailleurs à déterminer au cas par cas, étant précisé que ces dispositions ne relèvent pas, à strictement parler, du droit contractuel de la consommation¹⁹³⁹. Partant, nous n'en traiterons pas plus avant dans notre étude focalisée sur des aspects de droit 996

¹⁹³⁴ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 5 et 21. Comp. FF 1983 II 1037, 1101.

¹⁹³⁵ BSK UWG-BERGER, art. 3 let. c N 149.

¹⁹³⁶ BSK UWG-BERGER, art. 3 let. c N 149 : « *die Wettbewerbsfälschung ist zusätzlich zum Schutz der Vertragspartner voreinander ins Recht zu fassen* ».

¹⁹³⁷ HARTMANN, Informationspflichten, N 423 ss ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 394 ss et 405 s.

¹⁹³⁸ BARNIKOL, p. 12 ; CARRON, Protection, N 105 ; GALLI, p. 100 s. ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 42 ; RAPIN/WESSNER, N 35 et 51. Comp. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 36 s.

¹⁹³⁹ Pour l'aLDAI, VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 397 et 406.

contractuel¹⁹⁴⁰, mais nous nous limiterons à renvoyer le lecteur à l'examen des dispositions topiques.

¹⁹⁴⁰ Pour une analyse des sanctions réprimant les violations de l'obligation d'information sous l'angle de l'approche préventive (not. LETC), VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L'information*, p. 390.

Chapitre 10 : Règles de forme

Notre exposé des règles de forme en rapport avec le contrat de consommation commencera par une **introduction** (I). Nous traiterons ensuite de la fonction de ces règles (II), du vice de forme (III), avant de nous interroger sur l'efficacité des règles de forme pour la protection du consommateur (IV). 997

I. Introduction

L'art. 11 CO garantit aux parties le libre choix de la forme du contrat (cf. ég. art. 16 CO)¹⁹⁴¹. L'exigence légale de forme est à considérer comme une **exception au principe de la liberté de la forme** et, partant, à celui de l'autonomie de la volonté (principe du formalisme par opposition au principe du consensualisme¹⁹⁴²)¹⁹⁴³. 998

Le droit contractuel de la consommation exige régulièrement le **respect d'une forme spéciale** (cf. art. 12 ss CO)¹⁹⁴⁴. Plus encore que le droit du travail ou le droit du bail, domaines dans lesquelles le contrat peut être conclu par oral¹⁹⁴⁵, l'impératif de protection du consommateur impose souvent le respect de la forme légale¹⁹⁴⁶ écrite, simple ou qualifiée¹⁹⁴⁷. 999

¹⁹⁴¹ Pour tous les autres, CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 9.

¹⁹⁴² TERCIER/PICHONNAZ, N 666 s.

¹⁹⁴³ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 79.

¹⁹⁴⁴ CARRON, Protection, N 162.

¹⁹⁴⁵ CR CO I-AUBERT, art. 320 N 1 pour le contrat de travail qui précise que de nombreuses dispositions exigent le respect de la forme écrite pour déroger valablement au régime légal (ex. art. 321a al. 3 CO) ; CR CO I-LACHAT, art. 253 N 21 pour le contrat de bail.

¹⁹⁴⁶ Pour la présentation des différents types de prescriptions légales de forme, CHK OR-KUT, art. 11 N 9.

¹⁹⁴⁷ CARRON, Protection, N 162 ; CR Conso-FAVRE-BULLE, art. 9 LCC N 5 ss ; BSK OR I-SCHWENZER, art. 11 N 6, qui donne l'ex. du contrat de crédit à la consommation. L'exigence de la forme écrite vaut également pour la confirmation du voyage à forfait (cf. art. 6 LVF), CR Conso-STAUDER, art. 6 LVF N 3.

1000 C'est l'occasion de rappeler la **fonction** (II) des règles de forme.

II. Fonction

A. Régime général

1. But des règles de forme

1001 La principale fonction des prescriptions de forme légales (cf. art. 11 CO) et conventionnelles¹⁹⁴⁸ (cf. art. 16 CO) est de **garantir qu'une information soit transmise**, de fixer le contenu du contrat en prévision d'éventuels litiges ou de servir de moyen de preuve, notamment à l'égard des tiers¹⁹⁴⁹.

1002 La **protection de la partie faible** intervient également par des prescriptions imposant aux parties le respect d'un certain formalisme dans la phase de la conclusion du contrat¹⁹⁵⁰. Certaines règles de forme, en particulier légales, ne visent toutefois pas la protection d'une ou de plusieurs partie(s), mais ont exclusivement pour but de garantir la sécurité juridique dans l'intérêt de tiers¹⁹⁵¹.

1003 Les règles de forme **ont donc généralement un but** d'information (« *Informationsfunktion* »), d'avertissement (« *Warnfunktion* »), de clarification (« *Klarstellungsfunktion* »), de sécurité juridique (« *Sicherungsfunktion* »)¹⁹⁵² ou encore de préservation d'un moyen de preuve (« *Beweisfunktion* »)¹⁹⁵³.

¹⁹⁴⁸ Nous nous limiterons à présenter l'incidence des règles de forme légales sur la protection du consommateur.

¹⁹⁴⁹ ATF 113 II 49, consid. 1b = JdT 1987 I 373. KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 79 ; CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 4.

¹⁹⁵⁰ FONTAINE, p. 233 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 540.

¹⁹⁵¹ ATF 82 II 48, consid. 1 (cession). Comp. ég. ATF 78 II 221, consid. 1c : « [...] *denn die Form wird nicht bloss im Interesse der einen Partei verlangt, wie z. B. bei der Bürgschaft, sondern sie bezweckt den Schutz beider Parteien vor übereiltem Handeln sowie die Erhöhung der Rechtssicherheit im Liegenschaftsverkehr im Interesse der Allgemeinheit (BGE 68 II 234)* ».

¹⁹⁵² CHK OR-KUT, art. 11 N 7 ; BK OR-MÜLLER, art. 11 N 46 ss ; BSK OR I-SCHWENZER, art. 11 N 2 ; CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 4.

¹⁹⁵³ MORIN, art. 2 CO, p. 468. Sur la fonction probatoire de la réserve conventionnelle de la forme écrite et ses conséquences sur la répartition du fardeau de la preuve découlant de l'art. 16 CO,

2. Lien avec les dispositions sur le contenu et les motifs du contrat

Les prescriptions de forme ne se rapportent pas au contenu, ni aux motifs du contrat. Elles **se distinguent ainsi des art. 19, 20, 21 et 23 ss CO**¹⁹⁵⁴. 1004

Si la règle de forme n'est **pas observée** (art. 11 al. 2 CO), une application analogique de l'art. 20 al. 2 CO – qui concerne le contenu du contrat – ne serait en principe, c'est-à-dire sous réserve d'un abus de droit à invoquer la nullité totale¹⁹⁵⁵, pas admissible (controversé)¹⁹⁵⁶. C'est la conséquence de la nullité totale – non partielle – qui s'imposerait (sur les conséquences d'un vice de forme, *infra* N 1019 ss). Une conversion de l'acte nul à la forme en un acte formellement valable reste néanmoins possible, si les conditions en sont données¹⁹⁵⁷. 1005

Comment doit-on analyser les prescriptions de forme en lien avec la **protection du consommateur (B)** ? 1006

B. Protection du consommateur

1. Nature abstraite et sectorielle de la protection

Les prescriptions légales de forme sont **impératives**. Elles s'appliquent indépendamment du besoin effectif de protection des parties ou de l'une d'entre elles (sur l'application abstraite des règles de protection du consommateur, *supra* N 200 et *infra* N 2173 ss)¹⁹⁵⁸. Lorsque la loi impose le respect d'une 1007

ATF 138 III 123, consid. 2.4.1, ATF 112 II 326, consid. 3, ATF 105 II 75, consid. 1, arrêt du TF 4C.92/2002 du 19.08.2002.

¹⁹⁵⁴ MORIN, art. 2 CO, p. 472.

¹⁹⁵⁵ Par ex. le locataire qui se tait après l'obtention d'un congé inefficace, mais qui invoque ultérieurement le non-respect de la règle de forme par le bailleur alors même que, par son silence, il lui a laissé croire qu'il acceptait le congé, ATF 138 III 123, consid. 2.4.2.

¹⁹⁵⁶ Arrêt du TF 4A_98/2014 du 10.10.2014, consid. 4.2.2, qui relève que la position du TF selon laquelle la sanction du vice de forme est la nullité absolue, devant être constatée d'office par le tribunal, est critiquée par la doctrine. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 546b ss et 581.

¹⁹⁵⁷ Pour la conversion, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 584b s. et CR CO-XOUDIS, art. 11 N 44 ss.

¹⁹⁵⁸ ATF 120 II 341, consid. 4b : « le devoir de respecter la forme imposée par la loi a de plus un caractère impératif et absolu. Il est en particulier indépendant du but pour lequel l'exigence de forme a été instituée. Pour juger de la validité d'un acte juridique soumis à une condition formelle, il importe ainsi peu de savoir si le but de protection visé par la règle de forme a été atteint ou non ; seul compte le respect de la forme prescrite par la loi (cf. ATF 87 II 28 p. 33 ; SCHMIDLIN, Commentaire bernois, n. 21 ad art. 11 CO ; ENGEL, Traité des obligations en

forme de l'acte conventionnel, les parties peuvent uniquement recourir à une forme plus exigeante¹⁹⁵⁹.

1008 Les règles de forme constituent une réglementation sectorielle par excellence. La loi ne contient **aucune disposition quant à la forme générale que doit revêtir la forme**¹⁹⁶⁰. Elle se limite à énoncer le principe du formalisme (art. 11 CO : « [...] *qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi* »), les différentes prescriptions étant ensuite détaillées au sein des dispositions imposant une forme légale déterminée (cf. art. 216 et 493 CO, art. 184 CC ou encore les art. 9 ss LCC).

1009 Aussi, tant les prescriptions de forme que le droit de la consommation constituent des **vecteurs de réalisation d'une politique juridique** (du point de vue de l'efficacité des règles de forme pour la protection du consommateur, *infra* N 1042 s.)¹⁹⁶¹. En adoptant une règle de forme, le législateur vise donc parfois à obtenir le respect de certaines considérations protectrices du consommateur, par exemple une obligation d'informer (par ex. art. 9 LCC).

1010 Les règles de forme sont ainsi un moyen de pallier abstraitement au déséquilibre informationnel du consommateur en lui assurant la **transmission d'une information** (2).

2. Transmission d'une information

1011 En droit contractuel de la consommation, la fonction des règles de forme est fondamentalement la même que pour le régime général (*supra* N 1001 ss). Sur certains points, elle peut néanmoins être considérée comme étant plus spécifique. Les règles légales de forme du droit contractuel de la consommation visent ainsi tout particulièrement à informer¹⁹⁶² le consommateur au sujet des

droit suisse [ci-après: Traité], p. 183/184) » ; ATF 87 II 28, consid. 4c ; arrêt du TF 4C.110/2003 du 08.07.2003, consid. 3.1.

¹⁹⁵⁹ CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 50.

¹⁹⁶⁰ BK OR-MÜLLER, art. 11 N 60 ; ZK OR- JÄGGI, art. 11 N 18.

¹⁹⁶¹ Comp. toutefois en lien avec les objectifs de politique fiscale, ATF 50 II 142, consid. 5 : « *öffentliche Beurkundung und Grundbuch sind ihrem rechtspolitischen Zwecke nach nicht dazu da, dem Staate die Grundlagen für fiskalische Abgaben und Steuern zu liefern* ».

¹⁹⁶² BK OR-MÜLLER, art. 11 N 59. En lien avec la LCC, PICHONNAZ, Le centenaire, p. 182 (« *information suffisante* »). Pour le droit de l'UE, HEIDERHOFF, N 304 : « [...] *sind die Formvorschriften des EU-Rechts fast immer auf die effektive Vermittlung von Informationen gerichtet* ». Comp. pour le droit du bail, arrêt du TF 4C.110/2003 du 08.07.2003, consid. 3.4 (relatif à l'art. 269d CO [augmentations de loyer et autres modifications unilatérales du contrat par le bailleur]).

conditions de la conclusion, du contenu et de l'étendue du contrat (cf. art. 40d CO, 9 à 12 LCC, 4 et 5 LVF ainsi que 3 let. k à n LCD ; comp. avec les fonctions générales *supra* N 1003)¹⁹⁶³. Plus encore qu'un autre contractant, le législateur vise à le **protéger d'une décision hâtive**, induite par la position situationnelle ou personnelle dans laquelle il se trouve au moment de négocier ou de contracter¹⁹⁶⁴.

La transmission d'une information représenterait dès lors la fonction spécifique principale et directement identifiable des prescriptions de forme relevant du droit (contractuel) de la consommation¹⁹⁶⁵. Il y aurait, en effet, présomption que le consommateur n'a pas connaissance d'un droit si le professionnel ne l'en informe pas (par ex. un droit de révocation)¹⁹⁶⁶. Sous cet angle, l'exigence de forme vise donc également à **corriger un déséquilibre entre parties**¹⁹⁶⁷.

1012

Le défaut d'information au sujet de l'existence d'un élément de protection entraîne des conséquences, sinon nécessairement négatives pour le professionnel, **à tout le moins favorables au consommateur**. On peut à ce titre relever l'empêchement du cours d'un délai de révocation (cf. art. 40e al. 2, en part. let. b CO). En outre, la violation d'une règle de forme, particulièrement si elle concerne l'information même sur le droit de révocation (cf. art. 11 let. f et 15 al. 1 LCC), reste de nature à influencer sur la validité du contrat de consommation (*infra* N 1218 ss).

1013

Comment appréhender les règles de forme en lien avec les **contrats de consommation innommés** (3) ?

1014

3. Contrats de consommation innommés

En présence d'un contrat de consommation innommé, le rôle spécifique des parties tel que défini par des règles protectrices fait défaut (*supra* N 211 ss). Or, le **mandat constitutionnel de l'art. 97 Cst. s'étend en principe aussi à ces conventions**. La doctrine admet d'ailleurs largement que la manifestation d'un contrat de consommation puisse être innommée, ce qui doit être rapproché de la portée transversale du mandat constitutionnel, indépendamment de certaines

1015

¹⁹⁶³ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 80.

¹⁹⁶⁴ BARNIKOL, p. 66 ss ; CARRON, Protection, N 163 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 79.

¹⁹⁶⁵ Dans ce sens, CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 4.

¹⁹⁶⁶ En lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 07.05.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 72.

¹⁹⁶⁷ CJUE, 17.12.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 22 ss.

difficultés quant au choix d'une définition définitive du consommateur (*supra* N 760 ss).

- 1016 L'application des règles de forme s'avère *a priori* **peu adéquate** face à des contrats de consommation innommés¹⁹⁶⁸, notamment lorsque la relation est de nature *sui generis* ; les parties optent alors pour une prestation qui n'est visée par aucune autre forme de contrat¹⁹⁶⁹, ce qui entraîne potentiellement des lacunes pour la protection de la partie faible¹⁹⁷⁰. La principale difficulté pratique réside dans l'identification de ces conventions en tant que relations de consommation. Une fois identifiées, des prescriptions légales de forme peuvent être appliquées à des contrats innommés, pour autant que cela corresponde à leur but protecteur¹⁹⁷¹.
- 1017 Un moyen pour pallier l'absence de règles de forme particulières face à un contrat de consommation innommé est d'imposer des obligations d'information et un certain formalisme **par le truchement de la LCD**. Cela permet une intervention du législateur à (plus) large échelle (ex. art. 3 al. 1 let. s et 8 LCD).
- 1018 Quelles sont les conséquences du **vice de forme** (III) ?

III. Vice de forme

A. Conséquence

- 1019 Selon la jurisprudence, la conséquence générale du vice de forme est la **nullité absolue**, ce que le tribunal doit constater d'office¹⁹⁷². Demeurent réservés les

¹⁹⁶⁸ Sur l'application des prescriptions de forme aux contrats innommés, CHK OR-KUT, art. 11 N 3 ; CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 13 précise que « *les règles de forme régissant certains contrats nommés ne devraient être appliqués par analogie aux contrats innommés que si leur but protecteur le justifie* » et 28 s.

¹⁹⁶⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, N 311 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 240.

¹⁹⁷⁰ CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 13 : « *ainsi, les règles de forme régissant certains contrats nommés ne devraient être appliquées par analogie aux contrats innommés que si leur but protecteur le justifie. Une telle application doit être envisagée lorsque le contrat innommé présente (en partie) des éléments caractéristiques d'un contrat soumis au respect d'une forme* ».

¹⁹⁷¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 493 ; BK OR-MÜLLER, art. 11 N 24 ; CR CO-XOUDIS, art. 11 N 13. Comp. ATF 132 III 549, consid. 2 (contrat de leasing immobilier) = JdT 2008 I 52.

¹⁹⁷² Pour tous les autres, CR CO-XOUDIS, art. 11 N 33.

cas où la loi prévoit d'autres conséquences. Tel est notamment le cas en droit (contractuel) de la consommation (art. 40e al. 2 CO et art. 15 al. 1 et 2 LCC)¹⁹⁷³.

B. Finalité des règles de forme

Le TF considère que la finalité de la règle de forme est importante pour **apprécier la situation juridique résultant du vice de forme**, à savoir les effets juridiques de ce vice sur les rapports subjectifs des parties¹⁹⁷⁴. 1020

Lorsque la loi ne fixe pas expressément les conséquences du vice de forme (comp. art. 15 al. 1 en relation avec l'art. 9 LCC), il sied d'interpréter la règle de forme par référence à son but (interprétation téléologique) et aux travaux préparatoires (interprétation historique). Si l'invalidité aboutit à des effets contraires, étrangers ou inappropriés à la finalité recherchée, il se justifie **de restreindre ces effets, afin d'observer le but de protection visé par la prescription de forme violée**¹⁹⁷⁵. 1021

Pour la protection du consommateur, la nullité civile classique – malgré son effet dissuasif¹⁹⁷⁶ – comme conséquence du vice de forme pourrait ne pas toujours être adéquate ; il faudra **parfois lui préférer un maintien du contrat**¹⁹⁷⁷. Si la prescription de forme vise à protéger le consommateur contre une décision hâtive (*supra* N 1011), le document signé devrait contenir tous les éléments essentiels pour sa manifestation de volonté ; un renvoi à des documents externes, non signés, ne serait pas admissible¹⁹⁷⁸. Lorsque la règle 1022

¹⁹⁷³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 549 ; CR CO-XOUDIS, art. 11 N 33.

¹⁹⁷⁴ ATF 140 III 583, consid. 3.2.1 ; ATF 120 II 341, consid. 4b.

¹⁹⁷⁵ ATF 137 III 547, consid. 2.3 : « lorsque - comme en l'espèce - la formule n'a pas été employée pour un loyer initial alors qu'elle était obligatoire, ce vice n'entraîne pas la nullité du contrat de bail en tant que tel, mais influe seulement sur le montant fixé » ; ATF 121 III 56, consid. 2c : « contrairement à la jurisprudence rendue en matière de vice de forme, le but d'information du locataire visé par l'art. 270 al. 2 CO et par les dispositions cantonales y relatives ne commande pas de considérer comme nulle la fixation du loyer lorsque la notification a lieu tardivement ; la sanction serait en effet disproportionnée par rapport à l'irrégularité commise » ; ATF 120 II 341, consid. 4b. BSK OR I-SCHWENZER, art. 11 N 24.

¹⁹⁷⁶ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 20 N 104.

¹⁹⁷⁷ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 80 s. ndbp 326 mentionne, en cas de nullité, la restitution immédiate des prestations et la limitation des prétentions du consommateur sur le fondement de la *culpa in contrahendo* en raison de l'absence de conclusion du contrat. Sur la question de la nullité partielle en cas d'utilisation de clauses abusives au sens de l'art. 8 LCD, DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 391 ss et les réf. citées.

¹⁹⁷⁸ Dans ce sens, SCHMID, ZBJV 152/2016, p. 359 donne l'ex. d'un renvoi à un document contractuel externe contenant une clause pénale.

de forme garantit au consommateur la transmission d'une information relative à ses droits, il ne devrait pas être défavorisé en cas de non-respect des exigences de forme par le professionnel (comp. *infra* N 1274).

- 1023 Pour pallier certaines iniquités résultant d'une application trop absolue des conséquences du vice de forme pour le consommateur, il arrive donc que le législateur **aménage directement le régime de la nullité** (C).

C. Aménagement direct du régime de la nullité

1. Inadaptation de la nullité absolue en matière de protection des consommateurs ?

- 1024 En droit contractuel de la consommation, la violation d'une règle de forme n'entraîne pas nécessairement la nullité absolue du contrat (comp. art. 11 al. 2 CO)¹⁹⁷⁹. La nullité « classique » implique des **conséquences parfois difficilement conciliables** avec l'impératif de protection des intérêts du consommateur¹⁹⁸⁰. En particulier, le tribunal la constate d'office, elle déploie un effet rétroactif (*ex tunc*)¹⁹⁸¹, implique la restitution immédiate des prestations d'après les règles sur la revendication et limite la prétention à des dommages-intérêts aux cas de *culpa in contrahendo*¹⁹⁸².

- 1025 Par ailleurs, sur le principe, la nullité absolue pour violation d'une prescription de forme paraît certes être une sanction plus incisive que celle – somme tout uniquement potentielle – de la fin des engagements contractuels en cas d'exercice du droit de révocation (*infra* N 1052)¹⁹⁸³. Néanmoins, une nullité *sui*

¹⁹⁷⁹ CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 33. Sur la distinction entre les régimes de la nullité absolue et de la nullité relative, TERCIER/PICHONNAZ, N 490 ss. Du point de vue terminologique, l'Espagne, la Belgique et la France emploient ces notions. L'Autriche, l'Allemagne, les Pays-Bas et la Slovénie se réfèrent aux notions de « nullité » et d'« annulabilité ». En lien avec l'application de l'ancienne Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 07.05.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 51. Cf. ég. les art. II.-7:301 DCFR (« nullité ») et II.-7:201 et II.-7:205 DCFR (« annulabilité »).

¹⁹⁸⁰ ECL-HOSEMANN, art. 2 :101 (2) N 14 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 217.

¹⁹⁸¹ ATF 137 III 243, consid. 4.3.6 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète).

¹⁹⁸² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 583 ss ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19, 20 N 94 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 81 ndbp 326 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 493.

¹⁹⁸³ SCHULZE/ZOLL, p. 176.

*generis*¹⁹⁸⁴ en cas de violation d'une règle de forme reste un mécanisme d'intervention parfois plus adéquat. Si les conséquences d'une violation peuvent parfois être la nullité du contrat (cf. art. 9 LCC en relation avec l'art. 15 al. 1 LCC), il s'agira également, le cas échéant, d'une **nullité aménagée qui permet de mieux préserver les intérêts du consommateur**¹⁹⁸⁵. En sus de disposer d'un caractère préventif, elle permet également d'inclure les intérêts du professionnel directement dans la norme protectrice (cf. art. 15 al. 4 1^{ère} phrase LCC).

Le **cas d'application** le plus illustratif d'un aménagement direct de la nullité se rencontre dans la législation sur le **crédit à la consommation** (2).

1026

2. Cas d'application : législation sur le crédit à la consommation

En cas de violation d'une règle de forme légale, d'autres conséquences que la nullité absolue sont parfois imposées dans la législation sectorielle. Pour le crédit à la consommation, la loi règle certains aménagements lorsque le **contrat est nul**, mais que le professionnel a déjà versé le crédit ou si le consommateur en a déjà sollicité le versement, respectivement l'a utilisé (art. 15 al. 2 à 3 LCC ; comp. art. 15 al. 4 LCC pour le contrat de leasing).

1027

En cas de nullité du contrat de crédit à la consommation, les modalités de remboursement sont donc directement fixées par la loi. Le consommateur ne doit alors ni intérêts, ni frais (cf. art. 15 al. 2 LCC) et il peut rembourser le crédit par paiements partiels égaux (art. 15 al. 3 LCC). La réglementation privilégie les intérêts du consommateur par rapport à ceux du professionnel¹⁹⁸⁶ ; le droit contractuel de la consommation **complète et modifie alors le régime général** en faveur du consommateur¹⁹⁸⁷.

1028

En effet, si le consommateur obtient le crédit rapidement, voire immédiatement, après la conclusion du contrat, la sanction de la nullité absolue avec effet *ex tunc* (art. 20 CO)¹⁹⁸⁸ ne serait pas adéquate. Le consommateur-emprunteur aura potentiellement déjà utilisé le crédit versé dans le but d'acquérir d'autres biens et services, ou encore pour s'acquitter d'éventuelles dettes à l'égard de tiers.

1029

¹⁹⁸⁴ Arrêt du TF 4C.58/2006 du 13.06.2006, consid. 5 : « *darin liegt wegen eines Verstosses gegen Art. 11 KKG ein Formmangel des Leasingvertrages, der gemäss Art. 15 Abs. 1 KKG zu einer Vertragsnichtigkeit sui generis führt [...]* ».

¹⁹⁸⁵ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 80 s. ; CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 33 ss ;

¹⁹⁸⁶ MÜLLER, Contrats, N 103 ; SCHMID/STÖCKLI, N 172.

¹⁹⁸⁷ BARNIKOL, p. 175 s. et 179 ss.

¹⁹⁸⁸ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19, 20 N 94.

Suivant les cas, exiger de sa part un remboursement immédiat et complet du montant du crédit le mettrait donc dans une **situation difficile** rendant, en pratique, le remboursement difficile, voire impossible¹⁹⁸⁹.

1030 En outre, la conséquence de la nullité « ordinaire » est potentiellement injuste pour le consommateur-emprunteur, ce dernier supportant la violation d'obligations en réalité imposées au professionnel lors de la conclusion du contrat (art. 15 al. 1 LCC). Or, il incombe au **professionnel de respecter les dispositions mentionnées** à l'art. 15 al. 1 LCC, soit en particulier le taux d'intérêt maximum (art. 14 LCC)¹⁹⁹⁰.

1031 Plus généralement, quelle reste la **portée de la nullité pour le consommateur** (D) sous l'angle du vice de forme ?

D. Portée de la nullité pour le consommateur

1. Nullité totale ou partielle

1032 Dans la règle, la nullité devrait être totale, en particulier lorsque l'exigence de forme vise l'ensemble du contrat¹⁹⁹¹. Toutefois, en cas de violation d'une prescription de forme, la nullité partielle (cf. art. 20 al. 2 CO) **observerait parfois mieux les intérêts du consommateur**¹⁹⁹²; elle peut d'ailleurs concerner un point essentiel du contrat¹⁹⁹³. La nullité partielle en raison du vice de forme doit être distinguée de la conséquence de la nullité – et non de la réduction – d'une clause déclarée abusive en application de l'art. 8 LCD (*infra* N 1798).

1033 Contrairement au droit du bail (cf. art. 270 al. 2 CO), le droit contractuel de la consommation ne connaît pas de disposition particulière dont on pourrait déduire la nullité partielle du contrat en présence d'un vice de forme touchant des éléments contractuels essentiels. **Par analogie avec le droit du bail**¹⁹⁹⁴, et

¹⁹⁸⁹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 217.

¹⁹⁹⁰ BARNIKOL, p. 177 s.

¹⁹⁹¹ CR CO-XOUDIS, art. 11 N 35.

¹⁹⁹² CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 35 : « Parfois, la nullité partielle est imposée ex lege ou ressort du but de la norme », en réf. ég. à l'ATF 120 II 341.

¹⁹⁹³ ATF 120 II 35, consid. 4a et les réf. jurisprudentielles citées ; ATF 107 II 216 consid. 3a. Pour le lien entre la nullité partielle d'un acte juridique et la conversion, BK OR-SCHMIDLIN, art. 11 N 169.

¹⁹⁹⁴ ATF 120 II 341, consid. 5b : « [...] plus généralement, la nullité totale du contrat pour vice de forme se heurterait à l'art. 34septies Cst., dont l'objectif de protection des locataires contre les abus est mis en oeuvre aux art. 253 ss CO ».

en l'absence de conséquences plus spécifiques – notamment une nullité *sui generis* (comp. art. 15 al. 2 et 3 LCC) – on pourrait peut-être rattacher cette conséquence au mandat constitutionnel de protection des consommateurs (art. 97 al. 1 Cst., *supra* N 361 ss).

La nullité partielle semble plus appropriée lorsque le consommateur n'a pas le choix du contractant en raison d'une situation monopolistique du professionnel et où il est *de facto* tenu de contracter avec celui-ci. Dans l'**examen de l'opportunité d'une nullité partielle en tant que conséquence du vice de forme**, devraient donc notamment être pris en compte le niveau de concurrence sur le marché concerné, ainsi que le temps nécessaire et les coûts pour le consommateur en vue d'obtenir un changement de fournisseur¹⁹⁹⁵.

1034

Dans un but de sécurité juridique, certaines règles de protection du consommateur prévoient expressément une **nullité spécifique** (2) comme sanction du vice de forme.

1035

2. Nullité spécifique

La conséquence de la nullité spécifique prévue par certaines dispositions sectorielles de protection du consommateur est **à vérifier au cas par cas**¹⁹⁹⁶.

1036

La violation de prescriptions de forme dans le **crédit à la consommation** (cf. art. 9 à 11 et 12 al. 1 et 2 LCC) entraîne, nous l'avons vu (*supra* N 1027 ss) une nullité « aménagée » (art. 15 al. 1 LCC) et des modalités particulières de remboursement des prestations (art. 15 al. 2 et 3 LCC)¹⁹⁹⁷. Pour le contrat de leasing, le consommateur doit certes restituer l'objet cédé et payer les redevances périodiques dues jusqu'alors, mais il ne supporte pas la perte de valeur de l'objet cédé (art. 15 al. 4 LCC).

1037

Les dispositions sur le **démarchage à domicile** prévoient également une nullité spécifique comme sanction d'un vice de forme¹⁹⁹⁸. Lorsque le consommateur-démarché n'a pas reçu les informations suffisantes sur le droit de révocation

1038

¹⁹⁹⁵ Pour de telles considérations, en lien avec la résiliation du contrat en cas de modification unilatérale des tarifs par le fournisseur, CJUE, 21.03.2013, RWE VERTRIEB, aff. C-92/11, N 54.

¹⁹⁹⁶ Comp. ECL-HOSEMANN, art. 2:101 (2) N 14.

¹⁹⁹⁷ CARRON, Protection, N 171 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 217 s.

¹⁹⁹⁸ CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 34 (« conséquences différentes en cas d'inobservation »). Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 180 rappellent que le délai de révocation est très troitement lié à l'exigence que le professionnel informe suffisamment le consommateur au sujet du droit de révocation.

(cf. art. 40d et 40e al. 2 let. b et 3 CO), le délai de révocation ne commence ainsi pas à courir (pour les formalités, comp. *infra* N 1047 s.)¹⁹⁹⁹. En cas de défaut d'information sur le droit de révocation, le professionnel peut uniquement prétendre au remboursement de l'enrichissement restant du consommateur au moment de la connaissance ultérieure du droit de révocation²⁰⁰⁰.

1039 S'agissant de la violation de l'obligation de communiquer certaines informations relatives au contenu du contrat avant la conclusion du **voyage à forfait** (art. 4 à 6 LVF), elle empêche, en principe²⁰⁰¹, la conclusion même du contrat²⁰⁰².

1040 Au vu de la multitude de moyens de protection spécifiques du consommateur (*supra* N 452 ss), les **règles de forme** conservent-elles finalement leur **efficacité** (IV) ?

IV. Efficacité des règles de forme pour la protection du consommateur

1041 L'évaluation de l'efficacité des règles de forme suppose de s'intéresser à leur **but de politique juridique** (A), de les rapprocher d'autres moyens de protection (B) et de rappeler l'importance des formalités (C).

A. But de politique juridique

1042 Tant pour la protection du consommateur que sous l'angle du régime général, les prescriptions de forme déploient une **fonction de protection abstraite importante** (ég. *supra* N 1007 ss)²⁰⁰³. Par la limitation de la liberté de la forme,

¹⁹⁹⁹ BSK OR-KOLLER-TUMLER, art. 40d N 4 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 6.

²⁰⁰⁰ ZK OR-DORNIER, art. 40d N 103 et art. 40f N 132 ; HARTMANN, Informationspflichten, N 402.

²⁰⁰¹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 242 : « *si cependant le voyage est de facto effectué par le consommateur, il faut alors admettre que le contrat est conclu, mais que le voyageur ne peut se prévaloir de clauses du contrat en sa faveur qu'il n'aurait pas communiquées par écrit au consommateur* ». CR Conso-STAUDER, art. 4 LVF N 10 précise que la violation de l'art. 4 LVF a pour conséquence que le professionnel ne peut se prévaloir des clauses contractuelles non communiquées.

²⁰⁰² CARRON, Protection, N 172 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 242.

²⁰⁰³ ATF 120 II 341, consid. 4b ; ATF 87 II 28, consid. 4c.

le législateur poursuit en réalité un but de politique juridique²⁰⁰⁴. En subordonnant la protection étatique au respect d'une certaine forme, il écarte les motifs et les considérations concrets des parties²⁰⁰⁵.

L'instauration d'une règle de forme – et dans une moindre mesure la décision de ne pas le faire – reste ainsi une **source d'instrumentalisation du droit**. Il sied d'en rester conscient au moment de décider de l'adoption de règles de forme nouvelles ou complémentaires (comp. art. 5 al. 2 Cst.). De ce point de vue, l'efficacité de ces règles paraît quoi qu'il en soit entière, en ce qu'elles permettent, le cas échéant, de concrétiser une intervention abstraite du législateur en faveur du consommateur.

1043

B. Rapport avec d'autres moyens de protection

En droit contractuel de la consommation, l'interdépendance et l'interconnexion entre les devoirs d'information, les règles de forme et les conséquences de leur violation sont significatives²⁰⁰⁶. Les buts poursuivis par les moyens de protection spécifiques sont d'ailleurs souvent **complémentaires**, qu'ils se rattachent à la conclusion du contrat ou à la validité de l'accord du consommateur²⁰⁰⁷. Dans ce contexte, les exigences de forme ont par ailleurs le mérite d'exiger du professionnel d'être au clair, d'une part, avec ses propres intentions et, d'autre part, avec le contenu du contrat (cf. art. 5 LVF).

1044

L'efficacité des règles de forme pour la protection effective du consommateur est parfois **remise en question**²⁰⁰⁸. Les droits de révocation remplaceraient progressivement la fonction spécifique des prescriptions de forme dans le

1045

²⁰⁰⁴ Arrêt du TF 4C.308/2004 du 10.11.2004, consid. 3.1 : « *mit der gesetzlich vorgeschriebenen Form werden bestimmte rechtspolitische Ziele verfolgt [...]* ».

²⁰⁰⁵ BK OR-SCHMIDLIN, art. 11 N 6 ; ZK OR-JÄGGI, art. 11 N 8.

²⁰⁰⁶ HEIDERHOFF, N 304.

²⁰⁰⁷ Comp. OG ZH NP160023 du 30.09.2016, consid. 5.

²⁰⁰⁸ CARRON, Protection, N 164 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 81 et les réf. citées. Plus nuancé, FONTAINE, p. 233 : « *il apparaît toutefois que la réglementation protectrice de la partie faible provoque une certaine résurgence du formalisme dans le droit des contrats* » et qui évoque ensuite l'apparition d'un « *nouveau formalisme* ».

contexte du droit de la consommation²⁰⁰⁹. En tant que droit formateur²⁰¹⁰, l'exercice du droit de révocation (*infra* N 1226 ss) ne supposent effectivement pas, au contraire du constat de la nullité en raison de la violation d'une prescription de forme – même si elle peut être relevée d'office (*supra* N 1019)²⁰¹¹ – la saisine du tribunal, avec le concours d'un éventuel mandataire. Les conséquences de l'exercice du droit sont également réglées explicitement par la loi (cf. art. 40f CO), alors que la violation d'une règle de forme ouvre la porte à une réduction téléologique. Or, les conséquences d'une telle réduction restent peu prévisibles, étant rappelé que le risque du procès pèse souvent sur le consommateur²⁰¹².

1046

Cela dit, par la **réduction téléologique**, la violation d'une prescription de forme n'entraîne pas nécessairement la nullité du contrat²⁰¹³. Sous cet angle, l'« efficacité » des règles de forme s'avère intacte pour le consommateur. Il est vrai, l'invocation en justice d'un vice de forme est un mécanisme plus lourd que la fin *ex lege* du contrat avec des conséquences légales explicites (not. nullité « *sui generis* » ou droit de révocation). De plus, ces conséquences sont plus

²⁰⁰⁹ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 324, qui précise que le droit de révocation a une fonction similaire que les prescriptions de forme de protection du consommateur, en ce sens qu'il vise également à protéger le consommateur d'une décision précipitée ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 81.

²⁰¹⁰ MERZ, SPR, p. 75 : « *beim Gestaltungsrecht ist es die einseitige rechtsgeschäftliche Gestaltungserklärung, die unmittelbar die Rechtslage ändert* ».

²⁰¹¹ Pour la nullité absolue, BSK OR I-SCHWENZER, art. 11 N 17 et les réf. jurisprudentielles citées ainsi que CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 33. Pour la LCC, CARRON, Protection, N 171 et CR Conso-FAVRE-BULLE, art. 15 LCC N 7. Pour les conséquences négatives pour le consommateur de la constatation d'office de la nullité de la forme, KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 81.

²⁰¹² En lien avec la réduction d'une clause de modification unilatérale (*infra* N 1558 ss), RUSCH/HUGUENIN, p. 47 : « *werden die Änderungsrechte geltungserhaltend auf das zulässige Mass reduziert, erhalten die AGB-Verwender stets den maximalen Schutz, während die Prozessrisiken der betroffenen Vertragspartei zusätzlich erhöht werden. Gegenüber der prozessunwilligen Mehrheit der Betroffenen kommen die übermässig bindenden AGB dennoch zur Anwendung* ».

²⁰¹³ Dans ce sens, FONTAINE, p. 233 : « *d'autre part, alors que la sanction traditionnelle du manquement au formalisme était la nullité du contrat, de nouvelles sanctions apparaissent, mieux adaptées aux objectifs poursuivis, telles que la réduction des obligations de la partie à qui la protection fait défaut* ». Sur la réduction téléologique comme effet du vice de forme, CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 43 et des vices du consentement, BSK OR I-SCHWENZER, art. 23 N 11.

explicites pour les parties que le terme technique de « réduction téléologique » aux effets potentiellement imprévisibles²⁰¹⁴.

C. Formalités

L'utilité des prescriptions de forme **demeure inchangée** du point de vue de certaines formalités (« *Förmlichkeitserfordernisse* ») imposées par le droit contractuel de la consommation²⁰¹⁵. On pense ici tout particulièrement à l'obligation d'informer le consommateur, par écrit, de son droit de révocation (cf. art. 40d al. 1 CO) ou de faits importants pendant la durée du contrat²⁰¹⁶.

1047

Dans ce prolongement, il convient encore de mentionner le développement de la **forme textuelle** (« *Textform* ») ; on la retrouve notamment aux art. 40d al. 1 CO, art. 17 al. 2 et 358 CPC, art. 5 al. 1 et 178 al. 1 LDIP, ainsi qu'à l'art. 23 al. 2 CL ou encore à l'art. 25 CO 2020²⁰¹⁷. Elle permet d'adapter les exigences de forme aux moyens de communication modernes et représente une forme écrite « allégée »²⁰¹⁸. La forme textuelle implique, en règle générale (cf. par ex. art. 17 al. 1 CPC qui ajoute l'exigence que le différend résulte d'un rapport de droit déterminé²⁰¹⁹), une matérialisation écrite (critère de la lisibilité), une preuve durable (critère de la durabilité) et la possibilité d'identifier les parties (critère de l'identifiabilité)²⁰²⁰. L'efficacité définitive pour la protection générale et abstraite du consommateur reste à vérifier. La formulation ouverte des dispositions mettant en place cette forme particulière permet en effet une grande marge d'appréciation et d'interprétation, en particulier dans la mesure où il s'agit d'observer des évolutions techniques futures²⁰²¹.

1048

²⁰¹⁴ Comp. BSK OR I-SCHWENZER, art. 11 N 24 et CR CO-XOUDIS, art. 11 N 43.

²⁰¹⁵ CARRON, Protection, N 170 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 81.

²⁰¹⁶ Cf l'Initiative Parlementaire « Renouvellement tacite des contrats de services. Améliorer l'information et la protection des consommateurs et des consommatrices » du 17.04.2013 (13.426) qui tend à obliger le professionnel, lorsqu'une clause de reconduction tacite du contrat a été conclue, d'informer le consommateur de la possibilité de dénoncer le contrat au moins un mois à l'avance. Sur le renouvellement tacite, l'art. 47 LCA, indication chez SCHMID, ZBJV 152/2016, p. 355.

²⁰¹⁷ La teneur de cette disposition est la suivante : « Lorsque la loi prévoit la forme textuelle, tout procédé écrit qui permet durablement la preuve de la déclaration est admis ».

²⁰¹⁸ FF 2001 5423, 5432 : « la signature électronique qualifiée ne remplace en principe que la signature manuscrite liée au support papier ». Comp. CO 2020-EMMENEGGER/KURZBEIN, art. 25 N 3.

²⁰¹⁹ BOHNET, Clauses procédurales abusives, N 7 ss.

²⁰²⁰ CO 2020-EMMENEGGER/KURZBEIN, art. 25 N 5 ss ; BK OR-MÜLLER, art. 11 N 103 ss.

²⁰²¹ CO 2020-EMMENEGGER/KURZBEIN, art. 25 N 4 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 519.

Chapitre 11 : Droit de révocation légale

Notre exposé du droit de révocation légale commencera par une **introduction** (I). Nous traiterons ensuite de la nature juridique du droit (II) et de ses éléments (III), avant de nous intéresser à la thématique de la répétition et de la restitution des prestations (IV).

1049

I. Introduction

A. Notion

1. Définition

Le droit de révocation légale²⁰²² (« droit de repentir »²⁰²³ ; « *Widerrufsrecht* »), est le droit, pour le consommateur, **de se départir d'un contrat ou de la manifestation de volonté dirigée en vue la conclusion du contrat**. Suivant le moment où il exerce son droit²⁰²⁴, le bénéficiaire empêche, soit que le contrat perdure, soit qu'il vienne à chef²⁰²⁵ ; c'est dans cette mesure que le droit de révocation est considéré comme consacrant une limitation du principe de la

1050

²⁰²² Par opposition au droit de révocation contractuel (« *vertragliches Widerrufsrecht* ») dont nous ne traiterons pas, HUGUENIN, *Obligationenrecht*, N 263.

²⁰²³ RAPIN/WESSNER, N 50 ; STAUDER, *Droit de repentir*, p. 483 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, *Intro.* art. 40a-40f N 4. Pour le droit des Etats membres de l'UE, GEBAUER, p. 174 précise que, même du point de vue de l'harmonisation complète, ceux-ci restent libres de choisir les termes de « *Widerruf* » ou de « *Rücktritt* ».

²⁰²⁴ Il est largement discuté de savoir si les parties peuvent, ou non, valablement s'exécuter durant le délai de révocation déjà, la réponse variant vraisemblablement selon le contrat de consommation en cause, comp. ECL-HELLWEGE, *appendix I* to art. 2:501, N 1.

²⁰²⁵ MÜLLER, *Contrats*, N 102.

fidélité contractuelle (*pacta sunt servanda*)²⁰²⁶. Il affecte directement le droit général des obligations, en particulier le droit des contrats²⁰²⁷.

1051

Le droit de révocation est établi en raison, soit de la situation particulière dans laquelle le contrat est conclu (ex. à distance ou hors établissement), soit de sa complexité intrinsèque (ex. contrat de crédit ou d'assurance-vie ; sur le but du droit de révocation, *infra* N 1059 ss)²⁰²⁸. En accordant au consommateur un bref délai de réflexion (« *spatium deliberandi* »²⁰²⁹ « *cooling-off period* »²⁰³⁰) avant la concrétisation²⁰³¹ de son engagement envers le professionnel, le droit de révocation représente la **clé de voûte** de la protection (contractuelle) du consommateur²⁰³². Par l'exercice de ce droit formateur²⁰³³ unilatéral²⁰³⁴, semi-impératif et inconditionnel (comp. art. 510 al. 1 CO)²⁰³⁵, le consommateur peut se retirer du contrat avec effet rétroactif (*ex tunc*), sans motif²⁰³⁶ et sans encourir

²⁰²⁶ SCHNEGG, p. 165 ; SCHULZE/ZOLL, p. 172 s. ; STAUDER, Droit de repentir, p. 499.

²⁰²⁷ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 389.

²⁰²⁸ SCHULZE/ZOLL, p. 175.

²⁰²⁹ Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 07.05.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 54 en réf. à MANES, p. 696.

²⁰³⁰ SCHULZE/ZOLL, p. 175 s.

²⁰³¹ SCHULZE/ZOLL, p. 176, qui rappellent l'expression de « *pending effectiveness* ».

²⁰³² HUGUENIN, Obligationenrecht, N 266b ; SCHULZE/ZOLL, p. 172 s.

²⁰³³ Le droit formateur se définit comme « *le droit par lequel une personne peut, par une manifestation unilatérale de volonté, modifier en sa faveur une situation juridique préexistante* » (TERCIER/PICHONNAZ, N 269).

²⁰³⁴ ZK OR-DORNIER, art. 40e N 116.

²⁰³⁵ BARNIKOL, p. 89 ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 322 ; HUGUENIN, Obligationenrecht, N 266b ; CHK OR-KUT, art. 40a-g N 55 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 174 précise que l'exercice du droit de révocation en matière de démarchage à domicile ne peut faire l'objet de sanctions contractuelles telles qu'une clause pénale, une indemnisation forfaitaire, des frais de résiliation ou encore une responsabilité précontractuelle ; MERZ, SPR, p. 80. En tant que droit formateur, l'exercice du droit de révocation est certes inconditionnel. Cela n'exclut cependant pas que, dans un contexte procédural, le consommateur puisse se prévaloir subsidiairement de son droit de révocation, notamment pour le cas où il concluerait principalement à la nullité du contrat, par ex. en raison d'un vice de forme, Palandt/GRÜNEBERG, § 355 N 5. Sur la nullité du contrat en l'absence d'information sur le droit de révocation, *infra* N 1218 ss.

²⁰³⁶ CARRON, Protection, N 117 ss ; DELAYE/HUG, Temporari servire, p. 180 ; DONAUER/MÖRI, p. 340 ; HAIDMAYER, p. 5 s. ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 157 et 161 s. ; REINER, p. 4 ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 311. Plus nuancés, CR CO I-STAUDER/STAUDER, Intro. art. 40a-40f, N 8 et art. 40e N 5.

de responsabilité (not. *culpa in contrahendo*)²⁰³⁷. La clause qui octroierait au professionnel un droit à l'indemnisation (ex. peine conventionnelle) en raison de l'exercice du droit de révocation par le consommateur est par ailleurs nulle²⁰³⁸.

Lorsque le législateur accorde au consommateur un tel droit, il lui offre le **choix de se libérer** de ses obligations contractuelles sans en appeler au tribunal²⁰³⁹ et sans devoir procéder au constat de la déloyauté de la convention²⁰⁴⁰. Afin de garantir le respect de la sécurité juridique des transactions privées, la loi limite l'exercice du droit de révocation dans le temps (cf. art. 40e al. 2 et 406e al. 1 CO et art. 16 al. 1 LCC). Il n'est pas exclu que les parties exécutent leurs obligations durant le délai de révocation déjà (ex. livraison ou paiement, art. 9 al. 3 1^{ère} phrase Directive 2011/83/UE ; comp. cep. art. 9 al. 3 2^{ème} phrase Directive 2011/83/UE).

1052

Quelles sont les **sources** (2) du droit de révocation légal ?

1053

2. Sources

Particulièrement ces trente dernières années, principalement sous **l'influence du droit de l'UE** (*supra* N 369 ss), le législateur suisse a adopté de nouveaux droits de révocation légaux²⁰⁴¹. Le droit de révocation est un élément central du droit de l'UE et, plus largement, de l'acquis européen de protection du consommateur²⁰⁴². Il est significatif de mentionner que le CO consacre, depuis son adoption, la vente à l'essai ou à l'examen (art. 223 ss CO). Du point de vue

1054

²⁰³⁷ Le droit de révocation doit ainsi être clairement distingué du dédit (cf. art. 158 CO), soit le paiement de l'indemnité convenue au cas où une partie ferait usage du droit qu'elle se réserve à la résolution du contrat, CR CO I-MOOSER, Intro. art. 158-163 N 5.

²⁰³⁸ ZK OR-DORNIER, Art. 40f N 134 ; FORNAGE, Droit de révocation, p. 488 ; Palandt/GRÜNEBERG, § 355 N 3.

²⁰³⁹ Le fait d'invoquer un vice du consentement (cf. art. 31 al. 1 CO) représente également un acte formateur qui ne requiert pas que la victime exige d'un juge qu'il prononce la nullité par un jugement formateur (TERCIER/PICHONNAZ, N 809). En général, le droit de révocation reste moins contestable par l'autre partie.

²⁰⁴⁰ FF 1986 II 360, 396.

²⁰⁴¹ DELAYE/HUG, Tempori servire, p. 187 ss.

²⁰⁴² ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 1 s. (« *core element of EU consumer law* ») rappelle que le premier droit de révocation fut introduit par la Directive 85/577/CEE (démarchage à domicile). L'auteur rappelle en outre le développement d'un droit de révocation dans le secteur allemand de la vente par correspondance dès la fin du 19^e siècle (N 4). L'auteur précise encore que les ACQP, DCFR, FS, CESL et Directive 2011/83/UE précisent progressivement et uniformément les contours de l'institution (N 31).

de ses effets, ce contrat spécial se rapproche d'un droit de révocation spécifique de protection du consommateur.

- 1055 En Suisse également, il n'existe pas de droit de révocation général²⁰⁴³. *De lege lata*, un tel droit **existe pour** le contrat conclu au moyen du démarchage à domicile (art. 40b CO), au sein des dispositions sur le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406e CO), ainsi que dans la législation sur le crédit à la consommation (art. 16 LCC). Le législateur a en revanche abrogé ceux dont disposait l'acheteur depuis le 1^{er} janvier 1963²⁰⁴⁴ dans la vente par acomptes (cf. art. 226c al. 1 aCO²⁰⁴⁵) et dans la vente avec paiements préalables (cf. art. 227a al. 2 ch. 7 aCO²⁰⁴⁶).
- 1056 En droit suisse, les règles sur le droit de révocation suivent désormais un certain processus d'**harmonisation** (cf. cep. *infra* N 1075 ss)²⁰⁴⁷. En droit de l'UE, il intervient par la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs. Du point de vue des projets européens d'harmonisation du droit privé, ce but est visé par les dispositions topiques des ACQP, DCFR et CESL (*infra* N 2077 ss, 2110 ss et 2122). Bon gré mal gré, le législateur suisse a suivi ces évolutions. S'agissant en particulier du délai de révocation, on constate une tendance à l'uniformisation de la durée du délai de révocation. A partir du 1^{er} janvier 2016, le droit suisse a repris la solution du droit de l'UE d'un délai de révocation de quatorze jours (cf. art. 9 al. 1 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs). La terminologie²⁰⁴⁸ du droit suisse en matière de droits de révocation légaux est aussi en voie d'harmonisation²⁰⁴⁹. Les art. 40a ss CO et 16 LCC visent le « droit de révocation ». Avant la révision du le 1^{er} janvier

²⁰⁴³ Pour cette affirmation en lien avec le droit de l'UE, ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 10.

²⁰⁴⁴ RO 1962 1082.

²⁰⁴⁵ RO 2002 3846.

²⁰⁴⁶ RO 2014 869.

²⁰⁴⁷ Ce constat ne doit pas faire oublier que le classement systématique du droit de révocation reste difficile, notamment en raison de conceptions dogmatiques diverses et d'une terminologie divergente, REINER, p. 11 ss.

²⁰⁴⁸ Le droit de l'UE utilise le terme de « droit de rétractation » plutôt que « droit de révocation » (art. 9 Directive relative aux droits des consommateurs, art. 6 Directive sur les services financiers à distance et art. 14 Directive sur le crédit aux consommateurs). MARCHAND, Droit de la consommation, p. 157 précise que le terme « révocation » se retrouve en lien avec la révocation d'une procuration (art. 34 CO), d'un mandat (art. 404 CO), d'une donation ou encore d'une clause bénéficiaire dans un contrat d'assurance (art. 77 LCA).

²⁰⁴⁹ Pour la situation avant les modifications intervenues à partir du 1^{er} janvier 2016, FORNAGE, Droit de révocation, p. 490 et MARCHAND, Droit de la consommation, p. 157 ss. Pour la situation prévalant en 2008, HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 307.

2016, l'art. 406e CO faisait encore référence au droit du consommateur de « résoudre » le contrat²⁰⁵⁰. Dans ce contexte également, la loi se réfère désormais au terme « révoquer » (cf. art. 406e al. 2 CO).

Cela étant, le droit suisse présente toujours **plusieurs divergences** – des lacunes pour certains, un avantage²⁰⁵¹ pour d'autres – par rapport au droit de l'UE. Notre droit ne connaît ainsi pas de droit de révocation légal pour les contrats conclus sur Internet²⁰⁵² ou portant sur l'utilisation d'immeubles à temps partagé²⁰⁵³. Dans la réglementation relative au contrat d'assurance, un tel droit n'existe pas, du moins pour les contrats strictement nationaux (cf. art. 89a LCA)²⁰⁵⁴. En 2013, dans le cadre d'un projet de révision totale de la LCA, le Parlement fédéral avait par ailleurs rejeté une proposition d'introduire dans la loi un tel droit d'une durée de deux semaines²⁰⁵⁵. Contrairement au droit de l'UE (art. 6 Directive 2002/65/CE concernant les services financiers à distance), le droit suisse ne prévoit finalement pas non plus de droit de révocation pour les services financiers à distance²⁰⁵⁶.

Nous allons approfondir le **but** (3) d'un droit de révocation légal.

3. But

a. Protection de la formation de la volonté du consommateur

Le but du droit de révocation est principalement de garantir au consommateur une **libre formation de la volonté**²⁰⁵⁷, ainsi que de lui octroyer la possibilité de

²⁰⁵⁰ FORNAGE, Droit de révocation, p. 490 évoque la notion de « droit de résolution ».

²⁰⁵¹ Pour une position eurosceptique en particulier en lien avec l'ancienneté Directive 97/7/CE sur les contrats à distance, HONSELL, 100 Jahre, p. 22 et 105.

²⁰⁵² MARCHAND, Droit de la consommation, p. 165 s. relève un silence qualifié du législateur pour les contrats conclus à distance, singulièrement sur Internet, et portant sur des biens de consommation.

²⁰⁵³ CARRON, Protection, N 126 ; DELAYE/HUG, Tempori servire, p. 188; FORNAGE, Droit de révocation, p. 489.

²⁰⁵⁴ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 307, ndbp 3 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40b N 26.

²⁰⁵⁵ FF 2011 7199, 7200 (Projet LCA). CARRON, Protection, N 126 et CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40b N 27.

²⁰⁵⁶ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 165.

²⁰⁵⁷ Plus nuancés, HONSELL/PIETRUSZAK, p. 776 considèrent que les devoirs d'information visent la libre formation de la volonté tandis que le droit de révocation représente une atteinte substantielle au « *Konsensprinzip* ».

conclure un contrat en pleine connaissance de cause et après mûre réflexion²⁰⁵⁸. Le délai de révocation offre au consommateur la possibilité d'assimiler les informations reçues et de comparer le produit proposé avec d'autres produits concurrents²⁰⁵⁹. En d'autres termes, l'institution est susceptible de relativiser la nécessité de recourir aux règles sur l'erreur (art. 23 ss CO), même si le droit de révocation peut s'appliquer en complément à ces règles (*infra* N 1085).

1060

En favorisant la correction du déséquilibre informationnel et structurel entre parties, le droit de révocation légal est l'instrument contractuel de protection du consommateur le plus significatif²⁰⁶⁰. Il vise à **prévenir un effet de surprise** pouvant entraîner la conclusion d'un contrat non souhaité ou au contenu différent que celui souhaité²⁰⁶¹. Cet effet peut résulter de la situation dans laquelle intervient la conclusion du contrat, de l'impossibilité d'examiner la marchandise et de connaître son vis-à-vis, de risques particuliers ou encore en raison d'engagements à long terme et dont le consommateur ne reconnaît pas immédiatement la portée compte tenu de la complexité du contrat²⁰⁶².

1061

En tant que règle de protection abstraite, l'existence et la validité du droit de révocation sont **indépendantes de la connaissance effective** d'une information déterminée par le consommateur au sujet de la prestation contractuelle sollicitée ou acquise²⁰⁶³. Ce droit part ainsi de la prémisse que l'information du consommateur est « insuffisante », même si tel ne devait pas être le cas *in concreto*.

b. Protection collective et individuelle

1062

Sur la question de la portée du droit de révocation, certains auteurs sont d'avis qu'il ne protège pas l'individu, mais **un groupe d'individus structurellement**

²⁰⁵⁸ FF 2014 2883, 2885 (Initiative parlementaire « pour une protection du consommateur contre les abus du démarchage téléphonique », Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 14 novembre 2013, Avis du CF). ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète) ; arrêt du TF 4C.120/1999 du 25.04.2000, consid. 2b/bb. Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 175 s.

²⁰⁵⁹ REINER, p. 10.

²⁰⁶⁰ CARRON, Protection, N 117 ; BARNIKOL, p. 84 s. ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 82 ; VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I, p. 345 et 349 précisent que le droit de révocation envisagé par l'art. II. – 5:101 DCFR n'est pas limité aux contrats conclus avec des consommateurs, mais que ce droit a néanmoins émergé dans ce domaine.

²⁰⁶¹ HARTMANN, Informationspflichten, p. 310.

²⁰⁶² SCHULZE/ZOLL, p. 178.

²⁰⁶³ SCHULZE/ZOLL, p. 175.

désavantagés dans une situation spécifique²⁰⁶⁴, ou encore en raison du contenu de la prestation caractéristique²⁰⁶⁵. En ce qu'il vise à protéger un nombre indéterminé de personnes dans une situation ou dans l'acquisition d'une prestation contractuelle (pré)déterminées, ce droit dispose effectivement d'un caractère collectif substantiel.

Le droit de révocation relève également – plus spécifiquement – du droit contractuel de la consommation²⁰⁶⁶. Sa finalité immédiate est une intervention directe en faveur d'un consommateur individuel, appréhendé en tant qu'acteur à une **relation contractuelle donnée**²⁰⁶⁷. Il s'agit donc également d'un moyen de protection individuel²⁰⁶⁸, dont la portée est généralement circonscrite par le principe de la relativité des conventions²⁰⁶⁹. Il est cependant vrai que des considérations protectrices peuvent impliquer l'adoption d'un droit de révocation déployant des effets sur des contrats associés ou liés au contrat de consommation (« *ancillary contracts* » ; comp. art. 5:106 ACQP en cas d'unité économique entre différents contrats)²⁰⁷⁰.

Quant à la mise en œuvre effective du droit de révocation, elle exige un **comportement proactif** du consommateur²⁰⁷¹. L'exercice du droit fait dès lors

1063

1064

²⁰⁶⁴ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 83.

²⁰⁶⁵ FORNAGE, Droit de révocation, p. 488.

²⁰⁶⁶ FF 2014 2883, 2890 (Initiative parlementaire « pour une protection du consommateur contre les abus du démarchage téléphonique », Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 14 novembre 2013, Avis du CF), qui considère que le droit de révocation prévu pour les contrats à distance appartient au « *droit de la protection du consommateur* ».

²⁰⁶⁷ BÜLOW/ARTZ, N 27 « *die Lösung vom Vertrag relativiert die Bindung an die eigene Verpflichtungserklärung (pacta sunt servanda, RN 4). Das privatrechtliche Instrument liegt im Widerrufsrecht des Verbrauchers* » ; SAUPHANOR, N 51 : « *lorsqu'il poursuit l'objectif de protection individuelle, le droit de la consommation constitue un lieu d'échanges avec le droit civil dans la mesure où il exerce une influence bénéfique sur celui-ci qui, en retour, s'inspire du droit de la consommation pour régler des litiges tirés du droit commun* » et N 60 « *en principe, les techniques de protection individuelle du consommateur poursuivent une finalité voisine du droit civil* ».

²⁰⁶⁸ Avis de la Commission exposé dans les Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 07.05.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 34.

²⁰⁶⁹ FORNAGE, Droit de révocation, p. 488 rappelle que « *seul le consommateur contractant bénéficie d'un droit de révocation [...]* ». Pour une présentation du principe de la relativité des conventions, CR CO I-MORIN, art. 1 N 40 ss et BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Vor art. 1-40 N 38 s.

²⁰⁷⁰ SCHULZE/ZOLL, p. 185.

²⁰⁷¹ SCHULZE/ZOLL, p. 176 s. « [...] *to decide whether or not the contract should be upheld* ».

appel à la responsabilité individuelle de ce dernier²⁰⁷². Une autre personne, par exemple une association de protection des consommateurs, ne peut l'exercer à la place du bénéficiaire du droit. La loi attend par ailleurs de sa part un certain degré d'attention et de discernement dans la prise de connaissance du droit²⁰⁷³. S'agissant d'un moyen de protection abstraite, il convient de ne pas se montrer trop exigeant.

1065 Le droit de révocation légal doit être **distingué** (4) d'autres institutions.

4. Distinctions

1066 Certaines lois sectorielles n'instituent pas (uniquement) des droits de révocation, mais d'**autres droits formateurs protecteurs**. Ils permettent également au consommateur de mettre fin à un contrat le liant au professionnel²⁰⁷⁴. La distinction avec les droits de révocation n'est pas toujours limpide ; leur existence et leur exercice valable sont subordonnés à la réalisation de conditions matérielles ou personnelles particulières, définies par les dispositions qui les instaurent.

1067 Contrairement aux droits de révocation légaux, ces autres droits formateurs restent toutefois relatifs à la fin du contrat (*supra* N 469). Lorsqu'elle traite du droit de révocation et des autres droits formateurs, la doctrine n'insiste pas toujours suffisamment sur leur spécificité par rapport au droit de révocation légal²⁰⁷⁵. Il convient à notre avis de distinguer ce dernier du **droit de résolution**

²⁰⁷² FF 1999 III 2879, 2899. Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 07.05.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 75 s. SCHULZE/ZOLL, p. 176.

²⁰⁷³ Pour la péremption du droit de révocation en l'absence d'information donnée par le professionnel, mais dont le consommateur a pu avoir connaissance (*in casu* par le prononcé d'une jurisprudence antérieure), Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO du 21.11.2007, HAMILTON, aff. C-412/06, N 26 : « *toutefois, dès lors qu'il est possible d'établir que le consommateur, qui, selon la jurisprudence de la Cour, doit <avoir un certain degré d'attention et de discernement>, a pu prendre ou a pris connaissance de son droit de révocation, la limitation dans le temps de la possibilité d'invoquer le droit de révocation paraît justifiée, alors même que l'information ne proviendrait pas du commerçant* ».

²⁰⁷⁴ Il s'agit donc de droits formateurs résolutoires, c'est-à-dire qui mettent fin à un rapport juridique entre parties, TERCIER/PICHONNAZ, N 275. Comp. MERZ, SPR, p. 72.

²⁰⁷⁵ Comp. DONAUER/MÖRI, p. 340 ss considèrent certes que l'art. 10 LVF met en place un « *Rücktrittsrecht* » en faveur du consommateur mais qui, dans leur contribution, le classent dans une partie intitulée « *Widerrufsrechte im Konsumentenrecht* ». Dans le sens que nous exposons FF 2014 893, 899

et de résiliation dans la LVF (a), ainsi que du droit de résiliation dans la LCA (b)²⁰⁷⁶.

a. Droit de résolution et de résiliation dans la LVF

En cas de **modification essentielle du contrat de voyage à forfait**, le consommateur peut soit accepter ladite modification, soit résilier le contrat sans indemnité (art. 10 al. 1 LVF). L'art. 10 al. 1 LVF ne peut pas être considéré comme un droit de révocation légal. Les conséquences de l'application de cette disposition sont bien plus à mettre en lien avec celles d'une inexécution, respectivement d'une exécution imparfaite, par professionnel (art. 97 ss CO). Une condition pour l'application de l'art. 10 al. 1 LVF reste une modification contractuelle dont l'organisateur est le responsable²⁰⁷⁷. A l'inverse, l'exercice valable du droit de révocation n'exige aucune faute de la part du professionnel (*supra* N 1051).

1068

Contrairement à la lettre *a priori* claire de la loi, qui évoque un droit de « résiliation », l'art. 10 LVF contient également un droit de « résolution ». Tel est le cas lorsque le consommateur, une fois le contrat conclu, renonce à toute prestation de la part du détaillant ou de l'organisateur²⁰⁷⁸. L'exercice du droit entraîne le remboursement de toutes les sommes versées par le consommateur, ce dans les plus brefs délais (art. 10 al. 3 let. c LVF). Le retrait du contrat intervient alors après sa conclusion et avec effet rétroactif (*ex tunc*). Ce sont-là précisément des éléments caractéristiques d'une résolution²⁰⁷⁹.

1069

Qu'en est-il des **droits de résiliation dans la LCA (b)** ?

1070

b. Droits de résiliation dans la LCA

(i) *Violation du devoir d'information par l'assureur*

Si l'assureur **contrevient à son devoir précontractuel spécifique d'information** (cf. art. 3 LCA, notamment les risques assurés, l'étendue de la

1071

²⁰⁷⁶ Du point de vue de la protection du consommateur, ces deux droits formateurs nous paraissent être les plus significatifs.

²⁰⁷⁷ BRUNNER, *Haustürgeschäfte*, p. 213.

²⁰⁷⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, N 5909.

²⁰⁷⁹ TERCIER/PICHONNAZ, N 498 : « [...] la résiliation devrait être réservée aux cas dans lesquels une partie a le droit de mettre fin au contrat pour l'avenir [...] »

couverture d'assurance ou encore les primes dues et les autres obligations de l'assuré), le preneur d'assurance peut résilier le contrat²⁰⁸⁰. Pour ce faire, il doit respecter un délai relatif de quatre semaines dès la connaissance de la contravention et des informations selon l'art. 3 LCA. Le délai absolu est d'un an après la contravention (art. 3a al. 2 LCA).

1072

Cette résiliation prend effet lorsque l'avis de résiliation écrit du consommateur parvient dans la sphère de puissance de l'assureur (art. 3a al. 1 LCA)²⁰⁸¹. Avant la résiliation, le contrat d'assurance est en vigueur et la prime reste due. Si un montant de prime a déjà été versé par le preneur pour la période postérieure à la résiliation, l'assureur doit restituer la prime proportionnellement, en observant la fin prématurée du contrat (cf. art. 24 al. 1 LCA)²⁰⁸². Les effets de la fin du contrat valent uniquement **pour l'avenir** (*ex nunc*), ce qui constitue un élément caractéristique d'une résiliation²⁰⁸³.

(ii) *Contrat d'assurance sur la vie*

1073

L'art. 89 LCA, relatif au droit du preneur d'assurance de se départir d'un contrat d'assurance-vie, consacre un droit de résiliation²⁰⁸⁴. En cela, il se distingue du droit de révocation de l'art. 89a LCA (*supra* N 1057). Si le preneur d'assurance dénonce le contrat après s'être acquitté des primes pendant au moins une année, la dénonciation produit des **effets pour l'avenir** (*ex nunc*)²⁰⁸⁵.

1074

En revenant à la présentation du droit de révocation, et dans un contexte d'apparente harmonisation en Suisse, quelles sont les conséquences de l'**approche sectorielle** (B) ?

²⁰⁸⁰ FF 2003 3353, 3419, qui précise que l'expression utilisée est celle du droit de résiliation et non celle du droit révocation.

²⁰⁸¹ BSK VVG Nachf.-KUHN/GEIGER-STEINER, art. 3a N 4 : « *die Kündigung wird mit dem Zugang beim Versicherer wirksam* ».

²⁰⁸² BSK VVG Nachf.-KUHN/GEIGER-STEINER, art. 3a N 4 ; SÜSSKIND, p. 25.

²⁰⁸³ TERCIER/PICHONNAZ, N 498.

²⁰⁸⁴ BSK VVG Nachf.-PFLEIDERER, art. 89 ad N 4.

²⁰⁸⁵ BSK VVG Nachf.-PFLEIDERER, art. 89 ad N 6.

B. Approche sectorielle

L'approche sectorielle des droits de révocation a une **incidence sur la protection générale du consommateur** (1) et une incidence sur la forme du contrat (2). 1075

1. Incidence sur la protection générale du consommateur

L'existence d'un droit de révocation légal est tributaire de **circonstances matérielles, situationnelles ou personnelles particulières (« qualifiées »)**²⁰⁸⁶. Elles reflètent les considérations du législateur à la source de son intervention en faveur du consommateur²⁰⁸⁷. 1076

La doctrine présente traditionnellement **deux catégories générales de droits de révocation** : ceux liés à des éléments situationnels et ceux liés à l'objet du contrat²⁰⁸⁸. On peut à notre avis y ajouter les considérations liées à des éléments personnels ou intimes consécutives – il est vrai – à la nature particulière de l'objet du contrat. Ainsi, le droit de révocation de l'art. 16 LCC ne se fonde pas sur des éléments situationnels – comme par exemple les art. 40a ss CO²⁰⁸⁹ – mais sur l'objet du contrat de crédit et la durée souvent plus longue d'un tel engagement²⁰⁹⁰. L'art. 89a LCA s'explique également par la durée potentielle de la relation contractuelle et ses effets sur les bénéficiaires d'une assurance-vie. Quant à l'art. 406e CO, il se fonde sur des considérations liées à la personne du mandant et son influençabilité dans le cadre d'un contrat touchant à sa vie privée. 1077

Autrement dit, l'approche sectorielle implique qu'il n'existe pas un droit de révocation général, mais différents droits de révocation pour des **situations** 1078

²⁰⁸⁶ FORNAGE, Droit de révocation, p. 488 : « *le législateur fédéral n'a toutefois pas aménagé de droit de révocation en faveur de la partie au contrat qui joue le rôle du consommateur dans d'autres circonstances que celles décrites dans les dispositions susmentionnées* » ; SCHÖBL, N 15.

²⁰⁸⁷ Pour une réflexion similaire en lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général ALBER du 26.11.1998, TRAVEL VAC, aff. C-423/97, N 21.

²⁰⁸⁸ FORNAGE, Droit de révocation, p. 488 identifie les prérogatives de révocation de l'une des parties en fonction du processus particulier de la conclusion du contrat et en fonction du contenu de la prestation caractéristique ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 310.

²⁰⁸⁹ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40a N 1. Sous l'angle de l'ancienne Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général LÉGER du 12.07.2001, HEININGER, aff. C-481/99, N 38.

²⁰⁹⁰ BARNIKOL, p. 60, 85 s. et 87.

consumentistes spécifiques²⁰⁹¹. Contrairement au droit allemand (§§ 355 ss BGB) en particulier, le droit suisse ne connaît d'ailleurs pas de véritables règles générales uniformes pour le droit de révocation²⁰⁹², bien que les art. 40a ss CO paraissent progressivement endosser ce rôle. Il nous paraît que cette diversité ne trahit pas l'embarras du législateur (cf. art. 16-18 CO 2020) d'adopter un droit de nature générale (cf. le positionnement systématique des art. 40 ss CO). Elle indique plutôt que la protection du consommateur doit rester contenue à des états de fait et à des situations délimitées.

1079 Quel est l'**incidence** de l'approche sectorielle du droit de révocation **sur la forme du contrat** (2) ?

2. Incidence sur la forme du contrat

1080 En visant à protéger le consommateur contre une décision hâtive, le droit de révocation légal remplit une fonction parfois similaire aux prescriptions de forme (*supra* N 1011 et 1022)²⁰⁹³. L'approche sectorielle implique que l'application de droits de révocation légaux s'envisage, soit pour des contrats soumis à une exigence de forme, soit pour des contrats qui ne le sont pas²⁰⁹⁴. L'exigence de forme de l'art. 40d al. 1 CO ne vaut ainsi que pour l'information à fournir au consommateur (existence du droit, forme et délai pour l'exercer ; plus précisément, il s'agit d'une formalité, *supra* N 1047). En tant que tel, le contrat conclu au moyen du démarchage à domicile **n'est en revanche pas soumis à la forme écrite**²⁰⁹⁵. Ces conceptions influent sur certains effets juridiques.

1081 En cas de violation de l'obligation d'information prévue par les dispositions sur le démarchage à domicile (cf. art 40d et 40e al. 2 CO), le délai de révocation ne commence pas à courir²⁰⁹⁶. En revanche, pour le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406a ss CO), de même que pour le crédit à la consommation (art. 16 al. 2 LCC), l'information sur le

²⁰⁹¹ FORNAGE, Droit de révocation, p. 488 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 162.

²⁰⁹² HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 308 s. Pour le droit allemand, BÜLOW/ARTZ, N 117 ss.

²⁰⁹³ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 324.

²⁰⁹⁴ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 325.

²⁰⁹⁵ BSK OR I-GONZENBACH/KOLLER-TUMLER, art. 40c N 9 considèrent même que si le contrat est uniquement conclu par la voie écrite ou un moyen analogue, le droit de révocation des art. 40a ss CO n'est pas applicable. L'effet de surprise lié au contact personnel immédiat entre le consommateur et le professionnel ferait alors défaut ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 313 s. ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40d N 9.

²⁰⁹⁶ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 314 s. ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 6.

droit relève de la forme légalement prescrite²⁰⁹⁷. L'absence d'information n'a alors pas d'incidence sur le début du cours du délai, mais consacre un vice de forme qui entraîne la nullité du contrat, le cas échéant aménagée (cf. art. 15 al. 1 LCC), ce que le tribunal doit relever d'office²⁰⁹⁸. Dans le premier cas, sous réserve de la péremption du droit de révocation (*infra* N 1267 ss), le consommateur peut exercer son droit à partir du moment où il en a été informé conformément aux prescriptions légales. Dans le second, le vice de forme peut, sous réserve de l'abus de droit (art. 2 CC), toujours être valablement soulevé même après l'écoulement du délai de révocation. Les deux solutions se rejoignent pourtant quant à leur conséquence pratique potentiellement négative ; le contrat est **susceptible de rester boiteux pendant une période relativement longue**²⁰⁹⁹.

Ces différentes conceptions dans la manière de concevoir les droits de révocation rendent quoi qu'il en soit **plus ardue l'élaboration d'un tel droit de portée générale**. On notera que la disposition générale en droit allemand (§ 355 BGB) n'est qu'une norme de renvoi ; elle ne mentionne pas l'information sur le droit de révocation ou la conséquence de l'absence d'information formelle à son sujet dans le contrat. Cette tâche est déléguée aux dispositions relatives à chaque droit de révocation (comp. § 356 al. 3 et § 356b al. 2 BGB). Cela semble confirmer la nécessité d'une approche individualisée, en fonction du contrat agrémenté d'une possibilité de révocation (en lien avec le début du délai de révocation, *infra* N 1230 ss).

1082

L'approche sectorielle implique des **concurrences** (C).

1083

C. Concurrences

On discerne des concurrences potentielles, d'une part, **entre le droit de révocation et les moyens du régime général** (1) et, d'autre part, entre les différents droits de révocation (2).

1084

²⁰⁹⁷ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 314.

²⁰⁹⁸ HARTMANN, Informationspflichten, N 365 ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 315 et 317 s.

²⁰⁹⁹ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 315 considère en définitive comme peu approprié de régler de manière uniforme les conséquences du défaut d'information pour le droit de révocation.

1. Entre le droit de révocation et les moyens du régime général

1085

Le droit de révocation est complémentaire à d'**autres moyens permettant au consommateur de se départir du contrat**. Il peut ainsi également tenter de s'en libérer en invoquant les vices du consentement (art. 23 ss CO), en le résiliant, en le résolvant ou encore en excipant de sa nullité (art. 20 CO)²¹⁰⁰. Le recours à ces différents moyens s'envisage pendant ou après l'écoulement du délai de révocation²¹⁰¹.

2. Entre les différents droits de révocation

1086

L'approche sectorielle et, en conséquence, l'existence de plusieurs droits de révocation, soulèvent la question de leur **coexistence**²¹⁰². Si ces droits poursuivent le même but général de protection du consommateur²¹⁰³, les motifs qui poussent le législateur à corriger le déséquilibre entre parties peuvent être différents²¹⁰⁴. Le besoin de protection se fonde, soit sur l'objet du contrat, soit sur un contexte situationnel particulier (*supra* N 1077). Or, ces deux buts protecteurs ne s'excluent pas nécessairement.

1087

Compte tenu de l'approche sectorielle des droits de révocation, il pourra en outre exister **un rapport de concurrence**, et non pas de spécialité (ou d'exclusion), entre les différents droits. L'existence de deux catégories générales de droits de révocation doit à cet égard être gardée à l'esprit (*supra* N 1051)²¹⁰⁵. En droit de l'UE, la primauté de l'une ou de plusieurs directives ne se pose généralement pas. En effet, chaque directive envisage un complexe de faits, ainsi que des conditions d'application bien délimitées. Ceci n'exclut pas que les Directives puissent, selon le cas d'espèce, être envisagées comme étant d'application concomitante, en particulier lorsqu'un but protecteur

²¹⁰⁰ ZK OR-DORNIER, Vorbemerkungen zu art. 40a-40f N 17 ; CHK OR-KUT, art. 40a-g N 11 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, Intro. art. 40a-40f N 9.

²¹⁰¹ CR CO I-STAUDER/STAUDER, Intro. art. 40a-40f N 9.

²¹⁰² Comp. ECL-HELLWEGE, art. 2:501 (2) N 4 évoque l'hypothèse de l'applicabilité de plus d'un seul droit de révocation.

²¹⁰³ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 308.

²¹⁰⁴ BARNIKOL, p. 59 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 56.

²¹⁰⁵ Arrêt du TC NE CC.2004.41 du 17.10.2005, consid. 2 : « le droit de révocation évoqué par la demanderesse, s'il ne peut résulter de l'article 16 LCC pour les motifs relatés plus haut, ne peut pas non plus être déduit des articles 40a ss CO, le contrat litigieux ne résultant pas d'un démarchage à domicile ni de l'une des opérations visées à l'article 40b CO ».

le commande²¹⁰⁶. Quant au rapport entre les différents droits de révocation repris dans la législation des Etats membres, elle demeure une pure question de droit national²¹⁰⁷.

Il nous paraît utile de rappeler les **critères du rapport de spécialité** (a). Nous aborderons ensuite le cumul et la complémentarité des droits de révocation (b) et procéderons à des applications plus concrètes (c).

1088

a. Critères du rapport de spécialité

(i) Critères généraux

La conclusion de l'existence d'un rapport de spécialité s'appuie sur une analyse de deux ou plusieurs dispositions entre lesquelles on suppose un tel rapport²¹⁰⁸. Pour retenir un rapport de spécialité, l'état de fait de la norme générale doit **couvrir l'intégralité de l'état de fait de la norme spéciale**, non l'inverse²¹⁰⁹.

1089

En l'absence d'un rapport de spécialité avec les dispositions sectorielles, les règles générales du droit des obligations continuent par ailleurs à s'appliquer aux contrats de consommation²¹¹⁰.

1090

(ii) Spécificité des dispositions consuméristes

L'examen d'un rapport de spécialité entre deux ou plusieurs moyens de protection spécifiques ne doit pas se limiter à une approche générale²¹¹¹. Face à un droit de révocation légal, il convient bien plus d'approfondir l'analyse et de **s'intéresser à chacun des éléments spécifiques des droits en cause**, comme

1091

²¹⁰⁶ Évoquant à notre avis la possibilité d'une application concomitante entre la Directive 85/577/CE (démarchage à domicile) et la Directive 94/47/CE (multipropriété) selon la structure du contrat, Conclusions de l'avocat général ALBER du 26.11.1998, TRAVEL VAC, aff. C-423/97, N 22 ss, en part. N 27.

²¹⁰⁷ Conclusions de l'avocat général LÉGER du 12.07.2001, HEININGER, aff. C-481/99, N 43 ss.

²¹⁰⁸ BARNIKOL, p. 57.

²¹⁰⁹ KRAMER, Methodenlehre, p. 116 s.

²¹¹⁰ BARNIKOL, p. 56 ss.

²¹¹¹ En retenant un rapport de spécialité entre le droit de révocation prévu pour le crédit à la consommation (art. 16 CC) par rapport à celui du démarchage à domicile (art. 40a ss CO), CR CO I-STAUDER/STAUDER, Intro. art. 40a-40f N 10 se montrent à notre avis trop restrictifs.

le départ du cours du délai, le montant de la prestation contractuelle ou encore les conséquences de l'exercice du droit.

1092 Il convient tout particulièrement de garder à l'esprit la **justification à la source de l'adoption du droit de révocation analysée**²¹¹² ; celui institué par l'art. 16 LCC s'explique par la durée et l'importance financière de l'engagement contractuel du consommateur, celui en matière de démarchage à domicile par la nécessité d'une protection spécifique dans un contexte circonstanciel particulier²¹¹³ lequel, sur le moment, empêche le consommateur de vérifier d'autres alternatives contractuelles²¹¹⁴.

1093 On pourra ainsi être confronté à une situation de **cumul et de complémentarité** (b).

b. Cumul et complémentarité

1094 En application du **principe du déséquilibre** (« *Ungleichgewichtsprinzip* »), les normes de protection du consommateur ne s'excluent pas mais doivent, dans la règle, se cumuler et/ou se compléter, le cas échéant avec les autres moyens protecteurs du droit commun²¹¹⁵. Cela vaut tout particulièrement pour le droit de révocation, étant au surplus rappelé que les devoirs d'information précontractuels ne suffisent alors pas (toujours) à corriger le déséquilibre dont souffre le consommateur²¹¹⁶.

1095 Le **rapport de spécialité** (d'exclusion) ne devrait ainsi être admis qu'avec retenue. Le but protecteur du droit de la consommation ne saurait être mis en péril par une application et une interprétation excluant un ou plusieurs moyens de protection²¹¹⁷. En cas de doute, l'application concomitante est dès lors à privilégier²¹¹⁸. En revanche, il semble peu adéquat, au moyen d'une référence

²¹¹² Pour des considérations similaires, Conclusions de l'avocat général ALBER du 26.11.1998, TRAVEL VAC, aff. C-423/97, N 20 ss.

²¹¹³ CR CO I-STAUDER/STAUDER, Intro art. 40a-40f, N 4 et 40b N 6 ss.

²¹¹⁴ HONSELL/PIETRUSZAK, p. 779.

²¹¹⁵ Pour le droit de révocation, VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume 1, p. 347 : « *it would counteract the protective effect of the right of withdrawal if it could be considerably compromised by the mere existence of a further defect of the contract, and even more so if this defect has been caused by the other party [...]* ».

²¹¹⁶ ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 34.

²¹¹⁷ BARNIKOL, p. 60.

²¹¹⁸ Pour la CVIM, l'approche est différente. D'une part, les règles nationales sur la validité du contrat ou de certaines de ses clauses (comp. art. 4 CVIM et § 308 et 309 BGB) s'appliquent même dans l'hypothèse – exceptionnelle – où le reste du contrat de consommation est soumis

pour ainsi dire « forfaitaire » au principe de spécialité (« *lex specialis derogat legi generali* »²¹¹⁹), que l'application d'une norme protectrice conduise automatiquement à en écarter une autre.

Ce n'est à notre avis que si, compte tenu de l'impératif de protection du consommateur, il existe un **rapport d'exclusion méthodologiquement constaté** entre les normes protectrices en cause que l'une d'entre elles sera écartée. La règle qui octroie au consommateur le plus haut degré de protection doit alors continuer à s'appliquer²¹²⁰. En la matière, il serait donc peut-être plus juste d'évoquer une primauté de spécificité entre deux ou plusieurs dispositions sectorielles protectrices, plutôt que d'un rapport de spécialité.

Tel n'était pourtant **pas nécessairement la position du législateur** au moment de réviser la première LCC (2003)²¹²¹, en certaine contradiction d'ailleurs avec la jurisprudence de la CJUE sur le lien entre la Directive 87/102/CEE (crédit à la consommation) par rapport à la Directive 85/577/CEE (démarchage à domicile)²¹²². Le législateur helvétique avait considéré que le droit de révocation de la LCC s'analysait comme une disposition spéciale par rapport au droit de révocation en matière de contrats conclus au moyen du démarchage à domicile²¹²³. Cette conclusion a peut-être été induite par la position systématique du droit de révocation en matière de démarchage à domicile au sein de la partie générale du CO²¹²⁴.

à la CVIM (cf. art. 2 al. 1 let. a CVIM). D'autre part, dans la mesure où la CVIM est un accord international, les autres normes de protection du consommateur s'effacent devant les règles de la CVIM, CISG-FERRARI, art. 2 N 25 s.

²¹¹⁹ Pour des développements sur ce principe, lequel relève de l'interprétation systématique, KRAMER, Methodenlehre, p. 116 ss.

²¹²⁰ BARNIKOL, p. 60.

²¹²¹ BARNIKOL, p. 86 s.

²¹²² Comp. CJCE, 13.12.2001, HEININGER, aff. C-481/99, N 39 : « *or, ni le préambule ni le dispositif de la directive sur le crédit à la consommation ne comportent des éléments faisant apparaître que le législateur communautaire a entendu, par l'adoption de cette directive, limiter le champ d'application de la directive sur le démarchage à domicile afin que la protection spécifique accordée par cette seconde directive ne s'applique pas aux contrats de crédit foncier* ».

²¹²³ FF 1999 III 2879, 2902 : « *dans la mesure où le droit de révocation de l'article 11a couvre celui qui existe en matière de démarchage et de contrats semblables, il prévaut sur ce dernier en tant que lex specialis* ». CHK OR-KUT, art. 40a-g N 15 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, Intro art. 40a-40f N 10. Plus nuancé, BARNIKOL, p. 87.

²¹²⁴ Pour une argumentation systématique allant dans ce sens en réf. à l'art. 16 al. 3 LCC qui contient un renvoi à l'art. 40f CO, CHK OR-KUT, art. 40a-g N 15.

1098 Ainsi, il convient, si possible, de rechercher une **application cumulative et/ou complémentaire des dispositions protectrices**. Un consommateur, régulièrement non représenté, ne dispose généralement pas des connaissances juridiques suffisantes lui permettant de choisir opportunément le droit de révocation dont il souhaite bénéficier²¹²⁵. Son seul intérêt est de se libérer aisément du contrat²¹²⁶, ce qu'il convient de lui faciliter en lui garantissant largement le recours aux éventuels droits de révocation applicables à la relation considérée.

1099 Nous proposons des **applications** (c) plus concrètes de ces considérations.

c. Applications

1100 La coexistence des droits de révocation légaux peut-être illustrée par l'**application concomitante des art. 16 LCC et 40a ss CO** (i), l'application exclusive des art. 40a ss CO (ii) et l'application concomitante des art. 40a ss CO et 406e CO (iii)²¹²⁷.

(i) Application concomitante des art. 16 LCC et 40a ss CO

1101 Le concours entre le droit de révocation en matière de démarchage à domicile et celui institué pour le crédit à la consommation **s'envisage** lorsque leurs conditions légales respectives sont remplies. Tel pourrait par exemple être le cas en présence d'un contrat de crédit soumis à la LCC, conclu au domicile du consommateur.

1102 Seule la **doctrine minoritaire** considère que le droit de révocation de l'art. 16 LCC est susceptible d'application concomitante avec les art. 40a ss CO²¹²⁸. Il nous paraît cependant difficile de concilier l'impératif de

²¹²⁵ Pour des considérations similaires en lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général ALBER du 26.11.1998, TRAVEL VAC, aff. C-423/97, N 57.

²¹²⁶ BARNIKOL, p. 86.

²¹²⁷ Compte tenu de l'importance pratique quasi-nulle (FF 2003 3353, 3423) du droit de révocation prévu pour le contrat d'assurance-vie conclu en prestation de service transfrontière (art. 89a LCA), nous n'analyserons pas l'articulation avec ce droit. Nous n'aborderons pas non plus l'articulation entre les droits de révocation légaux du consommateur et le droit de résiliation impératif du contrat de mandat (art. 404 CO). Sur ce droit de résiliation (malgré le terme légal « révoqué » utilisé par la loi), CR CO I-WERRO, art. 404.

²¹²⁸ BARNIKOL, p. 86 s. *Contra*, CHK OR-KUT, art. 40a-g N 15 et CR CO I-STAUDER/STAUDER, Intro art. 40a-40f N 10. En droit allemand, l'art. 5 § 2 de l'ancienne loi relative à la révocation

protection du consommateur avec l'affirmation d'une application exclusive de l'art. 16 LCC. La conclusion d'un contrat de crédit dans une situation de démarchage à domicile, où l'effet de surprise est accru, rend précisément cette protection d'autant plus nécessaire²¹²⁹.

Deux éléments peuvent être relevés lorsqu'on examine une application concomitante : le début du délai de révocation (1°) et les conséquences de l'exercice du droit (2°).

1103

1° Début du délai de révocation. Le début du délai de révocation a une fonction de premier ordre dans l'analyse d'une application concomitante entre les art. 40a ss CO et l'art. 16 LCC. Deux délais de révocation dont les *dies a quo* diffèrent sont alors susceptibles de s'appliquer et de se cumuler. Dans le premier cas, le délai commence à courir dès que le consommateur a proposé ou accepté le contrat (art. 40e al. 2 let. a CO) et a, cumulativement, eu connaissance des informations prévues à l'art. 40d CO (art. 40e al. 2 let. b CO). Dans le second, il court dès que le consommateur a reçu un exemplaire (un double) du contrat de crédit à la consommation (art. 16 al. 2 LCC).

1104

Un consommateur qui, tout en ayant reçu les informations de l'art. 40d CO, n'aurait pas reçu la copie du contrat de crédit, pourrait donc le cas échéant **toujours exercer le droit de révocation** accordé par l'art. 16 LCC. Cela vaut même dans l'hypothèse où le délai de l'art. 40e al. 2 CO est dépassé²¹³⁰. L'impératif protecteur justifie pareille application concomitante, à tout le moins lorsque le professionnel tarde ou ne remet pas une copie du contrat de crédit à la consommation. Ce dernier dispose par ailleurs du pouvoir de décider unilatéralement du début du délai de révocation, par la transmission d'un exemplaire du contrat au consommateur.

1105

de contrats conclus en situation de démarchage à domicile et de transactions similaires du 16.01.1986 (BGBl. I., p. 122), prévoyait l'application exclusive de la loi sur le crédit à la consommation (BGBl. I., p. 2840), si la transaction en remplissait également toutes les conditions, Conclusions de l'avocat général LÉGER du 12.07.2001, aff. HEININGER, N 17, 22 et 45 et CJUE, 13.12.2001, HEININGER, aff. C-481/99, N 12.

²¹²⁹ En lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général ALBER du 26.11.1998, TRAVEL VAC, aff. C-423/97, N 22 ss, en part. 24 : « [...] *le fait que les principes de base de deux directives puissent s'appliquer à un contrat donné, directives qui accordent une certaine protection au consommateur, ne saurait avoir pour effet de priver le consommateur de toute protection. En cas d'applicabilité des directives, il faudra tout au plus déterminer laquelle s'applique aux faits de l'espèce considérée* [...] ». Cf. ég. CJUE, 22.04.1995, TRAVEL VAC, aff. C-423/97, N 23.

²¹³⁰ BARNIKOL, p. 87.

2° Conséquences de l'exercice du droit de révocation. Dans l'analyse des conséquences de l'exercice du droit sur la restitution des prestations contractuelles, il convient de distinguer selon que le montant du crédit a, ou n'a pas, été versé avant la fin du délai de révocation²¹³¹.

En cas de versement du crédit en exécution d'un contrat conclu au moyen du démarchage à domicile avant la fin des délais de révocation « cumulés », il convient de différencier selon le type de contrat de crédit concerné par la révocation (cf. art. 16 al. 3 LCC)²¹³². S'il s'agit d'une vente à tempérament, d'un contrat de crédit portant sur le financement de services ou d'un contrat de leasing, l'art. 40f CO est applicable (art. 16 al. 3 2^{ème} phrase LCC). Dans les autres cas, la restitution des prestations intervient conformément aux art. 15 al. 2 et 3 LCC (art. 16 al. 3 1^{ère} phrase LCC). Cette dernière solution est plus favorable au consommateur-emprunteur que celle qui résulte de l'art. 40f al. 1 CO. Partant, elle doit être appliquée²¹³³. Elle lui permet en effet de rembourser le montant du crédit par paiements partiels égaux (comp. art. 15 al. 3 LCC et 40f al. 1 CO). Cette solution n'est toutefois pas optimale pour le professionnel-prêteur, le consommateur-emprunteur bénéficiant alors d'un crédit « gratuit » en ne devant ni les frais, ni les intérêts (art. 15 al. 2 LCC)²¹³⁴. Cela dit, le prêteur peut se prémunir contre ces conséquences en stipulant, dans ses conditions générales, que le crédit ne sera versé qu'après l'écoulement du délai de révocation non utilisé²¹³⁵.

Si le contrat est révoqué **en l'absence de versement du crédit** pendant le délai de révocation, la situation n'est, en principe, pas problématique. Elle correspond à celle du contrat n'ayant jamais existé, les obligations contractuelles mutuelles s'éteignant par l'exercice – valable – du droit de révocation²¹³⁶. Le professionnel sera d'ailleurs bien avisé de ne procéder au versement du crédit qu'après l'écoulement du délai de révocation. Faute de dispositions

²¹³¹ Nous n'analyserons en revanche pas le cas de figure du consommateur ayant, partiellement ou totalement, remboursé le crédit avant la révocation. En pratique, la situation paraît rare et n'est pertinente que pour les cas où le délai de révocation n'a jamais commencé à courir, de sorte que se pose la question de la péremption du droit de révocation (*infra* N 1271 ss), BARNIKOL, p. 105 s.

²¹³² BARNIKOL, p. 87 s. et 105 s.

²¹³³ L'art. 40f al. 1 CO implique une restitution en principe immédiate des prestations (CHK OR-KUT, art. 40a-g N 60, « *Zug um Zug* »), même si la compensation reste admissible (CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 4)

²¹³⁴ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 321.

²¹³⁵ BARNIKOL, p. 99 et 106. Comp. pour le droit allemand, BÜLOW/ARTZ, N 119.

²¹³⁶ BARNIKOL, p. 105 ; CHK OR-KUT, art. 40a-g N 60.

conventionnelles contraires, le consommateur pourrait sinon être tenté de mettre le prêteur en demeure durant le délai de révocation (cf. art. 102 CO), avec les conséquences qu'elle implique pour le débiteur (art. 103 ss CO).

(ii) *Application exclusive des art. 40a ss CO*

S'agissant du montant de la prestation contractuelle déterminant l'application du droit de révocation, les art. 40a ss CO vont potentiellement plus loin que les dispositions de la LCC²¹³⁷. **Le champ d'application de la LCC est limité** aux contrats de crédit portant sur un montant compris entre Fr. 500.- et Fr. 80'000.- (art. 7 al. 1 let. e LCC). A l'inverse, les règles sur le démarchage à domicile ne prévoient pas de limite pécuniaire supérieure, mais excluent seulement de leur champ d'application les contrats où la prestation du consommateur ne dépasse pas Fr. 100.- (art. 40a al. 1 let. b CO)²¹³⁸.

1109

Dès lors, si le consommateur conclut par exemple une vente à tempérament dont le montant se situe entre Fr. 100.- et Fr. 499.-, ou un contrat de crédit supérieur à Fr. 80'000.-, il disposera uniquement d'un droit de révocation si les conditions des art. 40a ss CO, en particulier celles de l'art. 40b CO, sont remplies²¹³⁹. En revanche, lorsque la valeur de la prestation se situe entre Fr. 500.- et Fr. 80'000.-, on est potentiellement face à une situation d'application concomitante.

1110

(iii) *Application concomitante des art. 40a ss CO et 406e CO*

Une **application concomitante** serait également envisageable entre le droit de révocation en cas de mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat enregistré et celui prévu en matière de démarchage à domicile²¹⁴⁰.

1111

Depuis le 1^{er} janvier 2016, les art. 40a ss CO régissent les conséquences de la révocation du contrat de courtage matrimonial (art. 406e al. 2 CO renvoyant à l'art. 40f CO). Si cette solution paraît certes consacrer une harmonisation, elle **s'avère cependant moins favorable pour le consommateur**. Sous l'ancien droit, le retrait du contrat de courtage matrimonial lui était plus favorable, car il

1112

²¹³⁷ ZK OR-DORNIER, Vorbemerkungen zu art. 40a-40f N 20.

²¹³⁸ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40a N 22.

²¹³⁹ ZK OR-DORNIER, Vorbemerkungen zu art. 40a-40f N 20.

²¹⁴⁰ ZK OR-DORNIER, Vorbemerkungen zu art. 40a-40f N 20.

ne devait alors aucun dédommagement au professionnel²¹⁴¹. Or, actuellement, le consommateur peut être amené à rembourser au professionnel les avances et les frais conformément à l'art. 402 al. 1 CO (cf. art. 406e al. 2 CO en relation avec l'art. 40f al. 3 CO)²¹⁴². Il est vrai, les dépenses que peut réclamer le professionnel doivent être nécessaires et ne pas apparaître comme exagérées ou étrangères à l'affaire²¹⁴³.

1113 Après cette présentation de concurrences entre les droits de révocation, nous allons approfondir la **nature juridique** (II) de ce droit.

II. Nature juridique

1114 La nature juridique du droit de révocation demeure controversée²¹⁴⁴ ; la thématique serait également étroitement liée aux effets de l'exercice du droit (cf. *infra* N 1226 ss)²¹⁴⁵. En Suisse, ces discussions trouvent peut-être leur source dans la conception adoptée par l'art. 226c aCO, qui ajournait la conclusion du contrat à la fin de la période de révocation, le contrat entrant en force cinq jours après sa signature²¹⁴⁶. Sans trancher définitivement la question, nous traiterons néanmoins de la nature juridique du droit de révocation du point de vue du **caractère conditionnel du contrat** (A) soumis à une possibilité de révocation. Nous examinerons ensuite les types de rattachement envisageables (B), avant d'entreprendre un lien avec les règles sur les vices du consentement (C).

²¹⁴¹ ZK OR-DORNIER, Vorbemerkungen zu art. 40a-40f N 20. Plus nuancé, CR CO I-WERRO, art. 406a-406h CO N 23 retient que si la résiliation intervient en temps inopportun (art. 406d ch. 7 CO), le consommateur peut toujours être tenu de verser des dommages-intérêts négatifs au professionnel.

²¹⁴² ZK OR-DORNIER, art. 40f N 141 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 8.

²¹⁴³ ZK OR-DORNIER, art. 40f N 142 ss précise que « *der Anbieter hat keinen Anspruch auf die vereinbarte, aber noch nicht entrichtete Vergütung für bereits erbrachte Dienstleistungen, da durch den Widerruf noch nicht erfüllte Forderungen erlöschen* » ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 8 s.

²¹⁴⁴ BARNIKOL, p. 88 ; FORNAGE, Droit de révocation, p. 502 ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 312 ; KOLLER, Art. 406a-406h, p. 620 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 11 ; PIOTET D., CEDIDAC, p. 84 s. Cf ég. HAIDMAYER, p. 5 s. Sur la nature juridique de la révocation en droit allemand BÜLOW/ARTZ, N 117 ss et REINER. Pour le droit français, SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 389. Pour un bon aperçu de différentes conceptions au niveau européen, ECL-HELLWEGE, art. 2:504 N 2 s.

²¹⁴⁵ ECL-HELLWEGE, art. 2:504 N 3.

²¹⁴⁶ ATF 90 III 29, consid. 2 : « [...] la faculté de renoncer à la conclusion du contrat ». ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 6 et ECL-HELLWEGE, art. 2:504 N 2.

A. Caractère conditionnel du contrat

Que l'on rattache, par le texte de la loi, la révocation au retrait de l'offre, de l'acceptation ou au contrat (*infra* N 1129 ss), l'élément en pratique important est de déterminer si le contrat existe et produit des effets pendant l'écoulement du délai de révocation ayant valablement commencé à courir. L'approche sectorielle implique que la conception dogmatique des droits de révocation reste hétérogène²¹⁴⁷. La focalisation sur le caractère conditionnel du contrat permet de **lier les éléments du rattachement strictement dogmatique du droit de révocation avec certaines conséquences plus pratiques liées à son exercice**. Pour le consommateur, seront généralement déterminants le fait de savoir si le contrat est conclu, les conséquences de l'exercice du droit de révocation sur les prestations, le cas échéant, déjà échangées, ou encore la prescription²¹⁴⁸.

1115

Le contrat soumis à une possibilité de révocation peut être conçu comme étant de **nature résolutoire** (1) ou de nature suspensive (2)²¹⁴⁹.

1116

1. Nature résolutoire

a. Définition

Lorsque la conception du contrat soumis à une possibilité de révocation est résolutoire (cf. art. 154 CO), la convention est généralement efficace dès sa conclusion et, partant, pendant le délai de révocation déjà²¹⁵⁰. La doctrine considère parfois que la révocation invalide un contrat valable pour le surplus jusqu'à l'exercice du droit²¹⁵¹. Si le consommateur exerce son droit, le contrat prend alors fin avec effet *ex tunc* dès le moment où le consommateur communique l'avis de révocation au professionnel ou le remet à la Poste

1117

²¹⁴⁷ ZK OR-DORNIER, art. 40f N 130 ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 311 ss.

²¹⁴⁸ Comp. HUGUENIN, Obligationenrecht, N 268.

²¹⁴⁹ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 312.

²¹⁵⁰ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 312. Pour l'efficacité d'un contrat jusqu'à l'avènement de la condition résolutoire, HUGUENIN, Obligationenrecht, N 1289, CR CO I-PICHONNAZ, art. 151 N 31 et SCHWENZER, N 11.05. Sur l'inefficacité du contrat en général, TERCIER/PICHONNAZ, N 481 ss.

²¹⁵¹ BARNIKOL, p. 89 s. ; HUGUENIN, Obligationenrecht, N 266b ss. Spécifiquement pour les art. 40a ss CO, ZK OR-DORNIER, art. 40f N 130. *Contra*, BSK OR I-KOLLER-TUMLER, art. 40f N 1.

(cf. art. 40e al. 4 CO et 16 al. 2 LCC)²¹⁵². Dans un tel cas, la révocation s'analyse comme un **droit de résolution, l'efficacité « définitive » du contrat étant subordonnée à une condition de nature résolutoire**²¹⁵³.

1118 La conception résolutoire concrétiserait plutôt l'approche selon laquelle la manifestation de volonté du consommateur est efficace *ab initio* (« **Wirksamkeitsmodell** » ; comp. art. 3 CO). Celui-ci se voit octroyer la possibilité de se libérer des conséquences normalement contraignantes de sa manifestation de volonté, pour peu qu'il exerce valablement son droit de révocation. Autrement dit, l'inefficacité du contrat est tributaire de l'exercice valable du droit de révocation par son bénéficiaire²¹⁵⁴. En l'absence d'un tel exercice, le contrat est en revanche pleinement valable.

1119 Pour le droit suisse, HARTMANN propose d'**harmoniser la conception dogmatique** du droit de révocation selon une nature résolutoire. Dans un premier temps, le contrat vient à chef, mais il perd son efficacité en cas d'exercice valable du droit (cf. § 355 BGB). Cet auteur rappelle que, d'une manière plus générale, le moment à partir duquel un contrat sortit des effets ne coïncide pas nécessairement avec celui de l'exigibilité de la prestation contractuelle (cf. art. 130 al. 2 CO). Rien n'empêcherait dès lors d'admettre la conclusion immédiate du contrat soumis à une possibilité de révocation, tout en prévoyant que le professionnel n'est en mesure de réclamer le paiement du prix du bien ou du service qu'après l'écoulement du délai de révocation (comp. art. 406e al. 1 CO)²¹⁵⁵.

b. Conséquences

1120 En retenant la nature résolutoire du contrat, en cas d'exercice valable du droit de révocation, le consommateur doit **restituer** l'objet du contrat au professionnel. En retour, ce dernier doit lui rembourser le prix payé (restitution « en nature »)²¹⁵⁶. La prétention en restitution du professionnel est, en principe,

²¹⁵² Pour des développements sur l'application de la théorie de la réception ou de l'expédition à la déclaration de volonté du consommateur de révoquer, *infra* N 1246 ss.

²¹⁵³ FORNAGE, Droit de révocation, p. 503 ; PIOTET D., Statut réel, p. 149.

²¹⁵⁴ En droit allemand, REINER, p. 7 s.

²¹⁵⁵ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 312 s. ; Palandt/GRÜNEBERG, § 355 N 3.

²¹⁵⁶ FORNAGE, Droit de révocation, p. 503 ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 319 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 3a.

d'ordre réel (revendication), celle du consommateur fondée sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)²¹⁵⁷.

S'il s'agit d'une prestation de service, d'un prêt ou d'un bien utilisé et susceptible de l'être à nouveau (ex. une voiture), se pose en outre la question du **dédommagement** du professionnel (cf. art. 40f al. 2 et 3 CO et 16 al. 3 LCC ; comp. la limite impérative²¹⁵⁸ de l'art. 40f al. 4 CO)²¹⁵⁹. Il est vrai que la doctrine préconise parfois précisément la nature suspensive d'un contrat soumis à une possibilité de révocation lorsque le contrat porte sur une prestation de service²¹⁶⁰.

1121

2. Nature suspensive

a. Définition

Lorsque la conception du contrat soumis à une possibilité de révocation est suspensive (cf. art. 151 CO), le contrat n'est efficace qu'après l'écoulement du délai de révocation non utilisé²¹⁶¹. Le contrat ne produit alors pas d'effets (définitifs) avant l'écoulement du délai de révocation²¹⁶². Il **n'est définitivement efficace que si** le délai de révocation est écoulé et que le consommateur n'a pas fait usage de son droit²¹⁶³. Les effets du contrat dépendent alors d'une condition suspensive potestative limitée²¹⁶⁴, à savoir l'exercice du droit de révocation par son bénéficiaire dans les conditions fixées par la loi. En présence d'une condition, seuls les effets juridiques de l'acte

1122

²¹⁵⁷ KOLLER, OR AT, N 7.80.

²¹⁵⁸ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 11 s.

²¹⁵⁹ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 319 ss ; KOLLER, OR AT, N 7.80. Pour ce dernier auteur, la prétention en restitution fondée sur l'art. 40f al. 3 CO est *sui generis* et la prétention en indemnisation pour l'usage du bien ou du service relève des règles sur l'enrichissement illégitime.

²¹⁶⁰ CHK OR-PFIFNER/JOOST, art. 406a-h N 15 : « *gegen eine Resolutivbedingung spricht, dass Dienstleistungen nur schwer rückabwickelbar sind und in diesem Fall eine Suspensivbedingung besser passt* ».

²¹⁶¹ CHK KKG-A. BRUNNER, art. 1-42 N 91 : « *nach der hier vertretenen Meinung kommt der Konsumkreditvertrag jedoch nur gültig zustande, wenn die mit dem Widerrufsrecht verbundenen Fristen abgelaufen sind* » ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 312.

²¹⁶² Sur les effets de la condition suspensive, HUGUENIN, Obligationenrecht, N 1288 ; CR CO I-PICHONNAZ, art. 151 N 31 ; SCHWENZER, N 11.05.

²¹⁶³ BARNIKOL, p. 89 et les réf. citées.

²¹⁶⁴ Définition chez CR CO I-PICHONNAZ, art. 155 N 2.

juridique sont en suspens, non l'existence de l'acte en tant que tel²¹⁶⁵. Comme pour la conception résolutoire, le contrat – un rapport de nature contractuelle – « existe » donc dès sa conclusion et indépendamment de l'exercice de la révocation ; ledit contrat reste néanmoins en suspens avant l'éventuel exercice du droit.

1123 La conception suspensive concrétiserait plutôt l'approche selon laquelle la manifestation de volonté du consommateur dirigée en vue de la conclusion du contrat et, partant, le contrat en tant que tel, ne déploient pas d'effets juridiques avant l'écoulement du délai de révocation non utilisé (« **Unwirksamkeitsmodell** »)²¹⁶⁶. L'efficacité de la déclaration du consommateur et du contrat dépendent de l'absence d'exercice ou de l'absence d'exercice valable du droit de révocation²¹⁶⁷.

1124 Le contrat n'entre ainsi en vigueur pour le consommateur **que quatorze jours après qu'une copie signée par les parties lui a été remise** (cf. art. 406e al. 1 CO). Une partie de la doctrine concède une telle nature suspensive au droit de révocation²¹⁶⁸. En ce sens, il s'agirait plutôt d'un droit de renoncer (encore) au contrat, plutôt que d'un véritable droit mettant fin à un contrat déjà entré en force²¹⁶⁹. La situation se rapproche d'une condition légale potestative suspensive négative²¹⁷⁰, que mettait déjà en place l'art. 226c aCO (*infra* N 1144).

b. Conséquences

1125 Du point de vue de l'art. 406e CO, le professionnel **ne peut réclamer** au consommateur un paiement²¹⁷¹ avant l'écoulement du délai de révocation (art. 406e al. 1 CO). Il n'a pas de prétention en dédommagement des dépenses effectuées prématurément²¹⁷². En revanche, si le consommateur a versé un montant avant l'exercice valable ultérieur de son droit de révocation, il peut en

²¹⁶⁵ CR CO I-PICHONNAZ, art. 151 N 1, 24, et 40 et art. 155 N 3.

²¹⁶⁶ En droit allemand, REINER, p. 4.

²¹⁶⁷ REINER, p. 5.

²¹⁶⁸ ZK OR-DORNIER, art. 40f N 130 ; CHK OR-PFIFNER/JOOST, art. 406a-h N 15.

²¹⁶⁹ CR CO I-WERRO, art. 406a-406h N 22.

²¹⁷⁰ FORNAGE, Droit de révocation, p. 503.

²¹⁷¹ Pour les effets de la condition sur les obligations primaires et secondaire, CR CO I-PICHONNAZ, art. 151 N 24.

²¹⁷² HARTMANN, Widerrufsrecht, p. 322.

demander la restitution au professionnel, en se fondant sur les règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)²¹⁷³.

Le **TF a récemment jugé** (plus avant sur cet arrêt, *infra* N 1326 ss) qu'avant l'exercice du droit de révocation des art. 40a ss CO, le contrat de consommation était en suspens. Durant le délai de révocation, l'efficacité définitive du contrat est soumise à la condition suspensive que le consommateur n'exerce pas son droit (« *Unwirksamkeitsmodell* », *supra* N 1123)²¹⁷⁴. Initialement, le législateur avait pourtant conçu le droit de révocation en matière de démarchage à domicile et dans la loi sur le crédit à la consommation en tant que disposition résolutoire²¹⁷⁵.

1126

Cela étant, sur ce point, le Message du Conseil fédéral semble contradictoire, ce que relève d'ailleurs le TF²¹⁷⁶. En retenant que le droit de révocation des art. 40a ss CO est soumis à une condition suspensive, le TF amène donc certes une **clarification dogmatique souhaitée** quant à la nature générale du droit de révocation²¹⁷⁷. Notre Haute Cour semble toutefois se positionner en porte-à-faux avec une bonne partie de la doctrine, laquelle reconnaît plutôt une nature résolutoire au droit de révocation²¹⁷⁸. Le droit de l'UE est les projets d'harmonisation adoptent d'ailleurs également l'approche « résolutoire » (cf. art. 9 al. 1 Directive 2011/83/UE).

1127

Il convient tout de même de rappeler ici la récente position de KOLLER. Sans se prononcer définitivement sur la nature résolutoire ou suspensive – dans son article du droit de révocation des art. 40a ss CO et 406e CO – l'auteur plaide néanmoins pour une approche unitaire, soit résolutoire, soit suspensive²¹⁷⁹. La controverse, si tant est qu'elle puisse être définitivement tranchée, nous paraît quoi qu'il en soit dépendre, à tout le moins en partie, du **rattachement du droit de révocation (B)**.

1128

²¹⁷³ FORNAGE, Droit de révocation, p. 503.

²¹⁷⁴ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète). Pour des développements en lien avec cet arrêt, *infra* N 1326 ss ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 3a et PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 64.

²¹⁷⁵ FF 1986 II 360, 396.

²¹⁷⁶ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète).

²¹⁷⁷ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 313.

²¹⁷⁸ FORNAGE, Droit de révocation, p. 503 ss ; BK OR-MÜLLER, art. 9 N 17 ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 312. Pour l'art. 16 LCC en particulier, BARNIKOL, p. 89 s. *Contra*, CHK KKG-A. BRUNNER, art. 1-42 N 91.

²¹⁷⁹ KOLLER, Art. 406a-406h, p. 620. *Contra*, HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 313.

B. Rattachement du droit de révocation

1129 Trois approches²¹⁸⁰ sont principalement envisageables lorsqu'on s'intéresse, dans le contexte de l'examen de la nature juridique du droit de révocation, au type de rattachement que consacre la loi. Cet examen permettrait de clarifier la question du rattachement du droit de révocation à la **conclusion du contrat ou, au contraire, plutôt à sa validité**²¹⁸¹.

1130 Le rattachement du droit de révocation légal intervient par rapport à **l'offre ou à l'acceptation** (1) dirigée en vue de la conclusion du contrat. Nous présenterons ensuite le rattachement au contrat (2), puis, à titre d'excursus, la conception du contrat à formation successive (3).

1. Offre ou acceptation

a. Conception

1131 Si le contrat est conclu au moyen du **démarchage à domicile**, et que le consommateur a été valablement informé de son droit de révocation, la loi l'autorise à retirer son offre ou son acceptation (cf. art. 40b et 40e al. 2 let. b CO). L'offre non acceptée par le professionnel perdrait alors son caractère contraignant²¹⁸². En outre, la révocation peut être exercée et le délai de révocation commencer à courir avant la conclusion du contrat²¹⁸³.

1132 La loi rattache ici la révocation à la manifestation de volonté du consommateur dirigée en vue de la conclusion du contrat, plutôt qu'à la manifestation de la volonté de révoquer le contrat en tant que tel (*infra* N 1142 ss). Une partie de la doctrine se montre également **moins affirmative**. DORNIER considère que « *die Ausübung des Widerrufsrechts führt dazu, dass der Konsens der Parteien hinsichtlich Offerte zum Vertragschluss oder hinsichtlich Vertragschluss*

²¹⁸⁰ Elles sont notamment développées par SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 389 et les réf. citées.

²¹⁸¹ CHK KKG-A. BRUNNER, art. 1-42 N 91 ; FORNAGE, Droit de révocation, p. 490 : « [...] les dispositions susmentionnées se distinguent selon qu'elles traitent ou non de la question de la validité du contrat avant l'écoulement du délai de révocation ».

²¹⁸² CHK OR-KUT, art. 40a-g N 59 précise que si le contrat est conclu, les prétentions réciproques des parties s'éteignent.

²¹⁸³ FORNAGE, Droit de révocation, p. 498 ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 317. Pour le droit allemand, en lien avec le retrait de la manifestation de volonté du consommateur avant que le professionnel n'ait fourni la sienne, BÜLOW/ARTZ, N 124.

nachträglich dahinfällt »²¹⁸⁴. La rétractation influencerait donc plutôt sur le consentement au contrat (en tant que tel) que sur le retrait de la manifestation de volonté.

En lien avec les dispositions sur le démarchage à domicile, le **TF** retient que, lorsque la révocation intervient à temps, elle entraîne le retrait de la déclaration de l'offre ou de l'acceptation. La manifestation de volonté du consommateur est alors mise à néant, ce qui conduit à l'absence de conclusion du contrat²¹⁸⁵. Notre Haute Cour rappelle que les règles sur la révocation en matière de démarchage constitueraient des règles spéciales en matière de formation des obligations. Systématiquement, le législateur les aurait en outre rapprochées des vices du consentement (comp. *infra* N 1178 ss)²¹⁸⁶.

1133

Le rattachement à l'offre ou à l'acceptation se retrouve au travers du **processus d'adoption** de la dernière modification des dispositions sur le démarchage à domicile, ainsi que dans les développements liés à l'harmonisation du délai de révocation à quatorze jours (*supra* N 1056)²¹⁸⁷. Dans le cadre de l'initiative BONHÔTE, le Conseil fédéral avait en effet rappelé que « *la partie à un contrat qui a un droit de révocation peut, dans un certain délai, revenir sur sa déclaration de volonté et révoquer son offre ou son acceptation* »²¹⁸⁸. La position préalable de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats était la même²¹⁸⁹.

1134

Dans la législation sur le crédit à la consommation, le délai de révocation court dès la remise d'une copie (un double) du contrat au consommateur, non pas dès la conclusion du contrat (cf. art. 16 al. 1 et 2 LCC)²¹⁹⁰. Depuis le 1^{er} janvier 2016, dans le cadre du mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat, le début du délai est également strictement lié

1135

²¹⁸⁴ ZK OR-DORNIER, art. 40e N 116.

²¹⁸⁵ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète).

²¹⁸⁶ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète) : « *der Gesetzgeber verstand die Regeln über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen denn auch als Sonderregeln für die Entstehung von Obligationen durch Vertrag und verglich sie mit den Regeln über die Willensmängel (BBl 1986 II 389 Ziff. 222.1 [...])* ».

²¹⁸⁷ RO 2014 4107.

²¹⁸⁸ FF 2014 2883, 2884 (Initiative parlementaire « pour une protection du consommateur contre les abus du démarchage téléphonique », Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 14 novembre 2013, Avis du CF).

²¹⁸⁹ FF 2014 893, 904, 911 et 914.

²¹⁹⁰ BARNIKOL, p. 91 ; ZK OR-DORNIER, Vorbemerkungen zu art. 40a-40f N 19.

à la remise d'une copie du contrat (cf. art. 406e al. 1 CO)²¹⁹¹. Dans ces deux cas, la lettre de la loi **ne rattache cependant pas la révocation au contrat**, mais à l'offre ou l'acceptation (art. 16 al. 1 LCC [« *son offre de conclure le contrat ou son acceptation* »] et 406e al. 2 CO)²¹⁹² [« *peut révoquer par écrit son offre ou son acceptation* »]).

1136 Comment **apprécier** (b) ce type de rattachement ?

b. Appréciation

1137 En droit suisse, le rattachement « de principe » du droit de révocation à l'offre ou à l'acceptation peut aujourd'hui **surprendre**. La référence légale au retrait de l'offre déploierait tout de même un effet de clarification sur deux points. Premièrement, ce rattachement soulignerait que le consommateur n'a pas à attendre la conclusion du contrat avant de pouvoir exercer son droit. Secondement, il préciserait que, si le consommateur exerce sa révocation avant la conclusion du contrat, ce dernier n'entre pas en force²¹⁹³.

1138 Le **droit de l'UE** a en revanche plutôt tendance à rattacher le droit de révocation au contrat (comp. *infra* N 1142 ss). L'art. 9 de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs prévoit qu'en cas d'exercice du droit, le consommateur se retire du contrat à distance ou hors établissement²¹⁹⁴. D'autres Directives de protection du consommateur suivent également cette approche²¹⁹⁵. De même, des instruments européens d'unification du droit privé consacrent le rattachement au contrat²¹⁹⁶. Plus généralement, on remarquerait par ailleurs une mouvance – certes du point de vue de l'interprétation du contrat – à se focaliser sur le contrat plutôt que sur la manifestation de volonté

²¹⁹¹ Avant le 1^{er} janvier 2016, la loi mentionnait expressément la possibilité de « résoudre » (critique sur l'usage du terme, CR CO I-WERRO, art. 406c-406h N 22) le contrat dans le délai de sept jours dès la remise en mains du consommateur d'une copie du contrat signée par les parties (cf. art. 406e al. 1 aCO).

²¹⁹² Dans sa version antérieure, l'art. 406e CO prescrivait que « *le mandat peut déclarer par écrit au mandataire qu'il résout le contrat* » ce que BRUNNER, *Haustürgeschäfte*, p. 213, considérait comme étant l'illustration d'une conception dogmatique différente entre les art. 406a ss aCO et d'autres droits de révocation.

²¹⁹³ ECL-HELLWEGE, art. 2:504 N 4.

²¹⁹⁴ HUGUENIN, *Obligationenrecht*, N 266b.

²¹⁹⁵ Par ex. art. 14 Directive 2008/48/CE sur le crédit aux consommateurs et art. 12 ch. 5 Directive 2015/2302/UE relative aux voyages à forfait. Cf. ég. art. 40 CESL.

²¹⁹⁶ Par ex. l'art. II.-5:105 ch. 1 DCFR: « *withdrawal terminates the contractual relationship and the obligations of both parties under the contract* ».

(cf. cep. art. 8 CVIM, « *indications et autres comportements des parties* »²¹⁹⁷)²¹⁹⁸.

Sur la question du rattachement du droit de révocation, on constate donc une certaine **scission** ; le droit suisse s'écarte de la terminologie, non seulement du droit de l'UE, mais également des instruments d'harmonisation européens du droit des contrats (comp. art. 2:501 ECL). Ceci n'est pas sans soulever des interrogations sur la pertinence, dans une optique d'euro-compatibilité, de l'existence de telles différences. Des difficultés de rattachement existent ou ont également existé pour les droits nationaux de certains autres Etats membres de l'UE²¹⁹⁹.

1139

On relèvera que la norme générale sur le droit de révocation en **droit allemand** se rattache certes aux manifestations de volonté dirigées en vue de la conclusion du contrat (§ 355 al. 1 BGB, « [...] *an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärungen nicht mehr gebunden* [...] »²²⁰⁰. Cela dit, cette même disposition retient que ce n'est pas seulement le consommateur qui n'est plus lié à sa manifestation de volonté, mais également le professionnel (« [...] *so sind der Verbraucher und der Unternehmer* [...] »), ce qui paraît en définitive plutôt confirmer un rattachement au contrat (*infra* N 1142 ss).

1140

De lege ferenda, le rattachement dogmatique et terminologique devrait plutôt intervenir par un rattachement au **contrat** (2), ce qu'il convient de préciser.

1141

²¹⁹⁷ Critique, ECL-VOGENAUER, Introduction before art. 5:101, N 14.

²¹⁹⁸ VOGENAUER, Auslegung, p. 135 précise que, sous l'influence du courant pandectiste, le droit allemand a, dès le XIX^e siècle, érigé la manifestation de volonté en élément central du droit privé et de l'interprétation.

²¹⁹⁹ PIOTET D., CEDIDAC, p. 86

²²⁰⁰ Très critiques à l'égard du rattachement de la disposition aux manifestations de volonté, MEDICUS/PETERSEN, N 305 : « *für die Dogmatik der Rechtsgeschäftslehre ist allerdings bemerkenswert, dass der insoweit überaus unglücklich gefasste § 355 I voraussetzt, dass der Widerrufsberechtigte <an seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden ist, wenn er sie fristgerecht widerrufen hat>. Der Gesetzgeber hätte nach dem Vorbild des § 1366 II besser daran getan, schlicht vom Widerruf des Vertrags auszugehen* ».

2. Contrat

a. Conception

Une partie de la doctrine considère que le droit de révocation ne vise pas la révocation de l'offre ou de l'acceptation du consommateur, mais le **contrat sous l'angle de sa validité**²²⁰¹. Au stade où le droit peut être exercé, le consensus contractuel²²⁰² serait parfois déjà intervenu, conformément au principe de la confiance²²⁰³. Il ne pourrait alors être remis en cause de manière unilatérale, sous réserve des règles sur les vices du consentement (art. 23 ss CO)²²⁰⁴ ou, précisément, l'exercice d'un droit de révocation légal²²⁰⁵.

Actuellement, seul le droit de révocation prévu dans le contexte du **contrat individuel d'assurance sur la vie supérieur à 6 mois conclu en prestation de service transfrontière** se réfère *expressis verbis* au « contrat ». La disposition mentionne le droit du preneur de se départir du contrat et de le dénoncer (art. 89a let. a et d LCA)²²⁰⁶. Le délai de révocation commence à courir dès le moment où le preneur est informé que le contrat est conclu (art. 89a let. a LCA), et pas lors de la remise d'un exemplaire du contrat ou l'obtention d'informations au sujet du droit de révocation (cf. art. 89a let. a et b LCA). A défaut d'information

²²⁰¹ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 326 : « *schliesslich ist auch zu beachten, dass die Widerrufsrechte eine Ausnahme vom Grundsatz bilden, wonach einmal abgeschlossene Verträge verbindlich sind* » ; HUGUENIN, Obligationenrecht, N 266b ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 158 (au sujet du droit de « révocation-regret ») : « *l'objectif du droit est de permettre au consommateur de réfléchir sur les conséquences du contrat en termes d'endettement, et le cas échéant de changer d'avis après la conclusion du contrat* ». Plus nuancé, ZK OR-DORNIER, art. 40e N 116. Contra, BRUNNER, Haustürgeschäfte, p. 212 ss.

²²⁰² HONSELL/PIETRUSZAK, p. 776 : « [...] stellt das Widerrufsrecht einen erheblichen Einbruch in das privatautonome Konsensprinzip dar ».

²²⁰³ Comp. BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem art. 23-27 N 143.

²²⁰⁴ BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem art. 23-27 N 133 : « *der Willensmangel ist kein Konsensmangel* ».

²²⁰⁵ BARNIKOL, p. 89 s. et HUGUENIN, Obligationenrecht, N 266b considèrent que l'existence d'un droit de révocation n'empêche pas la conclusion du contrat. Il s'agirait en revanche d'un droit formateur permettant au consommateur de se retirer d'un contrat conclu ; VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I, p. 347 : « *the applicable principle is rather that withdrawal brings the contractual obligations to an end without there having to be any specific reasons, as long as the requirements for both the right and its exercise (such as time limits) have been met* ».

²²⁰⁶ Comp. avec les art. 35 à 36 Directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 05.11.2002, concernant l'assurance directe sur la vie (JO L 345 du 19.12.2002).

sur le droit (*infra* N 1204 ss), la loi accorde au preneur la possibilité de se départir en tout temps du contrat (art. 89a let. d LCA).

Les défuntés dispositions sur la vente par acomptes (art. 226a ss aCO) et la vente avec paiements préalables (art. 227a ss CO) avaient par ailleurs l'avantage d'une certaine clarté sur la question du rattachement du droit. Le lien entre la déclaration de dénonciation de l'acheteur et l'existence du contrat (cf. art. 226c al. 1 aCO et 228 al. 1 aCO) était formulé ainsi : « *le contrat n'entre en vigueur pour l'acheteur que cinq jours après la remise en ses mains d'une copie signée par les parties. Pendant ce délai, l'acheteur peut déclarer par écrit au vendeur qu'il renonce à la conclusion du contrat* ». Le consommateur pouvait donc **renoncer à l'accord postérieurement à la conclusion du contrat** (comp. art. 40a ss CO et 226c aCO)²²⁰⁷.

1144

Cette réglementation mettait en place une condition légale potestative suspensive unilatérale²²⁰⁸. Avant l'exercice du droit, le contrat **n'entraîne pas en vigueur pour l'acheteur**. Il s'agissait là de l'expression d'un effet formateur du contrat (« *Gestaltungswirkung des Vertrags* »²²⁰⁹), soit la réalisation de l'effet juridique voulu par les parties²²¹⁰, mais non encore obligatoire (« *Bindungswirkung des Vertrags* »²²¹¹) pour l'une d'entre elles, à savoir l'acheteur²²¹². Sous cet angle, le droit de révocation relativisait donc le principe *pacta sunt servanda*, en particulier du point de vue de l'effet obligatoire du contrat²²¹³.

1145

Comment **apprécier** (b) le rattachement au contrat ?

1146

²²⁰⁷ TERCIER, Contrats spéciaux 1995, N 973.

²²⁰⁸ PIOTET D., CEDIDAC, p. 84.

²²⁰⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 231.

²²¹⁰ CR CO I-MORIN, art. 1 N 34. Comp. PICHONNAZ, Le centenaire, p. 148, qui considère que l'effet formateur désigne le fait d'être lié à un partenaire contractuel déterminé et l'effet obligatoire le fait d'être lié par un contenu contractuel déterminé.

²²¹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 232.

²²¹² Sur la controverse quant à l'effet du contrat entaché d'un vice du consentement, ATF 114 II 131, consid. 3b = JdT 1988 I 508 (erreur essentielle). Sur l'invalidité partielle, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 899 s. et VON TUHR/PETER, p. 338.

²²¹³ CR CO I-MORIN, art. 1 N 34. Sur l'effet obligatoire d'une offre non soumise à une réserve de retrait, CR CO I-MORIN, art. 1 N 84. Sur l'effet contractuel en général, TERCIER/PICHONNAZ, N 225 ss.

b. Appréciation

(i) Dogmatique

1147 En rattachant **le droit de révocation au contrat**, on évite une conception dogmatique parfois différente du droit de révocation entre le droit suisse et le droit de l'UE, ainsi que les projets d'uniformisation (comp. *supra* N 1138 s.)²²¹⁴.

1148 Par un tel rattachement, le **rôle économique et social du contrat** paraît également mieux affirmé. La concordance des manifestations de volonté s'envisage en réalité sous deux angles complémentaires : d'une part, leur réunion crée l'intention commune des parties et, d'autre part, la manifestation reste l'expression de l'intention individuelle de chacune²²¹⁵. Le but poursuivi par chaque partie n'est ainsi jamais purement égoïste (ULPIEN D 2.14.1.3, « *ex diversis locis [...] in unum conveniunt* »)²²¹⁶. Le contrat vise bien plus à concrétiser une coopération sociale, ce en vue de l'obtention d'une prestation et d'une contre-prestation²²¹⁷. Cela reste valable pour les contrats de consommation agréments d'une possibilité de révocation.

1149 En outre, la focalisation sur la manifestation de volonté écarte – ou à tout le moins n'insiste pas suffisamment sur – la **fonction primordiale des conventions privées** pour les échanges sociaux. Elle entraîne plus facilement une perception de la manifestation en tant que simple outil purement fonctionnel (« à bien plaire »), dans le contexte de l'obtention de biens ou de services. Fondamentalement, le contrat devrait pourtant rester un acte de coopération plutôt qu'un lieu d'affrontement ou d'intérêts totalement divergents²²¹⁸. Or, il nous paraît ainsi important que le contrat conserve sa valeur d'engagement (« *pacta sunt servanda* »), voire même de prévention.

²²¹⁴ Cf déjà la teneur de l'art. 5 § 2 de la Directive 85/577/CEE : « *la notification faite a pour effet de libérer le consommateur de toute obligation découlant du contrat résilié* » ou encore les Conclusions de l'avocat général LENZ du 09.02.1994, FACINI DORI, aff. C-91/92, N 32 : « *l'obligation de libérer l'un des cocontractants du lien contractuel n'incombe pas à l'Etat, mais à l'autre contractant* ».

²²¹⁵ BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 23-27 N 133.

²²¹⁶ BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 23-27 N 135 s

²²¹⁷ BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 23-27 N 135.

²²¹⁸ BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. art. 23-27 N 136 : « *wo das Eigeninteresse fehlt, kann sich kein gemeinsamer Vertragswille bilden, wo nur Eigeninteresse besteht, gibt es keinen gemeinsamen Vertragswillen* ».

Le rattachement au contrat insiste encore sur le fait que la révocation se fonde sur le droit, pour le consommateur, de renoncer aux effets de son engagement plutôt qu'au caractère contraignant de son offre ou de son acceptation. Cela s'accorde mieux avec la neutralité du rôle des parties (*supra* N 550 ss)²²¹⁹. Le **contrat existe indépendamment de la fonction de pollicitant ou d'acceptant des contractants et il est révoqué avec effet *ex tunc*** après qu'il soit venu à chef²²²⁰. En permettant au consommateur de mettre fin à un contrat conclu, le droit de révocation présenterait dès lors des similitudes avec la résolution (comp. art. 107 CO)²²²¹. Au vu des différentes conceptions au sujet du droit de révocation, également dans les droits nationaux des pays membres de l'UE, une réponse définitive demeure délicate²²²².

1150

Enfin, la circonstance que le consommateur puisse exercer la révocation avant même la conclusion du contrat (cf. art. 12 let. b Directive 2011/83/UE et art. 43 let. b CESL) ne constitue **pas nécessairement un obstacle logique**²²²³ à un rattachement au contrat. Ce rattachement insiste plutôt sur le fait que l'exercice du droit de révocation met fin, respectivement empêche la venue à chef, d'une relation contractuelle entre les parties. Si le contrat n'existe pas encore au moment où le droit est exercé, il est indéniable que son exercice valable empêche précisément la venue à chef d'un « contrat »²²²⁴. L'élément déterminant reste ce qui est visé par l'exercice du droit de révocation, à savoir la libération d'une convention existante ou prospective. Le fait que le consommateur ne soit, le cas échéant, plus lié par le caractère contraignant de son offre (ou de son acceptation) ne représente à ce titre que l'un des moyens pour parvenir à ce but.

1151

²²¹⁹ Comp. en lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 08.09.2009, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 15 et en part. ndbp 10.

²²²⁰ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 320 : « [...] als Folge des abgeschlossenen und später widerrufenen Vertrags zumindest nicht schlechter dazustehen, als er ohne den Vertragsschluss gestanden wäre » ; HEIDERHOFF, N 290 : « es [das Widerrufsrecht] ermöglicht die nachträgliche Lösung von einem bereits geschlossenen Vertrag ».

²²²¹ En droit allemand, MEDICUS/PETERSEN, N 304.

²²²² SCHULZE/ZOLL, p. 183 rappellent que plusieurs droits nationaux envisagent les effets du droit de révocation comme restreignant le caractère contraignant de l'offre.

²²²³ Analyse très nuancée en droit allemand, mais vraisemblablement *contra*, REINER, p. 30.

²²²⁴ SCHULZE/ZOLL, p. 183.

(ii) *Systématique*

- 1152 Systématiquement, le rattachement au contrat **limite peut-être des difficultés** liées à la qualification du droit de révocation en tant que règle spéciale par rapport aux règles générales sur l'offre et l'acceptation (cf. art. 3, 5 et 9 CO)²²²⁵. Les possibilités de retrait (ou de révocation) de l'offre ou de l'acceptation sont d'ailleurs envisagées par l'art. 9 CO²²²⁶. Une partie de la doctrine distingue ainsi à juste titre entre, d'une part, les droits de révocation des art. 40a ss CO, 406e al. 2 CO et 16 LCC et, d'autre part, la révocation conformément à l'art. 9 CO (« *Widerruf im engeren Sinn* »)²²²⁷.
- 1153 Il paraît effectivement **superflu** de considérer que les règles sur le droit de révocation sont des règles spéciales par rapport à celles sur l'offre et l'acceptation²²²⁸. Si le consommateur peut révoquer unilatéralement le contrat, cela concerne *a fortiori* la révocation de son offre²²²⁹ ou de son acceptation (« qui peut le plus, peut le moins »). La systématisation que l'on retrouve à l'art. II.-4:202 (4) DCFR pourrait quoi qu'il en soit constituer une source d'inspiration ici ; lorsque le contrat est soumis à une possibilité de révocation, l'offre est révocable jusqu'à son acceptation par l'autre partie. Après ce moment, le droit de révocation prend le relais²²³⁰.
- 1154 Il convient ainsi **d'éviter de confondre** le retrait (ou la révocation) de l'offre ou de l'acceptation (comp. ég. art. 2.1.3, 2.1.4 et 2.1.10 Principes Unidroit 2010) et l'exercice d'un droit de révocation légal²²³¹. Retenir l'existence d'un

²²²⁵ Admettant le caractère de *lex specialis* du droit de révocation de l'art. 40b CO par rapport aux art. 3, 5 et 9 CO lorsque l'offre émane du consommateur et que le professionnel ne l'a pas encore acceptée, CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40b N 22 en réf. à FF 1986 II 396 s. et CHK OR-KUT, art. 40a-g N 10.

²²²⁶ BK OR-MÜLLER, art. 9 N 9 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 9 N 1 et 4.

²²²⁷ BK OR-MÜLLER, art. 9 N 17.

²²²⁸ Il est même discutable que le caractère de *lex specialis* soit donné par rapport à l'art. 9 CO. Comme le rappelle BRUNNER, *Haustürgeschäfte*, p. 204, ndbp 11, les considérations psychologiques – à l'instar de la prévention d'une décision précipitée – sont absentes de l'art. 9 CO. Autrement dit, il manquerait la condition de spécialité selon laquelle la norme générale – *in casu* l'art. 9 CO – couvrirait l'intégralité de l'état de fait de la norme spéciale (KRAMER, *Methodenlehre*, p. 116 s). En réalité, la réglementation consumériste est souvent complémentaire au régime général et n'exclut pas l'éventuelle application des règles générales relatives à l'offre et l'acceptation.

²²²⁹ CHK OR-KUT, art. 40a-g N 59 considère que l'exercice du droit de révocation libère le consommateur du caractère contraignant de son offre, de sorte que le professionnel ne peut plus conclure le contrat par son acceptation ; ZK OR-DORNIER, art. 40f N 131.

²²³⁰ VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume 1, p. 303.

²²³¹ En lien avec les § 130 al. 1 et 355 BGB, RÜTHERS/STADLER, § 18 N 66

rapport de spécialité entre le droit de révocation légal de protection du consommateur et l'offre ou l'acceptation générale est source de confusion. Aussi, le droit de révocation existe indépendamment d'un éventuel retrait de l'offre ou de l'acceptation²²³² et le consommateur ne devrait pas être tenu d'attendre la conclusion du contrat avant d'exercer son droit²²³³ ; il pourrait lui paraître surprenant de ne pas être en mesure d'exercer son droit dès l'instant où il a manifesté son consentement au contrat, d'autant plus que le professionnel a tout intérêt à être informé aussi rapidement que possible de l'annulation du contrat, notamment pour s'épargner des frais supplémentaires²²³⁴.

Même dans l'hypothèse où le droit est **exercé avant la conclusion du contrat**, le rattachement systématique à l'offre ou à l'acceptation ne convainc toutefois pas. Par l'exercice du droit – formateur – de révocation, le consommateur prive certes ultérieurement son offre ou son acceptation d'effets. En revanche, le droit de révocation ne représente pas immédiatement le retrait de celles-ci²²³⁵. Le consommateur peut, le cas échéant, retirer son offre ou son acceptation avant même qu'elles ne parviennent au professionnel. De ce point de vue, le droit de révocation demeure un moyen de priver l'offre ou l'acceptation d'effets, mais il n'en est pas une expression « spéciale ». Du point de vue du droit suisse, il représenterait donc plutôt une entorse au principe de l'irrévocabilité de l'offre et/ou de l'acceptation (comp. art. 40 (4) CESL) qu'une véritable expression spéciale de celles-ci²²³⁶.

1155

Un autre argument systématique résulte du fait que l'art. 9 CO n'a qu'une portée réduite en matière de **commerce électronique**. La transmission de la manifestation de volonté est souvent quasi-simultanée à sa réception, de sorte qu'elle ne peut en général pas être révoquée avant son entrée dans la sphère de puissance du destinataire²²³⁷. L'introduction d'un droit de révocation pour les contrats conclus par la voie électronique confirmerait ainsi une séparation nette entre l'art. 9 CO et le droit de révocation.

1156

Les conséquences de l'exercice du droit de révocation sont finalement qu'il libère, soit le consommateur du caractère contraignant de son offre ou de son

1157

²²³² Vraisemblablement dans ce sens, Commentaire CESL-GEBAUER, Vorbem. zu Art. 30 ff. N 10.

²²³³ Commentaire CESL-WELLER, art. 40 N 18.

²²³⁴ ECL-HELLWEGE, art. 2:501 N 8.

²²³⁵ Comp. REINER, p. 21 : « *der Widerruf nach dem Unwirksamkeitsmodell ist keine Willenserklärung, sondern blosser Rechtshandlung* ».

²²³⁶ Comp. ECL-HELLWEGE, art. 2:501 N 8.

²²³⁷ WEBER, E-Commerce, p. 344 et 362.

acceptation, soit termine le contrat et entraîne l'extinction des obligations réciproques²²³⁸. Dans les deux cas, cet exercice empêche la venue à chef ou la pérennité d'un contrat.

(iii) *Exécution des prestations*

- 1158 Lorsque le contrat a été totalement exécuté par les parties, il n'existe plus²²³⁹. L'une des parties peut alors opposer à l'autre l'**objection** (« *Einwendung* ») que le contrat a été exécuté. Il s'agit d'un moyen de défense au fond²²⁴⁰ et non pas d'une catégorie particulière de droit formateur comme l'est le fait d'invoquer une exception (« *Einrede* »)²²⁴¹ ou d'exercer un droit de révocation (*supra* N 1051).
- 1159 Lorsque le contrat a été totalement exécuté, l'objection est dite **extinctive** (« *rechtsaufhebende Einwendung* »²²⁴²) ; le tribunal doit la relever d'office²²⁴³. La partie qui s'en prévaut sera néanmoins bien avisée de lui fournir et de produire tous les documents utiles²²⁴⁴.
- 1160 L'apparent paradoxe de la révocation d'un contrat totalement exécuté peut intervenir lorsque le consommateur n'a **jamais eu connaissance de son droit de révocation et que l'information sur ce droit n'est pas une condition de validité du contrat** (*infra* N 1214 ss). Si les parties ont totalement exécuté leurs obligations réciproques, l'on est confronté à l'obstacle logique selon lequel il n'est pas possible de révoquer un contrat qui n'existe pas (plus)²²⁴⁵. Précisément

²²³⁸ Dans ce sens, ZK OR-DORNIER, art. 40f N 132.

²²³⁹ En lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, CJCE, 10.04.2008, HAMILTON, aff. C-412/06, N 42 et en part. N 43 : « le renvoi à la notion d'« obligation », à ladite disposition (i.e. art. 5 § 2 Directive), indique que l'existence desdites conséquences suppose que le consommateur ait exercé son droit de révocation au regard d'un contrat qui était en cours d'exécution, alors qu'après l'exécution complète du contrat il n'existe plus d'obligation ».

²²⁴⁰ Pour l'objection en tant que moyen de défense au fond sous l'angle procédural, BOHNET, Procédure civile, p. 226 ss.

²²⁴¹ CR CO I-MORIN, art. 1 N 29 s.

²²⁴² CR CO I-MORIN, art. 1 N 30 (objection « *stricto sensu* ») ; VON TUHR/PETER, p. 27.

²²⁴³ CR CO I-MORIN, art. 1 N 30 ; VON TUHR/PETER, p. 29.

²²⁴⁴ Par ex. des extraits de comptes bancaires, des quittances postales d'envois par recommandé, la copie d'échanges épistolaires ou électroniques, etc.

²²⁴⁵ FF 2014 893, 916 avec les réf. citées : « il ne serait pas possible de révoquer un contrat qui n'existerait pas ».

en raison de l'absence de contrat, une révocation ne devrait dès lors plus être possible en cas d'exécution totale des prestations par les parties²²⁴⁶.

Compte tenu de l'impératif de protection du consommateur, cette question se résout **à l'aide des critères de détermination du délai de péremption** du droit de révocation (*infra* N 1276 ss). La doctrine reconnaît par ailleurs, qu'en l'absence d'information sur le droit de révocation (*infra* N 1215), le délai de révocation ne commence pas à courir. La révocation serait ainsi possible en tout temps (« *jederzeitig* »)²²⁴⁷, ce qu'il conviendra toutefois de nuancer (*infra* N 1218 ss [information comme condition de validité du contrat] et 1276 ss).

1161

Considérer que la révocation devient en principe impossible lorsque le contrat a été exécuté tend, quoi qu'il en soit, **à rattacher le droit au contrat**. L'existence même du droit est alors étroitement liée à celle du contrat en tant que tel, préalablement venu à chef par la conjonction d'une offre et d'une acceptation.

1162

(iv) Constat

Il existerait un lien étroit entre le droit de révocation et les règles sur les vices du consentement (cf. cep. *infra* N 1182 ss)²²⁴⁸. En rattachant la révocation à l'offre et à l'acceptation, le législateur suisse aurait écarté le lien existant entre, tout particulièrement, la révocation en matière de démarchage à domicile et les règles sur les vices du consentement²²⁴⁹. En suivant la conception d'un tel

1163

²²⁴⁶ Admettant une possibilité de révocation même en cas d'exécution totale des prestations contractuelles, arrêt du TC VD ML/2011/240 (n° décision 161) du 05.05.2011, consid. II.b : « *lorsque le fournisseur n'a pas respecté son incombance, par exemple en donnant une information peu claire ou incomplète, la validité du contrat n'en est pas affectée, mais le délai pour l'exercice du droit de repentir ne court pas et le consommateur peut en tout temps révoquer sa déclaration de volonté, même si les obligations réciproques ont été partiellement ou totalement exécutées* (Stauder, *op. cit.* n° 14 ad art. 40e CO). CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 13.

²²⁴⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 476b. BSK OR-KOLLER-TUMLER, art. 40d N 4 précise que le besoin de protection situationnel du consommateur demeure alors entier.

²²⁴⁸ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète). HARTMANN, *Widerrufsrecht*, p. 324 ; PICHONNAZ, *Quelques nouveautés*, p. 64.

²²⁴⁹ HUGUENIN, *Obligationenrecht*, N 266b.

rattachement, le **positionnement systématique des art. 40a ss CO** ne s'expliquerait donc que difficilement²²⁵⁰.

1164 En application d'un rattachement aux manifestations de volonté, on aurait effectivement pu s'attendre à une insertion des dispositions sur la **révocation au sein des dispositions générales sur l'offre et l'acceptation** (art. 3 à 10 CO). Il est vrai, un certain éloignement systématique²²⁵¹ se retrouve dans CO 2020 (*infra* N 2008) ; les art. 16 ss CO 2020, instituant un droit de révocation général dans les contrats de consommation, se situent dans la partie relative aux effets du contrats (art. 13 ss CO 2020), non celle sur sa conclusion (art. 1 ss CO). Les rédacteurs du Projet ont tout de même opté pour un rattachement au contrat (art. 16 al. 1 CO 2020, « *peut révoquer le contrat* »).

1165 À notre avis, le droit de révocation devrait donc en définitive plutôt être rattaché au contrat. On pourrait utiliser une formulation telle que « *le consommateur peut révoquer le contrat* », « *le contrat n'entre en vigueur pour le consommateur que quatorze jours après la remise en ses mains d'une copie signée par les parties* » (cf. art. 406e al. 1 CO) ou « *la révocation rend le contrat caduc en le considérant comme non réalisé depuis le début* »²²⁵². Un rattachement, à tout le moins littéral, au contrat plutôt qu'à la manifestation de volonté nous paraît **plus adéquat, plus clair et plus cohérent**. Il serait d'ailleurs plus en phase avec la tendance en droit de l'UE et celle des projets d'uniformisation (comp. *supra* N 1138 s.).

1166 On rappellera que l'existence du droit de révocation reste **indépendante de la phase de conclusion du contrat** où s'échangent traditionnellement – et schématiquement – une offre et une acceptation. Sous l'angle des art. 40a ss CO, par exemple, toute modification contractuelle ultérieure, de même que la novation (art. 116 CO) qui interviendrait dans des circonstances entraînant l'application des règles protectrices (cf. art. 40b CO), permettent une révocation par le consommateur²²⁵³. Il est vrai, l'affirmation tempère la classification du droit de révocation en tant que moyen de protection contractuel spécifique relatif à la phase « initiale » de la conclusion du contrat (*supra* N 461 ss).

²²⁵⁰ CR CO I-THÉVENOZ/WERRO, Introduction générale, N 9 estiment que les art. 40a ss CO sont « [...] curieusement coincées entre la représentation et la responsabilité civile [...] ».

²²⁵¹ L'éloignement systématique existe également par rapport aux règles sur les vices du consentement (art. 23 ss CO).

²²⁵² FF 1986 II 360, 401. FORNAGE, Droit de révocation, p. 504.

²²⁵³ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40a N 11.

Cette indépendance se vérifie encore par rapport à l'**obligation d'information du professionnel**²²⁵⁴ au sujet de l'existence du droit de révocation. En l'absence d'information, ou en cas d'information incomplète, la validité du contrat n'est ainsi pas nécessairement affectée²²⁵⁵. Tel est le cas lorsque l'information sur le droit de révocation n'est pas une condition de validité du contrat. Or, particulièrement dans cette constellation, le rattachement du droit à l'offre ou à l'acceptation reste difficile à concevoir. La révocation peut intervenir longtemps après l'émission de la manifestation de la volonté « initiale », généralement à la condition supplémentaire que le consommateur ait été (ultérieurement) valablement informé de l'existence du droit (*infra* N 1214 ss).

3. *Excursus* : contrat à formation successive

a. Conception

Chez certains auteurs, particulièrement de droit français, on rencontre la conception selon laquelle le droit de révocation impliquerait un contrat à formation successive²²⁵⁶. Un **doute sur le consentement définitif** du consommateur subsisterait jusqu'à l'écoulement du délai de révocation (comp. art. 1122 CCFr²²⁵⁷)²²⁵⁸. Il convient de garder à l'esprit ici que, contrairement au droit suisse, l'offre est, par principe, révocable en droit français (cf. art. 1115 CCFr²²⁵⁹)²²⁶⁰. La remise en cause de la manifestation de

²²⁵⁴ Pour des développements, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 476a ss.

²²⁵⁵ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40d N 13.

²²⁵⁶ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 389 avec les réf. citées. Il semblerait qu'on retrouve pareille conception dans la doctrine suisse de la fin des années 1970. JEANPRÊTRE, p. 46 : « *au postulat du consentement réfléchi, le droit de repentir apporte une solution. Il ralentit la conclusion du contrat. La manifestation de la volonté n'est plus un phénomène instantané. Du début à la fin du processus, il s'écoulera 3 jours, 5 jours, une semaine. Assurément la solution n'est pas une panacée [...]* ». Quelques lignes plus bas, l'auteur considère cependant qu'« *un délai de réflexion après la conclusion du contrat devrait l'aider (i.e. le consommateur) à mesurer la portée de son engagement* ».

²²⁵⁷ La teneur de cette disposition est la suivante : « *la loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement* ».

²²⁵⁸ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 389.

²²⁵⁹ La teneur de cette disposition est la suivante : « *Elle [l'offre] peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire* ».

²²⁶⁰ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, N 117.

volonté de l'une des parties avant la conclusion du contrat est donc plus facilement acceptable que dans les droits nationaux où l'offre est contraignante²²⁶¹.

1169 En droit allemand, où l'offre est par principe irrévocable (§ 145 BGB²²⁶²), un courant doctrinal défend malgré tout la conception selon laquelle le contrat de consommation soumis à une possibilité de révocation fonderait une **approche « graduelle » de l'achèvement de la manifestation de volonté du consommateur** (« *Ansicht von der nichtvollendeten Erklärung* ») ; avant l'écoulement du délai de révocation, le contrat ne serait pas en suspens, mais tout simplement non venu à chef²²⁶³. Ce ne serait qu'après l'écoulement du délai de révocation que le contrat se formerait, la manifestation de volonté étant alors définitivement parvenue « à maturité ».

1170 Dans ce prolongement, et pour le droit suisse, on relève la conception que présente, critique et réfute KUONEN, en particulier, quant à la formation graduelle du consentement des parties tout au long des négociations (pré)contractuelles²²⁶⁴. La conception présentée retient que, dans le processus de formation du contrat, le consentement des parties intervient **par couches successives** (ou par étapes) ; ce processus²²⁶⁵ s'apparente donc à la théorie du contrat à formation successive. L'approche doit toutefois être strictement distinguée des négociations complexes où la conclusion du contrat est régulièrement précédée d'étapes préparatoires²²⁶⁶. Ce n'est alors pas la manifestation de volonté qui est « successive », mais les étapes – la chronologie – pour parvenir à la conclusion du contrat au moyen de la conjonction de deux ou plusieurs manifestations de volonté étant en elles-mêmes exhaustives.

²²⁶¹ C'est le cas en droit suisse, cf. CR CO-MORIN, art. 3 N 4, sous réserve de la proposition sans engagement (art. 7 al. 1 CO), mais qui ne serait précisément pas une offre, cf. CR CO I-MORIN, art. 7 N 3. Comp. BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 3 N 4 ss et CHK OR-KUT, art. 3 N 4 et art. 7 N 1.

²²⁶² La teneur de cette disposition est la suivante : « *Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat* ».

²²⁶³ REINER, p. 22.

²²⁶⁴ KUONEN, Responsabilité précontractuelle, N 767 s. : « *cette conception bat ainsi en brèche le mécanisme traditionnel fondé sur l'offre et l'acceptation* ».

²²⁶⁵ Il doit être distingué de la problématique des contrats à plusieurs niveaux (« *mehrstufige Verträge* »), qui décrit le complexe de plusieurs contrats distincts ne formant qu'une seule unité économique, mais résultant d'un consentement indépendant et à chaque fois définitif, BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, Vor art. 1-40 N 40.

²²⁶⁶ FONTAINE, p. 235 ss.

Comment **apprécier** (b) la nature juridique du droit de révocation en référence à la théorie du contrat à formation successive ? 1171

b. Appréciation

La conception d'un doute sur le consentement définitif (ou d'un consentement progressif) du consommateur doit être rejetée en droit suisse. Pour des motifs d'applicabilité du droit et de sécurité juridique, le consentement mutuel lié à la conjonction des manifestations de volonté **existe ou n'existe pas** à un moment déterminé ; en tant que tel, il reste détaché de la seule volonté de l'une des parties, y compris du consommateur²²⁶⁷. 1172

En effet, de (trop) nombreux **effets juridiques** découlent ou se fondent sur le moment de la conclusion du contrat (ex. art. 21 al. 2, 28 al. 2 et 32 al. 2 CO et art. 9 al. 2 let. b, 10 let. c, 11 al. 2 let. a, 12 al. 2 let. b, 28 al. 1, 29 al. 1, 30 al. 1 ainsi que 33 al. 1 et 4 LCC)²²⁶⁸. Le rattachement du droit de révocation au contrat demeure également indépendant de la volonté des parties. Si les conditions de la règle légale sont données, l'application du moyen de protection est abstraite. Aussi, le début du délai de révocation intervient-il indépendamment – ou pas uniquement – d'après le moment de la conclusion du contrat (cf. art. 40e CO et 16 al. 2 LCC). 1173

La conception d'un doute sur la valeur du consentement définitif ne nous paraît dès lors pas opportune pour déterminer le type de rattachement du droit de révocation. Ce dernier, entendu comme un moyen permettant à son bénéficiaire de revenir sur la « parole donnée » (ou par référence à l'adage « la nuit porte conseil »²²⁶⁹), n'implique à notre sens rien d'autre. Les deux expressions envisagent toujours la conclusion du contrat en vertu d'un consentement « plein » de toutes les parties, et **non pas la progressivité du consentement de l'une des parties seulement**. 1174

²²⁶⁷ KUONEN, Responsabilité précontractuelle, N 769 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 7 : « *cette solution est aussi conforme à CO 1, puisque le consentement, fondé sur le principe de la confiance, crée un contrat valable. Le vice de volonté permet cependant de revenir sur le contrat conclu et de l'invalider unilatéralement en vertu de l'art. 31 CO* ».

²²⁶⁸ KUONEN, Responsabilité précontractuelle, N 770.

²²⁶⁹ En lien avec la nature résolutoire des droits de repentir dans l'ancien droit suisse sur la vente immobilière, JEANPRÊTRE, p. 33. L'auteur précise que, dans l'ancienne Suisse, dans la région de Brugg, le délai pour le repentir était effectivement d'un jour seulement, alors qu'il était défini en tant que « dédit dans la huitaine » à Neuchâtel.

- 1175 En revanche, du point de vue de la formation générale du contrat, il est vrai que l'existence d'un droit de révocation met en place un régime où **l'entrée en vigueur définitive du contrat est conditionnée par l'absence d'exercice du droit**. De ce point de vue, la perfection du contrat n'est donc pas (plus) subordonnée à un « moment magique » (« *magical moment* ») correspondant à celui où la conjonction des intentions respectives des contractants intervient²²⁷⁰.
- 1176 Il nous semble donc, en définitive, que la conception du contrat à formation successive insiste plutôt sur la **complexité du processus contractuel moderne**, que sur le type de rattachement du droit de révocation. Il est vrai, sous ce dernier angle, elle présenterait tout de même un certain intérêt dogmatique et théorique²²⁷¹, en insistant sur l'imperfection de la déclaration de volonté du consommateur dans un contexte contractuel particulier, justifiant précisément l'existence du droit de révocation.
- 1177 Dans cette partie consacrée à la nature juridique du droit de révocation, il reste encore intéressant de le mettre en **lien avec les règles sur les vices du consentement (C)**.

C. Lien avec les règles sur les vices du consentement

1. Convergences

- 1178 Le principal point commun entre le droit de révocation et les règles sur les vices du consentement résulte de la **distinction** à opérer entre, d'une part, le consentement mutuel des parties résultant de la conjonction de leurs manifestations de volonté (accord des parties) et, d'autre part, la fonction des règles sur les vices du consentement (validité de l'accord).
- 1179 Le constat d'un accord entre les parties est une condition *sine qua non* pour l'application des règles sur les vices du consentement²²⁷², ces derniers s'envisageant au stade de l'examen de la validité de l'accord²²⁷³. Sous l'angle

²²⁷⁰ SCHULZE/ZOLL, p. 113.

²²⁷¹ BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 N 2.

²²⁷² ATF 127 III 248, consid. 3b ; ATF 64 II 9, consid. 3 : « *le contrat est ainsi devenu parfait et le défendeur ne peut plus se prévaloir que de son erreur [...]* ». LOEWENHEIM, p. 439.

²²⁷³ Réf. est faite à la théorie des deux niveaux (« *Zwei-Stufen-Theorie* ») qui conduit à distinguer nettement entre, d'une part, le dissentiment et, d'autre part, les vices du consentement, lesquels s'excluent mutuellement, ATF 129 III 320, consid. 6.2 = JdT 2003 I 331 ; ATF 105 II 23, consid. 2b et les réf. citées = JdT 1979 I 474 ; arrêt du TF 4A_340/2011

des dispositions sur la conclusion du contrat (art. 1 à 10 CO), le **consentement mutuel** (consentement formel initial²²⁷⁴) ne saurait ainsi être atteint par une volonté « défectueuse »²²⁷⁵ de l'une des parties²²⁷⁶ ; le principe de confiance l'impose²²⁷⁷. Il est ainsi admis de longue date que l'examen du consentement entre les parties s'évalue à l'aune du principe de la confiance²²⁷⁸.

Dès lors, si le consentement mutuel existe, seule la loi reconnaît à l'une des parties la **faculté de le remettre unilatéralement en cause de façon contraignante pour l'autre**²²⁷⁹. Cette dernière ne peut donc intervenir que dans

1180

du 13.09.2011, consid. 3.1 : « *der Bestand eines Erklärungsirrtums als solcher bringt einen Vertrag indessen nicht zu Fall* » ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 916 ss ; HUGUENIN, Obligationenrecht, N 445 ; CHK OR-KUT, art. 23-24 N 1 ; ROSSEL, 4^e éd., p. 31 ; BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. Art. 23-27 N 132 ss et 160 ss.

²²⁷⁴ Le TF rappelle cette notion de consentement formel initial (« *ursprünglicher formaler Konsens* »), ATF 137 III 243, consid. 4.4.3 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète). Comp. ATF 129 III 320, consid. 7.1.1 = JdT 2003 I 331. Comp. sous l'angle de l'offre et de l'acceptation, ROSSEL, 4^e éd., p. 3 : « *le consentement réciproque des parties, qui est l'un des éléments constitutifs de tout contrat [...]* ».

²²⁷⁵ Déjà SCHNEIDER/FICK, Commentaire populaire, p. 53 : « *les déficiences de la volonté chez les contractants ou l'insuffisance de la manifestation [...]* ».

²²⁷⁶ Comp. ATF 105 II 16, consid. 3a : « *richtig ist, dass nach Art. 1 OR der Vertragsschluss vom Vorliegen übereinstimmender Willensäusserungen - und nicht vom wirklichen Willen der Vertragspartner - abhängt und dass diese Willensäusserungen nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen sind, indem massgebend ist, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten* » ; ATF 101 II 329, consid. 2 : « *[...] nach der Vertrauensstheorie muss der Beklagte sich diese Auslegung selbst dann entgegenhalten lassen, wenn sie nicht seinem damaligen Willen entsprochen haben sollte. Er erkennt, dass zum Abschluss eines Vertrages nur die Übereinstimmung der gegenseitigen Willensäusserungen erforderlich ist (Art. 1 Abs. 1 OR); dass auch der tatsächliche Wille der Parteien übereinstimme, ist nicht nötig* » ; ATF 96 II 139, consid. 2 : « *[...] ob es auch der tatsächliche Wille des Klägers war, die Konkurrenz während unbeschränkter Zeit zu unterlassen, ist unerheblich. Dass beide Parteien einen vom Wortlaut abweichenden inneren Willen gehabt hätten - der gemäss Art. 18 OR dem durch die Auslegung gewonnenen Sinn des Vertrages vorgehe - macht der Kläger nicht geltend. Er bringt gegenteils vor, sie hätten an diesen Punkt überhaupt nicht gedacht* ». ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 188 et 195 s.

²²⁷⁷ MEIER-HAYOZ, p. 25.

²²⁷⁸ BÜRGI, p. 10.

²²⁷⁹ CUÉNOD, p. 19 : « *si l'auteur de la déclaration veut apporter la preuve d'une volonté divergente, il doit le faire en attaquant le contrat pour cause d'erreur* » ; SCHMIDLIN, Vertragsabschluss, p. 120. Dans ce sens, mais écartant trop l'importance de la volonté des parties, ATF 64 II 9, consid. 2 : « *dans le système du code, la concordance des volontés n'est pas un élément essentiel du contrat. Celui-ci est en principe parfait dès que les déclarations des parties concordent, quelles que soient leur volonté intime et la divergence entre cette volonté et sa manifestation* ». Critique envers cet arrêt, GAUCH, Vertrag und Parteiwille,

les cas expressément et limitativement réglés par la loi, au travers de l'exercice d'un droit formateur mettant fin au contrat²²⁸⁰. La loi octroie cette faculté en cas de vices du consentement ou, précisément, d'existence d'un droit de révocation légal ; c'est ce qui constitue à notre avis leur véritable point commun²²⁸¹, plus encore que les considérations liées à la cohérence de la jurisprudence relative à la restitution des prestations ensuite de l'exercice de l'un de ces deux moyens (comp. *infra* N 1330)²²⁸².

1181 Cela étant, les **divergences** (2) entre les deux institutions restent nombreuses.

2. Divergences

1182 Les divergences entre les règles sur les vices du consentement et le droit de révocation résultent des **caractéristiques des règles sur les vices du consentement** (a), du délai d'invalidation (b) et du niveau d'analyse (c).

a. Caractéristiques des règles sur les vices du consentement

(i) *Moyen de droit commun*

1183 Comme les règles sur la garantie pour les défauts (art. 197 ss et 367 ss CO) ou sur l'inexécution des obligations (art. 97 ss CO), les vices du consentement ne sont applicables que de manière très limitée, à des conditions qu'il appartient au consommateur de démontrer²²⁸³. S'il est vrai que les règles sur les vices du

p. 351 fait remarquer qu'il suffit que les parties se soient entendues de fait. Autrement dit, la théorie de la confiance (*supra* N 41 ss) ne signifie pas encore que la volonté des parties doive être écartée au détriment d'éléments purement objectifs menant à un accord potentiellement contraire à leur volonté.

²²⁸⁰ ATF 32 II 281, consid. 6 : « *eine Diskrepanz zwischen Wille und Willensäußerung wird nur ausnahmsweise, so namentlich im Falle des wesentlichen Irrtums, und übrigens auch da nur unter gewissen Kautelen (s. Art. 23 OR) berücksichtigt* ». GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 232 « *keine Partei kann das übereinstimmende Erklärte ohne Zustimmung der anderen Partei unwirksam machen, es sei denn, sie habe ein entsprechendes Gestaltungsrecht* ».

²²⁸¹ HUGUENIN, Obligationenrecht, N 266b. Pour les liens entre le droit de révocation et les vices du consentement en droit allemand, REINER, p. 27 ss. Vraisemblablement du même avis, ECL-HELLWEGE, art. 2:504 N 4.

²²⁸² ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète).

²²⁸³ FF 2014 2883, 2885 (Initiative parlementaire « pour une protection du consommateur contre les abus du démarchage téléphonique », Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 14 novembre 2013, Avis du CF).

consentement et le droit de révocation visent à préserver le respect de la libre formation de volonté de l'une des parties²²⁸⁴, les premières ne relèvent cependant **pas strictement du droit contractuel de la consommation**. Contrairement aux droits de révocation, les vices du consentement n'intègrent d'ailleurs pas de considérations liées à la conclusion de contrats en masse²²⁸⁵.

(ii) *Règles sur l'erreur en particulier*

Le recours aux règles sur **l'erreur** (art. 23 à 27 CO) se fonde sur des motifs différents de ceux à la source du droit de révocation. L'invocation de l'erreur suppose son essentialité (art. 23 CO)²²⁸⁶ et peut impliquer le paiement de dommages-intérêts par l'*errans* (art. 26 CO).

1184

À l'inverse, le **droit de révocation légal ne vise pas la correction d'une erreur du consommateur** ; elle n'est pas une condition d'application du droit et le consommateur n'a pas à justifier l'exercice dudit droit (*supra* N 1051). L'institution du droit de révocation n'est donc pas une erreur « allégée » ou une erreur non essentielle exceptionnellement reconnue comme étant pertinente (cf. art. 23 et 24 CO). L'élément de la mauvaise représentation substantielle²²⁸⁷ de la réalité par le consommateur n'est du reste pas une condition *sine qua non* de l'exercice valable du droit de révocation²²⁸⁸.

1185

²²⁸⁴ TERCIER/PICHONNAZ, N 769.

²²⁸⁵ SCHULZE/ZOLL, p. 158 s.

²²⁸⁶ Comp. GAUCH, *Der vernünftige Mensch*, p. 186 : « *bei wesentlichem Erklärungsirrtum wird auch der Interessenlage des Irrenden Rechnung getragen* ».

²²⁸⁷ Sur les conditions de l'erreur de déclaration, TERCIER/PICHONNAZ, N 787 ss. Sur les conditions de l'erreur de base (ou erreur qualifiée sur les motifs), TERCIER/PICHONNAZ, N 799 ss.

²²⁸⁸ HARTMANN, *Rückabwicklung*, N 33 : « *das Gesetz reagiert hier vielmehr auf typische Gefahren für die freie Willensbildung* ». L'auteur rappelle également (N 31 ss) le caractère abstrait de la protection dans ce contexte, par opposition à la protection concrète en cas d'affectation effective de la volonté, à l'instar des vices du consentement (art. 23 ss CO). Encore plus nuancé, MEIER-HAYOZ, p. 199 dénombre trois niveaux consécutifs dans la formation du contrat : (1) l'interprétation des manifestations de volonté individuelles et respectives, (2) la venue à chef du contrat par la concordance des manifestations de volonté et (3) la validité du contrat par le contrôle des manifestations de volonté individuelles et respectives pour s'assurer qu'elles soient exemptes d'un vice.

b. Délai d'invalidation

1186 L'invalidation d'un contrat entaché d'un vice du consentement ne connaît pas à strictement parler de délai de prescription absolu²²⁸⁹. L'éventuel délai de **péremption** d'une année court dès la découverte du vice du consentement (art. 31 al. 2 CO)²²⁹⁰.

1187 En revanche, s'il n'est pas utilisé, le **droit de révocation** se périmé en principe après l'écoulement du délai de révocation (« délai de péremption relatif », *infra* N 1267 ss). En l'absence d'information sur le droit, se pose surtout la question de sa péremption (« délai de péremption absolu », *infra* N 1271 ss).

c. Niveau d'analyse

1188 Le « niveau d'analyse » **diffère également entre les vices du consentement et le droit de révocation**.

1189 L'application des règles sur les vices du consentement suppose, en particulier, la **conclusion préalable d'un contrat** (*supra* N 37), ce qui n'est en revanche pas strictement le cas lorsque la révocation concerne le retrait de l'offre ou de l'acceptation avant la conclusion du contrat. Un tel retrait est admis, indépendamment de considérations dogmatiques relatives au type de rattachement du droit de révocation (*supra* N 1129 ss).

1190 Certes avec retenue, la doctrine admet en outre que les règles sur les vices du consentement s'appliquent à un **acte formateur**²²⁹¹, à l'instar du droit de révocation (comp. *supra* N 1051). L'exercice de ce dernier pourrait donc théoriquement être considéré comme vicié. Sous cet angle, les deux institutions doivent être clairement distinguées.

1191 Dans une optique plus pratique, nous allons présenter les **éléments du droit** (III). Nous approfondirons ensuite la répétition et la restitution des prestations (IV).

III. Eléments du droit

1192 Les éléments du droit de révocation se rapportent à l'**information** (A) et au défaut d'information (B), à l'exercice du droit (C) ainsi qu'à ses effets (D).

²²⁸⁹ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 9.

²²⁹⁰ TERCIER/PICHONNAZ, N 811.

²²⁹¹ TERCIER/PICHONNAZ, N 781.

A. Information

L'obligation²²⁹² d'information du professionnel – et sa portée – au sujet de la faculté, pour le consommateur, d'exercer un droit de révocation légal est définie par les dispositions protectrices spécifiques (sur l'approche sectorielle, *supra* N 1075 ss). Quel que soit le droit de révocation concerné, l'obligation d'information porte généralement **sur trois points** : l'existence, la forme et le délai de révocation²²⁹³. En particulier, on constaterait un lien très étroit entre la période de révocation et l'exigence que le consommateur soit suffisamment informé au sujet du droit²²⁹⁴. Quant à l'information sur le droit de révocation, elle représente un devoir d'information (généralement) précontractuel spécifique (comp. *supra* N 972 ss).

Des dispositions topiques se retrouvent dans le **démarchage à domicile** (1), le courtage matrimonial (2), le crédit à la consommation (3) et le contrat d'assurance sur la vie (4).

1. Démarchage à domicile

En cas de démarchage à domicile, le fournisseur doit, **par écrit** ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte, informer le consommateur du droit de révocation, de la forme et du délai à observer pour l'exercer. Le professionnel doit aussi lui communiquer son adresse (art. 40d al. 1 CO)²²⁹⁵.

Les informations doivent être datées et permettre l'identification et l'individualisation du contrat (art. 40d al. 2 CO). Elles doivent être fournies au consommateur de sorte qu'il en ait connaissance au plus tard **au moment où il propose ou accepte le contrat** (art. 40d al. 3 CO). Quant au délai de révocation de quatorze jours, il commence à courir dès que le consommateur a proposé ou

²²⁹² HARTMANN, Informationspflichten, N 410 ss relève que la qualification en tant qu'obligation permet au consommateur d'actionner le professionnel en paiement de dommages-intérêts et améliore ainsi la protection du consommateur. *Contra*, ZK OR-DORNIER, art. 40d N 103 considère qu'il s'agit d'une incombance, la sanction de la violation de l'art. 40d CO n'étant pas expressément prévue par la loi, mais ressortirait indirectement de l'art. 40e al. 2 let. b CO. Une interprétation favorable au consommateur commande à notre avis d'opter pour la solution préconisée par HARTMANN, d'autant plus qu'elle permettrait au consommateur d'élever des prétentions fondées sur la *culpa in contrahendo* s'il subit un dommage en raison du défaut d'information (HARTMANN, N 413).

²²⁹³ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 314.

²²⁹⁴ SCHULZE/ZOLL, p. 180.

²²⁹⁵ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 313.

accepté le contrat et a eu connaissance des informations prévues à l'art. 40d CO (art. 40e al. 2 CO).

- 1197 La **validité du contrat** n'est cependant pas soumise à la forme écrite²²⁹⁶. Si l'exigence de forme (sur les règles de forme, *supra* N 997 ss) ne concerne dès lors que l'information sur le droit (cf. art. 40d al. 1 CO), il s'agit tout de même d'une formalité dont l'utilité reste significative pour la protection du consommateur (comp. *supra* N 1047).

2. Courtage matrimonial

- 1198 Les dispositions sur le courtage matrimonial retiennent que le contrat **n'est valable que** s'il est établi par écrit et contient l'indication de l'existence d'un droit de révocation devant, le cas échéant, être exercé dans un délai de quatorze jours (art. 406d ch. 5 CO). Pour le consommateur, le contrat n'entre en vigueur que quatorze jours après qu'une copie du contrat signée par les parties lui ait été remise (art. 406e al. 1 CO).
- 1199 La loi consacre ici une **condition potestative suspensive négative**, également étroitement liée à l'information du consommateur.

3. Crédit à la consommation

- 1200 Dans la législation sur le crédit à la consommation, où l'information sur le droit de révocation est couverte par l'exigence de forme (cf. ég. *infra* N 1218 ss), l'obligation d'information se déduit des **indications que doit contenir le contrat** (art. 9 al. 2 let. h et art. 11 al. 2 let. f LCC). A défaut d'information sur le droit de révocation, le contrat est nul (art. 15 al. 1 LCC). Quant au délai de révocation, il commence à courir dès que le consommateur a reçu un exemplaire du contrat (art. 16 al. 2 LCC), non dès la conclusion du contrat.

4. Contrat d'assurance sur la vie conclu en prestation de services transfrontière

- 1201 Le consommateur qui conclut un contrat d'assurance sur la vie en prestation de services transfrontière supérieur à six mois bénéficie également d'un droit de

²²⁹⁶ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 313 s. ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40d N 9.

révocation. La portée pratique de cette disposition **est toutefois très faible**²²⁹⁷. Nous la mentionnons par souci d'exhaustivité uniquement.

L'assureur **doit renseigner le proposant** sur le droit de se départir du contrat, sur le délai et la forme d'exercice de ce droit, ainsi que lui indiquer l'adresse de l'établissement avec lequel le contrat est conclu dans le formulaire de proposition et dans les conditions générales de l'assurance. Si un formulaire de proposition n'est pas remis, ces indications doivent figurer dans la police et dans les conditions générales de l'assurance. Si cette prescription n'est pas respectée, le consommateur peut se départir en tout temps du contrat (art. 89a let. d LCA). Le délai court à partir du moment où le preneur est informé que le contrat est conclu (art. 89a let. a LCA). Le preneur est réputé informé le jour où l'acceptation de l'assureur lui parvient ou le jour où il accepte la proposition de l'assureur (art. 89a let. b LCA).

1202

Comment s'analyse le **défaut d'information** (B) sur le droit de révocation ?

1203

B. Défaut d'information

1. Définition

Pour évaluer le défaut d'information (comp. art. 10 Directive 2011/83/UE et art. 2:502 ECL), il est utile de commencer par identifier la situation où **l'information est reçue** (a).

1204

a. Information reçue

Lorsque le consommateur **reçoit l'information** sur le droit de révocation conformément aux prescriptions légales (*supra* N 1193 ss), la situation n'est pas problématique ; soit le consommateur exerce le droit dans le délai de révocation et le contrat prend fin ou ne vient pas à chef, soit il ne l'exerce pas et le contrat existe, respectivement subsiste.

1205

Si le consommateur reçoit l'information, mais n'est **pas en mesure d'en saisir la portée** et n'exerce pas son droit, l'information est néanmoins réputée obtenue. On retrouve ici certaines limites pratiques aux considérations de protection du consommateur, relatives précisément à l'information du consommateur (*supra* N 258 ss). Cela souligne également que l'exercice du

1206

²²⁹⁷ FF 2003 3353, 3423.

droit de révocation fait, en définitive, toujours appel à la responsabilité individuelle du consommateur (*supra* N 1064).

1207 Enfin, le défaut portant sur **d'autres informations et/ou des informations complémentaires** ne devrait avoir aucune incidence sur la période de révocation²²⁹⁸. Cette affirmation de la doctrine européenne contraste avec la législation suisse sur le crédit à la consommation, où le délai commence à courir dès que le consommateur a reçu un exemplaire du contrat et contenant certaines indications complémentaires (art. 16 al. 2 en relation avec les art. 9 al. 1, 11 al. 1 et 12 al. 1 LCC ; pour les indications complémentaires, comp. art. 9 al. 2, 11 al. 2 et 12 al. 2 LCC).

1208 Quelle est la situation lorsque l'**information n'est pas reçue** (b) ?

b. Information non reçue

1209 La situation devient moins limpide lorsque le professionnel, au mépris des prescriptions légales, **ne fournit pas l'information** au sujet du droit **ou** – ce qui revient souvent au même²²⁹⁹ – lorsque cette information est **erronée**. Ces hypothèses cachent quoi qu'il en soit encore deux cas de figure distincts : le professionnel qui respecte tardivement son obligation d'information ou qui ne la respecte pas du tout²³⁰⁰. En matière de démarchage à domicile, par exemple, l'information est insuffisante si elle est intégrée dans des conditions générales (*supra* N 1195 s.). Elle l'est également si elle figure au verso d'un contrat auquel il est renvoyé par une mention en petits caractères sous la signature du consommateur²³⁰¹. En revanche, une information sur un bulletin de commande pourrait suffire²³⁰².

1210 Selon la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'ancienne Directive 85/577/CEE sur les contrats négociés hors établissements commerciaux, la prise

²²⁹⁸ ECL-HELLWEGE, art. 2:502 N 6.

²²⁹⁹ CJCE, 10.04.2008, HAMILTON, aff. C-412/06, N 35. Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO du 21.11.2007, HAMILTON, aff. C-412/06, N 18 : « *il n'existe, en effet, aucune raison de différencier l'absence d'information et la communication d'une information erronée dès lors que ces deux circonstances induisent pareillement en erreur le consommateur sur son droit de révocation* ». En droit allemand, le aHWiG prévoyait un rapprochement similaire.

²³⁰⁰ ECL-HELLWEGE, art. 2:502 N 1.

²³⁰¹ Arrêt du TC VD ML/2011/240 (n° décision 161) du 05.05.2011 consid. II.b ; arrêt du TC NE CCC.2005.100 du 06.02.2000, consid. 2.

²³⁰² Arrêt du TC GR ZB-05-29 du 16.08.2005, consid. 6b.

de connaissance de l'information par le consommateur et la mise à disposition de cette information par le professionnel conformément aux prescriptions légales est **essentielle pour évaluer l'existence et la pérennité du droit de révocation**²³⁰³.

Quelles sont donc les **conséquences** (2) du défaut d'information ?

2. Conséquences

En droit de l'UE, l'ancienne Directive 85/577/CEE ne contenait aucune disposition déclarant le contrat nul pour le cas où le consommateur n'aurait pas été informé de son droit de révoquer le contrat conclu en dehors des établissements commerciaux. Elle exigeait uniquement des « mesures appropriées » de la part des Etats membres²³⁰⁴. Depuis l'adoption de la Directive 2011/83/UE, le **défaut d'information empêche le cours du délai de révocation de quatorze jours pendant une période limitée** (cf. art. 10 Directive 2011/83/UE).

1211

Ainsi, lorsque le consommateur a été régulièrement informé, le délai de révocation commence à courir et il peut se départir du contrat avant l'écoulement de ce délai. En l'absence d'information ou si cette information est erronée, le délai ne commence pas à courir et le consommateur devrait en principe pouvoir exercer son droit à tout moment²³⁰⁵. Depuis l'entrée en vigueur de la Directive 2011/83/UE, cette affirmation doit précisément être relativisée, un délai de déchéance du droit étant expressément prévu (*infra* N 1276). Le droit suisse ne connaît actuellement pas de réglementation semblable (pour des développements, *infra* N 1277 ss), qui reste, cela dit, envisagée par CO 2020 (art. 17 al. 3 CO 2020).

1212

Plus particulièrement en droit suisse, se pose également la question des conséquences pour le contrat d'un défaut d'information sur le droit de révocation. Il convient de distinguer le cas où l'**information n'est pas une condition de validité du contrat** (a) du cas où elle l'est (b).

1213

²³⁰³ CJUE, 15.10.2010, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 38 s. Comp. arrêt du TC VDML/2011/240 (n° décision 161) du 05.05.2011 consid. II.b.

²³⁰⁴ Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 07.05.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 48.

²³⁰⁵ CJUE, 15.10.2010, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 38 s.

a. Information n'est pas une condition de validité du contrat

1214 En droit suisse, l'exemple type de contrat de consommation soumis à une possibilité de révocation, pour lequel l'information sur le droit n'est pas une condition de validité, est celui conclu au moyen du **démarchage à domicile** (art. 40a ss CO).

1215 La **sanction de l'information inexacte ou erronée n'est alors qu'indirecte** sur l'existence du contrat²³⁰⁶. Ce dernier n'est pas entaché de nullité, mais le consommateur peut révoquer le contrat plusieurs mois, voire années après sa conclusion²³⁰⁷. En pareil cas, le délai – relatif – pour l'exercice du droit ne court pas et le consommateur peut en tout temps révoquer le contrat (comp. art. 89a let. d LCA)²³⁰⁸. Le défaut d'information quant au délai à observer pour la révocation (cf. art. 40d CO) entraîne donc la suspension dudit délai²³⁰⁹.

1216 En cas d'**information ultérieure**, le droit de révocation devrait pouvoir s'exercer dans le délai de quatorze jours, sous réserve de la préemption « absolue » du droit²³¹⁰. Dans ce contexte, cette préemption joue un rôle de premier ordre (*infra* N 1271 ss)²³¹¹.

1217 Quelle est la situation lorsque l'**information est une condition de validité du contrat (b) ?**

b. Information comme condition de validité du contrat

(i) *Pertinence des règles de forme*

1218 La nullité comme conséquence du défaut d'information²³¹² s'envisage lorsque le respect d'une prescription de forme et, partant, la **validité même du**

²³⁰⁶ Par ex. arrêt du TC VD ML/2011/240 (n° décision 161) du 05.05.2011, consid. II.b. HARTMANN, *Widerrufsrechte*, p. 314.

²³⁰⁷ HARTMANN, *Widerrufsrechte*, p. 315.

²³⁰⁸ Arrêt du TC VD ML/2011/240 (n° décision 161) du 05.05.2011, consid. II.b.

²³⁰⁹ Arrêt du TC NE CCC.1995.6889 du 23.03.1005, consid. 4b.

²³¹⁰ HARTMANN, *Widerrufsrechte*, p. 315.

²³¹¹ HARTMANN, *Widerrufsrechte*, p. 315, qui propose un délai de préemption de 10 ans dès la conclusion du contrat ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 9.

²³¹² Sous cet angle, l'efficacité des règles de forme ne doit pas être relativisée. Comp. CARRON, *Protection*, N 164.

contrat²³¹³ sont tributaires de l'indication de l'existence du droit et du délai de révocation (cf. art. 406d al. 1 CO et art. 9 al. 2 et 11 al. 2 LCC en relation avec art. 15 al. 1 LCC ; comp. art. 89a let. a LCA « *en tout temps* »). La doctrine européenne – en référence à l'art. 226a al. 3 aCO, disposition pourtant abrogée depuis plus de quinze ans²³¹⁴ – critique la sanction de la nullité du contrat en cas d'absence d'information sur le droit de révocation ; cela ne correspondrait pas à l'intérêt des parties²³¹⁵.

Les conséquences de la nullité – fondamentalement – absolue tombent néanmoins souvent dans un régime de nullité *sui generis*²³¹⁶. Selon le type de contrat concerné, les conséquences présenteraient également un rapport étroit avec un **régime spécifique de liquidation des rapports contractuels** (art. 15 al. 2 et 3 LCC)²³¹⁷. Pour le courtage matrimonial, la question s'évalue quelque peu différemment. Le mandant ne doit aucun paiement avant l'échéance du délai de révocation (art. 406e al. 1 seconde phrase CO), de sorte qu'il n'y aura en principe pas lieu de s'interroger sur une restitution. Cela étant, la sanction de l'absence d'information sur le droit est aussi la nullité – en principe²³¹⁸ – absolue et totale²³¹⁹ du contrat²³²⁰.

En outre, il n'est probablement **pas tout à fait exact de retenir la possibilité d'une péremption du droit de révocation** lorsque l'information sur le droit est une condition de validité du contrat²³²¹. En effet, la question de la péremption ne se pose alors pas, le contrat vicié à la forme étant d'emblée entaché de nullité, celle-ci pouvant au surplus être invoquée en tout temps²³²². Toutefois, pour des motifs pratiques (not. pas de nécessité de saisir un tribunal), le droit de révocation doit subsister et pouvoir s'exercer y compris lorsque la loi

²³¹³ Pour la condition du respect des prescriptions de forme en lien avec la validité du contrat, CARRON, Protection, N 7 et 162 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 473.

²³¹⁴ RO 2002 3846 ; FF 1999 2879.

²³¹⁵ ECL-HELLWEGE, art. 2:502 N 3.

²³¹⁶ HUGUENIN, Obligationenrecht, N 3107 considère que les conséquences de la nullité prévues par l'art. 15 al. 2 à 4 LCC sont à considérer en tant que *lex specialis* par rapport aux art. 11 et 20 CO.

²³¹⁷ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 159. Pour les conséquences particulières de la nullité prévue par la LCC, CHK KKG-BRUNNER, art. 1-42 N 90.

²³¹⁸ CR CO I-WERRO, art. 406a-406h N 21.

²³¹⁹ HUGUENIN, Obligationenrecht, N 3328 écarte la nullité partielle (art. 20 al. 2 CO).

²³²⁰ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 315 : « *die Formungültigkeit ist als Nichtigkeit aufzufassen* ».

²³²¹ Dans ce sens pourtant, BARNIKOL, p. 96 ss.

²³²² CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19, 20 N 94 ; HUGUENIN, Obligationenrecht, N 431 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 493.

rend tributaire la validité du contrat d'une information écrite au sujet du droit, mais que cette information fait défaut pour un motif imputable au professionnel. Cette solution paraît mieux à même de protéger efficacement le consommateur, l'exercice du droit de révocation restant en pratique un procédé moins formel – et coûteux – que la constatation, y compris d'office, de la nullité (cf. directement *infra* N 1221 ss ; sous l'angle des règles de forme, *supra* N 1019).

(ii) *Constatation d'office de la nullité*

- 1221 Le tribunal doit relever d'office la nullité d'un contrat²³²³. **Cette intervention indépendante de la volonté des parties** favorise généralement la protection de la partie faible. En particulier, elle préserve cette dernière de la nécessité de se prévaloir spécifiquement de ce moyen. Un tel mécanisme protège souvent mieux les personnes qui ne sont pas versées dans la science juridique. De même, la constatation d'office de la nullité réduit en principe la marge de contestation du professionnel en cas de litige.
- 1222 Encore relativement récemment, la **Cour de justice** s'est par ailleurs prononcée sur l'application d'office de la Directive 85/577/CEE (abrogée) par les juridictions nationales en cas de défaut d'information au sujet du droit de révocation²³²⁴. Dans ses conclusions, l'avocat général a relevé qu'une constatation d'office de la nullité est opportune, non seulement lorsqu'il en va de l'intérêt public, mais également, plus spécifiquement, de la protection du consommateur²³²⁵. En définitive, la Cour a considéré que l'obligation d'information du consommateur relève de l'intérêt public et qu'elle peut dès lors justifier une intervention d'office du tribunal national (intervention positive des juridictions nationales)²³²⁶.
- 1223 Les mérites de l'intervention d'office face à un acte nul à la forme doivent tout de même être nuancés. Elle est **susceptible d'être défavorable au consommateur** (« *summum ius summa iniuria* »)²³²⁷. Par hypothèse, tel

²³²³ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19, 20 N 94 et les réf. citées ; TERCIER/PICHONNAZ, N 493.

²³²⁴ CJUE, 17.12.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08.

²³²⁵ Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 07.05.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 60 s. et 84.

²³²⁶ CJUE, 17.12.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 29 ss. La Cour avait également considéré que la conséquence de la nullité était une mesure appropriée au sens de l'art. 4 § 3 de l'ancienne Directive 85/577/CEE.

²³²⁷ L'ex. qui suit est repris des Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 07.05.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 76 et ndbp 84.

pourrait être le cas dans le contexte d'une vente à domicile²³²⁸, si le consommateur entend acquérir un bien en prévente à un prix plus bas, mais que le vendeur n'exécute pas son obligation d'information. Si le consommateur saisit alors un tribunal constatant d'office la nullité, les parties devront se restituer l'intégralité des prestations – le consommateur le bien et le vendeur le prix d'achat – cela peut-être même contre leur volonté²³²⁹. Si le consommateur entend néanmoins acquérir le bien considéré, il risquerait alors de devoir le racheter à un prix supérieur.

Pour laisser au consommateur le choix de maintenir ou de mettre fin au contrat dans le cadre duquel l'information sur le droit de révocation n'a pas été donnée, la nullité absolue n'est donc pas nécessairement toujours adéquate. Il sera parfois plus opportun que le tribunal constate uniquement d'office **si l'information sur le droit de révocation a été fournie**. Dans la négative, l'autorité pourrait informer le consommateur de son droit, afin de lui laisser le choix dans la décision de révoquer le contrat, donc y compris, le cas échéant, en cours de procédure²³³⁰. En outre, il serait peut-être intéressant d'opter pour une nullité d'office « allégée »²³³¹. Nous visons ici l'obligation, à charge du tribunal, d'observer tant la volonté que l'intérêt du consommateur à ne pas révoquer le contrat lorsqu'il envisage ou procède à une constatation d'office de la nullité²³³². Le consommateur ne devrait quoi qu'il en soit pas subir d'inconvénients en raison d'une information tardive ou erronée au sujet de son droit.

1224

Comment s'exerce (C) un droit de révocation ?

1225

²³²⁸ *De lege lata*, ce cas n'est cependant pas susceptible de se présenter en droit suisse. En cas de démarchage à domicile, l'information sur le droit de révocation n'est pas une condition de validité du contrat (*supra* N 1214 ss) que le tribunal devrait constater d'office.

²³²⁹ HARTMANN, *Widerrufsrechte*, p. 315 relève qu'une intervention contraignante externe dans un contrat soumis à la liberté de la forme constitue une atteinte indue au principe de la liberté de la forme consacré par l'art. 11 CO (CARRON, *Protection*, N 162 et CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19, 20 N 54).

²³³⁰ Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 07.05.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 80 s. et 93.

²³³¹ Sur la question d'une nullité flexible, CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19, 20 N 97 ss.

²³³² Comp. CJUE, 17.12.2009, EVA MARTIN MARTIN, aff. C-227/08, N 36.

C. Exercice

1226 L'examen de l'exercice du droit de révocation suppose de s'intéresser à ses **modalités** (1), au délai de révocation (2), à l'envoi et à la réception de l'acte de révocation (3), ainsi qu'à la préemption du droit de révocation (4).

1. Modalités

1227 La révocation devrait idéalement intervenir expressément et par écrit. Cela étant, l'exigence de la forme écrite n'est parfois requise que pour des motifs probatoires (cf. cep. art. 406e al. 3 CO et 16 al. 1 LCC). Dès lors, il suffit généralement que le **professionnel puisse reconnaître que le consommateur révoque le contrat** (cf. art. 40e al. 1 CO)²³³³.

1228 Il faut admettre que la révocation **peut, dans la règle, intervenir par actes concluants du consommateur** (ex. renvoi de la marchandise), ce qui est la solution retenue par le DCFR et les ACQP (cf. art. II.-5:102 (2) DCFR et art. II.-5:102 ACQP). De même, la Directive 2011/83/UE n'exige pas de forme particulière pour l'avis de révocation, la déclaration du consommateur devant cependant, en particulier, ne pas être ambiguë (art. 11 al. let. b Directive). L'essentiel reste de ne pas se montrer trop formaliste envers le consommateur, au risque de mettre en péril sa protection effective²³³⁴. Demeurent dans tous les cas réservées d'éventuelles dispositions plus restrictives s'agissant de l'exercice de la révocation, ce dont le consommateur doit alors expressément être informé (comp. art. 406d ch. 5 CO en relation avec l'art. 406e al. 3 CO).

2. Délai de révocation

1229 La durée du délai de révocation est largement uniformisée à quatorze jours (*supra* N 1056)²³³⁵. Cette durée est étroitement liée au moment où la période de révocation commence à courir²³³⁶. Nous présentons le **début du délai** (a), la preuve du début de ce délai (b), la preuve du respect du délai et de la révocation (c), ainsi que la fin du délai (d).

²³³³ Arrêt du TC GR ZB-05-29 du 16.08.2005, consid. 6b (révocation par le renvoi des marchandises en application de l'art. 40e al. 1 CO dans son ancienne teneur qui exigeait pourtant que « *l'acquéreur communique sa révocation par écrit au fournisseur* »).

²³³⁴ ECL-HELLWEGE, art. 2:503 N 6 s.

²³³⁵ ECL-HELLWEGE, art. 2:501 (2) N 7 précise que ce délai est le fruit d'un compromis pratique qui ne s'explique que par des motifs de sécurité, de clarté et de simplicité juridiques.

²³³⁶ ECL-HELLWEGE, art. 2:501 (2) N 5.

a. Début du délai

(i) *Obtention d'informations ou remise du contrat*

La loi **règle différemment** le *dies a quo* des différents délais de révocation (comp. art. 40e al. 2 CO [obtention de certaines informations²³³⁷], art. 406e al. 1 CO [remise d'une copie du contrat signé par les parties²³³⁸] et 16 al. 2 LCC [réception d'un exemplaire du contrat²³³⁹])²³⁴⁰. Dans une optique d'harmonisation totale entre les différents droits de révocation, le législateur pourrait examiner si le début du délai ne devrait pas être fixé uniformément, HARTMANN proposant de retenir, au plus tôt, le jour de la conclusion du contrat²³⁴¹. HELLWEGE, tout en reconnaissant les limites pratiques de ses développements, évoque la fixation uniforme d'un *dies a quo* au moment où l'asymétrie (not. informationnelle) entre le consommateur et le professionnel – et fondant l'intervention du législateur – prend fin²³⁴².

1230

Pour des raisons de sécurité juridique – le moment exact de la conclusion n'étant pas toujours aisément déterminable – on pourrait par ailleurs étudier de fixer le *dies a quo* du délai de révocation **d'après la remise d'un double du contrat au consommateur**. L'art. 5 al. 1 de l'avant-projet de LIPC, élaboré par PICHONNAZ²³⁴³ (*infra* N 1962 ss), proposait que le délai de révocation (*in casu* de sept jours) commence à courir dès la connaissance « effective » de certaines informations par le consommateur, le cas échéant initialement omises par le professionnel (comp. art. 3 et 4 avant-projet LIPC). La proposition entendait donc rattacher le *dies a quo* du délai de révocation à l'information du consommateur, plutôt qu'au moment de la conclusion du contrat.

1231

Sur la question du début du cours du délai de révocation, la mise en place d'une solution uniforme est quoi qu'il en soit délicate. Des **spécificités liées au type de contrat envisagé** rendent parfois peu pertinente la fixation du début du cours

1232

²³³⁷ En réf. à l'art. 77 al. 1 ch. 1 et al. 2 CO, CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 5 ss précisent que le jour de la déclaration de volonté du consommateur (offre ou acceptation) n'est pas compté.

²³³⁸ CHK OR-PFIFNER/JOOST, art. 406a-h N 14 ss.

²³³⁹ Pour des développements, BARNIKOL, p. 91 ss.

²³⁴⁰ HARTMANN, *Widerrufsrechte*, p. 318.

²³⁴¹ HARTMANN, *Widerrufsrechte*, p. 318.

²³⁴² ECL-HELLWEGE, art. 2:501 N 5.

²³⁴³ Le texte de cet avant-projet avec les commentaires de la CFC est disponible à l'adresse suivante https://www.konsum.admin.ch/dam/bfk/fr/Prise%20de%20Position/39_Avant-projet_LIPC_05072004.pdf.download.pdf/39_Avant-projet_LIPC_05072004.pdf (consulté le 30.10.2018).

du délai au moment de l'obtention d'informations. En cas de contrat à distance, par exemple, la révocation demeure tributaire de la réception effective du bien commandé (cf. § 356 al. 2 BGB). Auparavant, la révocation ne fait que peu de sens, puisque le consommateur n'a pas pu se faire une idée concrète de l'objet du contrat. En revanche, pour un contrat de prêt, le moment pertinent reste plutôt l'obtention d'un document écrit, voire la conclusion du contrat (cf. § 356 b al. 1 et 2 BGB). Il est vrai, ce constat penche plutôt en défaveur d'une solution entièrement généralisante, au profit d'une réglementation à tendance plus « sectorielle » (comp. § 356 ss BGB).

1233

L'art. 2:501 (2) ECL reflète certaines de ces difficultés. Si le délai de révocation est entièrement uniformisé à quatorze jours, le début du délai n'en est pas moins réglé différemment selon le type de contrat soumis à une possibilité de révocation. En cas de contrat de services, le *dies a quo* est le jour de la conclusion du contrat. Pour les contrats de vente, par principe (pour les exceptions, art. 2:501 (2) let. b ch. (i), (ii) et (iii) ECL), il s'agira du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur prend physiquement possession des biens. Enfin, pour les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité non conditionnés dans un volume délimité, de chauffage urbain ou de contenu numérique non fourni sur un support matériel, ce *dies a quo* est le jour de la conclusion du contrat²³⁴⁴.

(ii) Détermination

1234

Le début du délai de révocation se détermine d'après les **règles générales du droit matériel fédéral** (cf. art. 77 s. CO). La durée du délai est de quatorze jours (comp. *supra* N 1056) et il n'est pas suspendu par des fêtes²³⁴⁵.

1235

En cas de **rattachement du cours du délai à la transmission de certaines informations**, le délai devrait courir dès le premier jour suivant la réception, par le consommateur, d'une copie du contrat signé par les parties (comp. art. 406e al. 1 CO)²³⁴⁶. Le fait que ce jour soit un dimanche, un jour férié ou un samedi ne joue alors aucun rôle²³⁴⁷.

1236

En cas de **rattachement au contrat**, en revanche, cette détermination est plus ardue, principalement pour des raisons probatoires. Cela dit, le délai de

²³⁴⁴ Pour ces développements, ECL-HELLWEGE, art. 2:501 (2).

²³⁴⁵ Comp. CR CO I-HOHL, art. 77 N 3.

²³⁴⁶ Pour l'art. 16 LCC, BARNIKOL, p. 91.

²³⁴⁷ CR CO I-HOHL, art. 77 N 9.

révocation devrait également commencer à courir le jour suivant cette conclusion (comp. art. 77 al. 1 ch. 1 CO).

Qu'en est-il de la **preuve du début du délai** (b) ?

1237

b. Preuve du début du délai

La preuve du début du cours du délai de révocation **devrait incomber au professionnel**. Celui-ci devrait en outre supporter le risque de la perte de la copie du contrat avant son obtention par le consommateur (comp. art. 40e al. 3 CO)²³⁴⁸. D'une part, la loi lui impose d'informer le consommateur sur l'existence et l'étendue du droit de révocation. D'autre part, il peut choisir le moment de l'expédition du document contractuel au consommateur, y compris donc si le contrat est déjà conclu²³⁴⁹.

1238

c. Preuve du respect du délai et de la révocation

Il appartient au consommateur de prendre l'initiative de la révocation. La **preuve du respect du délai de révocation** lui incombe donc (art. 40e al. 1 CO)²³⁵⁰. Cette question doit être distinguée de la preuve du début du délai de révocation, laquelle incombe au professionnel (*supra* N 1238).

1239

En cas d'exercice du droit, les effets du **contrat de consommation prennent rétroactivement fin** dès le moment où le consommateur remet l'acte de révocation en vue de son envoi (ex. cachet postal), à tout le moins lorsque le consommateur n'a pas déjà informé plus tôt le professionnel par oral de sa volonté de révoquer. En cas de révocation par la voie électronique, la date de la sortie du message de la boîte électronique du consommateur (date d'expédition) est déterminante²³⁵¹.

1240

²³⁴⁸ BARNIKOL, p. 92.

²³⁴⁹ BARNIKOL, p. 92 s. rappelle : « *es ist aber durchaus möglich, dass die Parteien den Vertrag unterzeichnen und das Vertragsdokument dem Konsumenten erst zu einem späteren Zeitpunkt zugestellt wird. In diesem Fall wird durch die Übergabe lediglich der Inhalt eines bereits wirksam abgeschlossenen Vertrags zur Kenntnis gebracht* ».

²³⁵⁰ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 2.

²³⁵¹ Comp. pour ces développements, FF 2014 893, 913 (qui retient toutefois la date de la délivrance lorsque la révocation est faite par voie électronique).

- 1241 Pour faciliter la **preuve de la remise de l'avis de révocation**²³⁵², le consommateur diligent devrait opter pour un envoi par pli recommandé. A défaut, il court le risque de devoir supporter les risques liés à la perte d'un (r)envoi privé ou par pli non recommandé²³⁵³. De son côté, le professionnel doit envisager l'exercice de la révocation par le consommateur durant le délai de révocation ; s'y ajoute un délai raisonnable observant l'acheminement par la Poste²³⁵⁴. Si le consommateur révoque le contrat par la voie électronique, il sera bien avisé de conserver une copie de son courriel indiquant la date et l'heure d'envoi, ceux-ci étant déterminants pour le respect du délai.
- 1242 Lorsque les motifs de la transmission défectueuse sont **imputables au consommateur ou à son représentant**, le consommateur en supporte les conséquences. Tel est le cas lorsque la Poste refuse de délivrer l'envoi au motif d'un affranchissement insuffisant ou, en cas d'envoi d'un courriel directement au professionnel, si celui-ci ne contient aucun élément qui permettrait de révéler, conformément au principe de la confiance, la volonté de révoquer du consommateur²³⁵⁵. Il en va de même lorsque le courrier ou le courriel sont envoyés à une fausse adresse, respectivement différente de celle indiquée par le professionnel en respect des prescriptions légales.
- 1243 Hormis ces situations particulières, le refus de réception de la déclaration par le professionnel devrait être considéré comme injustifié, voire même constitutif d'un abus de droit²³⁵⁶ ; en principe **l'acte de révocation sera alors réputé reçu**²³⁵⁷ et pourra déployer ses effets.

²³⁵² ATF 97 III 12, consid. 2b : « *der Verzicht auf die Einschreibung hat nur die rein faktische Folge, dass dadurch der Beweis der rechtzeitigen Postaufgabe erschwert wird* ». Pour des développements sur la preuve de la remise, EGGEN, p. 1569 s.

²³⁵³ En droit administratif, ATF 105 III 43, consid. 2a = JdT 1980 II 117 : « *die Postaufgabe beweist nicht zwingend, dass der Steuerpflichtige den Brief auch empfangen hat. Ein Fehler bei der Postzustellung liegt nicht derart ausserhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass mit dieser Möglichkeit nicht gerechnet werden müsste* ».

²³⁵⁴ ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 233 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 8.

²³⁵⁵ SCHWENZER, N 27.27. L'avis de l'auteure nous paraît toutefois trop restrictif. En effet, même un courriel sans texte, mais qui renvoie à une pièce jointe démontrant clairement la volonté du consommateur de révoquer le contrat, suffit à considérer que la transmission – écrite – de la révocation est intervenue valablement. Pour des considérations similaires en lien avec l'avis des défauts du contrat de vente, BK OR-GIGER, art. 201 N 92.

²³⁵⁶ Comp. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 476d.

²³⁵⁷ Arrêt du TF 4A_89/2011 du 27.04.2011, consid. 3. KOLLER, OR AT, N 3.139 ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 128 ; SCHWENZER, N 27.27.

d. Fin du délai

Le *dies ad quem* du délai de révocation peut être un samedi, un dimanche ou un jour férié. Dans un tel cas, le délai devrait **être reporté au prochain jour ouvrable** (cf. art. 78 CO et 142 al. 3 CPC) au domicile du consommateur²³⁵⁸. 1244

Dans le prolongement de cette présentation sur le délai de révocation, nous approfondissons la phase de **l'envoi et de la réception de l'acte de révocation** (3). 1245

3. Envoi et réception de l'acte de révocation

a. Théorie de la réception

Conformément à la théorie de la réception (« *Zugangsprinzip* »), largement reconnue en droit suisse des obligations²³⁵⁹, la transmission d'une manifestation de volonté médiate obéit au principe de la réception²³⁶⁰. La théorie de la réception est de droit dispositif et se fonde sur le principe de la confiance²³⁶¹ ; elle permet de **répartir les risques liés à la transmission**. Le consommateur supporte, en règle générale, le risque d'une mauvaise transmission (retard et perte) de l'avis de révocation²³⁶². De son côté, le professionnel supporte l'absence de prise de connaissance ou une prise de connaissance tardive de l'avis révocation du consommateur²³⁶³. 1246

²³⁵⁸ Comp. ECL-UNGER, art. 1:304 (2) N 1 (« *extension rule* ») et ECL-HELLWEGE, art. 2:501 N 9 en réf. ég. au considérant 41 de la Directive 2011/83/UE.

²³⁵⁹ ATF 107 II 189, consid. 2 : « *en principe, une manifestation de volonté écrite déploie ses effets, selon le système dit de la réception (Empfangstheorie), dès qu'elle entre dans la sphère de puissance du destinataire - elle lui est remise, ou est déposée dans sa boîte aux lettres - même si celui-ci n'en prend pas connaissance* ». EGGEN, p. 1560 s. ; HUGUENIN, Obligationenrecht, N 185 ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 404 précise que la loi ne retient nulle part ce principe expressément mais qu'il est largement reconnu et incontesté depuis longtemps ; VON TUHR/PETER, p. 168 relèvent que la controverse entre la pertinence de la théorie de l'émission ou de la réception occupait déjà les Pandectistes au XIX^e siècle (cf. WINDSCHEID, ad § 306).

²³⁶⁰ EGGEN, p. 1560.

²³⁶¹ EGGEN, p. 1561 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 196b ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 404.

²³⁶² HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 316.

²³⁶³ ATF 137 III 208, consid. 3.1. EGGEN, p. 1561.

1247 Les règles sur le droit de révocation légal présentent en outre certaines particularités²³⁶⁴. D'emblée, il convient de rappeler que l'exercice à temps du droit de révocation demeure une problématique différente de celle de l'effectivité du droit de révocation. Cette dernière se juge exclusivement à l'aune du principe de la réception²³⁶⁵. En tant que droit formateur, la révocation est fondamentalement une **déclaration de volonté soumise à réception** (« *empfangsbedürftige Willenserklärung* »²³⁶⁶)²³⁶⁷. Certains auteurs relèvent que la loi reconnaît à l'acte de révocation le caractère d'exception ou de limitation au principe de la réception²³⁶⁸. L'affirmation est réfutable et, partant, controversée²³⁶⁹. Nous tenterons néanmoins de présenter²³⁷⁰ des motifs pour lesquels il nous semble effectivement possible d'intégrer dans la réflexion des considérations liées à la théorie de l'expédition (*infra* N 1255 ss).

1248 Pour la suite de l'exposé, nous effectuerons des **rapprochements avec la théorie de la réception relative** (b) et avec la théorie de l'expédition (c).

b. Rapprochements avec la théorie de la réception relative

(i) *Protection spécifique du locataire*

1249 Le droit du bail consacre **certaines exceptions au principe de la réception absolue**, dans un but de protection du locataire. Pour (i) l'avis de majoration du loyer (art. 269d CO)²³⁷¹ et (ii) l'avis comminatoire en cas de demeure du locataire (art. 257d al. 1 CO)²³⁷² par le bailleur, le TF admet l'application de la

²³⁶⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 196b.

²³⁶⁵ SCHULZE/ZOLL, p. 180.

²³⁶⁶ SCHWENZER, N 27.13.

²³⁶⁷ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 160.

²³⁶⁸ CR Conso-FAVRE-BULLE, art. 16 LCC N 4 ; FURRER/MÜLLER-CHEN, chap. 2 N 69 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 476c ; HUGUENIN, Obligationenrecht, N 266 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 171 : « *la déclaration de révocation est soumise au principe de l'expédition, et non au principe généralement admis en droit privé de la réception [...]* » ; CO2020-PROBST, art. 17 N 1 ; SCHWENZER, N 27.29 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 185.

²³⁶⁹ Comp. art. 11 al. 1 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs : « *le consommateur informe le professionnel, avant l'expiration du délai de rétractation, de sa décision de se rétracter du contrat* ».

²³⁷⁰ Cf cep. l'art. 17 al. 1 CO 2020, qui relativise notre position, CO 2020-PROBST, art. 17 N 1.

²³⁷¹ ATF 107 II 189.

²³⁷² ATF 119 II 147 = JdT 1994 I 205.

théorie de la réception dite relative (par opposition à celle dite absolue)²³⁷³. L'application de cette dernière s'envisage (exclusivement) en présence d'un courrier recommandé non distribué, précisément lorsque l'agent postal laisse un avis de retrait dans la boîte aux lettres ou la case postale du locataire en raison de l'absence de celui-ci au moment de la notification²³⁷⁴.

En cas d'envoi par pli recommandé de l'un de ces deux avis (*supra* N 1249), le locataire est réputé avoir reçu le pli **au moment où il le retire effectivement au guichet postal, mais au plus tard à l'échéance du septième jour** du délai de garde (comp. art. 138 al. 3 CPC et art. 2.5.7 let. b CGV-Poste)²³⁷⁵. D'après la théorie de la réception absolue – toujours applicable dans les autres cas – la réception a en revanche lieu dès que le locataire peut prendre connaissance du pli selon l'avis de retrait. Il s'agit généralement du lendemain du dépôt de l'avis de retrait, exceptionnellement du jour même si l'on peut attendre à ce qu'il le retire aussitôt, notamment en cas de dépôt dans une case postale²³⁷⁶.

1250

(ii) Lien avec la protection du consommateur

Il nous paraît intéressant de **tirer mutatis mutandis des parallèles** entre, d'une part, l'exercice de l'acte de révocation et, d'autre part, la protection spécifique du locataire (directement *supra* N 1249 s.). Il s'agit de vérifier et d'appliquer la prémisses selon laquelle le droit contractuel de la consommation peut déroger aux principes généraux²³⁷⁷ développés en lien avec la théorie de la réception²³⁷⁸.

1251

Certes, le parallèle que nous envisageons ne vise pas à déterminer le moment à partir duquel court un délai de droit matériel fédéral²³⁷⁹. Il concerne, en effet, **la conséquence de la révocation sur l'existence du contrat conclu en fonction du moment où le consommateur envoie le contenant de la manifestation de volonté** (ex. une enveloppe), respectivement directement sa manifestation de volonté (ex. un courriel). L'application de l'exception s'applique donc ici dans

1252

²³⁷³ CARRON, Départ du délai, p. 5 ; LACHAT, p. 639.

²³⁷⁴ CARRON, Départ du délai, p. 4.

²³⁷⁵ ATF 137 III 208, consid. 3.1.3 et les réf. citées. CARRON, Départ du délai, p. 4 ; LACHAT, p. 639 s.

²³⁷⁶ CARRON, Départ du délai, p. 4 ; LACHAT, p. 639.

²³⁷⁷ ATF 140 III 244 consid. 5.1 ; ATF 126 V 180, consid. 2e (détermination du respect du délai résiliation de l'assurance-maladie obligatoire selon l'art. 7 al. 2 LAMal) ; ATF 119 II 147, consid. 2.

²³⁷⁸ *Contra*, HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 316 ; CHK OR-KUT, art. 40a-g N 57 et les réf. citées ; SCHWENZER, N 27.30 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 8.

²³⁷⁹ ATF 137 III 208, consid. 3.1.2.

le cas « inverse », à savoir lorsque la partie faible émet la manifestation de volonté et non lorsqu'elle en est le destinataire. Cela dit, la théorie de la réception relative s'analyse dans tous les cas comme un tempérament à la théorie de la réception absolue, le cas échéant, pour des motifs de protection de la partie faible.

1253 Face à un droit de révocation, il nous paraît que l'on peut envisager une **application spéciale du droit contractuel de la consommation** par rapport à la théorie générale des manifestations de volonté soumises à réception²³⁸⁰. L'exception au principe général de la réception (absolue) – qui concerne tout particulièrement la relation entre absents²³⁸¹ même si l'exercice du droit de révocation autrement que par un envoi écrit reste admissible (cf. art. 40e al. 1 CO) – constitue dès lors l'un des points communs avec la protection envisagée par le droit du bail dans certaines situations²³⁸².

1254 A la différence du droit du bail, le droit contractuel de la consommation tempère toutefois le principe même de la réception – non pas en faveur de la théorie de la réception relative – mais par la prise en compte de considérations relatives à la théorie de l'expédition. En sus de réflexions générales quant au besoin d'unité entre les matières tendant à la protection d'une partie faible sur la question d'exceptions à la théorie générale²³⁸³, des **rapprochements avec la théorie de l'expédition** (c) doivent donc être entrepris lors de l'examen de l'exercice du droit de révocation.

c. Rapprochements avec la théorie de l'expédition

1255 La réglementation du droit de révocation intègre des considérations liées, sinon directement à la théorie de l'expédition (« *Absendeprinzip* »), du moins à une

²³⁸⁰ CR CO I-MORIN, art. 10 N 13 : « en principe, les manifestations de volonté relevant du droit des obligations sont soumises à réception (*empfangsbedürftig*) : elles doivent être adressées à une personne déterminée (cf. toutefois CO 8 N 2) et ne produisent leurs effets que si elles lui sont parvenues ».

²³⁸¹ En cas de relation entre présents, les parties sont en contact direct ce qui rend superflu un examen approfondi de la réception de la volonté dans le chef de l'autre partie, HUGUENIN, Obligationenrecht, N 177 et 181 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 182 : « la transmission de la volonté ne pose pas de problème particulier, puisqu'elle est immédiate ».

²³⁸² Comp. LACHAT, p. 639.

²³⁸³ En vertu du principe de l'unité de l'ordre juridique, CARRON, Départ du délai, p. 7 plaide en faveur d'une application restrictive de la théorie de la réception relative.

théorie de la réception qu'on qualifiera « d'allégée »²³⁸⁴. Cette particularité est à remettre sur le compte de la **nature du droit de révocation**. Il intègre en effet directement, en droit matériel, des considérations qui sont plutôt d'ordre procédural, s'agissant notamment de l'exercice du droit et du respect du délai de révocation (comp. art. 40e al. 4 CO et 143 al. 1 et 3 CPC²³⁸⁵). Une telle réglementation assure au consommateur le bénéfice de l'intégralité du délai de révocation ; il dispose ainsi d'un délai de quatorze jours « plein », sans avoir à se soucier du moment de la réception effective, par le professionnel, de sa manifestation de volonté de révoquer²³⁸⁶.

(i) Fondements des développements

Quand la loi retient que le délai de révocation est respecté lorsque la manifestation de volonté **quitte la sphère de puissance du consommateur**, le contrat est invalidé (nature résolutoire), respectivement empêché d'entrer en vigueur (nature suspensive), dès ce moment. Généralement, le consommateur doit donc uniquement prouver l'envoi de la révocation dans les délais (comp. art. 40e al. 1 CO ; *supra* N 1239 ss)²³⁸⁷.

L'argument d'une exclusion de la théorie stricte de la réception résulte peut-être d'une **interprétation favorable au consommateur de la théorie générale sur la transmission de la manifestation de volonté soumise à réception**²³⁸⁸. Compte tenu du délai relativement bref auquel est soumis la révocation, ainsi que des conséquences que peut avoir l'absence de révocation sur la partie faible réputée souffrir d'un déficit informationnel et structurel au moment de la conclusion du contrat, la révocation devrait donc immédiatement produire ses effets.

Par ailleurs, le consommateur qui exerce un droit de révocation **souhaite la fin immédiate du contrat**. Sans minimiser l'incidence économique de cette répartition (pour les risques de la révocation, *infra* N 1380 ss) dans la transmission des manifestations de volonté pour le professionnel, on rappellera

²³⁸⁴ EGGEN, p. 1561 s. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 196a s. ; CHK OR-PFIFNER/JOOST, art. 406a-h N 16.

²³⁸⁵ CPC-TAPPY, art. 143 N 13 rappelle que le principe d'expédition ne vaut pas en dehors du recours à la Poste suisse.

²³⁸⁶ SCHULZE/ZOLL, p. 180.

²³⁸⁷ En lien avec l'avis des défauts, SCHWENZER, N 27.30.

²³⁸⁸ Pour une certaine souplesse en faveur du consommateur, MARCHAND, Droit de la consommation, p. 160 en réf. à RFJ 2005 333, p. 335. Pour des considérations similaires, en application de l'art. 5 al. 1 de l'ancienne Directive 85/577/CEE, CJUE, 22.04.1995, TRAVEL VAC, aff. C-423/97, N 49 ss, en part. N 51.

que, particulièrement en matière de contrats conclus à distance, le professionnel est en mesure de réduire certains de ses frais (ex. éviter la location de locaux commerciaux coûteux, centralisation, etc.). Or, en pratique, il ne répercute pas nécessairement cette baisse sur le prix des biens et services. Cette rigueur est également tempérée par l'obligation, faite au consommateur, de prouver l'envoi de la révocation dans les délais (cf. art. 40e al. 1 CO).

1259

En dehors d'une procédure formelle, également, l'application stricte du principe de la réception s'avère potentiellement problématique. Le professionnel, et les éventuels cessionnaires de créance et instituts de recouvrement, pourraient opérer une pression sur le consommateur au motif de l'absence de réception du bien retourné – exercice de la révocation par actes concluants – alors que tel aurait en réalité bien été le cas ou, à tout le moins, que le consommateur l'aurait confié à la Poste pour un renvoi. Le consommateur parviendra certes régulièrement à démontrer l'envoi, ce qui n'est toutefois pas nécessairement satisfaisant compte tenu de l'accumulation actuelle des risques de transmission qu'entraînent les conditions générales de la Poste (*infra* N 1396)²³⁸⁹.

(ii) *Nature particulière de l'acte de révocation*

1260

La déclaration d'exercice du droit formateur s'analyse donc peut-être, et à la condition que la communication de la volonté soit médiate²³⁹⁰, comme une **catégorie particulière de manifestation de volonté** se situant entre la manifestation de volonté soumise à réception (« *empfangsbedürftige Willenserklärung* ») et celle non soumise à réception (« *nicht empfangsbedürftige Willenserklärung* »).

²³⁸⁹ Sur cette question, EGGEN, p. 1570 s.

²³⁹⁰ La manifestation de volonté médiate est celle où le moment de la remise par l'expéditeur et la prise de connaissance de la manifestation de la volonté par le destinataire ne coïncident pas, EGGEN, p. 1560. Sur la manifestation de volonté immédiate et médiate, HUGUENIN, Obligationenrecht, N 177 s. ; VON TUHR/PETER, p. 170 : « *von Eintreffen kann nur bei verkörperten Erklärungen die Rede sein, weil sie eine spätere Kenntnisnahme gestatten. Dagegen können mündliche (auch telefonische) Erklärungen nur im selben Moment, in dem sie abgegeben werden, zur Kenntnis des Gegners kommen ; Äusserung und Vernehmung der Äusserung fallen zeitlich zusammen* ».

À la première elle emprunterait la nécessité d'une communication²³⁹¹ au destinataire en vue de son efficacité pleine et entière²³⁹², à la seconde le fait qu'elle déploierait des effets dès sa communication au monde extérieur et dans les formes prescrites par la loi, peu importe qu'elle soit d'abord inconnue du professionnel, à la condition qu'elle le soit ensuite²³⁹³. Fondamentalement, cette **nature juridique hybride** ne devrait pas empêcher une application analogique de l'art. 18 CO à l'exercice du droit de révocation. La disposition s'appliquerait également aux actes juridiques unilatéraux et aux manifestations de volonté non soumises à réception²³⁹⁴.

1261

Cette nature le cas échéant particulière de l'acte de révocation soulève à notre avis deux interrogations supplémentaires : le recours à des considérations relatives à la théorie de la volonté (1°) et sa nature d'exception au régime général s'agissant du moment déterminant l'efficacité de la manifestation de volonté (2°).

1262

1° Considérations relatives à la théorie de la volonté ? En tant que manifestation de volonté dont la nature juridique serait hybride (*supra* N 1261), la compréhension de l'acte de révocation par le professionnel ne serait pas forcément déterminante pour son efficacité. Seul pourrait compter la volonté du consommateur d'invalider, respectivement d'empêcher l'entrée en vigueur, du contrat. L'argument, qui résulte également d'une interprétation favorable au consommateur de la doctrine relative aux manifestations de volonté soumises à réception²³⁹⁵, plaiderait en faveur de l'applicabilité de la théorie de l'expédition à la déclaration de la volonté de révoquer. L'on tend alors également à s'éloigner de la sphère d'influence (au sens large) du destinataire. De telles

1263

²³⁹¹ Sur les quatre étapes dans la communication (établissement (« *Ausfertigung* »), remise (« *Abgabe* »), réception (« *Zugang* ») et prise de connaissance (« *Kenntnisnahme* ») d'une manifestation de volonté – médiate et même immédiate – soumise à réception, HUGUENIN, Obligationenrecht, N 181 ss.

²³⁹² Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 180.

²³⁹³ Une volonté non manifestée reste, en principe, sans portée juridique, DAEPEN/REYMOND, p. 24 en réf. à l'ATF 42 II 129, consid. 3 ; ROSSEL, 2^e éd., p. 42 ; VON TUHR/PETER, p. 166 s.

²³⁹⁴ ATF 121 III 6, consid. 3c ; ATF 115 II 323, consid. 2b. ; arrêt du TF 4A_544/2012 du 28.01.2013, consid. 4.2. Les manifestations de volonté non soumises à réception (ex. testament) obéissent au principe de la volonté, non au principe de la confiance (« *Willensprinzip* »), ATF 131 III 106, consid. 1.1. = JdT 2005 I 334, BK OR-KRAMER, art. 18 N 50 s. ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 140 ; SCHWENZER, N 27.36.

²³⁹⁵ Pouvant à notre avis être interprété en ce sens, BK OR-MÜLLER, art. 1 N 138 *a contrario* qui relève, en lien avec la manifestation de volonté soumise à réception « traditionnelle », que « *bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung [...] muss zudem dem Verständnis des Empfängers Rechnung getragen werden* ».

réflexions confèrent une certaine importance à la théorie de la volonté (comp. *supra* N 47 ss) dans le contexte de l'exercice du droit de révocation, en particulier sous l'angle du respect du délai²³⁹⁶. Il convient d'être prudent, au risque d'écarter l'application uniforme du principe de confiance à l'interprétation de toutes les manifestations de volonté²³⁹⁷. Ainsi, devrait-on plutôt concevoir l'exercice du droit de révocation comme un moyen de droit matériel, empruntant au droit formel des éléments spécifiques en vue de la mise en œuvre concrète de la protection du consommateur. C'est ainsi seulement l'exercice à temps du droit – et non pas son effectivité – qui consacre une exception au principe de la réception²³⁹⁸. Dans ce contexte, la théorie de la volonté n'est que secondaire ; l'acte de révocation doit toujours nécessairement être extériorisé pour produire valablement des effets à l'égard du partenaire contractuel, voire des tiers (lorsque la révocation permet la révocation de contrats liés).

2° Exception au régime général quant au moment de l'efficacité de la manifestation de volonté ? L'exercice du droit de révocation consacrerait en outre une exception à la question du moment déterminant – envoi ou réception – pour l'efficacité d'une manifestation de volonté, question étant de droit dispositif dans le régime général²³⁹⁹. Ces particularités sont un élément supplémentaire tempérant le rattachement du droit de révocation à l'offre ou à l'acceptation (sur le rattachement du droit, *supra* N 1129 ss). Tant l'offre que l'acceptation représentent des manifestations de volonté soumises à réception « traditionnelles »²⁴⁰⁰. Dans ce prolongement, la déclaration de révocation ne nous paraît pas non plus constituer une « *rechtsgeschäftsähnliche Handlung* », puisque le consommateur reste aisément en mesure de déterminer la conséquence juridique²⁴⁰¹ de l'exercice du droit, ce qui résulte déjà de l'obligation d'information du professionnel.

²³⁹⁶ Pour le droit allemand, MEDICUS/PETERSEN, N 322 : « *die Auslegung nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen ist die Domäne der Auslegung nach dem Willen des Erklärenden* ».

²³⁹⁷ Comp. CUÉNOD, p. 18. L'auteur considère que « *la <Vertrauenstheorie> doit être appliquée sans contredit à toutes les manifestations de volonté* ».

²³⁹⁸ Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 180.

²³⁹⁹ ATF 84 II 187, consid. 4. SCHWENZER, N 27.29 ; VON TUHR/PETER, p. 168 ndbp 23 (« *Wirksamkeit des Eintreffens* »).

²⁴⁰⁰ Sur la qualité de manifestations de volonté soumises à réception de l'offre et de l'acceptation, VON TUHR/PETER, p. 167.

²⁴⁰¹ HUGUENIN, Obligationenrecht, N 171a ; SCHWENZER, N 27.06. Approche différente en droit allemand chez REINER, p. 21 s. : « *der Widerruf ist zwar eine geschäftsähnliche Handlung i.S. einer auf einen tatsächlichen Erfolg gerichteten Erklärung, deren Rechtsfolgen kraft*

Nos différents développements ne nous paraissent finalement pas fondamentalement en contradiction avec l'affirmation du TF selon laquelle le moment déterminant pour interpréter la manifestation de volonté est celui de sa réception par son destinataire²⁴⁰². L'interprétation de la manifestation de volonté est une **question distincte** du moment à partir duquel elle peut produire des effets²⁴⁰³. L'interprétation de ladite manifestation doit en outre s'effectuer favorablement au consommateur, qui souhaite dans ce cas l'extinction du contrat le plus rapidement possible ; cela paraît conforme à la portée à conférer au mandat constitutionnel dans ce contexte (*supra* N 364 ss)²⁴⁰⁴.

1265

Une ultime question à traiter en lien avec l'exercice du droit de révocation est celle de la **péremption du droit de révocation** (4).

1266

4. Péremption du droit de révocation

- a. Péremption du droit lorsque le délai de révocation a valablement commencé à courir

Le délai de révocation commence à courir dès que – mais uniquement si – certaines conditions légales sont remplies. En tant que telle, la déclaration de volonté de révoquer du consommateur est ainsi soumise à un délai de péremption²⁴⁰⁵, qui dépend du *dies a quo* du délai de révocation et de la durée du délai de révocation. Depuis le 1^{er} janvier 2016, on constate certes en Suisse une harmonisation du délai de révocation à quatorze jours (art. 40e al. 2 CO, art. 406e al. 1 CO, art. 16 al. 1 LCC, art. 89 let. a LCA ; comp. art. 9

1267

Gesetzes eintreten. Die gesetzlichen Vorschriften für Willenserklärungen sind aber insoweit nicht auf den Widerruf anwendbar, als sie (allgemeine) Geschäftsfähigkeit voraussetzen ».

²⁴⁰² Arrêt du TF 4A_627/2012 du 09.04.2013, consid. 8.5.

²⁴⁰³ Par ex. lorsque le consommateur, au lieu d'utiliser le terme « révoquer », emploie le terme « résilier » ou « annuler ». Si le professionnel conteste la révocation, celle-ci devrait néanmoins produire ses effets indépendamment de sa dénomination par le consommateur, dès lors que le professionnel pouvait et devait, d'après le principe de la confiance, déterminer la volonté du consommateur de mettre fin au contrat dans le délai de révocation. Cf CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 3.

²⁴⁰⁴ Pour un cas d'application favorable au consommateur (actes conclusants, renvoi de l'appareil commandé), RFJ 2005 333, p. 335 ; arrêt du TC GR ZB-05-29 du 16.08.2005, consid. 6b (produits cosmétiques) : « *es muss für den Anbieter lediglich erkennbar sein, dass ein Widerruf erklärt wird* ». MARCHAND, Droit de la consommation, p. 160.

²⁴⁰⁵ CARRON, Protection, N 123 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 159 : « *le droit de révocation est le droit du consommateur d'annuler le contrat avec effet ex tunc (rétroactif), par une déclaration de volonté soumise à un délai de péremption* ».

al. 1 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs), mais **non du dies a quo du délai**.

1268 Le début de ce délai est **variable et dépend de la réglementation considérée** (ég. *supra* N 1230 ss). Il s'agira du moment où le consommateur a proposé ou accepté le contrat et eu connaissance d'informations spécifiques (art. 40e al. 2 CO), dès qu'il a reçu un exemplaire du contrat de crédit à la consommation (art. 16 al. 2 LCC), dès la remise d'une copie signée du contrat relatif au mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406e al. 2 CO) ou encore à compter du moment où le consommateur est informé de la conclusion du contrat (art. 89a let. a LCA). Le droit de l'UE distingue selon qu'il s'agit d'un contrat de service ou de vente. Dans le premier cas, le délai court dès le jour de la conclusion du contrat. Dans le second, en règle générale, le jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du bien (art. 9 al. 2 Directive 2011/83/UE²⁴⁰⁶).

1269 Si le consommateur n'exerce pas son droit dans le délai de révocation alors qu'il en a été valablement informé (« **délai péremptoire relatif** »), il en est déchu et assume pleinement l'effet obligatoire du contrat (*pacta sunt servanda*). On rappelle que la preuve du début du délai incombe, à notre avis, au professionnel (*supra* N 1238).

1270 La situation est quelque peu différente lorsque le délai de révocation n'a jamais commencé à courir. Se pose alors la question de la **péremption du droit en l'absence de cours du délai** (b).

b. Péremption du droit en l'absence de cours du délai de révocation

1271 Il est envisageable que le délai de révocation ne commence pas (jamais) à courir. Se pose alors la question de la pérennité de l'existence dudit droit (« **délai péremptoire absolu** »). Cette hypothèse doit être distinguée de la question de la péremption du droit de révocation intervenant lorsque le délai a valablement commencé à courir (*supra* N 1267 ss).

1272 Les raisons de l'absence de cours du délai peuvent être une **information tardive du consommateur sur l'existence du droit ou l'absence de toute**

²⁴⁰⁶ En cas de fourniture d'eau, de gaz et d'électricité non conditionné, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel, le délai commence également à courir à partir de la conclusion du contrat, art. 9 al. 2 let. c Directive 2011/83/UE.

information à ce sujet²⁴⁰⁷. En droit de l'UE, ces situations sont envisagées par l'art. 10 Directive 2011/83/UE. En droit suisse, le délai de révocation ne commence notamment pas à courir lorsque le consommateur ne reçoit pas un exemplaire du contrat de crédit à la consommation (cf. art. 16 al. 2 LCC) ou qu'il n'a pas eu connaissance du droit de révocation en cas de démarchage à domicile (cf. art. 40e al. 2 let. b et 40d CO).

On peut **identifier la règle générale suivante** : en cas d'information tardive, le délai commence à courir le jour suivant lequel le consommateur a reçu l'information tardive, à la condition que le droit de révocation ne soit pas périmé (*infra* N 1276 ss). En d'autres termes, le délai commence uniquement à courir si le consommateur reçoit (ultérieurement) les informations conformément aux prescriptions légales et dans le délai de péremption du droit de révocation. Lorsque l'information n'est jamais fournie, se pose directement la question de la péremption du droit de révocation (« délai péremptoire absolu »²⁴⁰⁸).

1273

La doctrine considère largement que le consommateur doit **conserver la possibilité d'exercer son droit**. L'exercice du droit resterait ainsi possible même si le délai de révocation n'a jamais commencé à courir²⁴⁰⁹. La possibilité de révoquer doit donc être admise largement, surtout si le délai de révocation n'a jamais commencé à courir pour des motifs imputables au professionnel²⁴¹⁰. Admettre trop facilement l'extinction du droit de révocation viderait de sa substance la protection recherchée et pourrait indirectement encourager un comportement négligent du professionnel²⁴¹¹. Lorsque l'information sur le droit de révocation est une condition de validité du contrat (*supra* N 1218 ss), la révocation n'est, en tant que telle, pas susceptible de se périmé, puisque la nullité du contrat peut en principe être soulevée en tout temps.

1274

²⁴⁰⁷ ECL-HELLWEGE, art. 2:502 N 1 ss. Comp. HARTMANN, *Widerrufsrechte*, p. 318 *a contrario* : « [...] dass die Frist erst zu laufen beginnt, wenn der Konsument sein Widerrufsrecht kennt ».

²⁴⁰⁸ La péremption du droit de révocation doit être distinguée du délai de prescription des prétentions en restitution des parties suite à l'exercice de la révocation. D'après le TF, ce dernier délai est d'un an et il est soumis aux règles sur l'enrichissement illégitime (*infra* N 1341 en part.).

²⁴⁰⁹ BARNIKOL, p. 96 relève qu'il est envisageable que l'existence d'un droit de révocation ne soit découverte qu'en cours de procès. Dans ce prolongement, on peut même imaginer – du moins en théorie – que le droit de révocation n'existe qu'après l'entrée en force du jugement qualifiant la relation contractuelle entre parties.

²⁴¹⁰ BARNIKOL, p. 96 ; DORNIER, N 468.

²⁴¹¹ CJCE, 13.12.2001, HEININGER, aff. C-481/99, N 45. Conclusions de l'avocat général LÉGER du 12.07.2001, HEININGER, aff. C-481/99, N 50 ss, en part. 61, 62 et 72.

1275 Dans ce prolongement, il est également utile d'approfondir **le délai de péremption du droit de révocation (c)**.

c. Délai de péremption

1276 Il convient dans tous les cas de fixer des **limites²⁴¹² à la période temporelle pendant laquelle une révocation reste possible**. *De lege lata*, le droit suisse ne règle pas spécifiquement cette question (comp. art. 17 al. 3 CO 2020 : « *dans tous les cas, le délai échoit un an après l'exécution de la prestation* »)²⁴¹³. En droit de l'UE, le délai de péremption est de 12 mois (art. 10 al. 1 Directive 2011/83/UE). C'est également le délai retenu à l'art. 2:502 (2) ECL.

1277 Le délai de péremption du droit de révocation se détermine d'après les circonstances concrètes du cas d'espèce. Son examen demeure étroitement lié à celui du moment où débute ce délai²⁴¹⁴. Si la doctrine suisse paraît généralement relever un **délai de péremption de dix ans** dès la conclusion du contrat en l'absence d'information sur le droit²⁴¹⁵, elle concède tout de même que ce délai puisse être sensiblement plus court²⁴¹⁶. D'après la doctrine européenne, la durée du délai de péremption serait tributaire du moment choisi pour le début du délai de péremption (directement *infra* N 1279 ss)²⁴¹⁷.

1278 Après la présentation du moment **du début du délai de péremption (i)**, l'examen de la durée de ce délai doit en tout cas intervenir en observant certaines limites générales (ii), ainsi que des éléments complémentaires (iii à v).

²⁴¹² CJCE, 10.04.2008, HAMILTON, aff. C-412/06, N 40. Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO du 21.11.2007, HAMILTON, aff. C-412/06, N 29 : « [...] néanmoins, il ne peut être nié que ces directives (i.e. anciennes Directives 94/47/CE et 97/7/CE) tendent à attester l'existence d'un principe commun au droit des Etats membres, qui se retrouve au niveau communautaire et qui consiste à prévoir une limitation temporelle à l'exercice d'un droit lorsqu'il n'a pas été utilisé pendant une période propre à faire douter qu'il soit un jour invoqué par son titulaire ».

²⁴¹³ En lien avec la révision du droit de révocation des art. 40a ss CO, comp. FF 2014 893, 913, qui proposait l'adoption d'un délai maximal de trois mois et quatorze jours après la réception de la chose ou après la conclusion du contrat pour les services et pour les contenus numériques qui ne sont pas offerts sur un support de données matérielles.

²⁴¹⁴ ECL-HELLWEGE, art. 2:502 N 5.

²⁴¹⁵ ZK OR-DORNIER, art. 40e N 122 ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 315 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40e N 9.

²⁴¹⁶ BARNIKOL, p. 97 se rattache aux circonstances concrètes de l'espèce.

²⁴¹⁷ ECL-HELLWEGE, art. 2:502 N 6.

(i) Début du délai de péremption

On rencontre **trois manières** de régler le début du délai de péremption du droit de révocation (sur le début du délai de révocation, comp. *supra* N 1230 ss)²⁴¹⁸. Le droit suisse actuel ne traite pas explicitement ces questions (comp. cep. art. 89a let. d LCA [« *en tout temps* »]). 1279

Premièrement, il est possible de se référer **au moment de la fin du délai de révocation initial « normal »**, ce dernier délai commençant généralement à courir au moment de la réception des biens ou de la conclusion du contrat de service (cf. art. 9 al. 2 et 10 al. 1 Directive 2011/83/UE). 1280

Deuxièmement, on peut imaginer que le **moment de la conclusion du contrat** fixe le début du délai de péremption, indépendamment du début du délai de révocation « normal » (cf. art. 5:103 ACQP et II.-5:103 (3) DCFR). 1281

Troisièmement, le délai de péremption commencerait à courir **au moment où le contrat est pleinement exécuté**, indépendamment du début du délai de révocation « normal » (cf. art. 17 al. 3 CO 2020). 1282

(ii) Limites générales

L'**intérêt public et la sécurité juridique**²⁴¹⁹ exigent qu'un contrat ne puisse être conclu, respectivement maintenu, pour l'éternité²⁴²⁰. S'agissant d'un principe fondamental du droit des obligations²⁴²¹, les considérations de protection du consommateur ne peuvent pas être seules décisives. Le but protecteur du droit de révocation ne justifie pas que le contrat demeure 1283

²⁴¹⁸ Pour nos développements, ECL-HELLWEGE, art. 2:502 N 5. L'auteur paraît considérer qu'une solution uniforme n'est pas optimale et qu'il convient d'observer les contrats et situations visés.

²⁴¹⁹ Dans sa jurisprudence relative à l'ancienne Directive 85/577/CEE, la Cour de justice avait néanmoins considéré que des motifs de sécurité juridique ne sauraient prévaloir pour justifier une limitation, par les Etats membres, des droits expressément prévus par la Directive pour protéger le consommateur, CJUE, 13.12.2001, HEININGER, aff. C-481/99, N 47 et Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO du 21.11.2007, HAMILTON, aff. C-412/06, N 17 et 25.

²⁴²⁰ ATF 127 II 69 consid. 5b = JdT 2002 I 752 ; ATF 113 II 209, consid. 4.

²⁴²¹ Au sujet du principe de la limitation dans le temps des obligations contractuelles, ATF 113 II 209, consid. 4 : « *il n'en demeurerait pas moins un principe autonome du droit des obligations, découlant de la nature de l'obligation contractuelle, qui doit nécessairement s'éteindre, compte tenu du fait que toute action humaine s'insère dans le temps et qu'un engagement perpétuel peut impliquer une aliénation de la liberté* ».

indéfiniment dans un état « boiteux ». Si le consommateur tarde à exercer son droit, le fait d'invoquer le droit de révocation pourrait par ailleurs, selon les circonstances, être constitutif d'un abus de droit (art. 2 al. 2 CC)²⁴²² ; tel pourra être le cas si le contrat a été exécuté de bonne foi, nonobstant le vice originel portant sur le cours du délai de révocation.

1284 En cas de défaut d'information, l'**art. 10 al. 1 Directive 2011/83/UE** prévoit que le droit de révocation expire au terme d'une période de douze mois à compter de la fin du délai de révocation initial. Aux termes de l'art. 10 al. 2 de cette même Directive, si l'information est communiquée pendant la période de douze mois, le délai de révocation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu l'information. La période maximale durant laquelle la révocation peut être exercée est ainsi de douze mois et – plus – quatorze jours²⁴²³. Ce délai est réduit à trois mois et quatorze jours²⁴²⁴ pour les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange (art. 6 al. 3 let. b Directive 2008/122/CE)²⁴²⁵.

1285 *De lege ferenda*²⁴²⁶, en droit suisse, plusieurs éléments pourraient encadrer la réflexion s'agissant de la détermination du délai de péremption du droit de révocation. Il convient peut-être de ne **pas admettre trop strictement un délai de péremption de douze mois** comme l'impose le droit de l'UE, dont le précept d'harmonisation maximale (cf. art. 4 Directive 2011/83/UE) ne lie en effet pas juridiquement la Suisse. Ce délai peut et doit néanmoins servir de référence²⁴²⁷.

²⁴²² FF 2014 893, 913.

²⁴²³ SCHULZE/ZOLL, p. 182.

²⁴²⁴ Comp. FF 2014 893, 913.

²⁴²⁵ Les anciennes Directives 94/47/CE (time-sharing) et 97/7/CE (protection des consommateurs en matière de contrat à distance) contenaient des dispositions expresses quant au délai au-delà duquel, y compris en l'absence d'information, l'exercice du droit n'était plus possible. Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO du 21.11.2007, HAMILTON, aff. C-412/06, N 29.

²⁴²⁶ Pour une proposition de réglementation légale, art. 17 al. 3 CO 2020 : « *dans tous les cas, le délai échoit un an après l'exécution de la prestation* », CO 2020-PROBST, art. 17 N 2 et *infra* N 2026 ss.

²⁴²⁷ Dans le cadre de la révision du droit de révocation, un délai de péremption de trois mois et quatorze jours avait été proposé pour l'exercice du droit de révocation soumis aux art. 40a ss CO (cf. art. 40j al. 1 projet, FF 2014 923, 926 [Rapport de la Commission des affaires juridique du Conseil des Etats du 14 novembre 2013 [BONHÔTE, 06.441]]). Les divergences par rapport au droit de l'UE avaient été relevées, à notre connaissance sans conclusions et discussions quant à la nécessité d'une harmonisation par rapport au délai de douze mois (FF 2014 893, 913).

Outre l'importance de l'**engagement financier** (iii), de l'exécution (iv) et de la durée du contrat (v), les motifs de l'absence d'exercice du droit (vi) nous paraissent également importants. 1286

(iii) *Engagement financier du consommateur*

Si l'engagement financier du consommateur est **important**, pour autant que le contrat puisse toujours être qualifié comme étant « de consommation » (sur le critère de la prestation de consommation courante en droit formel, *supra* N 811 ss), on admettra plus largement les possibilités de révocation. Le potentiel d'une atteinte aux droits et aux intérêts du consommateur est précisément accru lorsque son engagement financier est élevé. Cela étant, ce critère n'est pas nécessairement toujours opportun. Selon les cas, le consommateur ne sera plus en mesure de restituer le bien ou le service acquis ou sa contre-valeur²⁴²⁸. Il paraît donc inévitable d'observer les particularités du cas d'espèce pour aménager l'obligation de restitution du consommateur. 1287

Des conséquences financières et sociales trop pénibles pourraient être évitées en adoptant un **régime légal spécifique de restitution des prestations** (cf. art. 15 al. 2 LCC). Une restitution effective, y compris aménagée, est dans l'intérêt du professionnel également. 1288

(iv) *Exécution du contrat*

Le fait que le contrat de consommation ait été **totalement ou partiellement exécuté** doit également être considéré au moment de déterminer si le droit de révocation est périmé dans un certain délai. 1289

Si le contrat a été **totalement exécuté**, la révocation n'est en principe²⁴²⁹ plus possible, les obligations contractuelles des parties n'existant plus 1290

²⁴²⁸ Sous l'angle de l'ancienne Directive 85/577/CEE, la CJCE avait retenu qu'elle ne s'opposait pas à ce que le consommateur, en cas d'exercice du droit de révocation, soit tenu à un remboursement immédiat du montant d'un prêt, à tout le moins lorsque le professionnel a respecté son obligation d'informer le consommateur du droit de révocation. CJCE, 25.10.2005, SCHULTE, aff. C-350/03, N 89.

²⁴²⁹ Une interprétation favorable au consommateur conduit parfois à une certaine souplesse dogmatique ; le contrat peut ainsi toujours être « révoqué », dans un bref délai de péremption, même après l'exécution complète des prestations. Cette solution était d'ailleurs prévue par le droit allemand de l'époque (2002, art. 2 § 1 HwiG : « *en l'absence de communication d'une telle information, le droit de révocation du client ne s'éteint qu'un mois après l'exécution par*

(*supra* N 1158 ss). On peut alors s'interroger sur un éventuel comportement contradictoire du consommateur à tout de même vouloir exercer la révocation. Dans ce contexte, les motifs de l'absence d'exercice du droit déploient une fonction importante (*infra* N 1296 s.)²⁴³⁰.

1291 Si le contrat a été **partiellement exécuté**, les motifs de l'absence d'exercice du droit de révocation sont également déterminants (*infra* N 1296 s.).

1292 Lorsque le professionnel **omet d'informer le consommateur**, la possibilité d'une révocation devrait être (plus) largement admise²⁴³¹. Un long délai de péremption du droit, voire l'absence de toute restriction de ce délai, comporte un aspect préventif ; elle incite le professionnel à informer le consommateur, au risque de subir une révocation ultérieure, potentiellement même après une longue période²⁴³².

(v) *Durée du contrat*

1293 Si l'exécution du contrat est **instantanée** (ex. vente et paiement d'un tapis au domicile du consommateur), la situation s'évalue à l'aune du critère de l'exécution des prestations contractuelles (*supra* N 1289 ss). Ainsi, lorsque le professionnel a manqué à un devoir d'information concernant le droit de révocation, le consommateur doit pouvoir révoquer le contrat malgré l'exécution des prestations. Lorsque l'information sur le droit est une condition de validité du contrat (*supra* N 1218 ss), ce dernier est par hypothèse nul, les parties devant se restituer leurs prestations.

1294 En présence d'un **contrat de durée**, la péremption devrait être admise beaucoup plus restrictivement. Il s'agit également d'être en accord avec les effets généralement *ex nunc* en cas d'invalidation du contrat de longue durée ou d'une

les deux parties de la totalité de leurs obligations » [trad. libre]) applicable pour les contrats conclus au moyen du démarchage à domicile. Cf CJCE, 10.04.2008, HAMILTON, aff. C-412/06, N 10 et 48.

²⁴³⁰ Par ex. si le professionnel demeure injoignable ou refuse la prise de contact du consommateur après l'exécution immédiate du contrat.

²⁴³¹ En lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, CJCE, 13.12.2001, HEININGER, aff. C-481/99, N 48.

²⁴³² En lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 08.09.2009, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 102.

durée déterminée²⁴³³. En revanche, une restitution *ex tunc* s'avère souvent plus difficile.

On pourrait même s'aventurer plus avant et se demander si, lorsque le contrat est de très longue durée ou de durée indéterminée, le droit de révocation ne serait même **jamaïs susceptible de se périmer**, mais que son exercice valable produirait uniquement, soit un effet *ex nunc*, soit entraînerait une restitution des prestations limitée par une prescription spécifique (par ex. qui concernerait uniquement les prestations effectuées un an avant l'exercice valable de la révocation).

1295

(vi) *Motifs de l'absence d'exercice du droit*

Les motifs pour lesquels le consommateur n'a pas exercé son droit, **notamment** un comportement ambigu ou même abusif du professionnel, l'expérience, la formation et la situation financière du consommateur ou encore la complexité du contrat doivent également être observés²⁴³⁴. Cet examen concret doit être distingué de l'évaluation objective des conditions d'application d'un droit de révocation²⁴³⁵.

1296

Si le délai de péremption du droit de révocation est trop bref, le professionnel sera tenté d'omettre l'information à son sujet. Cela soulève peut-être la question d'une cristallisation générale, dans la LCD, de l'obligation, pour le professionnel, d'informer le consommateur quant à l'exercice d'un droit de révocation (comp. art. 3 al. 1 let. m LCD). Lorsque le consommateur **a pris ou pouvait raisonnablement prendre connaissance du droit**, alors même que l'information ne lui aurait pas été communiquée par le professionnel, il devrait

1297

²⁴³³ ATF 137 III 263, consid. 4.4.4 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 : « la jurisprudence a spécialement considéré que la restitution dans le cadre des contrats de durée connaît une limite, lorsque par exemple des prestations de service ont été fournies en tout ou en partie ou que des obligations de s'abstenir ont été remplies en exécution du contrat et que ces prestations, par leur nature, ne peuvent être restituées. Dans pareilles situations, pour des motifs d'ordre pratique, l'invalidation du contrat pour cause d'erreur ne produit des effets qu'« ex nunc ». CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 30.

²⁴³⁴ BARNIKOL, p. 97 s.

²⁴³⁵ En lien avec les art. 1 et 2 de la Directive 85/577/CEE (abrogée), CJUE, 25.10.2005, CRAILSHEIMER VOLKSBANK, aff. C-229/04, N 44 : « [...] pour que le consommateur bénéficie du droit de révocation, il suffit qu'il se trouve dans l'une des situations objectives décrites à l'art. 1^{er} de ladite directive et il n'y a pas lieu d'exiger en outre qu'il soit démontré qu'il a été influencé ou manipulé par le commerçant ».

rester envisageable de fixer plus brièvement le délai de péremption²⁴³⁶. Cette limitation temporelle est admissible car elle ne prive pas le consommateur de son droit, mais limite uniquement l'exercice de celui-ci²⁴³⁷. Il convient toutefois d'être particulièrement restrictif dans l'imputation de la connaissance au consommateur. Elle pourrait exceptionnellement s'envisager en cas de changement de jurisprudence qu'il pouvait et devait connaître et qui motive précisément l'exercice du droit de révocation plusieurs années après la conclusion du contrat²⁴³⁸.

1298 Quels sont les **effets** (D) de l'exercice du droit de révocation ?

D. Effets

1. Principes

1299 La principale conséquence de l'exercice valable du droit de révocation est de **mettre fin à l'obligation de chaque partie d'exécuter ou de conclure le contrat** (cf. art. 12 Directive 2011/83/UE et art. 2:504 ECL). Il est discuté de savoir si cet effet emporte également la fin de la relation contractuelle en tant que telle. Le fondement contractuel ou extracontractuel de la restitution des prestations par suite d'exercice du droit de révocation est également controversé²⁴³⁹.

1300 Cela étant, la fonction principale des règles sur la restitution des prestations est de remettre les parties dans la situation qui prévalait avant le contrat, à savoir le ***status quo ante contractum***. En soi, ce but est indépendant des discussions autour de l'effet *ex tunc* ou *ex nunc* de l'exercice valable de la révocation (comp. *supra* N 1115 ss). Ce *status quo* peut d'ailleurs être atteint sans que cet effet *ex tunc* ou *ex nunc* de la révocation n'ait à être tranché : ce qui compte est la situation des parties après la révocation, même si, il est vrai, la situation initiale ne peut vraisemblablement jamais être totalement (r)établie²⁴⁴⁰. La Cour

²⁴³⁶ Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO du 21.11.2007, HAMILTON, aff. C-412/06, N 31 s.

²⁴³⁷ Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO du 21.11.2007, HAMILTON, aff. C-412/06, N 27.

²⁴³⁸ Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO du 21.11.2007, HAMILTON, aff. C-412/06, N 22, 26 et 27 avec les réserves exprimées en N 25.

²⁴³⁹ Pour ces développements, SCHULZE/ZOLL, p. 183.

²⁴⁴⁰ Pour ces développements, ECL-HELLWEGE, Appendix to art. 2:504, N 1 et ECL-HELLWEGE, Appendix to art. 2:504, N 15.

de justice précise que l'exercice de la révocation tend au rétablissement de la situation initiale entre les parties (« remise des choses dans leur état initial »)²⁴⁴¹. Elle relève que, selon les cas, le consommateur peut exceptionnellement être amené à supporter des conséquences découlant de l'exercice de la révocation²⁴⁴².

On peut quoi qu'il en soit considérer que le principe cardinal suivant guide la restitution des prestations : l'exercice valable du droit de révocation **ne devrait provoquer aucun frais à la charge du consommateur** (art. 9 al. 1 Directive 2011/83/UE, art. 6 al. 1 Directive 2002/65/CE, art. 8 al. 2 Directive 2008/122/CE, art. 40 al. 1 CESL), à tout le moins lorsque l'usage du bien est compatible avec les principes de droit civil (sur les risques de la révocation, *infra* N 1380 ss)²⁴⁴³. Le professionnel doit rembourser tous les éventuels paiements reçus de la part du consommateur, y compris les frais de livraison « standards » (comp. art. 13 al. 2 Directive 2011/83/UE pour des exceptions)²⁴⁴⁴. Ce remboursement doit intervenir par le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur, dès que le professionnel a ou peut raisonnablement avoir connaissance de la décision de révoquer, mais au plus tard dans un délai de quatorze jours (cf. art. 13 al. 1 Directive 2011/83/UE) voire, selon les cas, de trente jours dès que le professionnel est informé de la révocation²⁴⁴⁵. Le corollaire indispensable et indiscuté est que le consommateur doit retourner dans le même délai les biens reçus (cf. art. 14 al. 1 Directive 2011/83/UE), respectivement assume, le cas échéant, une « responsabilité » pour certains services (cf. art. 14 al. 3 et 4 Directive 2011/83/UE)²⁴⁴⁶. En principe, le consommateur supporte les coûts du renvoi (art. 6 al. 1 let. i et

1301

²⁴⁴¹ CJCE, 25.10.2005, SCHULTE, aff. C-350/03, N 92.

²⁴⁴² En lien avec l'ancienne Directive 85/577/CEE, CJUE, 15.10.2010, E. FRIZ GMBH, aff. C-215/08, N 50, qui traitait du retrait d'un fonds immobilier de type fermé plusieurs années après l'adhésion audit fond. Il est alors admissible de calculer le droit au remboursement du consommateur sur la base d'un actif net de liquidation. Le cas échéant, le montant restitué pourra cependant être inférieur à l'apport du consommateur ou celui-ci pourrait même être tenu de participer aux pertes.

²⁴⁴³ CJCE, 03.09.2009, MESSNER, aff. C-489/07 N 29. Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 184.

²⁴⁴⁴ ECL-HELLWEGE, Appendix to art. 2:504, N 7 s. estiment que cette conséquence de la révocation est rendue superflue lorsque la loi proscrit un paiement du consommateur avant la fin du délai de révocation (cf. art. 406e al. 1 CO).

²⁴⁴⁵ Pour ces développements, SCHULZE/ZOLL, p. 184 précisent que ces mêmes délais s'appliquent au consommateur pour le retour des biens. Les auteurs rappellent également qu'il demeure néanmoins possible de mettre à charge de ce dernier les coûts de renvoi, sauf convention contraire ou défaut d'informer au sujet desdits coûts. Comp. ECL-HELLWEGE, Appendix to art. 2:504, N 9.

²⁴⁴⁶ ECL-HELLWEGE, Appendix to art. 2:504, N 14 et 21 s.

14 al. 1 Directive 2011/83/UE²⁴⁴⁷). En cas de contrat de vente, et à tout le moins en droit de l'UE lequel octroie au professionnel un droit de rétention (art. 13 al. 3 Directive 2011/83/UE), le consommateur doit *de facto* s'exécuter en premier²⁴⁴⁸.

1302 La présentation des effets de la révocation sera relativement succincte ici²⁴⁴⁹. Elle consistera en un tour d'horizon des différentes solutions légales actuelles en droit suisse. Comme pour l'information sur le droit (*supra* N 1193 ss), nous traiterons à nouveau du **démarchage à domicile** (2), du courtage matrimonial (3) du crédit à la consommation (4) et du contrat individuel d'assurance sur la vie (5).

2. Démarchage à domicile

1303 L'art. 40f CO régit les conséquences de l'exercice du droit de révocation pour les contrats de consommation conclus dans une situation de démarchage à domicile²⁴⁵⁰. L'art. 40f al. 1 CO énonce le **principe du remboursement** – de la restitution²⁴⁵¹ – des prestations réciproques (« *si l'acquéreur a révoqué le contrat, les parties doivent rembourser les prestations reçues* »)²⁴⁵². Elle intervient en principe donnant-donnant (« *Zug um Zug* », cf. art. 82 CO)²⁴⁵³. Si les prestations respectives des parties sont en argent, une compensation est possible²⁴⁵⁴.

1304 Le consommateur ne peut être tenu à une **autre forme de dédommagement** que dans les cas expressément envisagés par la loi (art. 40f al. 4 CO en relation avec les art. 40f al. 2 et 3 CO). Il conserve en revanche la possibilité de formuler d'autres prétentions que la restitution des sommes payées (not. *culpa in contrahendo* ou prétention en remboursement de frais de réparation [cf. art. 939 CC])²⁴⁵⁵.

²⁴⁴⁷ ECL-HELLWEGE, Appendix to art. 2:504, N 20.

²⁴⁴⁸ ECL-HELLWEGE, Appendix to art. 2:504, N 11.

²⁴⁴⁹ Nous approfondirons, en revanche, la problématique de la répétition et de la restitution des prestations dans la quatrième partie de ce chapitre consacré au droit de révocation légal (IV).

²⁴⁵⁰ FORNAGE, Droit de révocation, p. 499 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 477a.

²⁴⁵¹ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 3.

²⁴⁵² BRUNNER, Haustürgeschäft, p. 215 ; FORNAGE, Droit de révocation, p. 499.

²⁴⁵³ FF 1986 II 360, 402. ZK OR-DORNIER, art. 40f N 138 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 477a ; BSK OR I-KOLLER-TUMLER, art. 40f N 2.

²⁴⁵⁴ BSK OR I-KOLLER-TUMLER, art. 40f N 2.

²⁴⁵⁵ ZK OR-DORNIER, art. 40f N 134 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 12.

Le TF semble retenir que le fondement de la restitution des prestations relève, d'une part, des **règles extracontractuelles de l'enrichissement illégitime (pour les prestations en argent) et, d'autre part, des règles sur la revendication (pour les choses)**²⁴⁵⁶. Le délai de prescription des prétentions en restitution est réputé identique : un an dès l'exercice du droit de révocation (cf. art. 67 CO)²⁴⁵⁷. Nous y reviendrons (*infra* N 1332).

Pour aborder les effets de la révocation en application des art. 40a ss CO, on présentera les obligations des parties, en distinguant selon que la restitution concerne une **chose** (a) ou un service (b).

a. Chose

En cas de révocation, lorsque le contrat porte sur la livraison d'une chose au consommateur, ce dernier **doit la rendre au professionnel** (art. 40f al. 1 CO)²⁴⁵⁸. D'après DORNIER, le consommateur peut restituer la chose à son propre domicile, c'est-à-dire sans avoir à la renvoyer à l'établissement du professionnel²⁴⁵⁹. Le consommateur supporte les coûts de renvoi, la restitution du paiement reçu par le professionnel ne devant, en revanche, engendrer aucun frais pour le consommateur²⁴⁶⁰.

Si le consommateur **ne restitue pas** la chose, le professionnel peut agir par le biais des règles sur la revendication (art. 641 ss CC)²⁴⁶¹. Lorsque le consommateur a fait usage de la chose, il doit une indemnité au fournisseur

²⁴⁵⁶ BSK OR I-KOLLER-TUMLER, art. 40f N 2. Comp. ATF 137 III 243 consid. 4.4.7 et 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète). Comp. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 173 : « *par cet arrêt, le Tribunal fédéral rattache ces prétentions (i.e. les prétentions en restitution) à celles de l'enrichissement illégitime* » ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 64 : « *en revanche, dans les cas où le contrat n'a pas été valablement conclu dès le départ, ou a été conclu sous une condition suspensive qui ne s'est finalement pas réalisée, il faut appliquer les règles sur l'enrichissement illégitime* ». Pour un aperçu des différents auteurs prônant un rapport de liquidation contractuel comme conséquence de la révocation, CHK OR-KUT, art. 40a-g N 60. Pareille conception s'oppose a priori à une application du régime de l'enrichissement illégitime, dans la mesure où l'existence d'un rapport de liquidation contractuel exclut précisément l'application dudit régime, CHK OR-HAHN, art. 62 N 37 et 38a.

²⁴⁵⁷ ATF 137 III 243 consid. 4.4.7 et 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète). MARCHAND, Droit de la consommation, p. 173.

²⁴⁵⁸ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 173.

²⁴⁵⁹ ZK OR-DORNIER, art. 40f N 135.

²⁴⁶⁰ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 173.

²⁴⁶¹ BSK OR I-KOLLER-TUMLER, art. 40f N 2.

(art. 40f al. 2 CO) pour la période entre la réception et la restitution de la chose²⁴⁶². Le tribunal fixe cette indemnité selon son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC)²⁴⁶³, tout en privilégiant une interprétation favorable au consommateur²⁴⁶⁴. La dépréciation de la chose pour premier usage ou pour première mise sur le marché de la chose n'est, en revanche, pas indemnisable²⁴⁶⁵.

1309

Si le consommateur a payé le prix (comp. 406e al. 1 seconde phrase CO), et qu'il révoque le contrat, il peut en réclamer le remboursement au professionnel. Selon le TF, sa prétention en restitution se fonde alors sur les règles de l'enrichissement illégitime (*infra* N 1332). Le professionnel ne peut, en revanche, invoquer l'exception selon laquelle il ne serait plus enrichi (art. 64 CO). La loi lui impose en effet d'informer le consommateur au sujet du droit de révocation (art. 40d CO) et il doit dès lors envisager l'exercice de ce droit²⁴⁶⁶.

1310

Si le professionnel tarde à restituer le montant versé au consommateur, il s'expose à notre avis au paiement d'un **intérêt compensatoire** au taux annuel de 5% (cf. art. 73 al. 1 CO²⁴⁶⁷), dès le moment de l'exercice – valable – de la révocation²⁴⁶⁸. La constatation du « retard à rembourser » dépend également largement des circonstances de l'espèce (ex. comportement et situation économique des parties, montant de la somme à restituer) et, partant, du pouvoir d'appréciation du tribunal (art. 4 CC).

²⁴⁶² CHK OR-KUT, art. 40a-g N 60 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7.

²⁴⁶³ ZK OR-DORNIER, art. 40f N 137 ; FORNAGE, Droit de révocation, p. 499 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 477b.

²⁴⁶⁴ Comp. BSK OR I-KOLLER-TUMLER, art. 40f N 3 : « [...] wobei dem Richter ein Reduktionsspielraum für versäumte Orientierung verbleibt (<angemessen> ; Botschaft 1986, 394 [...] »

²⁴⁶⁵ CHK OR-KUT, art. 40a-g N 60 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7.

²⁴⁶⁶ Pour ces développements, ZK OR-DORNIER, art. 40f N 132 et HARTMANN, Informationspflichten, N 401.

²⁴⁶⁷ CR CO I-HOHL, art. 73 N 1 précise que l'application de l'art. 73 CO s'envisage à titre supplétif, soit en particulier lorsque la loi ne le détermine pas, comme c'est le cas pour les règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) ; BSK OR I-KOLLER-TUMLER, art. 40f N 2. Cf. ég. ATF 84 II 179, consid. 4 (fixation de l'intérêt à 3% par l'autorité cantonale non remise en question par le TF) : « der Beklagte hat die ganze Bereicherung herauszugeben. Hiezu gehört neben dem Kapital auch der Zins, den der Beklagte in der Zwischenzeit erfahrungsgemäss ziehen konnte und natürlich auch gezogen hat ».

²⁴⁶⁸ Contra, CHK OR I-KOLLER-TUMLER, art. 40f N 5 : « der Kunde seinerseits erhält einen Anspruch auf Rückerstattung seiner Leistung, aber ebenfalls ohne Verzinsung ».

Qu'en est-il si le contrat porte sur la fourniture d'un **service** (b) ?

1311

b. Service

En cas de révocation dans le cadre d'un contrat dont l'objet est une prestation de service, le « remboursement » par le consommateur est obligatoire (art. 40f al. 1 CO). Il doit ainsi restituer au professionnel les **avances et frais** (ex. frais de voyage ou de télécommunications²⁴⁶⁹), d'après les dispositions sur le contrat de mandat (art. 40f al. 3 CO en relation avec l'art. 402 CO). La prétention en remboursement du professionnel peut être considérée comme étant de nature *sui generis*, car spécifique – et limitée²⁴⁷⁰ – aux situations expressément envisagées par la loi²⁴⁷¹. Dans la règle, le consommateur ne peut être tenu au paiement d'intérêts²⁴⁷².

1312

Lorsque le service n'est pas fourni, le consommateur ne doit rien et peut, conformément aux règles sur l'enrichissement illégitime, récupérer la somme qu'il aurait, par hypothèse, déjà versée. Si le professionnel tarde à restituer le montant versé, il s'expose à notre avis, en vertu d'une interprétation favorable au consommateur, au paiement d'un intérêt compensatoire au taux annuel de 5% (cf. art. 73 al. 1 CO) à partir du moment de l'exercice valable de la révocation²⁴⁷³. La constatation du retard à rembourser dépend également largement des circonstances de l'espèce (ex. comportement et situation économique des parties, montant de la somme à restituer) et, partant, du pouvoir d'appréciation du tribunal (art. 4 CC).

1313

²⁴⁶⁹ CHK OR-KUT, art. 40a-g N 62 ; CR CO-I STAUDER/STAUDER, art. 40f N 8.

²⁴⁷⁰ ZK OR-DORNIER, art. 40f N 141.

²⁴⁷¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 477d et les réf. citées (en part. FF 1986 II 360, 402) : « *der Anbieter, der vor Ablauf der Widerrufsfrist leistet, handelt nämlich auf eigene Gefahr* » ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 321 : « *im Unterschied zur Überlassung einer Sache zum Gebrauch kommt bei einer bereits erbrachten Dienstleistung also nicht die bereicherungsrechtliche Perspektive zum Zug. Die Regeln über die Folgen des Widerrufs bei einem Vertrag über Dienstleistungen stellen sicher, dass der Anbieter die Leistungen an den Konsumenten zumindest nicht <aus der eigenen Tasche> bezahlen muss* ».

²⁴⁷² BSK OR I-KOLLER-TUMLER, art. 40 f N 3.

²⁴⁷³ *Contra*, CHK OR I-KOLLER-TUMLER, art. 40f N 5 : « *der Kunde seinerseits erhält einen Anspruch auf Rückerstattung seiner Leistung, aber ebenfalls ohne Verzinsung* ».

3. Courtage matrimonial

1314 La nature suspensive du droit de révocation en matière de courtage matrimonial rend **en principe superflue** la question de la conséquence de l'exercice du droit. Durant le délai de révocation, le professionnel ne doit accepter aucun paiement du consommateur (cf. art. 406e al. 1 seconde phrase CO). Un éventuel versement du consommateur avant l'écoulement de ce délai interviendrait sans cause, de sorte que sa restitution serait soumise aux règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)²⁴⁷⁴.

4. Crédit à la consommation

1315 Les conséquences de l'exercice du droit de révocation octroyé par la LCC peuvent être distinguées selon que la **révocation intervient avant** (a) ou après (b) le versement du **prêt**²⁴⁷⁵. En outre, il est envisageable que le consommateur ait remboursé le crédit totalement ou partiellement au moment d'exercer la révocation (c).

a. Révocation avant le versement du prêt

1316 En cas de révocation avant le versement du prêt, le contrat de crédit à la consommation prend fin avec effet *ex tunc*²⁴⁷⁶. La situation est alors celle d'un contrat n'ayant jamais été conclu, les obligations des parties s'éteignent et la **question de la restitution des prestations contractuelles ne se pose pas**²⁴⁷⁷. Le consommateur ne peut exiger le paiement du prêt au professionnel et ce dernier ne peut rien réclamer au consommateur²⁴⁷⁸.

b. Révocation après le versement du prêt

1317 En cas de révocation après le versement du prêt, le contrat de crédit à la consommation prend également fin avec effet *ex tunc*²⁴⁷⁹. La situation est alors

²⁴⁷⁴ Comp. CR CO I-WERRO, art. 406a-406h N 22. L'auteur indique que le contrat n'entre pas en force avant l'issue du délai de révocation. Cf. ég. CR CO I-PICHONNAZ, art. 151 N 58.

²⁴⁷⁵ BARNIKOL, p. 105 ss.

²⁴⁷⁶ BARNIKOL, p. 105 ; STAUDER, Konsumkreditrecht, p. 271.

²⁴⁷⁷ BARNIKOL, p. 105.

²⁴⁷⁸ BARNIKOL, p. 105.

²⁴⁷⁹ BARNIKOL, p. 105 ; STAUDER, Konsumkreditrecht, p. 271.

également celle d'un contrat n'ayant pas été conclu. En cas de versement du prêt avant la révocation, se pose la **question de la restitution des prestations contractuelles**²⁴⁸⁰. Les al. 2 et 3 de l'art. 15 LCC s'appliquent alors par analogie (cf. art. 16 al. 3 LCC)²⁴⁸¹.

Cela étant, il demeure nécessaire de **distinguer selon le type de contrat concerné**. S'il s'agit d'une vente à tempéraments (art. 10 LCC), d'un contrat de crédit portant sur le financement de services (art. 10 LCC) ou d'un contrat de leasing (art. 11 LCC), les conséquences de l'art. 40f CO s'appliquent (art. 16 al. 3 LCC ; comp. *supra* N 1312)²⁴⁸². En revanche, et pour tous les autres contrats de crédit à la consommation, les conséquences de la nullité *sui generis* de l'art. 15 al. 2 et 3 LCC valent (art. 16 al. 3 LCC). Le consommateur bénéficie alors d'un crédit gratuit, puisqu'il ne doit ni frais ou intérêts, lequel est en outre remboursable par paiements partiels égaux (art. 15 al. 2 LCC)²⁴⁸³.

1318

c. Révocation après le remboursement total ou partiel du prêt par le consommateur

Nous l'avons vu, il est possible que le **délai de révocation ne commence pas à courir**, ce qui soulève la question de la péremption « absolue » du droit de révocation (*supra* N 1271 ss). Nonobstant l'absence de cours du délai, il peut donc arriver que les contractants exécutent le contrat et que le consommateur rembourse le prêt totalement ou partiellement.

1319

Lorsque le délai de révocation commence à courir ultérieurement, et à la condition que le droit de révocation ne soit pas périmé (comp. *supra* N 1276 ss), la situation n'est **en principe pas problématique**. La restitution des prestations s'envisage alors selon les règles en cas de révocation après le versement du prêt (art. 16 al. 3 en relation avec les art. 15 al. 1 et 2 LCC ou art. 16 al. 3 LCC en relation avec l'art. 40f CO, *supra* N 1317 s.)²⁴⁸⁴.

1320

²⁴⁸⁰ BARNIKOL, p. 105.

²⁴⁸¹ CHK KKG-BRUNNER, art. 1-42 N 90 et 93.

²⁴⁸² BARNIKOL, p. 106 précise que, conformément à la jurisprudence du TF (ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 [trad. complète], *infra* N 1326 ss), il ne s'agit dès lors pas d'un rapport de restitution des prestations de nature contractuelle, mais fondé sur l'enrichissement illégitime ; CHK KKG-BRUNNER, art. 1-42 N 93.

²⁴⁸³ BARNIKOL, p. 106 ; CHK KKG-BRUNNER, art. 1-42 N 90 ; STAUDER, Konsumkreditrecht, p. 271.

²⁴⁸⁴ BARNIKOL, p. 106.

1321 Lorsque le consommateur a payé des **intérêts avant la révocation**, il convient de l'autoriser à en réclamer le paiement au professionnel sur la base des règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)²⁴⁸⁵. Par l'exercice valable de la révocation, l'obligation de l'emprunteur de payer des intérêts (cf. art. 5 et 7 al. 1 let. c LCC) s'éteint avec effet *ex tunc*, de sorte que la cause pour leur paiement disparaît pour la période considérée²⁴⁸⁶.

5. Contrat d'assurance sur la vie conclu en prestation de services transfrontière

1322 À titre d'exhaustivité²⁴⁸⁷, nous rappelons encore les effets de l'exercice du droit de révocation prévue dans le contrat individuel d'assurance sur la vie conclu en prestation de services transfrontières (art. 89a LCA). Par la révocation valable, le consommateur est libéré de toute obligation contractuelle pour l'avenir. De son côté, l'**assureur doit rembourser** au preneur les primes déjà payées ou les versements uniques déjà effectués (art. 89a let. c LCA).

1323 Après cette présentation des différents effets de la révocation, nous allons encore d'approfondir plus spécifiquement la **répétition et la restitution des prestations**, ainsi que les **risques de la révocation** (IV).

²⁴⁸⁵ BARNIKOL, p. 106 s.

²⁴⁸⁶ BARNIKOL, p. 107. Parvenant au même résultat, dans le contexte des art. 40a ss CO, mais sous l'angle de la cause ne se réalisant pas dans le contexte d'une analyse non spécifique à la question des intérêts, BRUNNER, *Haustürgeschäfte*, p. 215.

²⁴⁸⁷ La portée pratique de cette disposition est très réduite, voire nulle. Son application suppose une réciprocité par les Etats étrangers, singulièrement de l'UE. Or, la Suisse a uniquement passé un accord en ce sens avec la Principauté du Liechtenstein, BSK VVG Nachf.-PFLEIDERER, art. 89a ad N 2.

IV. Répétition et restitution des prestations

A. Fondements

1. Invalidation à la suite de l'exercice du droit de révocation

Les conséquences de l'exercice du droit de révocation se situent **entre la nullité et l'invalidation proprement dite**²⁴⁸⁸. A la nullité, il emprunte la caractéristique d'une restitution²⁴⁸⁹, en principe totale, des prestations avec effet *ex tunc*²⁴⁹⁰ ; à l'invalidation proprement dite, l'existence d'une relation ayant déployé des effets entre les parties. 1324

Dans l'**ATF 137 III 243** (2), le TF s'est prononcé sur la restitution des prestations réciproques suite à l'exercice valable du droit de révocation des art. 40a ss CO. 1325

2. ATF 137 III 243

L'arrêt publié aux **ATF 137 III 243**²⁴⁹¹ est riche d'enseignements pour l'ensemble des droits de révocation en droit suisse²⁴⁹². Après un rappel des **faits** (a), nous exposerons plus concrètement la position du TF (b). 1326

a. Faits

L'**ATF 137 III 243** traite d'un contrat portant sur l'acquisition de documentation de formation continue et une inscription à six jours de séminaire. La consommatrice avait signé ce contrat à la suite de deux réunions d'information 1327

²⁴⁸⁸ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 159 ss ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 3 considèrent que la révocation déploie des effets proches d'une résolution du contrat.

²⁴⁸⁹ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 318 s. Comp. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 159. Cette restitution intervient régulièrement sur la base d'un régime de liquidation spécifique (cf. art. 40f CO, 406e al. 2 CO et 16 al. 3 LCC).

²⁴⁹⁰ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 159.

²⁴⁹¹ Arrêt du TF 4A_562/2010 du 03.05.2011.

²⁴⁹² Au consid. 1 de l'arrêt, on constatera par ailleurs que le TF retient une question juridique de principe s'agissant de la problématique de la prescription des prestations réciproques à la suite de l'exercice du droit de révocation (art. 74 al. 2 let. a LTF).

organisées par le professionnel les 29 et 30 août 2007²⁴⁹³. Le professionnel lui proposa une réduction du prix d'acquisition de Fr. 6'800.- à Fr. 5'980.-, à la condition du paiement d'un **acompte immédiat de Fr. 4'000.-**. La consommatrice exécuta ce paiement²⁴⁹⁴.

1328 Le 31 août 2007, la consommatrice révoqua toutefois le contrat par oral (téléphone) et par écrit. Elle exigea la restitution de l'acompte versé. La demande en restitution de l'acompte ne fut toutefois introduite que le 13 novembre 2009, soit **plus d'une année après l'exercice du droit de révocation**. Les deux instances cantonales admirent la demande en paiement au motif, qu'étant de nature contractuelle, la prétention était soumise au délai de prescription décennal (cf. art. 127 CO). Saisie par un recours du professionnel, notre Haute Cour admit finalement l'exception de prescription annale qu'il soulevait (cf. art. 67 CO).

1329 Quelle était à cet égard la **position du TF** (b) ?

b. Position du Tribunal fédéral

1330 Dans son arrêt, le TF **rapproche les conséquences de l'invalidation** du contrat suite à l'exercice du droit de révocation de celles des contrats affectés de vices dans leur formation (vice du consentement ou vice de forme) ou soumis à une condition suspensive qui ne se réalise pas²⁴⁹⁵.

1331 Les prestations déjà exécutées doivent ainsi être **restituées**. Lorsqu'il s'agit d'une chose, la restitution intervient d'après les règles sur la revendication

²⁴⁹³ La typicité consumériste du contrat aurait peut-être pu se poser. Il ne ressort pas immédiatement de l'arrêt que la documentation acquise l'aurait été à des fins privées ou professionnelles. Comme le relève le TF, ce point n'est cependant plus contesté par les parties (consid. 3), raison pour laquelle le contrat en cause est appréhendé à l'aune des art. 40a ss CO.

²⁴⁹⁴ Ce paiement immédiat s'avère peu compatible avec la position du TF selon laquelle le droit de révocation des art. 40a ss CO a une nature suspensive (consid. 4.5). Dans l'esprit des parties, le contrat déployait immédiatement ses effets matériels et pas seulement après l'écoulement du délai de révocation non utilisé.

²⁴⁹⁵ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète) et les réf. citées : « Entsprechend ist die Frage, nach welchen Regeln die Vertragsrückabwicklung in Folge eines solchen Widerrufs erfolgt, in Anlehnung an die Praxis zur Rückabwicklung von mit Entstehungsmängeln (Willensmängel, Formmängel) behafteten Verträgen zu entscheiden bzw. von suspensiv bedingten Verträgen nach Ausfall der Bedingung, für die im Interesse der Rechtssicherheit und Kohärenz eine möglichst einheitliche Regelung anzustreben ist ». PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 64.

(art. 641 al. 2 CC)²⁴⁹⁶. Par principe, la prétention en restitution est alors imprescriptible²⁴⁹⁷. Dans les autres cas, la restitution intervient conformément aux règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)²⁴⁹⁸. La prescription relative est alors toujours²⁴⁹⁹ d'un an et la prescription absolue de dix ans (art. 67 CO).

S'agissant de la créance en restitution du paiement effectué par le consommateur avant la révocation, le TF considère qu'elle est soumise aux règles de l'enrichissement illégitime²⁵⁰⁰. Celle du professionnel en restitution de la chose relèverait, en revanche, des règles sur la revendication²⁵⁰¹. Dans les deux cas, le TF applique un régime **extracontractuel** à la répétition des prestations respectives à la suite d'un exercice valable de la révocation fondée sur les art. 40a ss CO²⁵⁰².

1332

Le **critère** invoqué par le TF, pour conclure que le délai de prescription de la restitution des prestations reçues au sens de l'art. 40f al. 1 CO est fondé sur l'art. 67 CO, est celui de la **validité initiale du contrat (B)**.

1333

B. Critère de la validité initiale du contrat

1. Concept

Dans l'ATF 137 III 243, le TF applique le critère de la validité initiale du contrat. Celui-ci lui permet de déterminer le délai de prescription des prétentions en restitution, notamment en cas d'exercice du droit de révocation par le consommateur²⁵⁰³. Les prétentions en restitution fondées sur l'art. 40f al. 1 CO

1334

²⁴⁹⁶ Dans l'ATF 137 III 243, la Cour suprême ne paraît pas directement affirmer ce principe en lien avec le droit de révocation des art. 40a ss CO, seule la prétention en restitution de la consommatrice étant en l'espèce concernée par le litige.

²⁴⁹⁷ HARTMANN, Rückabwicklung, N 784 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 173.

²⁴⁹⁸ ATF 137 III 243, consid. 4.4.3 et 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 ; ATF 134 III 438 consid. 2.4 = JdT 2008 I 541 ; ATF 132 III 242 consid. 4.1 = JdT 2006 I 49 ; ATF 129 III 320 consid. 7.1.1 = JdT 2003 I 331 ; ATF 114 II 131 consid 3b = JdT 1988 I 508.

²⁴⁹⁹ En effet, à partir du 1^{er} janvier 2020, le délai de prescription relatif de l'art. 67 al. 1 CO passera à trois ans (RO 2018 5343).

²⁵⁰⁰ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443.

²⁵⁰¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 477a.

²⁵⁰² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 477a.

²⁵⁰³ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 63 : « après avoir rappelé les diverses hypothèses d'invalidation du contrat et leurs conséquences, le Tribunal fédéral a mis en évidence un

se prescrivent ainsi selon les règles sur l'enrichissement illégitime (art. 67 CO)²⁵⁰⁴.

1335 Pour parvenir à cette solution, que le TF justifie par un souci de cohérence et de sécurité juridique²⁵⁰⁵, il distingue deux cas de figure : **le contrat non valablement venu à chef** (a) et le contrat d'abord valablement conclu et qui n'est pas attaqué ultérieurement pour des motifs liés à sa formation (b).

a. Contrat non valablement venu à chef

1336 Lorsque des prestations sont fournies dans le cadre d'un **contrat qui n'est pas valablement venu à chef**, les créances en restitution trouveraient leur fondement dans le droit de l'enrichissement illégitime ou dans les règles sur la revendication.

1337 Tel est en particulier le cas lorsque **les vices affectent la formation du contrat** (par ex. vices du consentement ou vices de forme). Il en va de même des prestations effectuées en vue d'un contrat qui ne se conclut pas ou d'un contrat soumis à une condition suspensive qui ne se réalise pas, le contrat ne venant alors jamais à chef ²⁵⁰⁶.

b. Contrat d'abord valablement conclu et qui n'est pas attaqué ultérieurement pour des motifs liés à sa formation

1338 En revanche, lorsque le contrat est **d'abord valablement conclu et n'a pas été ultérieurement attaqué pour des motifs liés à sa formation**, la répétition des prestations suivrait les règles contractuelles. Le contrat se transforme alors en un rapport de liquidation contractuel (ex. contrat résolu pour inexécution selon l'art. 109 CO)²⁵⁰⁷.

critère lui permettant d'établir le délai de prescription de l'action en restitution dans les différents cas. Le critère est celui de la validité initiale du contrat ».

²⁵⁰⁴ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 63.

²⁵⁰⁵ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443.

²⁵⁰⁶ ATF 137 III 243, consid. 4.4.7 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443.

²⁵⁰⁷ ATF 137 III 243, consid. 4.4.7 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443. Vraisemblablement en contradiction avec ces affirmations, ATF 64 II 264, consid. 1.

c. Droit de révocation des art. 40a ss CO en particulier

Le TF rappelle que le législateur établit un droit de révocation en raison de **circonstances particulières lors de la conclusion du contrat** (art. 40b CO). En conséquence, ce droit ne se fonde pas sur un défaut dans l'exécution du contrat (comp. art. 109 CO). Le législateur aurait par ailleurs procédé à un rapprochement systématique du droit de révocation des art. 40a ss CO avec les règles sur les vices du consentement. En outre, pendant le délai de révocation, le contrat demeurerait en suspens²⁵⁰⁸. De l'avis du TF, la situation est dès lors celle du contrat non valablement venu à chef (*supra* N 1336 s.).

1339

Il s'agit d'approfondir la **prescription des prétentions en restitution** (2) des parties à la suite de l'exercice de la révocation, avant de procéder à une appréciation (3).

1340

2. Prescription des prétentions en restitution

Le délai de prescription relatif de la prétention en remboursement fondée sur les règles de l'enrichissement illégitime est d'un an (cf. art. 67 al. 1 CO ; ce délai passera à trois ans dès le 1^{er} janvier 2020, comp. *supra* N 1331). Le TF applique ce délai à la créance en restitution de l'art. 40f al. 1 CO²⁵⁰⁹. **Au moment d'exercer le droit de révocation**, la Haute Cour estime que le consommateur dispose d'une connaissance suffisante de l'enrichissement du professionnel²⁵¹⁰.

1341

Le critère de la validité initiale est **principalement fondé sur** des considérations pratiques, ainsi que d'unité et de cohérence de l'ordre juridique²⁵¹¹. Il empêche également que la prescription ne commence à courir pendant le délai de révocation déjà. A ce stade, aucune des parties n'est d'ailleurs véritablement enrichie sans cause, le contrat étant précisément « en suspens ». Le critère est peut-être plus problématique lorsque le délai de révocation ne commence pas à courir, mais que les parties exécutent néanmoins leurs prestations (comp. *supra* N 1158 ss). Il reste alors difficile de considérer

1342

²⁵⁰⁸ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 en réf. à FF 1986 II 360, 392 ss.

²⁵⁰⁹ CR CO I-CHAPPUIS, art. 67 N 1 ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 63.

²⁵¹⁰ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 : « ainsi, la partie qui déclare révoquer le contrat se trouve à cet instant et ce sans difficulté au courant de l'enrichissement de l'autre partie ».

²⁵¹¹ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 : « [...] cette solution est conforme à l'intérêt de la sécurité juridique et à l'idée qu'il faut tendre vers une réglementation aussi homogène que possible ».

que le contrat n'aurait pas été conclu, ce qui semble d'ailleurs plutôt plaider pour une conception résolutoire du droit (*supra* N 1117 ss).

1343

Sans nier les vertus indéniables du critère de la validité initiale du point de vue pratique et de la résolution de litiges²⁵¹², il nous paraît que la jurisprudence topique du TF peut, à tout le moins d'un point de vue strictement théorique et dogmatique, faire l'objet d'une **appréciation** (3).

3. Appréciation

1344

Le raisonnement qui conduit à fixer, d'une part, le début du cours du délai de prescription dès l'exercice du droit de révocation et, d'autre part, à considérer, qu'en cas d'exercice de la révocation, le contrat n'a pas été valablement conclu²⁵¹³ n'est **pas nécessairement le plus convaincant**. Soit l'enrichissement a lieu sans cause *ab initio*, soit cet enrichissement n'existe – et n'est connu – qu'à partir de la révocation. Or, cette dernière position revient à reconnaître, qu'avant ce moment, il existait bel et bien une cause au transfert des prestations. En poursuivant dans cette logique, l'enrichissement devrait donc plutôt être réputé connu dès la conclusion du contrat soumis à une possibilité de révocation, non dès l'exercice de celle-ci, à tout le moins si le consommateur a valablement reçu l'information sur le droit.

1345

Le critère de la validité initiale permettrait par ailleurs de **lier les conséquences de l'exercice du droit de révocation avec celles qui valent pour les vices du consentement en particulier**²⁵¹⁴. Appliqué d'une façon générale aux droits de révocation sectoriels, ce critère soulève néanmoins des interrogations quant à son assise conceptuelle²⁵¹⁵. Nous tenterons de les approfondir par une approche générale, en fonction d'éléments potentiellement contradictoires²⁵¹⁶; nous ne nous focaliserons pas exclusivement sur le droit de révocation des art. 40a ss CO et, en particulier, l'art. 40f al. 1 CO.

²⁵¹² Approuvant cette décision, CARRON, Protection, N 131.

²⁵¹³ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 : « [...] *dès que ce droit (i.e. de révocation) est exercé, il faut partir du principe que le contrat n'a pas été valablement conclu* ».

²⁵¹⁴ ATF 137 III 243, consid. 4.4.3 et 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443.

²⁵¹⁵ Comp. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 173.

²⁵¹⁶ Pour des développements sur l'objet et l'étendue de la restitution des prestations – biens ou services – suite à l'exercice du droit de révocation, HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 319 ss avec les réf. citées.

Il est utile de revenir sur la **nature de l'invalidation** (a) qu'entraîne la révocation, de tirer certains parallèles avec les règles sur l'impossibilité subséquente d'exécuter un contrat (b) et, enfin, de présenter la péremption du droit de révocation (c), singulièrement en lien avec la prescription de la restitution des prestations.

1346

a. Nature de l'invalidation

(i) Problématique

En rattachant les prétentions en restitution des parties aux règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO), le TF appliquerait une **similarité des délais de prescription des parties**²⁵¹⁷. L'action de chacune se prescrit ainsi dans le délai relatif, qui est toujours d'un à compter du jour où le droit de révocation est exercé (cf. art. 67 al. 1 CO ; comp. *supra* N 1331)²⁵¹⁸.

1347

MARCHAND relève à juste titre que l'approche uniforme consacre un **obstacle logique**²⁵¹⁹. Il est en effet difficile d'admettre, d'une part, que l'exercice de la révocation entraîne un enrichissement sans cause du consommateur et, d'autre part, de soumettre l'action réelle en restitution de la chose du professionnel à un délai d'un an²⁵²⁰. Si l'enrichissement intervient sans cause, le transfert de la propriété devrait – sous réserve d'une éventuelle prescription acquisitive²⁵²¹ – également être considéré comme dépourvu de cause et, partant, fonder une prétention en revendication du professionnel sur la base des droits réels²⁵²². Or, une telle prétention est imprescriptible²⁵²³. La solution uniforme rapproche ainsi deux éléments *a priori* inconciliables : un délai de prescription relatif, d'une part, et une prétention imprescriptible, d'autre part.

1348

²⁵¹⁷ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 173, tout en approuvant la solution de la similitude des délais de prescription des prétentions réciproques, souligne néanmoins que « *ses prémisses conceptuelles gagneraient à être éclaircies par le Tribunal fédéral* ».

²⁵¹⁸ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 173.

²⁵¹⁹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 173.

²⁵²⁰ Pour des considérations similaires, CO 2020-HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, Vor art. 79-84 N 4.

²⁵²¹ Comp. CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 23.

²⁵²² KOLLER, OR AT, N 7.83.

²⁵²³ CPRa I-BOHNET, § 40 N 43 ; HARTMANN, Rückabwicklung, N 784 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 173.

- 1349 Quelle que soit la nature résolutoire ou suspensive retenue pour le droit de révocation (*supra* N 1115 ss), son exercice valable empêche la concrétisation, respectivement la pérennité, de la relation contractuelle. Sous cet angle, la parenté du droit de révocation avec les règles sur les vices du consentement est indubitable (pour des développements plus nuancés, *supra* N 1182 ss). A la condition d'un exercice valable, ces institutions juridiques mettent, d'une manière ou d'une autre, **fin à la relation entre parties**²⁵²⁴.
- 1350 Il est intéressant de rapprocher les effets généraux de l'exercice du droit de révocation de **deux théories** (ii) sur la nature de l'invalidation.

(ii) *Théories sur l'invalidation*

- 1351 Les développements du TF sur la similarité des délais de prescription peuvent être mis en lien avec la controverse sur la nature de l'invalidation d'un contrat pour vice de la volonté. De longue date, elle oppose la jurisprudence et la doctrine majoritaire²⁵²⁵. En substance²⁵²⁶, **deux théories** s'affrontent²⁵²⁷ :
- 1352 **1° Nullité unilatérale originaire (« Ungültigkeitstheorie »)**. La théorie de la nullité unilatérale originaire retient que le contrat entaché d'un vice de la volonté ne déploie aucun effet formateur (« *Gestaltungswirkung* »)²⁵²⁸, *supra* N 95)²⁵²⁹. Le contrat est alors soumis à une condition suspensive²⁵³⁰. Ce défaut d'effet juridique peut être invoqué par la victime du vice seulement²⁵³¹. Le cas échéant, les parties doivent se restituer les prestations échangées « trait pour trait »²⁵³², ce qui risque de mettre en péril les intérêts du consommateur,

²⁵²⁴ Pour les vices du consentement, SCHMIDLIN, SJZ, p. 28 s. et 32. Comp. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 895 ss : « *Es bestehen noch andere Ansichten über die Bedeutung der einseitigen Unverbindlichkeit* ».

²⁵²⁵ Pour une présentation plus détaillée de la controverse, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 888 ss et CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 2 ss.

²⁵²⁶ Nous ne traiterons pas plus avant de la théorie de l'invalidité partielle (« *geteilte Ungültigkeit* »). L'effet formateur d'un contrat ne saurait être partagé ; le consentement mutuel est plein ou il n'existe pas, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 899 s.

²⁵²⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 888 ss ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 3 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 773.

²⁵²⁸ GAUCH, Vertrag und Parteiwille, p. 355 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 231.

²⁵²⁹ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 4.

²⁵³⁰ ATF 114 II 131, consid. 3b = JdT 1988 I 508.

²⁵³¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 892.

²⁵³² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 894.

lequel serait alors tenu à une restitution immédiate et intégrale des prestations reçues du professionnel.

2° Invalidation rétroactive (« *Anfechtungstheorie* »). La théorie de l'invalidation rétroactive postule que le contrat entaché d'un vice de la volonté n'est pas unilatéralement nul (directement *supra* N 1352), mais annulable (invalidable). Le contrat est alors soumis à une condition résolutoire²⁵³³. L'absence de réaction de la victime du vice déploie un effet guérisseur, en ce sens que l'existence du contrat est confirmée²⁵³⁴. Le contrat valablement conclu produit ainsi ses effets pour les deux parties dès sa conclusion et jusqu'à une éventuelle invalidation. Cette dernière met rétroactivement fin aux effets du contrat (*ex tunc*), lequel existe en tant que tel²⁵³⁵. La théorie paraît plus en phase avec la conception selon laquelle le consentement des parties (cf. art. 1 et 2 CO) crée un contrat valable, conformément au principe de la confiance (*supra* N 41 ss)²⁵³⁶. Spécifiquement pour les vices du consentement, la théorie de l'invalidation rétroactive reste toutefois rejetée par le TF²⁵³⁷. Elle correspondrait cependant à la conception du droit allemand²⁵³⁸ (cf. § 119 al. 1, 123 al. 1 et 142 al. 1 BGB), lequel entretient des liens très étroits avec l'ancien CO de 1881²⁵³⁹ et l'actuel CO de 1911. La théorie de l'invalidation rétroactive

1353

²⁵³³ ATF 114 II 131, consid. 3b = JdT 1988 I 508.

²⁵³⁴ HUGUENIN, *Vertragsmängel*, p. 52.

²⁵³⁵ HUGUENIN, *Vertragsmängel*, p. 47 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 5.

²⁵³⁶ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 7.

²⁵³⁷ ATF 114 II 131, consid. 3b = JdT 1988 I 508. Cf cep. ATF 129 III 320 consid. 7.1.1 = JdT 2003 I 331 : « *Unabhängig davon, ob der so genannten Anfechtungs- oder der so genannten Ungültigkeitstheorie gefolgt wird (BGE 114 II 131 E. 3b; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N. 115 ff. zu Art. 23/24 OR; SCHWENZER, Basler Kommentar, N. 8 ff. zu Art. 23 OR), ist Rechtsfolge der begründeten Geltendmachung des Willensmangels grundsätzlich das Dahinfallen des Vertrags ex tunc (SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N. 123 zu Art. 23/24 OR und N. 14 zu Art. 31 OR; SCHWENZER, Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 31 OR)* » cité in : ATF 137 III 243 consid. 4.4.3 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443. Plus généralement sur la controverse, mais approuvant ce rejet, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 895 s. *Contra*, BK OR-KRAMER, art. 1 N 133 s.

²⁵³⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 897.

²⁵³⁹ HONSELL, 100 Jahre, p. 10. Les évolutions intervenues peu de temps avant l'adoption de l'aCO de 1881/83 témoignent d'un lien très étroit entre le droit suisse et le droit allemand, en particulier par la prise en compte par MUNZINGER du Projet de Dresde publié en 1866 (BENÖHR, p. 59 s.). L'influence du Projet de Dresde se vérifie également pour le BGB. FF 1905 II 1, 5, qui rappelle cette influence, tout en relativisant néanmoins la reprise du Projet de Dresde et du BGB de 1896 comme modèle strict du CO de 1911. En lien avec l'erreur, ATF 34 II 523, consid. 8 : « [...] so ist die Anfechtung ausgeschlossen ».

aurait été suivie par MUNZINGER dans la rédaction des projets de 1869 (§ 85 Projet 1869²⁵⁴⁰) et de 1871 (art. 86 Projet 1871²⁵⁴¹)²⁵⁴².

3° Implications possibles pour le droit de révocation. Les deux théories présentées (*supra* N 1352 s.) ont des implications possibles du point de vue du droit de révocation. Elles paraissent étroitement liées au rattachement dogmatique du droit, soit à la manifestation de volonté, soit au contrat, ainsi qu'à la question de sa nature suspensive ou résolutoire (*supra* N 1115 ss). En optant pour un rattachement à la manifestation de volonté, on penchera probablement plus facilement pour la théorie de la nullité unilatérale originaire (comp. cep. § 355 BGB²⁵⁴³). Si le consentement du consommateur est envisagé comme étant vicié *ab initio*, il se justifie peut-être de considérer que le contrat ne déploie pas d'effets pour celui-ci avant l'écoulement du délai de révocation. En revanche, si l'on opte pour un rattachement au contrat, la théorie de l'invalidation rétroactive devrait prévaloir ; si la révocation concerne un contrat « pleinement » conclu, celui-ci devrait déployer ses effets entre parties jusqu'à ce que le consommateur l'invalide²⁵⁴⁴.

Cela étant, ces distinctions théoriques ne doivent vraisemblablement pas être surestimées. Indépendamment de la théorie suivie – nullité originaire ou invalidité rétroactive – la conséquence de l'invocation d'un vice du

²⁵⁴⁰ La teneur de cette disposition était la suivante : « *ein anfechtbarer Vertrag gilt als zu Recht bestehend, bis derselbe von dem hiezu Berechtigten angefochten wird. Der Vertrag bleibt gültig, wenn das Recht zur Anfechtung aus irgend einem Grunde, insbesondere wegen Verzichts oder wegen Verjährung oder wegen Genehmigung des Vertrages wegfällt* » reproduit in FASEL, p. 524 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 6 ; SCHMIDLIN, SJZ, p. 28 s. *Contra* GAUCH, Vertrag und Parteiwille, p. 355 s. Comp. ATF 114 II 131 consid. 3b.

²⁵⁴¹ BUCHER, Das Schweizerische Obligationenrecht. Le texte du § 86 Projet 1871 est le même que celui du § 85 Projet 1869. Comp. FASEL, p. 524 et 567. Cette parenté existe également avec l'art. 80 Projet 1875 (FASEL, p. 712) et l'art. 80 Projet 1877 (FASEL, p. 880). C'est uniquement aux art. 22 et 35 Projet 1879 que l'invalidité unilatérale originaire semble faire son apparition (FASEL, p. 1054 et 1056). Cf art. 18 aCO (FASEL, p. 1279).

²⁵⁴² *Contra*, ATF 114 II 131, consid. 3b = JdT 1988 I 508 : « *der Versuch, die einseitige Unverbindlichkeit durch eine eigentliche Anfechtbarkeit (<annulabilité>) des Vertrages zu ersetzen, wurde in den Vorarbeiten ausdrücklich abgelehnt* ». Plus nuancés, SCHNEIDER/FICK, Commentaire populaire, p. 53 : « *en résumé, pas de nullité réciproque, mais faculté unilatérale de se dégager. Il n'y a ainsi qu'une nullité relative, une convention boiteuse, comme dans le cas d'un contrat passé avec un mineur* ».

²⁵⁴³ La disposition rattache la révocation à la manifestation de volonté dirigée en vue de la conclusion du contrat. Or, la doctrine admet que l'exercice du droit transforme la relation des parties en un rapport de liquidation avec effet *ex nunc* et non *ex tunc*, comp. BÜLOW/ARTZ, N 117 (« *schwebende Wirksamkeit* ») et Palandt/GRÜNEBERG, § 355 N 3.

²⁵⁴⁴ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 5. Pour le droit allemand, BÜLOW/ARTZ, N 117.

consentement reste la fin du contrat avec effet *ex tunc*²⁵⁴⁵. On l'a vu, la majorité de la doctrine plaide en outre pour une conception résolutoire du droit de révocation (*supra* N 1117). La voie généralement suivie – du moins en appliquant notre raisonnement – semblerait **donc plutôt être celle de la théorie de l'invalidation rétroactive**.

Le TF retient, quant à lui, la nature suspensive du droit fondé sur les art. 40a ss CO²⁵⁴⁶. Cet avis peut surprendre, dans la mesure où la Cour suprême rappelle, dans le même arrêt, que le Message du Conseil fédéral retient que le droit de révocation « *est conçu comme une disposition résolutoire du contrat* »²⁵⁴⁷. La position de la Haute Cour tranche également avec l'approche consacrée par le droit de l'UE, lequel rattache plutôt la révocation au contrat qu'à la manifestation de volonté (*supra* N 1138)²⁵⁴⁸. Il demeure cela dit vrai que le texte des art. 40a ss CO rattache la révocation aux manifestations de volonté (*supra* N 1131), de sorte qu'une affirmation définitive est, en l'état – nous le concédons – hasardeuse.

1356

Quelles sont les **conséquences pour la prescription de la restitution des prestations** (iii) découlant du choix de l'une ou l'autre de ces deux théories ?

1357

(iii) *Conséquences pour la restitution des prestations*

Si la révocation entraîne l'invalidation d'un contrat existant, il faudrait appliquer le **délai de prescription contractuel** décennal pour la restitution des prestations (cf. art. 127 CO), délai courant dès la conclusion du contrat²⁵⁴⁹. Sur ce point, il est intéressant de relever, qu'à l'époque, le TF avait qualifié – certes sous l'angle de la résolution du contrat selon l'art. 109 CO – une obligation de

1358

²⁵⁴⁵ ATF 129 III 320 consid. 7.1.1 = JdT 2003 I 331.

²⁵⁴⁶ ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète) : « *par conséquent, pendant le délai de révocation de sept jours (désormais quatorze jours) prévu par l'art. 40e CO le contrat est en suspens, respectivement soumis à la condition suspensive que le droit de révocation ne soit pas exercé* ». Comp. ATF 114 II 131, consid. 3b = JdT 1988 I 508.

²⁵⁴⁷ FF 1986 II 360, 396. ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète).

²⁵⁴⁸ Comp. ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète) : « *la révocation de contrats de démarchage à domicile ou de contrats semblables conformément aux art. 40a ss CO est l'exercice d'un droit formateur, qui – lorsqu'elle intervient à temps – entraîne le retrait de la déclaration de l'offre ou de l'acceptation, qui est mise à néant* » [...] ».

²⁵⁴⁹ HUGUENIN, Obligationenrecht, N 268.

restitution en tant que « droit légal de répétition » se prescrivant dans un délai de dix ans²⁵⁵⁰.

1359

L'affirmation doit cependant être **nuancée pour le droit de révocation**. Accorder un délai de prescription de dix ans au consommateur ne se justifie vraisemblablement pas. Ses intérêts sont déjà suffisamment préservés par l'existence d'un droit de révocation et les règles relatives à son information à ce sujet²⁵⁵¹. Par ailleurs, l'art. 109 CO ne peut s'appliquer par analogie à la restitution des prestations suite à l'invalidation du contrat par l'exercice valable de la révocation ; à la différence d'une résolution contractuelle, l'exercice valable du droit de révocation ne suppose pas une faute du professionnel²⁵⁵². Quant à l'art. 62 al. 2 CO, il se réfère à « *une cause qui a cessé d'exister* ». Sous cet angle, on pourrait effectivement considérer que la restitution à la suite d'une révocation est soumise aux règles sur l'enrichissement illégitime, le contrat cessant tout bonnement d'exister²⁵⁵³. Pour ces raisons, en particulier vu l'absence de faute de l'un des contractants, un délai de prescription de dix ans ne **se justifierait donc pas** pour la prescription des prétentions.

1360

C'est peut-être le lieu de fournir une **proposition** (iv) en rapport avec la restitution des prestations consécutive à l'exercice valable du droit de révocation.

(iv) *Proposition*

1361

Pour surmonter des difficultés liées à la détermination du régime applicable par suite d'exercice valable de la révocation, une solution pourrait être de prévoir **expressément des règles sur la nature particulière et la prescription des prétentions des parties** à la suite de l'exercice d'un droit de révocation.

²⁵⁵⁰ ATF 61 II 255, consid. 2 ; ATF 60 II 27, consid. 6. CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 26.

²⁵⁵¹ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 63.

²⁵⁵² ATF 60 II 27, consid. 6 *in fine* : « *der Rückforderungsanspruch nach Art. 109 Abs. 1 verjährt also wie der Schadenersatzanspruch auf Grund von Art. 109 Abs. 2 erst in zehn Jahren, und der Grund liegt bei beiden Ansprüchen darin, dass der Vertragsgegner des ein gesetzliches Rücktrittsrecht Ausübenden seinen ihm obliegenden vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist* ».

²⁵⁵³ HARTMANN, Rückabwicklung, N 810 ss rappelle la pertinence d'éléments historiques en vue d'une application des règles sur l'enrichissement illégitime à un contrat nul ou unilatéralement invalidé.

Pour l'essentiel, le recours à un **rapport de liquidation post-contractuel** (« *Umwandlungstheorie* »)²⁵⁵⁴ paraît indiqué²⁵⁵⁵. Somme toute²⁵⁵⁶, le fondement de la restitution repose sur un contrat conclu, résolu (comp. art. 320 al. 3 CO) et dont le but change au moment de l'exercice de la révocation²⁵⁵⁷. Si la question du caractère contractuel de la restitution en général demeure éminemment controversée²⁵⁵⁸, la restitution devrait peut-être consacrer des prétentions *sui generis* des parties, à « tendance » contractuelle²⁵⁵⁹. La prescription décennale (art. 127 CO) ne nous paraît toutefois pas nécessairement adaptée²⁵⁶⁰.

1362

En outre, il convient de protéger les parties en cas de **faillite** du contractant. Le cas échéant, il faut leur permettre d'extraire aisément leurs prétentions réelles ou obligationnelles de la faillite. Le principe de la causalité attaché au droit réel absolu sur une chose permet à cet égard une extraction efficace. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle une partie de la doctrine rejette la théorie de la liquidation

1363

²⁵⁵⁴ Comp. CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 27 ss et le renvoi aux dispositions sur la liquidation entreprise par l'art. 18 al. 1 Projet CO 2020 (droit de révocation).

²⁵⁵⁵ Vraisemblablement du même avis, SCHMIDLIN, SJZ, p. 29 : « *Dogmatismen werden beseitigt, Vorurteile werden ausgeräumt und die ungelenken Rechtsmittel der Vindikation und Kondition werden aus dem Konfliktbereich entlassen. Wer dies als einen Verlust betrachtet, versteht nicht, dass gerade die (post)vertragliche Lösung der willentlichen Gestaltung des Vertrages entgegenkommt* ». Contra, ATF 129 III 264, consid. 4.1 : « [...] *sauf à vouloir construire artificiellement un rapport de liquidation à partir de l'unique circonstance factuelle que représente la conclusion formelle du contrat nul, vicié ou conditionnel* ».

²⁵⁵⁶ Pour la tendance moderne de la doctrine à déterminer la norme pertinente pour la restitution des prestations en fonction du but de la norme concernée (dans notre cas le droit de révocation), HARTMANN, Rückabwicklung, N 43 et les réf. citées.

²⁵⁵⁷ HARTMANN, Rückabwicklung, N 192 à 194 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 3 ;

²⁵⁵⁸ Contre la nature contractuelle, KOLLER, OR AT, § 7 N 83. Cf. ég. HARTMANN, Rückabwicklung, N 18 et 782 ss et l'arrêt de principe ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523, qui retient l'application de la prescription contractuelle en cas de résolution du contrat conformément à l'art. 109 CO.

²⁵⁵⁹ Du même avis, FORNAGE, Droit de révocation, p. 504 ss relève, en particulier, que « *le droit de révocation est donc un droit de résolution assorti d'effets particuliers* ». Pour des réflexions similaires, mais proposant ensuite une application des règles sur l'enrichissement illégitime, HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 324. La situation n'est d'ailleurs pas comparable à celle d'un contrat de fait, puisqu'un contrat de consommation a valablement existé avant l'exercice du droit de révocation, pour l'origine de cette affirmation, HARTMANN, Rückabwicklung, N 60. Cf. ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 477a.

²⁵⁶⁰ Contra HUGUENIN, Obligationenrecht, N 268. En cas d'exercice du droit de révocation, les art. 18 al. 1, 79 ss et 149 al. 2 Projet CO 2020 prévoient également de soumettre la prescription des prétentions réciproques à un délai décennal courant dès que le droit de révocation est invoqué, CO 2020-THOUVENIN/PURTSCHERT, art. 149 N 9.

(« *Umwandlungstheorie* ») à la restitution des prestations ensuite de révocation, dans la mesure où elle ne fonderait que des prétentions contractuelles²⁵⁶¹. Pour HARTMANN, cette théorie serait même superflue, compte tenu de la règle de l'art. 62 al. 2 CO²⁵⁶². A la différence des vices du consentement, il reste moins probable que l'une des parties ne soit déclarée en faillite entre le moment de la conclusion du contrat et celui de son « invalidation » par l'exercice du droit de révocation.

1364

De lege ferenda, on pourrait imaginer introduire un **délai de prescription légal spécifique des prétentions réciproques de deux ou trois ans** (« délai de répétition légal » ; comp. art. 128 CO) en cas d'exercice d'un droit de révocation²⁵⁶³. Sans prendre trop de risques, nous considérons, en effet, qu'un délai de dix ans est trop long, alors qu'un délai d'un an est trop court²⁵⁶⁴. Dans l'optique d'une interprétation favorable au consommateur, il se justifie de ne pas se montrer trop restrictif. Une interprétation historique conduirait plutôt à retenir la pertinence du délai de prescription relatif applicable à l'enrichissement illégitime, soit un an (art. 67 CO)²⁵⁶⁵. La révision du droit de la prescription envisage par ailleurs l'introduction d'un délai relatif de 3 ans en cas d'enrichissement illégitime (art. 67 al. 1 CO dans sa nouvelle version et qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2020²⁵⁶⁶)²⁵⁶⁷.

1365

Il nous paraît finalement qu'il convient de reconnaître aux prétentions en restitution une **nature fondamentalement contractuelle**, surtout si l'on rattache le droit de révocation au contrat (*supra* N 1142 ss). Lors d'une éventuelle exécution forcée dirigée contre le professionnel, les droits du consommateur devraient être sauvegardés²⁵⁶⁸. En revanche, comme le rappelle HARTMANN, et même si la prétention en restitution du professionnel est généralement de nature réelle, à tout le moins en cas de contrat de vente passé

²⁵⁶¹ HARTMANN, Rückabwicklung, N 183 et 814. Cf cep. N 194.

²⁵⁶² HARTMANN, Rückabwicklung, N 813.

²⁵⁶³ *Contra*, HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 324 préconise une prescription des prétentions fondée sur l'art. 67 CO, tout en relevant malgré tout que l'on puisse reconnaître une nature contractuelle aux prétentions en restitution.

²⁵⁶⁴ Pour l'initiative de nos réflexions, PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 64.

²⁵⁶⁵ FF 1986 II 360, 402.

²⁵⁶⁶ RO 2018 5343. <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/273.pdf> (consulté le 30.10.2018).

²⁵⁶⁷ FF 2014 221, en part. 230, 236 et 243. Pour le texte soumis au vote final, FF 2018 3655.

²⁵⁶⁸ Comp. *a contrario*, HARTMANN Rückabwicklung, N 193 : « *die Anbieterin, die den Kunden an seiner Haustür aufsucht, bedarf dagegen keines Schutzes vor einem voreiligen Vertragsschluss. Wenn sie vorleistet, ist sie auf der Übernahme des Insolvenzrisikos zu behaften* ».

avec le consommateur, il ne justifie pas de favoriser sa position par rapport aux autres créanciers du consommateur dans le contexte de l'exécution forcée²⁵⁶⁹.

Ces réflexions doivent **aller de pair** avec celles sur l'adoption d'un rapport de liquidation contractuel ou post-contractuel harmonisé et uniforme en cas d'invalidation du contrat en raison d'un vice de la volonté²⁵⁷⁰. En lien avec la liquidation des prestations réciproques, le projet CO 2020 contient à cet égard des propositions (*infra* N 2030). L'adoption d'un régime légal exprès permettrait de couper court à la controverse concernant les effets *ex tunc* ou *ex nunc* de l'exercice de la révocation, en statuant spécifiquement sur les modalités de restitution des prestations.

1366

Après avoir mis le critère de la validité initiale en lien avec le droit de révocation en tant que correctif²⁵⁷¹ à un vice dans la formation de la volonté du consommateur (« *Entstehungsmangel* »), il convient désormais de mettre ce critère en **parallèle avec l'impossibilité subséquente** (b) en tant que vice particulier dans l'exécution (« *Erfüllungsmangel* »)²⁵⁷².

1367

b. Parallèle avec l'impossibilité subséquente

(i) Lien avec le critère de la validité initiale

Le parallèle, du point de vue de la restitution des prestations, entre l'exercice de la révocation et les règles sur l'impossibilité – objective²⁵⁷³ – subséquente est intéressant à plusieurs égards. En cas d'impossibilité, pour le contrat bilatéral, la loi **renvoie expressément aux règles sur l'enrichissement illégitime**

1368

²⁵⁶⁹ HARTMANN, Rückabwicklung, N 194 et les réf. citées (en lien avec les art. 40a ss CO) : « *auch unter diesem Gesichtspunkt scheint es nicht gerechtfertigt, die vorleistende Anbieterin in der Zwangsvollstreckung gegenüber andern Gläubigern des Kunden zu bevorzugen. Nach der hier vertretenen Auffassung steht ihr daher kein dinglicher, sondern bloss ein obligatorischer Rückerstattungsanspruch zu* ».

²⁵⁷⁰ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 29. Malgré tout critique envers une trop grande uniformisation (nullité, invalidation, résolution) des rapports de liquidation, SCHMIDLIN, SJZ, p. 29 s.

²⁵⁷¹ Indépendamment de considérations liées au rattachement du droit au contrat ou à la manifestation de volonté (*supra* N 1129 ss), la fonction du droit de révocation, en tant que moyen contractuel spécifique relatif à la conclusion du contrat (comp. *supra* N 461 ss), reste de protéger la « formation de la volonté » du consommateur.

²⁵⁷² Pour cette distinction HARTMANN, Rückabwicklung, N 5, 853 et 868 ss.

²⁵⁷³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 2557 et 2573 ss ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 N 4. Il est controversé de savoir si les règles sur l'impossibilité concernent également l'impossibilité subjective subséquente.

(art. 119 al. 2 CO) et, partant, à la prescription selon l'art. 67 CO²⁵⁷⁴. Ce renvoi intervient alors même que l'impossibilité subséquente s'envisage ici dans une situation où le contrat est d'abord valablement conclu, ce qui paraît en contradiction avec le critère de la validité initiale, tel qu'appliqué par le TF en lien avec le droit de révocation des art. 40a ss CO, à savoir lorsque le contrat n'est pas valablement venu à chef (*supra* N 1336 s.)²⁵⁷⁵. Dans les deux cas – soit le cas du contrat d'abord valablement conclu et celui n'étant pas valablement venu à chef – les règles sur l'enrichissement illégitime s'appliqueraient.

1369

Le critère de la validité initiale réaffirmé en lien avec le droit de révocation s'avère donc potentiellement en **contradiction** avec la lettre de l'art. 119 al. 2 CO. En cas d'impossibilité subséquente, le contrat est initialement valable²⁵⁷⁶. En suivant strictement le raisonnement de l'ATF 137 II 243 (*supra* N 1326 ss)²⁵⁷⁷, et contrairement au texte légal de l'art. 119 al. 2 CO, cette validité initiale devrait entraîner une transformation en un rapport de liquidation contractuel, et non pas entraîner une application des règles sur l'enrichissement illégitime (contrat d'abord valablement conclu, *supra* N 1338)²⁵⁷⁸. Le TF a semble-t-il reconnu cette incohérence²⁵⁷⁹. Il la justifie néanmoins par le fait que l'art. 119 CO aurait été adopté avant la reconnaissance étendue de la théorie du rapport de liquidation par la jurisprudence et la doctrine suisses²⁵⁸⁰.

(ii) Constat

1370

D'une manière générale, la doctrine se montre **critique avec le renvoi de l'art. 119 al. 2 CO** aux règles sur l'enrichissement illégitime²⁵⁸¹. En cas d'impossibilité subséquente, ce n'est pas le contrat qui devient caduc dans son

²⁵⁷⁴ HARTMANN, Rückabwicklung, N 868 ss ; PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, N 1125 ss ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 N 24 s., tout en relevant que l'application des règles sur l'enrichissement illégitime est controversée (HARTMANN, Rückabwicklung, N 869), se prononce néanmoins en faveur d'un rapport de liquidation unifié entre les art. 109 et 119 CO.

²⁵⁷⁵ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 64.

²⁵⁷⁶ PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, N 1116 relève, qu'en principe, l'extinction du contrat par suite d'impossibilité subséquente déploie un effet *ex nunc* ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 64.

²⁵⁷⁷ ATF 137 III 243, consid. 4.4.7 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443.

²⁵⁷⁸ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 64.

²⁵⁷⁹ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 64.

²⁵⁸⁰ ATF 137 III 243, consid. 4.4.7 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443.

²⁵⁸¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 2543 ss ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 N 24 et les réf. citées.

ensemble, mais uniquement l'obligation qui est rendue impossible²⁵⁸². Le rapport contractuel²⁵⁸³ subsiste, de même que d'éventuels devoirs accessoires indépendants²⁵⁸⁴. Ces autres obligations sont soumises à un délai de prescription différent (art. 127 CO) de celui de l'obligation impossible (art. 67 CO)²⁵⁸⁵. Formellement, contrairement au droit de révocation (comp. *supra* N 1050), l'art. 119 al. 2 CO ne consacre d'ailleurs pas une véritable exception « pleine » au principe *pacta sunt servanda*²⁵⁸⁶. Il serait dès lors plus juste de soumettre les prétentions en restitution par suite d'impossibilité subséquente aux règles applicables à la résolution du contrat²⁵⁸⁷.

Aussi, la distinction entre les vices de la volonté touchant à la formation du contrat et les vices dans l'exécution du contrat – comme l'est l'impossibilité subséquente²⁵⁸⁸ – devient peut-être **superflue** si l'on opte pour le paradigme selon lequel l'invalidation pour vice de la volonté se rattache – comme pour le droit de révocation – à un contrat (d'abord) valablement conclu (comp. théories de l'invalidation, *supra* N 1351 ss)²⁵⁸⁹. Il s'agit à notre avis d'un argument supplémentaire pour réglementer uniformément le rapport de liquidation (post)contractuel²⁵⁹⁰ ; cela permet d'éviter de recourir à des distinctions potentiellement délicates entre, d'une part, les règles sur les vices du consentement, pour lesquelles la restitution est soumise aux règles sur l'enrichissement illégitime, respectivement la revendication en cas de prétention réelle, et, d'autre part, les vices dans l'exécution du contrat qui sont soumis aux règles contractuelles (pour le droit de révocation, comp. art. 40f al. 3 CO)²⁵⁹¹.

1371

Comment pourrait-on encore apprécier le critère de la validité initiale du point de vue de la **péremption du droit de révocation** (c) ?

1372

²⁵⁸² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 2544.

²⁵⁸³ Sur la différence entre l'obligation et le rapport d'obligation, TERCIER/PICHONNAZ, N 105 ss.

²⁵⁸⁴ CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 N 24 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1502.

²⁵⁸⁵ CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 N 24.

²⁵⁸⁶ KÄLIN, p. 246 s.

²⁵⁸⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 2545 : « *in beiden Fällen haben die Parteien einen Vertrag geschlossen und eine vertragliche Wirklichkeit geschaffen, die man nicht einfach ignorieren kann* ».

²⁵⁸⁸ HARTMANN, Rückabwicklung, N 853 et 868.

²⁵⁸⁹ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 28.

²⁵⁹⁰ Pour cette notion, CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 27 ; SCHMIDLIN, SJZ, p. 29.

²⁵⁹¹ HARTMANN, Rückabwicklung, N 783 ss et 853 ss. Pour un rapport de liquidation contractuel en cas d'exercice du droit de révocation en matière de démarchage à domicile, CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 3.

c. Péremption du droit de révocation

(i) *Lien avec la prescription de la restitution des prestations*

1373 Se pose également la question du lien entre la péremption du droit de révocation (comp. *supra* N 1267 ss) et la prescription des prestations en restitution des parties par suite d'exercice valable de la révocation. D'après la jurisprudence du TF, cette dernière prescription est, nous l'avons vu, fondée sur les règles de l'enrichissement illégitime. Le **délai relatif est d'un an dès l'exercice du droit de révocation** (*supra* N 1305 ; comp. *supra* N 1331 pour la modification de l'art. 67 al. 1 CO au 1^{er} janvier 2020 qui mettra en place un délai relatif de 3 ans).

1374 Mais, qu'en est-il de la prescription des prétentions réciproques en restitution **lorsque le délai de révocation n'a jamais commencé à courir**, par exemple en raison du défaut d'information sur le droit de révocation (*supra* N 1271 ss) ? Ces questions sont-elles indépendantes ou, au contraire, intimement liées ? Elles paraissent *mutatis mutandis* ressembler à celles qui résultent du conflit potentiel entre l'absence de prescription absolue pour invalider un contrat entaché d'un vice du consentement (art. 31 CO) et la prescription de l'action en restitution fondée sur les règles de l'enrichissement illégitime par suite de l'invalidation du contrat (art. 62 ss CO)²⁵⁹².

1375 C'est le lieu d'oser une **proposition** (ii) du point de vue de la révocation.

(ii) *Proposition*

1376 A l'instar du droit de l'UE, on pourrait imaginer l'adoption d'un délai maximal (« absolu ») pendant lequel la révocation pourrait encore être exercée, ce dès le moment où le délai de révocation aurait dû commencer à courir (cf. art. 10 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs). Un délai de péremption « rigide » de douze mois nous paraît potentiellement trop bref. Dès le moment où le consommateur exerce le droit de révocation dans le délai de péremption, il devrait toujours disposer d'un **délai supplémentaire** pour réclamer la restitution des prestations.

1377 Il nous paraît important de ne pas pénaliser le consommateur pour une omission du professionnel. On pourrait y remédier en admettant un **délai de péremption du droit de révocation en principe supérieur à douze mois**, tout en laissant

²⁵⁹² CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 8 ss CO et CR CO I-CHAPPUIS, art. 67 N 6.

au consommateur un délai supplémentaire correspondant à celui « ordinaire » de la prescription pour la restitution des prestations pour exiger la restitution des prestations dès l'exercice valable de son droit. C'est d'ailleurs seulement au moment de l'exercice du droit que naît effectivement son droit à la restitution (comp. art. 67 al. 1 CO), pour ainsi dire indépendamment de la péremption du droit²⁵⁹³. Il serait choquant que la prétention en restitution du consommateur soit prescrite, alors même que le délai de révocation n'aurait, par hypothèse, jamais commencé à courir, par exemple en raison d'un comportement négligent du professionnel, en particulier lorsque l'information sur le droit n'est pas une condition de validité du contrat ; si cette est information est une condition de validité, le consommateur pourrait en effet toujours exciper de la nullité de la convention (*supra* N 1220).

Au demeurant, l'art. **89a let. d LCA** prévoit une possibilité *a priori* illimitée, pour le preneur d'assurance, de se départir du contrat (« *si cette prescription n'est pas respectée, le client peut se départir en tout temps du contrat* »). La disposition est toutefois restée lettre morte en raison de l'absence d'accord d'application correspondant avec l'UE²⁵⁹⁴. Si cette règle peut paraître excessive, elle se justifie par la nature particulière du contrat d'assurance-vie conclu en situation transfrontière. Il s'agit dès lors d'un contrat de durée où le droit de révocation ne se pécime pas, mais qui, en cas d'exercice valable, doit ou devrait exceptionnellement produire un effet *ex nunc*²⁵⁹⁵. Il ne se justifie probablement pas d'étendre l'application d'un tel effet aux autres contrats de consommation soumis à une possibilité de révocation. Cela reviendrait souvent à protéger la violation de l'obligation d'information par le professionnel, lequel pourrait bénéficier des prestations versées jusqu'à la révocation. La meilleure solution reste donc vraisemblablement de prévoir un régime spécifique de restitution des prestations observant utilement les intérêts du consommateur (cf. art. 16 al. 3 LCC).

Avant d'approfondir la thématique des conditions générales (*infra* N 1423 ss), il nous reste à présenter les **risques de la révocation** (C).

²⁵⁹³ Pour des développements similaires, mais en lien avec l'invalidation du contrat pour vices du consentement, CR CO I-CHAPPUIS, art. 67 N 6 : « [...] *si l'on se range de cet avis* (i.e. la théorie de l'invalidité rétroactive), *la prétention en enrichissement ne naît et la prescription ne commence à courir qu'une fois que le contrat a été invalidé. Cette dernière conception doit être approuvée car le droit à la restitution ne naît effectivement que lorsque la déclaration d'invalidation est faite* [...] ».

²⁵⁹⁴ FF 2003 3353, 3423.

²⁵⁹⁵ Comp. ATF 132 III 242, consid. 4.2 = JdT 2006 I 49 et ATF 129 III 320, consid. 7.1.2 = JdT 2003 I 331 (application analogique de l'art. 320 al. 3 CO aux contrats de durée)

C. Risques de la révocation

En présentant les risques de la révocation, nous commencerons par effectuer quelques **distinctions initiales** (1), avant d'analyser la situation d'une disparition avant (2) et après la révocation (3), ainsi que le cas particulier de la « restitution » d'une prestation de service (4).

1. Distinctions initiales

a. Risque et responsabilité

En théorie, les notions de « risque » et de « responsabilité » sont **mutuellement exclusives**²⁵⁹⁶. En effet, le risque et sa réalisation sont indépendants de la faute de l'une parties, alors que la responsabilité, notamment sous l'angle contractuel, demeure, en revanche, consubstantielle à une telle faute (cf. art. 97 ss CO)²⁵⁹⁷.

On distingue entre le **risque de la prestation** (a) et le risque de la chose (b)

b. Risque de la prestation

Le risque de la prestation (« *Leistungsgefahr* » ; cf. art. 119 al. 1 et 2 CO²⁵⁹⁸) soulève la question de **savoir si le débiteur reste tenu de fournir une prestation devenue impossible par suite d'un cas fortuit ou de force majeure**²⁵⁹⁹. Dans son prolongement, se pose également la question du risque de la contre-prestation (« *Gegenleistungsgefahr* »), à savoir (souvent) celle du prix (« *Preisgefahr* »)²⁶⁰⁰.

Le risque de la prestation **se distingue du risque de la chose** (c)²⁶⁰¹.

²⁵⁹⁶ PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, N 48 : « *tant que l'une des parties est responsable de la rupture de l'économie du contrat, l'autre partie n'encourt à proprement parler aucun risque (en théorie du moins), puisqu'elle peut toujours demander des dommages-intérêts fondés, en droit suisse, sur les articles 97 et 101 CO ou leurs concrétisations, afin de compenser la perte subie par la modification des circonstances* ».

²⁵⁹⁷ FORNAGE, Droit de révocation, p. 501 ; PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, N 48 ss.

²⁵⁹⁸ CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 N 3 et 10.

²⁵⁹⁹ FORNAGE, Droit de révocation, p. 501 ; PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, N 54 ss.

²⁶⁰⁰ FORNAGE, Droit de révocation, p. 501 ; PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, N 58.

²⁶⁰¹ PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, N 50.

c. Risque de la chose

Le risque de la chose (« *Sachgefahr* ») est le **risque immédiat de la perte ou de l'endommagement de la chose**. Il est typiquement supporté par le propriétaire (« *casum sentit dominus* »)²⁶⁰². Ce risque ne dépend pas nécessairement d'un rapport contractuel²⁶⁰³. 1385

Du point de vue de ces distinctions traditionnelles, le **droit de révocation présente des particularités** (d). 1386

d. Particularités du droit de révocation

La nature particulière du droit de révocation impose à notre sens une analyse plus large et **détachée de certaines délimitations traditionnelles** du régime général (*supra* N 1381 ss). C'est pourquoi nous intégrerons des éléments relatifs tant au risque de la prestation qu'au risque de la chose. La doctrine spécialisée en matière de restitution des prestations à la suite de l'exercice du droit de révocation procède également de la sorte²⁶⁰⁴. 1387

Le « risque » au sens où nous l'entendons ici vise – après l'exercice valable de la révocation – l'incapacité de restituer la chose à la suite de sa destruction, de sa détérioration ou pour toute autre raison, y compris imputable au consommateur (disparition de la chose). Autrement dit, nous adoptons une **conception large du « risque contractuel »**, sans remettre pour autant en question la pertinence de la distinction initiale entre le risque et la responsabilité (*supra* N 1381)²⁶⁰⁵. En outre, même imputable au consommateur, l'impossibilité de restituer n'affecte pas l'existence du droit de révocation en tant que tel²⁶⁰⁶. Sous cet angle, il se justifie également d'inclure un aspect « fautif »²⁶⁰⁷ de cette impossibilité (au sens large) dans l'analyse du « risque », afin d'éviter des résultats, le cas échéant, inéquitables pour le professionnel, en particulier. 1388

Nonobstant cette **indépendance entre l'obligation de restituer et l'existence du droit de révocation**, il convient, au moment d'analyser l'imputation du « risque » au consommateur, de vérifier s'il a été valablement informé au sujet 1389

²⁶⁰² FORNAGE, Droit de révocation, p. 501 ; PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, N 57.

²⁶⁰³ PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, N 57.

²⁶⁰⁴ Comp. ZK OR-DORNIER, art. 40f N 139 en réf. au principe du « *casum sentit dominus* ».

²⁶⁰⁵ PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, N 48 et les réf. citées.

²⁶⁰⁶ BSK OR I-KOLLER-TUMLER, art. 40f N 3 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7b.

²⁶⁰⁷ Nous utiliserons la notion plus neutre d'« imputabilité ».

dudit droit²⁶⁰⁸. En cas d'information valable, on penchera plus facilement vers une imputation au consommateur, sans pour autant retenir abstraitement que le consommateur supporte nécessairement la perte ou la détérioration de la chose (comp. *infra* N 1403 ss)²⁶⁰⁹. Le droit de révocation est précisément souvent institué pour les cas où le consommateur n'aurait pas, ou en tout cas moins aisément, conclu le contrat sans l'initiative du professionnel.

1390 Nous commencerons par nous intéresser aux **risques de la perte et du retard de l'acte de révocation** (2), avant de présenter les risques de la révocation selon que le contrat porte sur une chose (3) ou sur une prestation de service (4).

2. Risques de la perte et du retard de l'acte de révocation

1391 Hormis le cas où la transmission défectueuse de l'avis de révocation est à imputer au consommateur (comp. *supra* N 1242), le risque de retard et de perte de la manifestation de volonté, de son contenant et/ou des marchandises renvoyées devraient en principe être mis à **charge du professionnel**²⁶¹⁰.

1392 Si le contrat prend fin, respectivement n'est pas conclu, dès l'exercice de la révocation, il se justifie que le consommateur ne supporte pas de risque – ultérieur – lié à sa volonté de révoquer correctement déclarée. La protection du consommateur recherchée au stade de la conclusion du contrat devrait s'**étendre à la phase consécutive** à la mise en œuvre immédiate, individuelle et concrète de cette protection.

1393 Contrairement à l'avis des défauts (art. 201 CO), ce n'est toutefois pas la « faute » du vendeur dans l'état de l'objet de la vente ou du contrat d'entreprise qui motive²⁶¹¹ une solution favorable au consommateur. Elle tire en revanche sa **justification** dans les conséquences potentiellement pénibles que peut avoir

²⁶⁰⁸ Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 184.

²⁶⁰⁹ Comp. BSK OR I-KOLLER-TUMLER, art. 40f N 3 ; SCHWENZER, N 28.73. Plus nuancés, CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7c.

²⁶¹⁰ Pour des considérations similaires en lien avec la protection de l'acheteur émettant l'avis des défauts, VON TUHR/PETER, p. 172 et BK OR-GIGER, art. 201 N 91. La question du moment déterminant pour retenir l'efficacité de la garantie des défauts demeure controversée, BSK OR I-HONSELL, art. 201 N 10 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 201 N 12 considèrent qu'il s'agit d'une manifestation de volonté soumise à réception. *Contra*, ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, art. 201 N 24b s et BK OR-GIGER, art. 201 N 91, ce dernier rappelant au surplus la teneur explicite de l'art. 4 al. 3 de l'ordonnance sur la procédure en matière de garantie dans le commerce du bétail (RS 221.211.22) qui prescrit le respect du délai d'avis des défauts notamment par la remise à un bureau de la Poste le dernier jour du délai.

²⁶¹¹ ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, art. 201 N 24b.

le contrat pour le consommateur devant être – abstraitement – protégé au stade de sa conclusion, en application de considérations de protection du consommateur

On traitera du **risque de la perte** (a) de l'acte de révocation, puis du risque d'un retard (b).

1394

a. Risque de la perte

Il convient de **distinguer entre** la perte de la manifestation de volonté de révoquer et la remise postale d'un courrier ou d'un paquet, c'est-à-dire, le cas échéant, du contenant de la manifestation de volonté du consommateur²⁶¹². *De facto*, le risque de la perte repose sur le consommateur, à qui il revient de prouver la réception²⁶¹³ de l'avis de révocation par le professionnel, par exemple au moyen d'une preuve d'envoi suffisante, un « support durable » (cf. art. 11 al. 4 Directive 2011/83/UE et le considérant 44 de celle-ci ; art. 5:103 ACQP). Si le premier avis de révocation est perdu, et qu'il a été expédié durant la période de révocation, le consommateur devrait pouvoir le renouveler²⁶¹⁴.

1395

Les conditions générales de la Poste feraient par ailleurs peser sur l'expéditeur²⁶¹⁵ un risque considérable en cas de perte, de destruction ou de retard de sa manifestation de volonté. En pratique, le consommateur ne peut que **très difficilement se retourner contre la Poste**²⁶¹⁶, s'agissant de la seule perte

1396

²⁶¹² EGGEN, p. 1571 et, en part., p. 1568 : « *gestützt auf die vorangehenden Ergebnisse bewirkt die Zustellung einer Postsendung nicht automatisch den Zugang der darin enthaltenen Willenserklärung* » et « *auch wenn die Zustellung eines Briefes nicht mit dem Zugang der darin enthaltenen Willenserklärung gleichzusetzen ist, wirkt sich die Vereinbarung zwischen der Post und dem Absender auf dessen Position dem Empfänger gegenüber aus. Besonders deutlich wird dieser Konnex in den Bereichen des Schadenersatzes und der Beweisführung* ». Sur la fonction de la Poste en tant que messenger, BK OR-MÜLLER, art. 1 N 109 s. et 132 s.

²⁶¹³ ECL-HELLWEGE, art. 2:503 N 10 : « *as the notice becomes effective only when it reaches the trader, the consumer has to prove receipt by the trader* ».

²⁶¹⁴ ECL-HELLWEGE, art. 2:503 N 10.

²⁶¹⁵ La relation entre le consommateur et la Poste quant à la remise du courrier postal doit être qualifiée de contrat de transport (art. 440 ss CO), EGGEN, p. 1563.

²⁶¹⁶ Il n'est également pas certain que la manière dont la Poste intègre ses conditions générales au contrat passé avec le consommateur résiste au contrôle de validité de l'intégration (*infra* N 1468 ss). Le cas échéant, on pourrait donc nier la possibilité, pour la Poste, de se prévaloir de l'exclusion de responsabilité prévue dans ses conditions générales à l'égard du consommateur, EGGEN, p. 1565 ss et, en part., p. 1567 s.

du contenant de sa déclaration²⁶¹⁷. En cas d'envoi non recommandé, la responsabilité de la Poste est limitée à la valeur du colis (cf. art. 11 LPO ; comp. cep. art. 3.1 CGV-Poste), y compris sous l'angle de l'art. 448 CO²⁶¹⁸. Dans tous les cas, la Poste n'assume aucune responsabilité pour les dommages consécutifs (« *Folgeschäden* »)²⁶¹⁹. Pour se prémunir d'une perte du colis par la Poste, le consommateur sera bien avisé de procéder à un envoi recommandé (*supra* N 1241). Mais, même en pareille hypothèse, la Poste ne supporte pas encore le dommage consécutif à une perte de la manifestation de volonté²⁶²⁰.

1397

Dans la relation « interne » entre le consommateur et le professionnel, le **risque de la perte de l'acte de révocation devrait donc plutôt être supporté par ce dernier**. Le consommateur assume sinon l'intégralité des risques tant à l'égard de la Poste que du professionnel ; il suffit donc que le consommateur parvienne à démontrer l'envoi dans le délai de révocation. En outre, la Poste fixe unilatéralement, et sans contrôle étatique, ses conditions générales²⁶²¹ alors même que le service universel est très généralement utilisé par les consommateurs en particulier en cas de renvoi de marchandises ou d'un courrier de révocation²⁶²².

1398

Au demeurant, il faut encore relever que les conditions générales de la Poste, sous l'empire de l'actuelle LPO²⁶²³, ne sont à considérer comme l'**expression**

²⁶¹⁷ EGGEN, p. 1565, 1571 et, en part, 1564 : « *der Sachwert von beschriebenem Papier tendiert in aller Regel gegen Null* ».

²⁶¹⁸ EGGEN, p. 1564 s. et 1567.

²⁶¹⁹ EGGEN, p. 1569 et, en part., p. 1564 mentionne les art. 11 et 17 LPO pour d'autres exclusions de responsabilité que la Poste peut prévoir dans ses conditions générales en cas de faute légère.

²⁶²⁰ EGGEN, p. 1570 et, en part., p. 1569 : « *für den Absender resultiert aus der Qualifikation des Vertrages zwischen ihm und der Post als Frachtvertrag aber eine Inkongruenz: Der Sachwert der Postsendung ist für ihn nicht relevant. Vielmehr möchte er sichergehen, dass seine Willenserklärung rechtzeitig beim Empfänger eintrifft und die beabsichtigten Rechtsfolgen erzielt. Geschieht ein Fehler bei der Übermittlung, erfüllt sich diese Erwartung aber nicht. Befriedigend lösen lässt sich diese einseitige Risikozuweisung beim massenweisen Briefversand kaum* ».

²⁶²¹ EGGEN, p. 1569 ss et, en part., p. 1569 s. : « *die Regelung, wonach die Post eine Sendung durch die Abgabe an den Nachbarn gültig zustellt (i.e. art. 2.5.5 CGV-Poste), weicht somit von den Regeln über den Zugang der in der Sendung enthaltenen Willenserklärung ab. Diese Divergenz erschwert dem Absender den Zugangsnachweis in Bezug auf die Willenserklärung* ».

²⁶²² EGGEN, p. 1560 et 1563 où l'auteure présente le statut particulier de la Poste mis en place par la LPO (comp. art. 13 ss LPO).

²⁶²³ En effet, cette loi ne contient plus de prescriptions relatives à la manière de communiquer les colis, cette question étant réglée par les conditions générales de la Poste, dont la nature est privée, EGGEN, p. 1570 : « *die AGB-Regeln dürfen deshalb nur dann für eine Konkretisierung*

d'un usage pour la concrétisation du principe de la réception que s'ils impliquent une juste répartition des risques entre, d'une part, l'expéditeur et, d'autre part, le destinataire²⁶²⁴. Tel n'est précisément pas le cas ici²⁶²⁵, ce qui appelle potentiellement des correctifs.

b. Risque du retard

Dans le contexte des art. 40a ss CO, la révocation sortit ses effets dès que le consommateur communique la révocation au professionnel ou remet l'acte de révocation à la poste (art. 40e al. 4 CO)²⁶²⁶. Ces considérations valent également pour le droit de révocation en matière de crédit à la consommation (cf. art. 16 al. 2 LCC)²⁶²⁷. L'art. 89a LCA prévoit une solution identique, en prévoyant que le **délai est respecté** lorsque la dénonciation écrite est remise à la poste le quatorzième jour (art. 89a let. a LCA).

Ces dispositions n'exigeraient cependant pas que la déclaration parvienne dans la sphère de puissance du professionnel²⁶²⁸, lequel supporterait donc le risque d'un retard dans la transmission²⁶²⁹. L'affirmation doit être nuancée en ce sens que **c'est uniquement l'exercice du droit de révocation à temps qui est concerné** ; l'effectivité de la révocation suppose toujours sa communication au professionnel²⁶³⁰. De ce point de vue, le risque d'un retard dans la transmission de l'acte de révocation n'est qu'une question relativement secondaire, puisque l'exercice valable de la révocation n'exige, en tant que tel, pas de communication au professionnel. En pratique, la problématique sera plutôt d'ordre probatoire et consistera à déterminer si la révocation est intervenue à temps et valablement. Ainsi, le « risque du retard » pèserait plutôt sur le consommateur, à qui il revient d'apporter la preuve de la révocation

des Zugangsprinzips herangezogen werden, wenn sie zu einer angemessenen Zuweisung der Übermittlungsrisiken an den Absender bzw. den Empfänger der Willenserklärung führen ».

²⁶²⁴ EGGEN, p. 1570.

²⁶²⁵ EGGEN, p. 1570 s.

²⁶²⁶ CR CO I-WERRO, art. 406a-406h, N 22 : « *contrairement à la règle générale en matière de droits formateurs, c'est le dépôt de la déclaration écrite (CO 406f) auprès de la poste et non la réception de la déclaration qui déclenche les effets de l'acte* ».

²⁶²⁷ CHK KKG-BRUNNER, art. 1-42 N 91 (date du timbre postal) ; ZK OR-DORNIER, Vorbemerkungen zu art. 40a-40f N 19.

²⁶²⁸ EGGEN, p. 1561 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 196b et 476c ; GIAMPAOLO/HUGUENIN, art. 6 al. 3 de leur projet de loi de protection du consommateur (annexe à l'article). *Contra*, HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 316 et les réf. citées.

²⁶²⁹ SCHWENZER, N 27.30 donne l'ex. du courrier qui reste longtemps bloqué à la Poste.

²⁶³⁰ SCHULZE/ZOLL, p. 180.

(comp. *supra* N 1239 ss ; cf. art. 11 al. 4 Directive 2011/83/UE)²⁶³¹. Le véritable risque du retard reposerait quoi qu'il en soit sur le professionnel (cf. art. 11 al. 2 Directive 2011/83/UE). Particulièrement en présence d'une prestation en situation transfrontalière, les (différents) délais de remise postaux demeurent sinon susceptibles d'écourter la période de révocation du consommateur ; l'insécurité du côté du professionnel, notamment du vendeur, serait en revanche acceptable²⁶³².

1401

Pour le **courtage matrimonial**, ces considérations sont (un peu) moins limpides. La réglementation consacre la nature unilatéralement suspensive du droit de révocation (*supra* N 1124 s.). La loi fixe l'entrée en vigueur du contrat quatorze jours après que le consommateur ait reçu une copie du contrat signé par les parties, à la condition – suspensive – qu'il n'exerce pas son droit de révocation (art. 406^e al. 1 CO). Le délai de révocation doit être considéré comme respecté dès que le mandat dénonce le contrat par écrit (cf. art. 406^e al. 2 et 3 CO). Pour que le contrat n'entre pas en vigueur, il suffit que le consommateur le dénonce par écrit (art. 406^e al. 2 et 3 CO)²⁶³³, à la condition que cette dénonciation parvienne ensuite à la connaissance du professionnel, donc y compris après l'écoulement du délai de révocation. La loi n'exige en revanche pas que la déclaration de volonté du mandant parvienne dans la sphère de puissance du mandataire avant l'écoulement du délai de quatorze jours. Ici également, il suffit donc que le consommateur démontre (*supra* N 1239 ss) avoir respecté le délai légal²⁶³⁴.

1402

S'agissant du risque de la révocation du point de vue de la prestation contractuelle, on peut distinguer selon que le **contrat porte sur une chose** (3) ou sur la fourniture d'un service (4).

²⁶³¹ ECL-HELLWEGE, art. 2:503 N 10.

²⁶³² ECL-HELLWEGE, art. 2:503 N 9.

²⁶³³ Cf la teneur de l'art. 5 al. 1 de l'ancienne Directive 85/577/CEE : « *en ce qui concerne le respect du délai, il suffit que la notification soit expédiée avant l'expiration de celui-ci* ».

²⁶³⁴ *Contra*, en lien avec la théorie générale du moment déterminant pour la réception d'une manifestation de volonté soumise à réception, mais avant le développement des droits de révocation légaux, notamment d'influence européenne (*supra* N 369 ss et 1049 ss), VON TUHR/PETER, p. 172.

3. Contrat portant sur une chose

Il est intéressant²⁶³⁵ de présenter le cas où la **disparition** de la chose survient **avant la révocation** (a) et celui où elle intervient après la révocation (b). 1403

a. Disparition avant la révocation

La situation envisagée est celle où l'impossibilité de restituer est antérieure à l'exercice valable de la révocation²⁶³⁶ ; soit la **disparition n'est pas imputable au consommateur** (i), soit elle l'est (ii) 1404

(i) Non imputable au consommateur

Avant la révocation, le professionnel supporte la disparition de la chose lorsqu'elle est perdue ou détruite **par cas fortuit, force majeure ou faute grave d'un tiers**²⁶³⁷. En outre, le consommateur doit en tout cas pouvoir raisonnablement examiner la chose (cf. art. 14 al. 2 1^{ère} phrase Directive 2011/83/UE et considérant 47 de cette Directive). 1405

Lorsque la disparition n'est pas imputable au consommateur, le professionnel doit **restituer le prix de vente au consommateur**²⁶³⁸. Toutefois, il peut 1406

²⁶³⁵ Si la chose disparaît, le consommateur pourrait être d'autant plus tenté de révoquer le contrat. Ne procédant pas à cette distinction, CHK OR-KUT, art. 40a-g N 61. SCHWENZER N 28.73, distingue uniquement selon que le consommateur a, ou non, été informé au sujet du droit de révocation. Soutenant vraisemblablement notre analyse, HARTMANN, Rückabwicklung, N 419 et les réf. citées : « wenn eine Partei den Untergang der empfangenen Sache zu verantworten hat, ist ihr die Berufung auf die Ungültigkeit des Vertrags grundsätzlich zu verwehren. Denn die Ungültigkeit des Vertrags bezweckt im Allgemeinen nicht, eine Partei vor einem Wertverlust infolge eigener Unsorgfalt zu bewahren ».

²⁶³⁶ Comp. CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7d.

²⁶³⁷ HARTMANN, Rückabwicklung, N 416 ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 319 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7d. Comp. FF 1978 II 481, 627 où, à l'art. 226p Projet-CO, il était prévu que le vendeur puisse demander à l'acheteur, en sus d'un loyer équitable, une indemnité pour dépréciation extraordinaire, détérioration ou perte de la chose n'excédant pas ce que le vendeur aurait obtenu si le contrat avait été correctement exécuté. Dans les travaux d'adoption des art. 40a ss CO, le législateur a finalement renoncé à prévoir une telle solution dans la loi estimant que « le cas échéant, il convient d'appliquer la règle du droit régissant l'enrichissement illégitime [...] » (FF 1986 II 360, 402).

²⁶³⁸ Comp. FORNAGE, Droit de révocation, p. 505 : « la survenance du risque ne libère toutefois pas l'autre contractant du remboursement du prix versé par le consommateur » ; HARTMANN, Rückabwicklung, N 92 et 416.

réclamer une indemnité pour usage de la chose (cf. art. 40f al. 2 CO ; plus restrictif – pendant le délai de rétractation – art. 45 al. 4 CESL)²⁶³⁹. Le consommateur doit également restituer au professionnel ce qu'il lui reste éventuellement de la chose (cf. art. 207 al. 2 CO)²⁶⁴⁰. En pratique, il devrait être possible de prévoir une solution contractuelle plus favorable pour le consommateur, en ce sens que ce dernier ne supporterait pas d'indemnité, ni même ne doit restituer ce qu'il lui reste de la chose en cas de disparition²⁶⁴¹.

1407

Par principe, le consommateur ne devrait donc **pas supporter de risque avant l'exercice de la révocation**²⁶⁴². Premièrement, lorsqu'elle est exercée²⁶⁴³, la révocation met fin avec effet *ex tunc* à la relation entre parties, le consommateur n'étant donc en réalité pas véritablement propriétaire de la chose avant l'écoulement du délai de révocation. Secondement, une interprétation favorable au consommateur impose de libérer le consommateur du risque de la perte de la chose avant la révocation, en particulier lorsqu'il n'a pas été informé du droit de révoquer²⁶⁴⁴ ; sans la situation caractéristique pour lequel le droit de révocation est institué, il n'aurait d'ailleurs généralement pas conclu le contrat²⁶⁴⁵. Enfin, et sous l'angle de l'art. 119 al. 1 CO, le consommateur est libéré de son obligation de restitution en cas d'impossibilité ne lui étant pas imputable ; le but protecteur des art. 40a ss CO imposerait, en revanche, de

²⁶³⁹ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7d. *Contra*, HARTMANN, Rückabwicklung, N 416.

²⁶⁴⁰ FORNAGE, Droit de révocation, p. 504 ; HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 319.

²⁶⁴¹ FF 1986 II 360, 402 : « *la restitution ne doit pas imposer trop d'obligations à l'acquéreur sinon il est à craindre que le fournisseur n'éluide le droit de révocation en fournissant immédiatement sa prestation. Le fournisseur qui s'exécute avant l'expiration du délai de révocation agit à ses risques et périls* ».

²⁶⁴² Comp. cep. ZK OR-DORNIER, art. 40f N 139.

²⁶⁴³ En cas de disparition non imputable au consommateur, l'exercice du droit de révocation – qui doit être distingué des effets de cet exercice, soit la fin du contrat – reste à notre avis possible et ne constitue pas un abus de droit. En effet, l'art. 119 CO laisse subsister le rapport d'obligation. En cas de disparition – et indépendamment encore de l'imputabilité de celle-ci – le consommateur doit néanmoins dans tous les cas aviser le professionnel sans retard et prendre les mesures nécessaires et exigibles à la minimisation du dommage, tout en conservant fondamentalement la possibilité de révoquer. Pour l'origine de ces développements, CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 N 17.

²⁶⁴⁴ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7d.

²⁶⁴⁵ HARTMANN, Rückabwicklung, N 193 et 416 dont les développements rappellent que l'affirmation est particulièrement significative en matière de démarchage à domicile ; HARTMANN, Widerrufsrecht, p. 319.

renoncer à une application analogique de l'art. 119 al. 2 CO en faveur du professionnel²⁶⁴⁶.

Qu'en est-il lorsque l'impossibilité de restituer est **imputable au consommateur** (ii) ?

1408

(ii) *Imputable au consommateur*

La disparition avant la révocation est imputable au consommateur s'il **aliène, transforme ou détruit – volontairement**²⁶⁴⁷ – la chose avant l'écoulement du délai de péremption « relatif » (*supra* N 1267 ss) de révocation. Si le délai de révocation n'a jamais commencé à courir pour des motifs exclusivement²⁶⁴⁸ imputables au professionnel (ex. absence d'information sur le droit), le comportement du professionnel doit être considéré comme étant propre à écarter l'imputabilité de la disparition au consommateur, même en cas d'aliénation, de transformation ou de destruction volontaire de la chose (cf. art. 14 al. 2 2^{ème} phrase Directive 2011/83/UE)²⁶⁴⁹. Lorsque l'information sur le droit de révocation est une condition de validité du contrat, ce dernier est nul en cas de défaut d'information sur le droit (*supra* N 1218 ss). Sous réserve d'un exceptionnel abus de droit, la disparition avant la révocation n'est alors pas imputable au consommateur. Le contrat étant nul, le professionnel devrait supporter l'intégralité des risques en application, le cas échéant²⁶⁵⁰, du principe

1409

²⁶⁴⁶ FORNAGE, Droit de révocation, p. 504 ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 N 10 rappelle que, dans le régime général, l'art. 119 al. 2 CO restaure l'équilibre contractuel rompu par l'art. 119 al. 1 CO.

²⁶⁴⁷ En dehors de considérations et difficultés pratiques liées à la preuve d'une destruction volontaire ou involontaire de la chose, le consommateur n'aurait souvent pas conclu le contrat sans la situation caractéristique fondant l'existence d'un droit de révocation (*supra* N 1051). Il se justifie donc de ne pas lui imputer le risque d'une destruction involontaire. Comp. ECL-HELLWEGE, Appendix to art. 2:504, N 17.

²⁶⁴⁸ Par ex. si le consommateur ne pouvait ni ne devait connaître l'existence d'un droit de révocation, analyse où il convient de se montrer particulièrement prudent avant de trancher en défaveur du consommateur. Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 184.

²⁶⁴⁹ ZK OR-DORNIER, art. 40f N 132 : « *umgekehrt kann sich der Kunde auf seinen guten Glauben berufen und entsprechend einem Ersatzanspruch des Anbieters entgegenreten, was vor der gehörigen Orientierung über das Widerrufsrecht untergegangen oder verschenkt worden ist. Der Anbieter kann ein Rückforderungsrecht gegenüber dem Kunden nur (aber immerhin) geltend machen, soweit der Kunde tatsächlich bereichert ist, wenn er Kenntnis vom Widerrufsrecht bekommt [...]* ». Comp. HARTMANN, Informationspflichten, N 402.

²⁶⁵⁰ Il est vrai, lorsque le droit de révocation est considéré comme une condition de validité du contrat, l'objet du contrat n'est généralement pas une chose, mais une prestation de service (comp. art. 15 LCC et 406e CO).

casum sentit dominus applicable à la détermination du risque de la chose (*supra* N 1385).

1410

Lorsque, avant la révocation, la disparition est imputable au consommateur, il **est tenu** de restituer au professionnel la valeur de la chose au moment de l'événement dommageable. Le professionnel a droit à une indemnité, le consommateur ayant fait usage de la chose (cf. art. 40f al. 2 CO)²⁶⁵¹. Ce dernier doit également payer le prix de la chose au professionnel²⁶⁵². Si le prix initialement payé est supérieur à la valeur de la chose au moment de l'événement dommageable et à l'indemnité, la différence de prix est restituée au consommateur²⁶⁵³. Au surplus, lorsque l'usage que fait le consommateur de la chose est tel qu'une disparition est hautement probable et/ou qu'il ne s'agit pas uniquement de tester les marchandises, il devrait supporter la perte de valeur de la chose (comp. § 357 al. 7 ch. 1 BGB²⁶⁵⁴ et § 357b al. 2 BGB²⁶⁵⁵)²⁶⁵⁶.

1411

Si le consommateur a été valablement informé par le professionnel au sujet du droit de révocation et qu'il transforme, aliène, détruit volontairement la chose ou l'utilise intensivement, il manifeste généralement une volonté de ne pas révoquer le contrat. Compte tenu du déséquilibre informationnel dont est réputé souffrir le consommateur, ainsi que des limites pratiques relatives à son information (*supra* N 258 ss), il s'impose toutefois de ne pas admettre trop facilement pareille volonté. Si le consommateur ne peut certes pas renoncer au droit de révocation, s'agissant d'une institution à caractère impératif²⁶⁵⁷, l'exercice du droit de révocation pourrait tout de même, suivant les circonstances, consacrer un **abus de droit** (art. 2 al. 2 CC)²⁶⁵⁸.

²⁶⁵¹ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7d. En ref. spécifiquement au prix de vente, HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 319.

²⁶⁵² Spécifiquement en réf. au prix de vente, FORNAGE, Droit de révocation, p. 504 et HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 319 en cas d'aliénation et de transformation de la chose.

²⁶⁵³ Comp. CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7d.

²⁶⁵⁴ La teneur de cette disposition est la suivante : « *der Verbraucher hat Wertersatz für einen Wertverlust der Ware zu leisten* » et « *wenn der Wertverlust auf einen Umgang mit den Waren zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war* ».

²⁶⁵⁵ La teneur de cet alinéa est la suivante : « *der Verbraucher hat für einen Wertverlust der Unterkunft im Sinne des § 481 nur Wertersatz zu leisten, soweit der Wertverlust auf einer nicht bestimmungsgemäßen Nutzung der Unterkunft beruht* ».

²⁶⁵⁶ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 319.

²⁶⁵⁷ CR CO I-STAUDER/STAUDER, Intro art. 40a-40f N 8.

²⁶⁵⁸ Par ex., le consommateur qui commande des habits onéreux pour un mariage dans le seul but de les renvoyer ensuite au professionnel afin de disposer d'un prêt gratuit et ne pas avoir à laver ces habits.

b. Disparition après la révocation

La situation envisagée ici est celle où la disparition intervient après la révocation. Dans ce cas, les règles générales sur l'impossibilité subséquente s'appliquent par analogie²⁶⁵⁹. Il ne paraît pas tout à fait satisfaisant de considérer que, par la révocation, les obligations des parties s'éteignent purement et simplement (comp. *supra* N 1158 ss). En application du principe général de la **bonne foi** (art. 2 al. 1 CC), les parties sont liées par un certain rapport de confiance, devant garantir que la restitution des prestations se déroule dans les meilleures conditions. 1412

On peut également distinguer selon que la **disparition n'est pas imputable au consommateur** (i) ou, au contraire, qu'elle l'est (ii). 1413

(i) *Non imputable au consommateur*

Lorsque l'impossibilité de restituer après la révocation n'est pas imputable au consommateur (comp. *supra* N 1405 ss), il est **libéré de ses obligations**²⁶⁶⁰. On rappelle qu'en cas de défaut d'information sur le droit de révocation, la dépréciation du bien ne lui est en principe pas imputable (art. 14 al. 2 2^{ème} phrase Directive 2011/83/UE). Le consommateur ne doit pas rendre la chose intégralement²⁶⁶¹, mais éventuellement ce qu'il en reste, respectivement sa valeur de remplacement²⁶⁶². Lorsque la révocation est correctement exercée, le risque de perte de la marchandise devrait être mis à la charge du professionnel (cf. § 355 al. 3 dernière phrase BGB²⁶⁶³)²⁶⁶⁴. 1414

²⁶⁵⁹ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7c.

²⁶⁶⁰ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7c. Il doit s'agir d'une impossibilité objective subséquente, CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 N 4 ss. Pour les situations où l'impossibilité n'est pas imputable au débiteur, CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 N 7 ss.

²⁶⁶¹ HARTMANN, Rückabwicklung, N 416 : « *der Anbieter hat in diesem Fall den Kaufpreis zurückzuerstatten, kann jedoch keinen Ersatz für die untergegangene Kaufsache verlangen* ».

²⁶⁶² La restitution d'une épave (« *stellvertretendes Commodum* ») s'envisage également en cas d'impossibilité au sens de l'art. 119 CO, CR CO I-THÉVENOZ, art. 119 N 20 ss.

²⁶⁶³ La teneur de cette phrase est la suivante : « *der Unternehmer trägt bei Widerruf die Gefahr der Rücksendung der Waren* ».

²⁶⁶⁴ Comp. SCHWENZER, N 27.30 et 27.16. L'auteure considère que, pour la garantie contre les défauts du contrat de vente, tant le risque de retard que de perte doivent être mis à la charge du vendeur. Par la livraison d'une chose défectueuse, ce dernier a en effet rendu nécessaire l'exercice de la garantie par l'acheteur.

- 1415 En outre, le **consommateur ne saurait être astreint au paiement de dommages-intérêts pour la perte de la chose** en cas d'impossibilité de restituer ne lui étant pas imputable²⁶⁶⁵. Quant à l'indemnisation du professionnel pour l'usage de la chose, elle est due, à la condition que le consommateur ait effectivement fait usage de la chose (art. 40f al. 2 CO). En retour, le professionnel demeure tenu de restituer le prix intégral de la chose²⁶⁶⁶.
- 1416 Qu'en est-il lorsque l'impossibilité de restituer est **imputable au consommateur (b)** ?

(ii) *Imputable au consommateur*

- 1417 Lorsque l'impossibilité de restituer apparaissant après la révocation est imputable au consommateur (comp. *supra* N 1409 ss), celui-ci doit au professionnel des dommages-intérêts **selon les art. 97 ss CO appliqués par analogie**²⁶⁶⁷. Si les conditions d'application sont remplies (violation d'une obligation préexistante, préjudice, lien de causalité et faute²⁶⁶⁸), le consommateur doit la valeur de la chose au moment où l'évènement dommageable se produit, ou sa valeur de remplacement²⁶⁶⁹. S'y ajoute une indemnité pour l'usage de la chose (art. 40f al. 2 CO). Quant au professionnel, il doit restituer le prix (art. 40f al. 1 CO)²⁶⁷⁰.
- 1418 En outre, contrairement à ce que semble retenir le Message du Conseil fédéral relatif aux dispositions sur le démarchage à domicile, il nous semble que le consommateur ne devrait pas répondre de la diminution de valeur de la chose ou de sa disparition dès la connaissance du droit de révoquer, mais **dès l'exercice de la révocation**²⁶⁷¹. Si la disparition est postérieure à la révocation, il ne se justifie pas de remonter plus en amont dans la chaîne chronologique et de faire également supporter au consommateur le risque antérieur depuis la connaissance de l'existence du droit. On rappellera que le TF retient, qu'au moment de déclarer l'exercice du droit de révocation, le consommateur a une

²⁶⁶⁵ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7c *a contrario*.

²⁶⁶⁶ Comp. HARTMANN, Rückabwicklung, N 416 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7c.

²⁶⁶⁷ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7c.

²⁶⁶⁸ Pour ces conditions, CR CO I-THÉVENOZ, art. 97 N 4 ss, 30 ss et 50 ss.

²⁶⁶⁹ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7c. Sur la valeur de remplacement (« *stellvertretendes Commodum* »), CR CO I-THÉVENOZ, art. 97 N 61.

²⁶⁷⁰ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 7c.

²⁶⁷¹ FF 1986 II 360, 402 s.

connaissance suffisante de l'enrichissement du professionnel (*supra* N 1341)²⁶⁷².

Qu'en est-il de la répartition des risques en cas de **prestation de service** (4) ?

1419

4. Prestation de service

a. Particularités

Le cas de la prestation de service soumise à une possibilité de révocation est particulier²⁶⁷³. Le service représente une prestation qui **ne peut être restituée en nature**²⁶⁷⁴, de sorte qu'il convient de s'interroger sur l'étendue de la valeur de remplacement (« *Umfang des Wertersatzes* »)²⁶⁷⁵. La question n'a généralement d'importance que dès l'instant où le consommateur révoque le contrat et si le professionnel a déjà fourni partiellement ou entièrement sa prestation²⁶⁷⁶. La répartition des « risques » s'évalue à l'aune des effets spécifiquement prévus par la ou les dispositions sectorielles en cause (art. 40f al. 3 CO, 406e al. 2 et art. 16 al. 3 LCC ; comp. art. 14 al. 3 et 4 Directive 2011/83/UE)²⁶⁷⁷.

1420

b. Application analogique limitée de l'art. 402 CO

En lien avec la révocation d'un contrat portant sur une prestation de service, une application analogique totale de l'art. 402 CO n'est **pas possible**. Il ne paraît pas admissible d'exiger le paiement d'intérêts, d'honoraires ou d'un gain par le

1421

²⁶⁷² ATF 137 III 243, consid. 4.5 = JdT 2012 II 254 et JdT 2014 II 443 (trad. complète) : « *so ist die Partei, die ihre Widerrufserklärung abgibt, im entsprechenden Zeitpunkt ohne weiteres über die Bereicherung der Gegenpartei im Bild* ».

²⁶⁷³ SCHULZE/ZOLL, p. 185 précisent que la révocation d'un contrat portant sur une prestation de service est liée à la conclusion du contrat (cf. art. 9 al. 2 let. a Directive 2011/83/UE).

²⁶⁷⁴ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 319 ; ECL-HELLWEGE, Appendix to art. 2:504, N 21 et 24 ; STAUDER, Konsumkreditrecht, p. 272.

²⁶⁷⁵ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 320 ; STAUDER, Konsumkreditrecht, p. 272.

²⁶⁷⁶ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 8.

²⁶⁷⁷ HARTMANN, Widerrufsrechte, p. 319 : « *bei Leistungen, die ihrer Art nach nicht <in natura> zurückerstattet werden können, wie insbesondere Dienstleistungen, stellt sich die Frage nach Wertersatz. Diese Frage wird im Zusammenhang mit dem Umfang der Rückerstattung (III.) behandelt* ». On notera que le législateur ne se prononce pas plus avant sur la répartition des risques en cas de révocation d'un contrat portant sur une prestation de service, FF 1986 II 360, 403.

consommateur pour une prestation de service soumise à une possibilité de révocation²⁶⁷⁸. Une telle exigence reste susceptible de constituer un obstacle à la révocation, sous la forme d'un droit à l'indemnisation prohibé du professionnel en cas d'exercice de celle-ci (comp. *supra* N 1051).

1422

Le paiement, par le consommateur, de l'ensemble des postes mentionnés à l'art. 402 CO devrait en conséquence être rejeté (comp. art. 40f al. 3 CO et art. 16 al. 3 LCC seconde phrase ; cf. ég. art. 35 LCC). **Seuls doivent être indemnisés les avances et frais effectifs** du professionnel, dans la mesure où les contrats de consommation sont par ailleurs (très) généralement onéreux (*supra* N 786)²⁶⁷⁹.

²⁶⁷⁸ STAUDER, Konsumkreditrecht, p. 272. Comp. CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40f N 9.

²⁶⁷⁹ Comp. CR CO I-WERRO, art. 402 N 3 : « historiquement, CO 402 trouve sa justification dans la gratuité du mandat. Cette justification limite en conséquence l'application qu'il convient de faire de cette règle dans les mandats onéreux. La question ne se pose toutefois que si les parties ne dérogent pas à CO 402, par exemple en prévoyant une rémunération forfaitaire globale (prix total ; cf. CO 394 N 48), incluant les frais qu'encourt le mandataire ».

Chapitre 12 : Conditions générales

Avant d'approfondir la formation du contrat de consommation en cas d'usage de conditions générales, il nous paraît nécessaire de procéder à une **introduction** (I), afin de rappeler des généralités indispensables à leur sujet. Nous traiterons ensuite de la validité de leur intégration (II), de leur interprétation (III) et du contrôle de leur contenu (IV).

1423

I. Introduction

A. Notion

1. Définition

a. Absence de définition légale

Par « conditions générales », terme que le droit suisse ne définit pas directement (comp. § 305 al. 1 BGB, art. 2:209 (3) PECL, art. 2.1.19 PICC, art. 3 al. 2 Directive 93/13/CEE, art. 6:101 ACQP, art. II.-1:109 et II.-1:110 DCFR, art. 7 CESL et 6:203 (1) ECL²⁶⁸⁰ ; cf. encore l'art. 2:104 ECL)²⁶⁸¹, on désigne

1424

²⁶⁸⁰ Art. 6:203 (1) ECL : « *A term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the other party has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract* ».

²⁶⁸¹ BOUVERAT, N 37 précise que seul l'art. 8 LCD envisage spécifiquement la problématique des conditions générales tout en précisant que d'autres dispositions sectorielles l'appréhendent également (art. 3 et 33 LCA, 4 al. 2 let. r LSA, art. 4 LVF, art. 9 LCC, art. 256 al. 2 let. a CO et art. 288 al. 2 let. a CO) ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 4 ; VISCHER, AGB-Kontrolle, p. 965 ; WALKER, p. 5 ; WIDMER, N 4 ss. Cf. ég. KOLLER, AGB-Recht, p. 279, qui considère que la situation actuelle est insuffisante et rappelle que l'art. 20a à intégrer dans le CO, rattaché à la révision totale de la LCA, entendait intégrer la possibilité d'un contrôle de

généralement des **clauses contractuelles préformulées à l'avance** par l'un des contractants et qui ne font pas ou n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle entre les parties²⁶⁸².

1425

En décrivant tout ou partie d'éventuels contrats futurs, les conditions générales permettent une intégration²⁶⁸³ (ou incorporation²⁶⁸⁴) dans un grand nombre d'entre eux²⁶⁸⁵. Elles relèvent de la thématique des contrats d'adhésion, soit un terme générique visant toutes les situations où l'une des parties adhère à un texte rédigé par l'autre²⁶⁸⁶. Ainsi, les clauses préformulées sont celles qui ne sont **pas négociées et/ou n'ont pas été rédigées en prévision d'une relation individuelle, concrète et déterminée avec une personne en particulier**²⁶⁸⁷, peu importe que l'utilisateur ne les emploie, par hypothèse, même qu'une seule fois²⁶⁸⁸.

1426

D'emblée, il est important de souligner que l'usage de conditions générales n'est **pas une question strictement consumériste**. En droit de la consommation, elles s'avèrent néanmoins incontournables, compte tenu du

contenu des conditions générales directement dans le CO. Comp. HONSELL, 100 Jahre, p. 41 ; PICHONNAZ, Les contrats dans le droit de la consommation, p. 50.

²⁶⁸² Arrêt du TF 4A_47/2015 du 02.06.2015, consid. 5.1 ; arrêt du TF 4C.282/2003 du 15.12.2003, consid. 3.1 : « *allgemeine Vertragsbedingungen oder vorgeformte Vertragsinhalte sind vertragliche Bestimmungen, die im Hinblick auf typische Verträge von Privaten standardmässig vorformuliert sind und insbesondere der Rationalisierung des Vertragsschlusses dienen* » ; arrêt du TF 4P.135/2002 du 28.11.2002, consid. 3.1. BÜRGI, p. 4 ss ; EHLE/BRUNSCHWEILER, p. 263 s. ; KOLLER, AGB-Recht, p. 279 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 2 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 860 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 1. ECL-JANSEN, art. 6:203 N 6 précise encore que les termes standardisés sont présumés ne pas avoir été individuellement négociés. MORIN, Clauses contractuelles, p. 499 s. identifie par ailleurs deux catégories de clauses préformulées, à savoir les clauses standard et les clauses spécialement préformulées.

²⁶⁸³ ATF 133 III 675, consid. 3.3 : « *les conditions générales, lorsqu'elles ont été incorporées au contrat, en font partie intégrante* ».

²⁶⁸⁴ ATF 135 III 410, consid. 3.3 : « *dès lors que le contrat (et les conditions générales qui y sont incorporées) [...]* ».

²⁶⁸⁵ Arrêt du TF 4P.135/2002 du 28.11.2002, consid. 3.1. CR CO I-MORIN, art. 1 N 165 ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 204 ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 431.

²⁶⁸⁶ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 141 précise que les conditions générales sont intégrées au contrat par référence, alors que le contrat préformulé est un contrat entièrement rédigé par l'une des parties, sans négociations et signé par le destinataire.

²⁶⁸⁷ Cela ne signifie évidemment pas que l'utilisateur, au moyen des conditions générales, ne cherche pas tout de même à rationaliser et/ou à standardiser un type donné de relation contractuelle et pour de multiples occurrences (par ex. un contrat de vente), *infra* N 1434.

²⁶⁸⁸ CO 2020-VOGT, art. 32 N 5.

caractère standardisé et à large échelle d'une (très) large majorité des transactions conclues avec des consommateurs²⁶⁸⁹. En soi, l'utilisation de conditions générales ne signifie toutefois pas encore qu'il existe un rapport de force entre les parties²⁶⁹⁰.

L'usage des conditions générales ne justifie pas *per se* une intervention abstraite – indifférenciée – en faveur du consommateur. Mais, à l'inverse, il n'existe pas non plus de règle imposant à l'interprète d'appliquer abstraitement les conditions générales pour le motif qu'elles seraient, le cas échéant, plus favorables à la partie faible²⁶⁹¹. Cela ne signifie pas que des moyens de contrôle en rapport avec leur intégration, leur validité et leur interprétation soient superflus, loin s'en faut. Par le rejet d'une analyse abstraite, il faut bien plus comprendre que le recours aux conditions générales demeure, fondamentalement, une **problématique d'ordre contractuel général**. Les circonstances concrètes du cas d'espèce sont dès lors déterminantes, par opposition à des considérations purement normatives (abstraites).

Le **conflit de conditions générales** (« *battle of the forms* ») n'est, dans la règle, pas pertinent pour les contrats de consommation²⁶⁹²; dans une telle relation, il n'arrive que (très) rarement que le consommateur propose ses conditions générales au professionnel. C'est sur la base des conditions du professionnel que le consommateur adhère au contrat et en négocie parfois – il est vrai – certains éléments. En cas de litige, se posent plutôt les questions de l'existence d'un accord individuel (*infra* N 1445 ss) ou de la validité d'une ou de plusieurs clauses préformulées du professionnel (sur le contrôle de contenu, *infra* N 1754 ss).

²⁶⁸⁹ Recommandation de la CFC au CF du 12 juin 1997 concernant les conditions générales, p. 2. DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 378; ENGEL, Cent ans, p. 42 rappelle que les conditions générales sont devenues incontournables, également pour régir les relations des commerçants et des industriels entre eux et même entre les corporations publiques (Confédération, cantons et communes) et leurs fournisseurs ou mandataires; HONSELL, 100 Jahre, p. 40; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 284 ss.

²⁶⁹⁰ ENGEL, Cent ans, p. 49 s. donne l'ex. d'une société pratiquant l'abonnement de rapatriement par avion de personnes blessées ou accidentées et qui emploie les mêmes clauses préétablies indépendamment qu'elle contracte avec une entreprise de travaux publics ou un particulier agissant à des fins privées.

²⁶⁹¹ Arrêt de la Chambre des recours I du TC VD AP/2011/124 du 02.11.2011, consid. 4 (contrat entre deux sociétés). De telles situations devraient rester rares en pratiques.

²⁶⁹² SCHWENZER, N 45.14 *a contrario*. Sur la collision des conditions générales, BÜHRER et KRAMER, Battle of the forms, ainsi que KRAMER/PROBST/PERRIG, N 148 et 228.

1429 Les conditions générales peuvent régler des **éléments essentiels ou secondaires** (b).

b. Eléments essentiels ou secondaires

1430 Les conditions générales portent souvent sur des **points secondaires** (respectivement des obligations accessoires)²⁶⁹³. Dans ce cas, le contrat est conclu indépendamment d'une intégration des conditions générales (art. 2 al. 1 CO ; comp. § 306 al. 1 BGB²⁶⁹⁴).

1431 Ces conditions peuvent concerner des **points objectivement ou subjectivement essentiels** (respectivement des obligations principales ou accessoires)²⁶⁹⁵. Le contrat n'est alors conclu que si le consentement des parties porte sur l'ensemble des points essentiels (cf. art. 1 et 2 al. 1 CO) et à la condition que le contenu des prestations réciproques soit suffisamment déterminé ou déterminable (comp. art. 184 al. 3 CO)²⁶⁹⁶. L'accord sur l'incorporation des clauses préformulées est alors susceptible de se confondre avec la conclusion du contrat *stricto sensu*²⁶⁹⁷. Dans un contrat d'assurance, les éléments à ce titre concernés seront, le risque assuré, l'étendue de la couverture, la prime à payer ou encore de la durée du contrat. Pour les contrats bancaires, il n'est pas rare que les conditions générales décrivent aussi les obligations principales des parties.

1432 On pourrait peut-être encore imaginer que ce ne soit pas le contenu des conditions générales en tant que tel, mais la **volonté de les intégrer**, qui représente un élément subjectivement essentiel aux yeux de l'une des parties, voire même des deux²⁶⁹⁸.

²⁶⁹³ En lien avec le conflit de conditions générales, KOLLER, OR AT, N 23.77.

²⁶⁹⁴ La teneur du § 306 al. 1 BGB est la suivante: « *sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam* ».

²⁶⁹⁵ JUNOD MOSER, p. 17 ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 56, 58 et 165 ; RUSCH/HUGUENIN, p. 46 (ex. du prix) ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 432 ; VISCHER, AGB-Kontrolle, p. 965.

²⁶⁹⁶ ATF 84 II 266, consid. 2. HUGUENIN/MAISSEN, p. 102. Pour la généralisation du principe retenu à 184 al. 3 CO (contrat de vente) à l'ensemble des contrats, ATF 84 II 13, consid. 1. BK OR-GIGER, art. 184 N 222 ; RUSCH/HUGUENIN, p. 45.

²⁶⁹⁷ CR CO I-MORIN, art. 1 N 170. Comp. KOLLER, OR AT, N 23.04 : « *Immerhin ist es möglich, dass die AGB fast den Vertragsinhalt ausmachen* ».

²⁶⁹⁸ Présentant l'erreur de l'utilisateur quant à l'intégration des conditions générales en droit allemand, LOEWENHEIM, p. 446 s.

Quelles sont les **fonctions** (2) des conditions générales ?

1433

2. Fonctions

Les principales fonctions²⁶⁹⁹ des conditions générales sont de **rationaliser, de standardiser et, partant, de simplifier la conclusion** de contrats offerts, acceptés et conclus dans un contexte de transactions de masse²⁷⁰⁰. La mise en place de conditions uniformes pour l'ensemble des utilisateurs représente, en effet, une nécessité pratique et économique substantielle²⁷⁰¹. Les conditions générales sont ainsi (devenues) inhérentes et indispensables à tout système économique consumériste et n'ont pas que des aspects négatifs, loin s'en faut²⁷⁰².

1434

Lorsque l'utilisateur **doit garantir une égalité de traitement entre consommateurs**, l'adoption de conditions générales pourrait même représenter une obligation à sa charge²⁷⁰³.

1435

²⁶⁹⁹ BÜRGI, p. 7, qui présente cinq fonctions : rationalisation (« *Rationalisierung* »), spécialisation (« *Spezialisierung* »), argument du prix (« *Preisargument* »), argument d'innovation (« *Innovationsargument* ») et argument de concentration (« *Konzentrationsargument* »). CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 13 ss identifie les fonctions de rationalisation, de spécialisation ainsi que du contrôle de la responsabilité et des risques ; WALKER, p. 18 ss retient sept fonctions : rationalisation (« *Rationalisierungsfunktion* »), spécialisation (« *Spezialisierungsfunktion* »), comblement de lacunes (« *lückenfüllende Funktion* »), amélioration de la sécurité juridique (« *Rechtssicherheitsfördernde Funktion* »), unification (« *Vereinheitlichungsfunktion* »), diktat (« *Diktat-Funktion* ») et répercussion des risques (« *Überwälzungsfunktion* »).

²⁷⁰⁰ Arrêt du TF 4C.282/2003 du 15.12.2003, consid. 3.1. KOLLER, AGB-Recht, p. 279 s. ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 166 ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 431. Cf. ég. PICHONNAZ, Le centenaire, p. 1893

²⁷⁰¹ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 187 ; MEDICUS/PETERSEN, N 395.

²⁷⁰² BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 186 : « *one of the most important development for the law of contract has been the appearance of the standard form of contract* » ; BÜRGI, p. 8 ; ENGEL, Cent ans, p. 49 : « *les contrats préétablis (préformés, <standard>, standardisés, peu importe le nom) qu'ils soient ou non issus de conditions générales, ne sont pas par eux-mêmes des lettres de créance de Satan. Ils sont une donnée du commerce juridique actuel, qu'ils émanent de l'industrie, du commerce, des banques, des assurances ou des administrations ou des corporations publiques, spécialement au siècle de l'informatique* » ; OFTINGER, Vertragsfreiheit, p. 330.

²⁷⁰³ Ainsi pour le service universel de la Poste, EGGEN, p. 1565 et 1567. Comp. arrêt du TF 9C_3/2010 du 31.03.2010 consid. 3.1 où le caractère insolite d'une clause d'un règlement de prévoyance a été retenu car elle prévoyait une inégalité de traitement sans motif objectif. Cf. ég. ATF 138 III 411, consid. 3.1 = JdT 2014 II 459 et JdT 2013 II 163.

Quelles sont les **caractéristiques** (3) des conditions générales ?

3. Caractéristiques

Les conditions générales se caractérisent par le fait qu'elles sont **établies à l'avance**, par une partie ou par un tiers, pour un nombre indéterminé de contrats identiques ou d'une même nature.

L'on peut partir du principe que les conditions générales sont répandues dans les domaines où les contrats sont habituellement conclus **par écrit**²⁷⁰⁴. L'usage de conditions générales tend en effet à indiquer que, dans le domaine considéré, l'emploi de la forme écrite constitue un usage ou, à tout le moins, que la forme orale n'est pas (plus) la forme habituelle.

L'utilisation des conditions générales implique en règle générale l'**absence de négociation individuelle** des clauses contractuelles visées, ainsi qu'une acceptation en bloc par leur destinataire, souvent un consommateur²⁷⁰⁵. Pour des motifs de rationalité économique, elles sont présentées au destinataire dans leur version définitive, la seule alternative à leur acceptation étant généralement le refus de contracter (« *take it or leave it* ») et la recherche, le cas échéant, d'un autre fournisseur des biens ou des services concernés²⁷⁰⁶.

La relation soumise à des conditions générales n'est plus véritablement de nature contractuelle (comp. cep. *infra* N 1443) ; elle est **relative à un statut**, à savoir celui de consommateur ou, plus largement, de destinataire²⁷⁰⁷. Le consentement « traditionnel », principalement du destinataire, mais parfois même de l'utilisateur lorsque les conditions sont rédigées par un tiers, est alors souvent écarté au profit d'un consentement imputé – quasi-normativement – selon le principe de la confiance²⁷⁰⁸. Ces conditions peuvent également être

²⁷⁰⁴ BÜRGI, p. 8.

²⁷⁰⁵ CARRON, Protection, N 79 ; DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 379 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 139 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 6 ss.

²⁷⁰⁶ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 187 : « [...] *which the individual must either accept in whole, or, theoretically, go without* » ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 168 ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 204 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 3 ; WALKER, p. 6 et 9. Cf. ég. Recommandation de la CFC au CF du 12 juin 1997 concernant les conditions générales, p. 2.

²⁷⁰⁷ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 187.

²⁷⁰⁸ En lien avec la priorité des clauses individuellement négociées (*infra* N 1445 ss), KRAMER/PROBST/PERRIG, N 247 : « *vertrauens theoretisch basiert der Vorrang auf der Überlegung, dass die AGB nicht (mehr) vom tatsächlichen Geschäftswillen der Vertragspartner gedeckt sind [...]* ».

établies par une association privée tierce puis, le cas échéant, reprises par les parties (ex. les normes SIA)²⁷⁰⁹.

Si l'utilisation des conditions générales permet certes de rationaliser et d'accélérer le processus contractuel²⁷¹⁰, elle comporte néanmoins des **risques pour le consommateur**²⁷¹¹. En particulier, elles limitent sa liberté contractuelle²⁷¹² ; face aux conditions générales, leur destinataire se soumet souvent à la « volonté contractuelle unilatérale »²⁷¹³ – au *Diktat*²⁷¹⁴ – du professionnel qui emploie²⁷¹⁵, rédige ou fait rédiger les conditions générales²⁷¹⁶. Lesdites conditions dérogent par ailleurs régulièrement au droit dispositif²⁷¹⁷. Ces dérogations visent à transférer certains risques inhérents à l'activité commerciale du professionnel²⁷¹⁸ sur le destinataire, en particulier sur le consommateur²⁷¹⁹. Quels sont les **principes** (B) applicables aux conditions générales ?

1441

B. Principes

Deux principes généraux régissent les conditions générales ; ils ne relèvent pas spécifiquement du droit contractuel de la consommation, mais se déduisent des

1442

²⁷⁰⁹ CARRON, Protection, N 77 ss ; DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 379 ; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 N 47, 50 et 51 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 139 et 141 ss ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 167 ss. ; TERCIER/PICHONNAZ, N 870 ; WALKER, p. 6.

²⁷¹⁰ BÜRGI, p. 8.

²⁷¹¹ FF 2009 5539, p. 5565. PICHONNAZ, Le centenaire, p. 189 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 7 ; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 N 47. Pour le droit allemand, WOLF/NEUNER, § 47 N 3 ss.

²⁷¹² WALKER, p. 23 s.

²⁷¹³ Comp. BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 187 : « *the ordinary common law principles of the law of contract may not be capable of providing a just solution for a transaction in which freedom of contract exists on one side only* ».

²⁷¹⁴ ENGEL, Cent ans, p. 42.

²⁷¹⁵ Pour le droit allemand, LOEWENHEIM, p. 435 en réf. à l'arrêt du Reichsgericht allemand, RG DR 1941 du 31.01.1941, p. 1212 : « *daß AGB durch die <Unterwerfung> des Vertragspartners unter eine <fertig bereitliegende Rechtsordnung> Wirksamkeit erlangten* ».

²⁷¹⁶ Recommandation de la CFC au CF du 12 juin 1997 concernant les conditions générales, p. 2. BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 5 évoque la « *einseitige Privatgesetzgebung* ».

²⁷¹⁷ KOLLER, AGB-Recht, p. 280 ; OFTINGER, Vertragsfreiheit, p. 329.

²⁷¹⁸ ATF 122 II 118, consid. 2c = JdT 1997 I 805 : « [...] *die eigene Position zu Lasten des weniger gewandten Vertragspartners zu verbessern* ».

²⁷¹⁹ Recommandation de la CFC au CF du 12 juin 1997 concernant les conditions générales, p. 1.

principes généraux du droit des obligations. Ce sont l'**application du régime ordinaire** (1) et la priorité des clauses individuellement négociées (2).

1. Application du régime ordinaire

1443 Sous réserve de règles légales (ex. art. 8 LCD) ou jurisprudentielles (ex. la règle de l'insolite), les clauses préformulées obéissent et s'interprètent selon les **mêmes principes que d'autres clauses contractuelles**²⁷²⁰. Leur intégration suit les règles générales sur la conclusion du contrat (art. 1 ss CO)²⁷²¹. Pour déterminer le contenu, tant du contrat que, plus spécifiquement, des conditions générales, la priorité de l'interprétation subjective sur l'interprétation objective (à ce sujet, cep. *supra* N 121 ss) selon le principe de la confiance s'appliquerait²⁷²². Par rapport aux devoirs d'information précontractuels et aux droits de révocation (*supra* N 1049 ss), les conditions générales font ainsi preuve d'une intégration peut-être (plus) significative dans le régime général du droit des obligations.

1444 Le second principe est celui de la **priorité des clauses individuellement négociées** (2).

2. Priorité des clauses individuellement négociées

a. Portée

1445 Dans un contrat de consommation également, les clauses individuellement négociées (ou l'accord individuel) restent prioritaires aux clauses préformulées non négociées (cf. art. 5:104 PECL, art. II.-8:104 DCFR et art. 2:104 ECL et

²⁷²⁰ ATF 142 III 671, consid. 3.3 ; ATF 135 III 225 consid. 1.3 = JdT 2009 I 475 ; ATF 135 III 1, consid. 2 = JdT 2011 II 516 ; ATF 133 III 675, consid. 3.3 ; ATF 126 III 388, consid. 9d ; ATF 119 II 368, consid. 4b = JdT 1995 I 716 et JdT 1996 I 674 ; ATF 117 II 609, consid. 6c = JdT 1992 I 726 (trad. partielle) ; arrêt du TF 4C.302/2003 du 26.05.2004, consid. 1.3. HUGUENIN/MAISSEN, p. 112 ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 227 ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 174 ; CR CO I-WINIGER, art. 18 N 54.

²⁷²¹ Pour l'application du régime ordinaire (art. 1 ss CO) au consentement à l'intégration des conditions générales, KOLLER-AGB-Recht, p. 282.

²⁷²² En lien avec l'interprétation de conditions générales dans un contrat d'assurance mettant en cause un véhicule privé de luxe, arrêt du TF 5C.134/2002 du 17.09.2002, consid. 3.1.

6:203 (2) ECL ; comp. art. 2.1.21 Principes Unidroit 2010)²⁷²³. Cette priorité trouve sa source **dans l'autonomie de la volonté**²⁷²⁴, en tant que principe général²⁷²⁵ du droit des contrats ; il vaut non seulement pour les contrats de consommation (B2C), mais aussi pour les transactions entre commerçants (B2B)²⁷²⁶ et entre particuliers (C2C). En pratique, des contradictions entre des conditions générales et un accord individuel ne sont pas rares²⁷²⁷. Des difficultés peuvent également survenir sous l'angle du rapport de représentation, lorsqu'il convient de déterminer la personne étant en mesure de « déroger » valablement aux conditions générales, ainsi que des effets de ce rapport de représentation²⁷²⁸.

En cas de doute, un accord individuel peu clair ou ambigu doit être interprété restrictivement, de manière à ce qu'il concorde avec le reste du contenu préformulé (*favor negotii* ; comp. art. 5:106 ECL²⁷²⁹)²⁷³⁰. Par exemple, si un garagiste assure la garde, la maintenance et l'entretien d'un véhicule automobile tout en excluant, dans ses conditions générales, sa responsabilité pour des dommages liés au gel, l'accord individuel prévaut²⁷³¹. Le comportement véritable des parties l'emporte alors sur le contenu contractuel qui serait, par hypothèse, unilatéralement formulé.

1446

²⁷²³ ATF 135 III 225, consid. 1.4 = JdT 2009 I 475 ; ATF 125 III 263, consid. 4b/bb = SJ 1999 I 469 ; ATF 123 III 35, consid. 2c/bb = JdT 1997 I 322 ; arrêt du TF 4A_38/2015 du 25.06.2015, consid. 3.1. BOUVERAT, N 49 ; BÜYÜKSAGIS, *passim* ; CARRON, Protection, N 78 ; DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 379 ; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 527 ; KOLLER, AGB-Recht, p. 290 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 141 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 210 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 11 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 876 ; WALKER, p. 44 ss ; BSK OR I-ZELLWEGGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 N 54 ; ZIMMERMANN, p. 1362 s. Pour le droit allemand, MEDICUS/PETERSEN, N 421 ss (cf. § 305b BGB).

²⁷²⁴ Par ex. si les parties conviennent d'un délai d'un an, celui-ci peut entrer en conflit avec le délai de deux ans prévu par l'art. 172 Norme SIA-118, norme que les parties auront, par hypothèse, valablement intégrée au contrat, KOLLER, AGB-Recht, p. 290. Pour d'autres ex., notamment en lien avec l'exclusion de garantie dans le contrat de vente, KRAMER/PROBST/PERRIG, N 250. Cf. ég. BK OR-MÜLLER, art. 1 N 346.

²⁷²⁵ ATF 125 III 263, consid. 4b/bb = SJ 1999 I 469.

²⁷²⁶ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 245 : « *als allgemeiner Gedanke des Vertragsrechts sollte der Vorrang der Individualabrede auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr uneingeschränkt zum Tragen kommen* ».

²⁷²⁷ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 249.

²⁷²⁸ Sur cette question, KRAMER/PROBST/PERRIG, N 252 et WALKER, p. 47.

²⁷²⁹ La teneur de cette disposition est la suivante : « *An interpretation which renders the terms of the contract lawful, or effective, is to be preferred to one which would not* ».

²⁷³⁰ ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 452.

²⁷³¹ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 250.

1447 Les clauses individuellement négociées demeurent par ailleurs **exclues du**
1448 **champ d'application de l'art. 8 LCD**²⁷³², étant rappelé que certains Etats
européens (not. la France, le Danemark et la Suède) prévoient toutefois un
1449 contrôle des clauses négociées²⁷³³.

b. Justification

1448 La justification à la priorité des clauses individuellement négociées **est triple**.

1449 Elle s'explique, **premièrement**, par l'application du principe méthodologique
de la priorité d'une réglementation spéciale (« *lex specialis derogat legi*
1450 *generali* »)²⁷³⁴.

1450 **Deuxièmement**, elle concrétise l'interdiction d'un comportement
contradictoire (« *venire contra factum proprium* », cf. art. 2 CC). La réalité ne
correspond pas (plus) toujours nécessairement à ce qui avait été fixé par écrit.

1451 **Troisièmement**, les conditions générales ne devraient toujours que
compléter²⁷³⁵ le consentement des parties, non pas le vider de son sens.
L'affirmation doit être relativisée par le fait que les conditions générales ne sont,
en pratique, pas toujours couvertes par la volonté « réelle » des parties,
singulièrement celle de leur destinataire²⁷³⁶.

1452 Quelles sont les **éléments** (c) déterminants qui permettent de conclure à la
priorité des clauses individuellement négociées ?

²⁷³² DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 379 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 122 ; KUONEN, Envol manqué, p. 5. Plus largement, en faveur de l'exclusion du contrôle de loyauté portant sur une clause individuellement négociée, ECL-JANSEN, art. 6:203 N 3 s.

²⁷³³ FORNAGE, Mise en œuvre, N 865 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 123 avec les réf. citées.

²⁷³⁴ ECL-VOGENAUER, art. 5:104 N 1.

²⁷³⁵ Il convient de se détacher ici du constat selon lequel les conditions générales peuvent contenir des éléments essentiels ou secondaires, au profit d'une approche plus dogmatique (*supra* N 1430 ss).

²⁷³⁶ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 247 et les réf. citées.

c. Eléments

(i) *Professionnel disposé à la négociation*

La **disposition effective à la négociation (« *Verhandlungsbereitschaft* ») – plus précisément à la modification de la clause – de l'utilisateur des conditions générales** est un critère substantiel dans l'examen de l'existence d'un accord individuel prioritaire²⁷³⁷. Ce critère ne doit pas conduire à écarter trop aisément les règles destinées à la protection de l'utilisateur de conditions générales. Une analyse au cas par cas s'impose, de larges et réelles possibilités de négociation pour le destinataire devant conduire à retenir plus facilement l'existence d'une clause individuelle prioritaire²⁷³⁸.

1453

Le critère de la négociation individuelle effective reste un élément permettant de distinguer la règle de la priorité des clauses individuellement négociées **par rapport à l'intégration dite individuelle**. En effet, dans ce dernier cas, une simple lecture suffit à intégrer les conditions générales, mais sans qu'il n'y ait de négociations entre les parties. La thématique de l'intégration individuelle s'envisage, plus spécifiquement, sous l'angle de l'examen de la validité de l'intégration des conditions générales, à savoir, en particulier, des modalités de la prise de connaissance de celles-ci (*infra* N 1495 ss).

1454

On identifie encore la thématique des clauses préformulées réservant la **confirmation ou le rejet, par l'utilisateur exclusivement, de l'existence d'un accord individuel prioritaire**. Pareille clause pourrait être déclarée abusive (art. 8 LCD)²⁷³⁹. Tel sera le cas si le contenu des conditions générales ne correspond plus du tout aux affirmations et promesses faites par l'utilisateur ou son représentant ou que les déclarations fallacieuses sont intervenues dans le seul but de pousser le destinataire à contracter. Dans ce cas, une invalidation du contrat pour dol (art. 28 CO, *infra* N 1617 s.) devrait rester possible²⁷⁴⁰.

1455

²⁷³⁷ ECL-JANSEN, art. 6:203 N 7 ; KRAMER/PERRIG/PROBST, N 248.

²⁷³⁸ ECL-JANSEN, art. 6:203 N 7 : « *real opportunity to influence the content of the term in question* ».

²⁷³⁹ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 252.

²⁷⁴⁰ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 252.

(ii) *Modification ou adoption en commun*

1456 La priorité d'une clause individuelle doit également être considérée comme donnée lorsque les parties **modifient individuellement le texte des conditions générales ou si elles l'établissent ensemble**²⁷⁴¹. L'accord individuel peut être postérieur à la conclusion du contrat²⁷⁴².

1457 Toutefois, la simple discussion portant sur une ou plusieurs clauses préformulées **ne suffit pas** à leur enlever la nature de conditions générales²⁷⁴³. Il en va de même de la lecture par le destinataire ou de la mise en gras d'une ou de plusieurs clause(s)²⁷⁴⁴. Ces comportements ne permettent pas de considérer que le contenu des clauses préformulées aurait fait l'objet d'une négociation individuelle²⁷⁴⁵. En revanche, s'agissant plus spécifiquement de la mise en gras d'une ou de plusieurs clauses, ce procédé est en mesure d'écarter l'application de la règle de l'insolite ; il ne s'agit cependant pas d'une thématique (directement) relative à la priorité des clauses individuellement négociées, mais qui relève du contrôle – caché – de contenu des clauses préformulées (*infra* N 1819 ss).

(iii) *Exclusion des clauses préformulées*

1458 L'accord individuel prioritaire peut résulter de la **déclaration de volonté des parties ou de l'une d'entre elles de ne pas appliquer la ou les clause(s) préformulée(s)**²⁷⁴⁶.

1459 Un **accord oral** peut suffire²⁷⁴⁷, y compris en présence d'une clause antérieure contraire contenue dans des conditions générales²⁷⁴⁸. On retiendra

²⁷⁴¹ Arrêt du TF 4P.135/2002 du 28.11.2002, consid. 3.1 (contrat entre deux sociétés) ; ZR 78/1979 106, consid. 3c.

²⁷⁴² KOLLER, AGB-Recht, p. 291.

²⁷⁴³ DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 379 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1118 ; ECL-JANSEN, art. 6:203 N 7 ; KOLLER, p. 24 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 248 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 141 s. ; RAPIN/WESSNER, N 62.

²⁷⁴⁴ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N 8.

²⁷⁴⁵ Dans ce sens, PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 215.

²⁷⁴⁶ Arrêt du TF 4C.456/1999 du 16.03.2000, consid. 3b (clause d'exclusion écrite de garantie sur le recto prioritaire aux conditions générales imprimées au verso du contrat). BOUVERAT, N 50, qui donne l'ex. d'une clause préformulée biffée.

²⁷⁴⁷ Arrêt du TF 4A_512/2015 du 14.04.2016, consid. 3.1 ; arrêt du TF 4C.420/2006 du 03.08.2007, consid. 4. BOUVERAT, N 54 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 245 ; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 N 54.

²⁷⁴⁸ KOLLER, AGB-Recht, p. 291.

restrictivement l'existence d'un accord individuel prioritaire sur la base de l'oralité en cas de contradiction avec des clauses préformulées²⁷⁴⁹.

Un **comportement concluant des parties** pourrait exceptionnellement être suffisant pour exclure des clauses préformulées, à la condition que la réelle et commune intention se constate clairement et sans équivoque²⁷⁵⁰.

En revanche, le **silence du consommateur**, en tant que comportement purement passif, ne devrait, dans la règle, pas être considéré comme étant une acceptation valable lors de l'examen d'un conflit entre une clause individuelle et des conditions générales (cf. art. 6 et 6a CO).

(iv) *Contradiction avec des clauses préformulées*

La priorité d'une clause individuelle peut aussi être donnée lorsqu'une clause de l'accord individuel est **contraire à une clause préformulée**²⁷⁵¹.

La clause, objet de la négociation individuelle, doit **entrer en conflit** avec une clause correspondante des conditions générales²⁷⁵². Par son sens et son but, la clause préformulée doit viser le même état de fait ou les mêmes conséquences juridiques. La contradiction ne doit pas nécessairement être directe ; il suffit que la clause préformulée érode le but de l'accord individuel ou l'harmonie de l'ensemble du contrat pour que celle-ci cède le pas à celui-là²⁷⁵³.

d. Fardeau de la preuve

Il revient à la partie qui se prévaut de l'intégration des conditions générales d'alléguer et de prouver les circonstances démontrant qu'une telle incorporation

²⁷⁴⁹ Pour l'origine de ces développements, ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 493 : « *eine individuelle Abrede ist auch dann wirksam, wenn sie nicht die gleiche Form aufweist wie der vorgeformte Inhalt. Steht indessen die Übernahme (N 476) fest, so ist zu vermuten, daß bloß mündlich Besprochenes nicht als verbindlich gemeint war, falls es einem Formulartext widerspricht* ».

²⁷⁵⁰ Dans ce sens, KRAMER/PROBST/PERRIG, N 245.

²⁷⁵¹ BOUVERAT, N 50 ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 491 s.

²⁷⁵² KOLLER, AGB-Recht, p. 291 ; SCHMID, ZBJV 152/2016, p. 352 et les réf. citées en lien avec l'ATF 140 III 404 = JdT 2015 II 198, JdT 2015 II 209 et JdT 2016 II 247.

²⁷⁵³ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 527 ; BK OR-KRAMER, art. 1 N 212 : « [...] wenn die AGB-Klausel die Teleologie der Individualabrede unterlaufen würde » ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 345 ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 492 : « *sie können nur insoweit gelten, als sie sich der Abrede harmonisch einfügen* ».

a bien été convenue (sur la validité de l'intégration, *infra* N 1468 ss)²⁷⁵⁴. C'est en revanche **à la partie qui se prévaut** d'un accord individuel prioritaire d'apporter la preuve d'un tel accord²⁷⁵⁵.

1465 Quelle est la **conséquence** (e) de la priorité des clauses individuellement négociées ?

e. Conséquence

1466 Lorsque la priorité d'un accord individuel est donnée, elle **empêche l'application de la ou des clauses des conditions générales contraire(s)**. La priorité des clauses individuellement négociées implique dès lors la perte du caractère de « condition générale » de la clause considérée²⁷⁵⁶. Pour la protection du consommateur, la conséquence la plus importante est que les mécanismes de contrôle des conditions générales sont écartés²⁷⁵⁷.

1467 Après cette présentation de deux principes applicables aux conditions générales, il convient d'approfondir les mécanismes de leur contrôle. On en identifie trois²⁷⁵⁸ : le premier se rapporte à la **validité de leur intégration** (II), le second à leur interprétation (III) et le troisième à leur contenu (IV).

²⁷⁵⁴ Arrêt du TF 4A_548/2013 du 31.03.2014, consid. 3.3.1.

²⁷⁵⁵ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 246.

²⁷⁵⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1131 : « *oder anders ausgedrückt : Individuelle Abreden gehen den Allgemeinen Bedingungen schlechthin vor* ».

²⁷⁵⁷ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 248.

²⁷⁵⁸ EHLE/BRUNSCHWEILER, p. 263 ; NESTLÉ, p. 267 ; WALKER, p. 30 ss propose six mécanismes de contrôle des conditions générales du consommateur par le droit des obligations, soit le contrôle d'intégration (« *Einbezugskontrolle* »), le contrôle de validité d'intégration (« *Geltungskontrolle* »), le contrôle de validité (« *Gültigkeitskontrolle* »), le contrôle d'interprétation (« *Auslegungskontrolle* »), le contrôle relatif au complètement (« *Ergänzungskontrolle* ») et, enfin, le contrôle de contenu (« *Inhaltskontrolle* »).

II. Validité de l'intégration

A. Notion

La validité des conditions générales suppose leur intégration²⁷⁵⁹ au contrat²⁷⁶⁰. L'intégration est l'accord des parties en vertu duquel elles conviennent que les clauses préformulées deviennent contenu de leur contrat²⁷⁶¹. Pour que l'intégration soit valable, elles doivent être **couvertes par le consentement des parties**²⁷⁶².

1468

Le contrôle du consentement – sous l'angle duquel intervient l'examen de la validité de l'intégration des conditions générales²⁷⁶³ – précède le contrôle de contenu²⁷⁶⁴. L'interprétation des clauses préformulées serait en outre prioritaire au contrôle de contenu²⁷⁶⁵. Il est vrai, le lien entre le contrôle du consentement et l'interprétation demeure flou (comp. *supra* N 78)²⁷⁶⁶. **Systématiquement**, nous avons toutefois choisi d'accorder la priorité au contrôle de la validité. En

1469

²⁷⁵⁹ ATF 118 II 295, consid. 2a = JdT 1993 I 400 : « [...] wenn die Parteien sie zum Vertragsinhalt erhoben haben [...] » ; arrêt du TF 4A_548/2013 du 31.03.2014, consid. 3.3.1. Sur les modalités de la communication des manifestations de volonté et les modalités de la prise de connaissance des conditions générales, *infra* N 1480 ss.

²⁷⁶⁰ BOUVERAT, N 38 ; CARRON, Protection, N 82 ; BK OR-KRAMER, art. 1 N 184 ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 305 ss ; NESTLÉ, p. 265 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 206 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 50 et les réf. citées ; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 N 52.

²⁷⁶¹ NESTLÉ, p. 265 et les réf. citées.

²⁷⁶² BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 135 s. ; KOLLER, AGB-Recht, p. 280 et 282 ; WALKER, p. 31.

²⁷⁶³ Nous tâcherons de maintenir une approche centrée sur la protection du « consommateur », étant précisé que les mécanismes de contrôle ressortent fondamentalement au régime général. En la matière, loi, jurisprudence et doctrine reconnaissent, cela dit, certains correctifs et interprétations spécifiques en faveur des consommateurs (par ex. des exigences accrues au regard de la règle de l'accessibilité, comp. *infra* N 1512 ss).

²⁷⁶⁴ SCHMID, ZBJV 152/2016, p. 351.

²⁷⁶⁵ EHLE/BRUNSCHWEILER, p. 263. Implicitement, SCHMID, ZBJV 152/2016, p. 353. Pour le droit allemand, WOLF/NEUNER, § 47 N 45.

²⁷⁶⁶ Le lien est également flou par rapport au contrôle de contenu. Ces trois phases, si elles peuvent théoriquement être distinguées, ne doivent pas faire perdre de vue qu'en pratique, ces questions s'entrecroisent régulièrement. Méthodologiquement, il reste néanmoins utile de les distinguer clairement.

théorie du moins, l'examen du consentement précède d'ailleurs les deux autres types de contrôles ; au préalable, ils supposent un accord des parties²⁷⁶⁷.

1470

Du point de vue de la validité de l'intégration des conditions générales, nous commencerons par présenter le **processus d'intégration** (B). Nous approfondirons ensuite la règle de leur accessibilité (C) et traiterons, plus spécifiquement, de la clause de modification unilatérale (D). A titre d'*excursus*, nous aborderons encore les vices du consentement (E).

B. Processus d'intégration

1. Approches

a. Droit suisse

1471

Exception faite des situations particulières où les art. 4 al. 1 et 2 LVF ou 3 LCA s'appliquent, l'intégration des conditions générales **s'évalue directement à l'aune de l'art. 1 CO**²⁷⁶⁸. Cette intégration peut être expresse, ou tacite²⁷⁶⁹ s'agissant des contrats n'impliquant pas un consommateur. Est réservée une éventuelle exigence de forme légale (art. 11 CO), voire conventionnelle (art. 16 CO)²⁷⁷⁰.

1472

L'échange concordant des manifestations de volonté **doit porter sur** l'intégration et le fait que les conditions générales complètent, le cas échéant, l'accord de base des contractants²⁷⁷¹. La partie qui entend se prévaloir des conditions générales doit alléguer et prouver les circonstances démontrant l'existence d'un accord relatif à l'incorporation (*supra* N 1464)²⁷⁷². L'examen de ces différents éléments est précisément qualifié de contrôle de la validité de

²⁷⁶⁷ Pour le droit anglais, BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 193 : « *assuming that the terms of a standard form contract have been incorporated, the next issue is the way in which the terms of the document are to be interpreted (or, as one might otherwise say, construed)* ».

²⁷⁶⁸ BOUVERAT, N 39 ; KOLLER, AGB-Recht, p. 282 ; PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 32 ; PERRIG, HAVE, p. 287.

²⁷⁶⁹ CHK OR-KUT, art. 1 N 51 ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 169.

²⁷⁷⁰ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 308 ; SCHWENZER, N 45.01.

²⁷⁷¹ CARRON, Protection, N 82 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 206.

²⁷⁷² Arrêt du TF 4A_548/2013 du 31.03.2014, consid. 3.3.1.

l'intégration des conditions générales (« *Geltungskontrolle* »²⁷⁷³ ou, mieux, « *Konsenskontrolle* »²⁷⁷⁴).

Les règles sur les **vices du consentement** s'appliquent dans un second temps seulement (« *Zwei-Stufen Theorie* »), à savoir lorsque le consentement est donné. L'examen en vertu des règles sur les vices du consentement se rattache toutefois à la validité du contrat, non pas à l'accord des parties (*supra* N 145 ss)²⁷⁷⁵. En l'absence d'intégration, par exemple en raison d'un défaut d'accessibilité pertinent au moment de la conclusion du contrat (*infra* N 1542 ss), un recours aux règles sur l'erreur est donc en principe – c'est-à-dire sous réserve d'une invalidation pour erreur limitée à une partie du contrat (« *Teilanfechtung* »)²⁷⁷⁶ – superflue.

1473

Comment le **droit de l'UE et celui de certains Etats membres** (b) abordent-ils l'intégration de clauses préformulées ?

1474

b. Droit de l'UE et de certains Etats membres

La **Directive 93/13/CEE** sur les clauses abusives n'oblige pas les Etats membres de l'UE à procéder à un contrôle de la validité de l'intégration des conditions générales²⁷⁷⁷. Cette retenue s'expliquerait en raison de différentes sensibilités nationales s'agissant de la théorie et de la dogmatique de la venue à chef d'un contrat civil²⁷⁷⁸.

1475

En **droit français**, seules sont efficaces les clauses dont les deux parties ont pu prendre connaissance avant la conclusion du contrat (sur la règle de

1476

²⁷⁷³ EGGEN, p. 1566 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1124 s.

²⁷⁷⁴ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 301 et 305 ss.

²⁷⁷⁵ CARRON, Protection, N 7 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 471 ss.

²⁷⁷⁶ Sur cette question, BK OR-SCHMIDLIN, art. 23/24 N 419 ss.

²⁷⁷⁷ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 34.

²⁷⁷⁸ Plus récemment, l'art. 2 al. 3 Directive 2015/2302/UE confirme néanmoins que : « la présente directive n'a pas d'incidence sur les dispositions générales du droit des contrats prévues au niveau national, notamment les règles relatives à la validité, à la formation et aux effets des contrats, dans la mesure où les aspects généraux du droit des contrats ne sont pas régis par la présente directive ». La version allemande paraît encore plus claire, en ce qu'elle se réfère au terme « *soweit* » plutôt que « dans la mesure » et ne laisse aucun doute sur la volonté du législateur de l'UE d'inclure, semble-t-il progressivement, des aspects relatifs en particulier à la formation du contrat dans son droit secondaire. Cf. ég. déjà l'art. 3 ch. 5 Directive 2011/83/UE dont la teneur est identique.

l'accessibilité, *infra* N 1507 ss)²⁷⁷⁹. Des clauses en langue étrangère ou rédigées en très petits caractères sont, dans la règle, déclarées inefficaces²⁷⁸⁰.

1477 En **droit allemand**, le contrôle de la validité de l'intégration est expressément réglementé par la loi. Cette dernière pose des exigences concernant l'accessibilité du texte conditions générales (§§ 305 ss BGB)²⁷⁸¹.

1478 En **droit anglais**, des règles jurisprudentielles sur la validité de l'intégration de certaines clauses insolites et créant une disproportion à charge du consommateur ont été développées²⁷⁸². L'intégration valable suppose l'accessibilité des conditions générales²⁷⁸³.

1479 En revenant au droit suisse, il est intéressant de présenter la manière dont intervient la **communication des manifestations de volonté** (2).

2. Communication des manifestations de volonté

1480 Selon la jurisprudence du TF, déterminer la validité de l'intégration des conditions générales au travers des modalités de communication des manifestations de volonté, s'effectue **par interprétation du contrat**²⁷⁸⁴.

1481 Les conditions générales peuvent faire l'objet d'une **intégration expresse** (a) ou d'une intégration concluante²⁷⁸⁵(b) au contrat (art. 1 al. 2 CO)²⁷⁸⁶.

²⁷⁷⁹ BAIER, p. 183 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 34.

²⁷⁸⁰ BAIER, p. 183 ; CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 171 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 34.

²⁷⁸¹ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 34.

²⁷⁸² BEATSON/CARTWRIGHT/BURROWS, p. 191 s. ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 34.

²⁷⁸³ BEATSON/CARTWRIGHT/BURROWS, p. 188 ss.

²⁷⁸⁴ Du point de vue de la pratique judiciaire, cette affirmation n'est pas totalement paradoxale ; le contrôle du consentement et l'interprétation contractuelle restent souvent des processus interdépendants, par ex. ATF 135 III 1, consid. 2 ; arrêt du TF 4A_47/2015 du 02.06.2015, consid. 5.1.

²⁷⁸⁵ Le terme « tacite » que l'on retrouve à l'art. 1 al. 2 *in fine* CO devrait être réservé à l'art. 6 CO. Il faut lui préférer la notion de « concluant », BK OR-MÜLLER, art. 1 N 40 ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 169 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 191. Une partie de la doctrine spécialisée évoque néanmoins la notion d'intégration tacite des conditions générales, BOUVERAT, N 42.

²⁷⁸⁶ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 308 ss ; PERRIG, HAVE, p. 170 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N 870 ; WALKER, p. 32.

a. Intégration expresse

(i) *Principe*

L'intégration expresse des conditions générales peut intervenir **par oral ou par écrit**²⁷⁸⁷. 1482

La remise effective (« physique ») au destinataire n'est pas une condition à l'intégration valable des clauses préformulées ; il suffit qu'elles lui soient **raisonnablement accessibles** au plus tard, dans la règle, lors de la conclusion du contrat (sur le moment déterminant l'accessibilité, *infra* N 1526 ss)²⁷⁸⁸. En d'autres termes, le risque de la lecture et de la prise de connaissance concrète des clauses préformulées repose sur le destinataire, en particulier le consommateur. 1483

La partie qui entend intégrer des conditions générales doit donc toutefois **avertir l'autre de l'intégration envisagée**, au plus tard au moment de la conclusion du contrat (*infra* N 1528 ss)²⁷⁸⁹. Elle supporte à cet égard un devoir d'information précontractuel (comp. *supra* N 864 ss)²⁷⁹⁰, dont la violation entraîne l'inexistence des clauses sur lesquelles l'information n'a pas été donnée²⁷⁹¹. Les clauses concernées ne peuvent être couvertes par le consentement du destinataire²⁷⁹², ce dernier n'ayant, de bonne foi, pas eu ni pu en avoir connaissance. 1484

(ii) *Contrats de consommation*

Pour les contrats de consommation, l'intégration des conditions générales est **souvent expresse et intervient sur la base d'une clause d'intégration écrite spéciale**²⁷⁹³. Pour que les clauses préformulées deviennent partie intégrante du 1485

²⁷⁸⁷ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 310.

²⁷⁸⁸ PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 207 ; WOLF/NEUNER, § 47 N 27 ss.

²⁷⁸⁹ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 323 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 207, WOLF/NEUNER, § 47 N 29. Par ex., si les conditions générales figurent sur le verso du contrat, le professionnel devrait avertir le consommateur et l'y renvoyer.

²⁷⁹⁰ PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 207 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 52.

²⁷⁹¹ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 323 ; PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 283 s.

²⁷⁹² BOUVERAT, N 983 ; PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 284. Comp. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 314 s.

²⁷⁹³ PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 206 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N 45 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 50.

contrat, il suffit en pratique que l'utilisateur ait clairement attiré l'attention du consommateur sur celles-ci et qu'il l'ait mis en mesure de les lire (*infra* N 1516)²⁷⁹⁴.

1486 L'intégration expresse **peut aussi prendre la forme**, notamment, d'une insertion des clauses préformulées dans le texte même du contrat, d'une signature directement sur les conditions générales, d'une impression sur le *verso* du contrat, d'un hyperlien sur la page Internet du fournisseur lors de la conclusion du contrat²⁷⁹⁵ ou encore de la confirmation écrite, par le consommateur, de la transmission physique – par exemple épistolaire – des clauses préformulées en vue de leur intégration au contrat. En revanche le fait, pour le professionnel, de signaler l'existence des conditions générales au moment de la remise d'une quittance, d'une facture ou d'un bulletin de livraison n'est pas suffisant²⁷⁹⁶.

1487 L'**intégration concluante** (b) est potentiellement plus problématique.

b. Intégration concluante

(i) *Principe*

1488 Il y a intégration concluante des conditions générales lorsqu'elle se fonde sur **un contrat-cadre ou une pratique habituelle entre parties** (comp. § 305 al. 3 BGB)²⁷⁹⁷.

1489 Ce cas de figure survient lorsque l'utilisateur ne renvoie pas expressément à la validité de « ses » conditions générales pour la conclusion du contrat ou que le destinataire **ne s'est pas expressément déclaré d'accord avec leur validité**²⁷⁹⁸. Les questions, d'une part, de l'accessibilité des conditions générales (*infra* N 1507 ss) et, d'autre part, de leur intégration concluante sont ainsi étroitement liées. Les deux relèvent en outre du contrôle de consentement à l'intégration des conditions générales.

²⁷⁹⁴ ATF 100 II 200, consid. 5d cité in : BRACONI/CARRON, ad art. 1 al. 1 CO, p. 7.

²⁷⁹⁵ NESTLÉ, p. 264 précise que le fait d'appuyer sur la touche d'entrée du clavier ou le clic de la souris vaut confirmation du contrat, respectivement comme manifestation de volonté au sens de l'art. 1 CO ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 50.

²⁷⁹⁶ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 337 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 207.

²⁷⁹⁷ KOLLER, AGB-Recht, p. 283 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N 870.

²⁷⁹⁸ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 318.

Dans le **régime général**, l'intégration tacite des conditions générales est admissible ; elle ne doit cependant pas être admise trop facilement²⁷⁹⁹. Par exemple, le TF reconnaît la possibilité d'une incorporation tacite de la norme SIA entre deux contractants expérimentés en affaires²⁸⁰⁰.

1490

(ii) *Contrats de consommation*

Pour les contrats de consommation, la possibilité d'une intégration des conditions générales par actes conclusifs doit, par principe (cf. cep. directement *infra* N 1493), **être niée**²⁸⁰¹. Face à un consommateur, les conditions générales ne déploient dans la règle d'effet que si, au moment de la conclusion du contrat, le professionnel y renvoie et que le consommateur accepte expressément ce renvoi (cf. § 305 al. 2 BGB ; sur l'intégration expresse, *supra* N 1482 ss)²⁸⁰². Cette interdiction constitue, pour ainsi dire, la face complémentaire à l'accessibilité des conditions générales, en ce sens que le consommateur doit pouvoir prendre connaissance, avant la conclusion du contrat, des clauses qui lui seront opposées ultérieurement. Le déséquilibre entre parties permettrait sinon au professionnel d'imposer sans trop de difficultés des clauses, pas forcément abusives, mais du moins souvent défavorables au consommateur²⁸⁰³.

1491

²⁷⁹⁹ ATF 77 II 154, consid. 4 = JdT 1952 I 11. Possibilité confirmée par le TF dans les arrêts 4A_47/2015 du 02.06.2015, consid. 5.1 (contrat d'assurance-vie) et 4C.282/2003 du 15.12.2003, consid. 3.1 (contrat conclu entre deux professionnels) ce dernier cité in : CARRON, Protection, N 83 ndbp 108 ; EGGEN, p. 1567 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 57 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 207.

²⁸⁰⁰ Arrêt du TF 4C.261/2005 du 09.12.2005, consid. 2.4 cité par BOUVERAT, N 42.

²⁸⁰¹ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 320 ; CARRON, Protection, N 83 ndbp 108 exclut une intégration implicite en matière de consommation. BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 51. Cf. ég. PERRIG, HAVE, p. 173 s. et PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 207. Plus nuancés, BSK OR I-ZELLWEGGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 1 N 53 semblent admettre la possibilité d'une intégration autre qu'expresse, à la condition qu'il apparaisse sans équivoque que le consommateur est prêt à l'accepter. L'arrêt cité par ces deux auteurs (ATF 77 II 154 = JdT 1952 I 11) met cependant en relation deux professionnels, et pas un consommateur et un professionnel. *Contra*, ENGEL, Cent ans, p. 53 considère que l'adhésion aux conditions générales peut résulter d'actes exprès ou conclusifs, ainsi que FURRER, Einbezug, p. 146, qui admet (exceptionnellement) une acceptation concluante pour les contrats de consommation. Admettant cependant une possibilité d'intégration concluante, arrêts du TF 4A_47/2015 du 02.06.2015, consid. 5.1 (contrat d'assurance-vie) et 4C.282/2003 du 15.12.2003, consid. 3.1.

²⁸⁰² BK OR-MÜLLER, art. 1 N 320 ; BK OR-KRAMER, art. 1 N 195 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 114 ;

²⁸⁰³ PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 35 et ndbp 222.

- 1492 À défaut d'une telle interdiction de principe, l'utilisateur pourrait être tenté d'intégrer des conditions générales après la conclusion du contrat, **par exemple** au moyen d'un simple renvoi au dos d'une facture ou d'une demande de paiement de primes dont le consommateur s'acquitte sans réserve²⁸⁰⁴. On peut encore imaginer d'autres comportements visant une telle intégration postérieure comme un renvoi contenu dans un billet de concert, un billet d'embarquement d'avion ou encore sur un certificat de garantie²⁸⁰⁵.
- 1493 Cela étant, on doit **exceptionnellement admettre la possibilité d'une intégration concluante**. Tel est le cas lorsque les conditions générales sont imprimées dans un catalogue ou une liste tarifaire envoyée au consommateur avec ou sans intention de conclure un contrat spécifique (comp. art. 3 LVF). Si le consommateur passe ultérieurement commande sur la base des conditions transmises, elles deviennent partie intégrante du contrat²⁸⁰⁶. En outre, à condition que leur accessibilité soit suffisamment garantie (ex. affichage, mise à disposition préalable), l'intégration des conditions générales doit également rester possible, notamment en cas de remise d'une enveloppe affranchie dans une boîte aux lettres pour les conditions générales de la Poste²⁸⁰⁷, de commande d'un abonnement de ski au guichet de la station pour les conditions générales de l'exploitant ou encore d'un parking. Suivant les circonstances, l'intégration concluante s'impose parfois pour des motifs pratiques, soit y compris en présence d'un consommateur (comp. § 305a BGB)
- 1494 Avant d'approfondir la règle de l'accessibilité (*infra* N 1507 ss), il convient de présenter les **modalités de la prise de connaissance** (3) des conditions générales.

²⁸⁰⁴ BK OR-KRAMER, art. 1 N 214 relève que le silence opposé par le destinataire d'un tel comportement ne saurait en principe être considéré comme une acceptation valable pour l'intégration concluante des conditions générales. Plus nuancé, KOLLER, AGB-Recht, p. 283. PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 207 admet qu'un tel comportement pourrait, dans le régime général, être interprété comme la confirmation d'une intégration concluante des conditions générales.

²⁸⁰⁵ BK OR-KRAMER, art. 1 N 214 ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 337 ; WOLF/NEUNER, § 47 N 29.

²⁸⁰⁶ NAEGELI, N 274 ss ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 457.

²⁸⁰⁷ EGGEN, p. 1567.

3. Modalités de la prise de connaissance des conditions générales

S'agissant des modalités de la prise de connaissance des conditions générales avant leur intégration au contrat, on distingue entre l'**intégration globale** (a) et l'intégration individuelle (b). 1495

a. Intégration globale

En présence d'un contrat de consommation, il y a **présomption d'intégration globale**²⁸⁰⁸. Tel est également le cas lorsque les conditions générales sont intégrées par renvoi à un texte qui n'est pas reproduit dans le contrat²⁸⁰⁹. Pour que l'intégration globale soit valide, il reste toutefois nécessaire que le consommateur communique expressément sa manifestation de volonté (*supra* N 73 et 1482 ss). 1496

L'intégration globale s'entend **au sens formel** (i) ou au sens matériel (ii). 1497

(i) *Au sens formel*

Au sens formel, l'intégration des conditions générales est globale (« *Globalübernahme* ») si une partie – voire les deux²⁸¹⁰ – les accepte(nt) en bloc²⁸¹¹. L'élément distinctif est que le partenaire contractuel, qu'il soit ou non un consommateur, **ne discute, ne lit pas et ne prend pas réellement connaissance de l'ensemble ou de certaines clauses des conditions générales**²⁸¹², alors même qu'il en aurait la possibilité²⁸¹³. 1498

²⁸⁰⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1128c ; KOLLER, OR AT, § 23 N 43 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 63 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 209.

²⁸⁰⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1130a ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 63.

²⁸¹⁰ KOLLER, AGB-Recht, p. 283 précise qu'une reprise globale est envisageable du point de vue des deux parties, par ex. l'architecte qui propose la reprise d'une norme SIA, sans la lire, et qui pense qu'elle sauvegarde au mieux ses propres intérêts.

²⁸¹¹ ATF 119 II 443, consid. 1a. ; ATF 109 II 452, consid. 4 et 5 = JdT 1984 I 470 ; ATF 108 II 416, consid. 1. HUGUENIN, Obligationenrecht, N 618 ; KOLLER, AGB-Recht, p. 282 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 116 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 209 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 62 ; RAPIN/WEISSNER, N 62 ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 462 ss ; SCHWENZER, N 45.03.

²⁸¹² KOLLER, AGB-Recht, p. 282, ndbp 12 rappelle la possibilité d'une intégration globale partielle ; NESTLÉ, p. 265.

²⁸¹³ RAPIN/WEISSNER, N 62.

1499 Selon le **principe de la confiance**, l'utilisateur des conditions générales peut dans ces circonstances raisonnablement considérer que le consentement du destinataire englobe tous les éléments contractuels couverts par sa signature. Le TF reconnaît ainsi que la lecture réelle (effective) des conditions générales n'est pas déterminante pour qu'elles soient valablement intégrées au contrat²⁸¹⁴. L'affirmation doit être mise en lien avec celui de la pertinence primordiale du principe de la confiance (comp. *supra* N 41 ss), en l'occurrence au stade de la conclusion du contrat, du point de vue de l'intégration de clauses préformulées.

1500 C'est par ailleurs dans ce contexte de tensions entre la protection de la confiance de l'utilisateur²⁸¹⁵ et celle du destinataire **qu'a été développée la règle de l'insolite**. Cette dernière permet de rejeter le consentement du destinataire à l'incorporation globale de clauses préformulées et, partant, à limiter leur validité²⁸¹⁶. Dans son application, la règle se concentre cependant plutôt sur un contrôle (caché) du contenu des clauses, que sur leur intégration en tant que telle. Nous y reviendrons (*infra* N 1819 ss).

(ii) *Au sens matériel*

1501 Dans le contexte de l'intégration globale, l'absence de prise de connaissance des conditions générales peut avoir un sens matériel également. L'intégration est toujours qualifiée de globale lorsque le destinataire prend certes connaissance des clauses, mais qu'il **n'en saisit pas ou pas toute la portée**²⁸¹⁷ ; le destinataire lit les conditions générales, mais leur sens et leurs effets lui restent obscurs.

1502 Dans ce cas, la confiance de l'utilisateur mérite également d'être protégée. Il lui est impossible – sauf à exiger de sa part qu'il s'enquière de la compréhension du consommateur, ce qui ne garantit de toute manière pas encore la compréhension effective des conditions générales – de vérifier des **éléments purement intimes** de la formation de la volonté de son partenaire contractuel.

²⁸¹⁴ ATF 119 II 443, consid. 1a ; ATF 109 II 456, consid. 4 = JdT 1984 I 470 ; ATF 108 II 418, consid. 1b = JdT 1983 I 218.

²⁸¹⁵ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N 93.

²⁸¹⁶ ATF 135 III 225 consid. 1.3 = JdT 2009 I 475 ; ATF 119 II 443, consid. 1a. RAPIN/WESSNER, N 62.

²⁸¹⁷ KOLLER, AGB-Recht, p. 282, ndbp 12 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 62 : « [...] voire sans y réfléchir ».

Alors que l'intégration globale suppose une acceptation « à l'aveugle » des conditions générales, l'**intégration individuelle** (b) se réfère à une prise de connaissance effective.

1503

b. Intégration individuelle

L'intégration des conditions générales est qualifiée d'individuelle (« *Vollübernahme* ») si les parties **prennent effectivement connaissance de leur contenu**, notamment en les lisant, et qu'elles en discutent²⁸¹⁸. Les clauses ne doivent cependant pas avoir été négociées, auquel cas elles perdent leur qualité de conditions générales en vertu du principe de la priorité des clauses individuellement négociées (*supra* N 1445 ss)²⁸¹⁹.

1504

L'intégration individuelle ne doit ainsi **pas être confondue avec le principe de la priorité des clauses individuellement négociées** (ou négociation individuelle ; *supra* N 1445 ss)²⁸²⁰. L'intégration individuelle se rapporte exclusivement aux modalités de la prise de connaissance des conditions générales, ainsi qu'à une discussion éventuelle à leur sujet, mais sans qu'il n'y ait de négociation mutuelle²⁸²¹. L'intégration individuelle écarte l'application de la règle de la clause insolite, mais ne nie pas – contrairement à la négociation individuelle (*supra* N 1466) – sa nature même de condition générale à la clause considérée²⁸²². Il appartient à la partie qui se prévaut d'une intégration individuelle de démontrer que tel a bien été le cas, en particulier que les éléments concernés ont été discutés point par point avec l'autre²⁸²³.

1505

²⁸¹⁸ KOLLER, AGB-Recht, p. 282 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 208 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 61 ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 461.

²⁸¹⁹ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 61 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 208.

²⁸²⁰ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 61 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 208.

²⁸²¹ PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 208 s. précise que la seule mise en évidence de la disposition ne permet pas de considérer que la clause concernée aurait fait l'objet d'une négociation individuelle.

²⁸²² ATF 138 III 411, consid. 3.1 = JdT 2014 II 459 et JdT 2013 II 163. DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 386 s. ; KUONEN, Envol manqué, p. 111 : la règle de l'insolite « *traite un problème d'information sur le contenu du contrat, soit un problème de consentement que l'on pourrait qualifier de formel* ». PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 208 et 214.

²⁸²³ Comp. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 95. Pour un ex. où l'intégration globale a été retenue et ensuite la règle de l'insolite appliquée, arrêt du BezGer Meilen du 29.10.2004, in : ZR 2005 167 consid. 1c : « *zwischen den Parteien ist somit nicht die Übernahme der AGB als solche, sondern die Art derselben strittig. Nachdem die Klägerin behauptet, die Bestimmungen ihrer AGB seien mit dem Beklagten Punkt für Punkt besprochen worden und sie ihren eingeklagten Anspruch auf Ziff. 13 der AGB abstützt, ist sie insofern beweisbelastet (Art. 8 ZGB)* ».

1506

Dans le contexte de l'examen de la validité de l'intégration des conditions générales, la **règle de l'accessibilité** (C) déploie une fonction de premier ordre.

C. Règle de l'accessibilité

1. Définition

a. Sources

1507

Au début des années 1980, par référence au droit allemand²⁸²⁴ de l'époque (cf. § 2 et 24 aAGBG), KRAMER (ré)affirma la nécessité de garantir l'accessibilité des conditions générales pour les personnes non rompues en affaires²⁸²⁵. La règle de l'accessibilité vise précisément à déterminer ce que doit entreprendre l'utilisateur des conditions générales afin que le destinataire puisse en avoir suffisamment connaissance. Elle fixe ainsi les conditions que doit respecter l'utilisateur pour remplir son **devoir d'information précontractuel** (comp. art. 4 LVF²⁸²⁶) et de transparence (« *Transparenzgebot* ») à l'égard du destinataire quant au contenu des clauses préformulées dont il propose l'intégration²⁸²⁷. La règle se référerait tout particulièrement à la « remise » du ou des termes contractuel(s), ainsi qu'à la clarté de la présentation du contenu grammatical, voire des conséquences économiques du contrat²⁸²⁸.

²⁸²⁴ En matière d'accessibilité des conditions générales, le lien entre le droit allemand et le droit suisse est particulièrement marqué (PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 40 s.).

²⁸²⁵ BK OR-KRAMER, art. 1 N 195. KOLLER, AGB-Recht, p. 286 mais qui retient à notre avis trop directement (compte tenu de l'ATF 77 II 154, consid. 4 = JdT 1952 I 11 ; cf. ég. ATF 64 II 355, consid. 2) que les origines de la règle sont à remettre sur le compte des développements de KRAMER (cf. RVJ 1974, p. 46 ss cité in : arrêt du TF 5C.60/2001 du 16.08.2001, consid. 3b). Il n'en demeure pas moins que KRAMER insiste sur la nécessité fondamentale de la protection d'une partie faible dans l'accessibilité des conditions générales sous l'angle du consentement à leur intégration. Cf. ég. BIERI, Possibilité, p. 201 s. ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 323 ss ; NESTLÉ, p. 266.

²⁸²⁶ Pour cette extension de la règle de l'accessibilité fondée sur l'art. 4 LVF aux rapports consommateurs, KOLLER, AGB-Recht, p. 287.

²⁸²⁷ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 133 ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 327 ; PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 31.

²⁸²⁸ ECL-JANSEN, art. 6:206 N 13.

Jurisprudence²⁸²⁹ et doctrine²⁸³⁰ reconnaissent désormais largement l'exigence d'accessibilité (de disponibilité) des conditions générales, en tant que préalable nécessaire à leur incorporation au contrat²⁸³¹. La règle – dont la portée n'est pas strictement consumériste²⁸³² – ne figure ni dans le CC, ni dans le CO. Seules certaines **dispositions sectorielles l'évoquent** (cf. art. 4 al. 1 et 2 LVF, 3 al. 1 et 2 LCA ainsi que 9 LCC)²⁸³³. Elle se retrouve, en revanche, expressément dans les Principes européens (art. 2:104 al. 1 PECL), le Cadre commun de référence (art. II-9:103 al. 1 DCFR) et les Acquis Principles (art. 6:201 al. 1 ACQP).

1508

Quel est donc le **but** (b) de la règle de l'accessibilité ?

1509

b. But

(i) *Protection du consentement du destinataire*

La règle de l'accessibilité s'inscrit dans le contexte du contrôle de la validité de l'intégration des conditions générales²⁸³⁴ et de l'échange des manifestations de volonté des parties quant à l'intégration de conditions générales au contrat, voire de sa réglementation exhaustive par celles-ci (comp. *supra* N 1430 s.)²⁸³⁵. En

1510

²⁸²⁹ ATF 139 III 345, consid. 4.2 ss, résumé in : JdT 2014 II 182 ; ATF 100 II 200, consid. 5d ; ATF 77 II 154, consid. 4 = JdT 1952 I 11 : « *es genügt, dass der Kunde, der ausdrücklich und in nicht zu übersehender Weise auf das Bestehen allgemeiner Geschäftsbedingungen aufmerksam gemacht wird, die Möglichkeit hat, sich von deren Inhalt Kenntnis zu verschaffen* » ; arrêt du TF 4A_47/2015 du 02.06.2015, consid. 5.4.1.

²⁸³⁰ CARRON, Protection, N 84 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1134 ; KLETT/HURNI, p. 82 ; KOLLER-TUMLER, E-Banking, p. 165 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 145 ; MORIN, Clauses contractuelles, p. 518 ; PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 37, ndbp 232 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 53. *Contra*, BIERI, Possibilité, p. 202 ss estime que la condition de l'accessibilité se heurte aux limites relatives à l'information du consommateur (*supra* N 258 ss) et engendre des coûts élevés.

²⁸³¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1134 ; KOLLER, AGB-Recht, p. 286.

²⁸³² PERRIG, HAVE, p. 170. Pour une présentation de la règle en cas de contrats B2B, PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, N 292 ss.

²⁸³³ BIERI, Possibilité, p. 203 ; KOLLER, AGB-Recht, p. 287 considère que la règle se déduit d'une application analogique des art. 4 al. 1 LVF et 3 al. 1 LCA ; PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 30 s.

²⁸³⁴ CARRON, Protection, N 84.

²⁸³⁵ PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 41 ss.

théorie, elle doit permettre au destinataire d'**exprimer son consentement librement et en pleine connaissance de cause**²⁸³⁶.

1511

La règle de l'accessibilité intervient plutôt **dans le contexte de l'intégration globale** (*supra* N 1496 ss)²⁸³⁷. Par définition, l'intégration individuelle sous-entend la prise de connaissance effective des clauses par le destinataire, ce qui tend à rendre la question de leur accessibilité superflue. L'utilisateur ne devrait quoi qu'il en soit pas pouvoir trop facilement échapper à son devoir de transparence en invoquant une intégration individuelle, qu'il lui appartient par ailleurs de démontrer (*supra* N 1505). L'exigence d'accessibilité naît à partir du moment où l'utilisateur envisage l'intégration globale de clauses contractuelles préformulées par lui-même ou par un tiers, indépendamment du fait que l'intégration ait finalement effectivement lieu (sur le moment déterminant pour l'accessibilité, *infra* N 1526 ss).

(ii) *Contrats de consommation*

1512

De portée générale²⁸³⁸, la règle de l'accessibilité dispose néanmoins d'une **signification particulière pour la protection du consommateur**²⁸³⁹. La loi n'impose pas à ce dernier le même degré de diligence s'agissant de son initiative personnelle de s'informer sur le contenu des conditions générales²⁸⁴⁰. Il est ainsi en droit d'attendre à ce que le professionnel lui transmette, spontanément, les conditions générales ou lui permette de toute autre manière d'en prendre raisonnablement connaissance²⁸⁴¹. Les explications sur les conditions générales

²⁸³⁶ D'une certaine manière, la règle impose également à l'utilisateur d'être au clair avec ses propres intentions.

²⁸³⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1134.

²⁸³⁸ Comp. ATF 139 III 345, consid. 4.4 (litige entre deux sociétés) = JdT 2014 II 182 (résumé) ; arrêt du TF 4C.282/2003 du 15.12.2003, consid. 3.3. « *daraus ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte zu schliessen, dass die Klägerin bzw. deren Organ nicht unter Zeitdruck stand, sondern den Vertrag an ihrem Sitz bzw. am Wohnort ihres Organs in aller Ruhe studieren konnte. Dass die Klägerin die Tragweite der Schiedsklausel unter diesen Umständen bei der gebotenen Aufmerksamkeit nicht zu erkennen vermochte, ist nicht anzunehmen* ». Pour la pertinence de ce dernier arrêt sous l'angle de la règle de l'accessibilité, PERRIG, HAVE, p. 174, ndbp 24. Cf. ég. KOLLER, AGB-Recht, p. 287, ndbp 51 précise que la règle est reconnue dans le contexte de la CVIM, même si certains points spécifiques restent contestés.

²⁸³⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1134 ; KOLLER, AGB-Recht, p. 286 s.

²⁸⁴⁰ NESTLÉ, p. 266 ; PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 31.

²⁸⁴¹ Arrêt du TF 4A_47/2015 du 02.06.2015, consid. 5.4, mais où le consommateur a succombé dans ses arguments. KOLLER, AGB-Recht, p. 287 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 51.

pourraient intervenir par oral lors de la conclusion du contrat²⁸⁴². Il incombe à notre avis au professionnel de démontrer avoir fourni toutes les explications utiles au consommateur, qu'elles aient été orales ou écrites.

La prise de connaissance raisonnable implique **qu'il ne suffit pas que le consommateur ait « physiquement » accès aux conditions générales**. Elles doivent aussi être rédigées en des termes clairs et compréhensibles (cf. art. 6:206 ECL « *Transparency of Terms* »²⁸⁴³)²⁸⁴⁴, en principe dans la langue du consommateur (comp. art. 2 al. 6 LIC [langues officielles de la Suisse])²⁸⁴⁵, du lieu de consommation ciblé ou encore de celui où le contrat est conclu²⁸⁴⁶. Les clauses doivent également être organisées systématiquement²⁸⁴⁷, de sorte que le consommateur obtienne rapidement l'information recherchée. Un renvoi sans explications à des dispositions légales n'est pas admissible²⁸⁴⁸, tout comme, dans la règle, l'utilisation exclusive de termes juridiques techniques²⁸⁴⁹. En outre, l'information sur l'accessibilité (ex. hyperlien) doit, en elle-même, être facile à trouver et être aisément compréhensible²⁸⁵⁰.

Le consommateur doit pouvoir **aisément obtenir, lire et comprendre les clauses préformulées avant leur intégration**, mais, dans la règle, au plus tard au moment de la conclusion du contrat (*infra* N 1528 ss)²⁸⁵¹. En présence d'un contrat conclu par la voie électronique, le destinataire doit être en mesure de les

²⁸⁴² Pour un ex., mais sans que l'on puisse déterminer avec certitude, sur la base de l'arrêt, s'il s'agissait d'explications orales ou écrites, arrêt du TF 5C.60/2001 du 16.08.2001, comp. A et consid. 3b : « [...] a reçu toutes explications utiles le 18 juillet 1994 ».

²⁸⁴³ La teneur de cette disposition est la suivante : « *Not individually negotiate terms must be drafted and communicated in plain, intelligible language* »).

²⁸⁴⁴ KOLLER, AGB-Recht, p. 287 ; SCHWENZER, N 45.03.

²⁸⁴⁵ ATF 104 Ia 278, consid. 4c. CARRON, Protection, N 85. *Contra*, MARCHAND, Droit de la consommation, p. 145 s. conteste cette exigence au profit de la langue du lieu de consommation, « *le consommateur acceptant par son acte de consommation librement consenti de prendre le risque d'un problème linguistique* ». ECL-JANSEN, art. 6:206 N 13, évoque encore la langue des négociations contractuelles.

²⁸⁴⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1135a.

²⁸⁴⁷ BK OR-KRAMER, art. 1 N 207 ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 328.

²⁸⁴⁸ Comp. ATF 64 II 380, p. 383 (acte de cautionnement). BK OR-KRAMER, art. 1 N 207.

²⁸⁴⁹ Comp. ATF 129 III 702, consid. 2.4.3 = JdT 2004 I 535 (interprétation d'un contrat de cautionnement).

²⁸⁵⁰ PERRIG, AGB-Zugänglichkeit, p. 121 ss ; PERRIG, HAVE, p. 180 et 190 ss ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 207 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 53.

²⁸⁵¹ En droit anglais, BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 188 ss présentent les règles selon lesquelles « *the notice must be contemporaneous with the contract* » et de la « *reasonably sufficient notice* ».

télécharger, de les conserver (sauvegarder) et de les imprimer²⁸⁵². Le respect du devoir d'accessibilité exige donc, en définitive, une bonne lisibilité des conditions générales, une formulation compréhensible, une longueur raisonnable, la possibilité d'en prendre effectivement connaissance sur la page Internet du fournisseur ou encore la remise physique des conditions générales, voire, pour certains contrats quotidiens, un affichage bien visible dans les locaux du professionnel²⁸⁵³.

1515 La règle de l'accessibilité appelle certaines **précisions** (c).

c. Précisions

(i) *Limites*

1516 Nonobstant l'importance de la règle de l'accessibilité pour la protection du destinataire de conditions générales, elle **ne garantit pas leur lecture ou leur compréhension**. Le TF rappelle ainsi que, même en cas de remise des conditions générales, il n'existe aucune garantie que le destinataire en prenne effectivement connaissance²⁸⁵⁴. L'acceptation desdites conditions sans véritable prise de connaissance demeure la principale caractéristique de l'intégration globale (*supra* N 1498 ss)²⁸⁵⁵. En pratique, il suffira donc souvent au professionnel de démontrer avoir rempli son devoir d'accessibilité pour que les conditions générales soient valablement intégrées au contrat²⁸⁵⁶.

1517 Une autre limite pratique potentielle à l'accessibilité des clauses préformulées est son **caractère payant**. Par exemple, les normes SIA ne sont pas librement accessibles, ce qui doit en tout cas être considéré comme insuffisant pour

²⁸⁵² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1135c.

²⁸⁵³ NESTLÉ, p. 266 ss précise que, sur Internet, les temps de chargement ou de téléchargement doivent être aussi courts que possible. A notre avis, ceci implique que le fichier mis à disposition par le professionnel ne doit pas être trop volumineux ou incompatible avec les formats de fichier traditionnels (not. fichier PDF ou Word). Les fichiers doivent au surplus être compatibles et consultables avec les systèmes d'exploitation courants, qu'il s'agisse des ordinateurs (Windows, Mac et Linux) ou des smartphones (Apple, Android, etc.).

²⁸⁵⁴ ATF 139 III 345, consid. 4.4 = JdT 2014 II 182 ; arrêt du TF 4A_47/2015 du 02.06.2015, consid. 5.4.1.

²⁸⁵⁵ KOLLER, AGB-Recht, p. 286 ; PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 39.

²⁸⁵⁶ Par ex. arrêt du TF 4A_47/2015 du 02.06.2015, consid. 5.4.2. Pour les conséquences juridiques de la règle de l'accessibilité dans les contrats de consommation, PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 283 s.

admettre une intégration concluante²⁸⁵⁷. Plus généralement, pour la protection du consommateur, il nous paraît que la règle de l'accessibilité n'est pas respectée si les conditions générales ne sont pas librement²⁸⁵⁸ accessibles au consommateur.

(ii) *Lien avec la règle de l'insolite et la règle in dubio contra stipulatorem*

Ces limites (*supra* N 1516 s.) à la règle de l'accessibilité exigent de la **mettre en lien avec la règle de l'insolite** (*infra* N 1819 ss). Dogmatiquement, les deux se fondent sur la théorie (doctrine) du consentement (« *Konsenslehre* ») en rapport avec la validité de l'intégration de clauses préformulées²⁸⁵⁹. Alors que l'examen de l'accessibilité intervient au stade de l'intégration, celui du caractère insolite (ou inhabituel) suppose au préalable – du moins dans son application judiciaire – une intégration valable (pour des considérations méthodologiques en lien avec la règle de l'insolite, *infra* N 1823 ss).

1518

Il est vrai, la **limite entre ces deux règles demeure floue**. De manière cachée (pour des précisions, *infra* N 1827 s.), c'est-à-dire sous couvert d'un contrôle du consentement du destinataire, la règle de l'insolite permet également un contrôle matériel du contenu même des clauses, ce que ne vise pas la règle de l'accessibilité. La véritable distinction réside ici. Toutefois, le fondement dogmatique de la règle de l'insolite au sein de la théorie même du consentement est alors relativisé.

1519

C'est donc **l'angle d'approche qui diffère entre la règle de l'accessibilité et la règle de l'insolite**. Soit le destinataire conteste avoir donné son consentement à des clauses préformulées au motif qu'il ne les a pas « obtenues », soit il cherche à rendre inapplicable une certaine clause, mais – et c'est la principale différence – sous l'angle du contrôle de son contenu. La règle de l'accessibilité conserve également une fonction générale, en ce qu'elle vise plutôt l'intégralité

1520

²⁸⁵⁷ PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 208.

²⁸⁵⁸ L'ouverture aisée et rapide d'un compte gratuit par le consommateur sur le site du professionnel pour obtenir les conditions générales ne nous paraît en revanche pas problématique, à tout le moins si elle précède la conclusion du contrat envisagé.

²⁸⁵⁹ Comp. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1136 et 1139c ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 323 (« *als vom Konsens erfasst* »). Vraisemblablement *contra*, KOLLER, AGB-Recht, p. 286. Ce dernier estime que la règle de l'accessibilité ne peut pas se justifier par des considérations relatives à la théorie du consentement ; l'intégration globale permet l'intégration valable d'un contenu contractuel non lu (« [...] *weil auch Ungelesenes gewollt sein kann und selbst der Umstand, dass man AGB überhaupt nie zu Gesicht bekommen hat, einen darauf bezüglichen Vertragswillen nicht ausschliesst* [...] »).

des conditions générales que, prioritairement, le contrôle du contenu de certaines d'entre elles (comp. cep. sur l'exigence de clarté, *supra* N 1513).

1521

S'agissant encore du lien entre la **règle de l'accessibilité et la règle *in dubio contra stipulatorem***, une réponse définitive demeure (encore plus) hasardeuse. En droit suisse des contrats, également, il reste difficile de classer l'exigence de transparence définitivement (not. contrôle du consentement et/ou interprétation ; art. 2 CC ?) ou en droit de la lutte contre la concurrence déloyale, plus précisément dans le contexte du contrôle de loyauté (cf. art. 8 LCD)²⁸⁶⁰. Pour les besoins de la présente étude, on retiendra que la principale différence centre les deux règles est d'ordre méthodologique. La première se rattache à la validité de l'intégration des « conditions générales », la seconde plutôt à leur interprétation. Cela étant, les deux relèvent – tout comme la règle de l'insolite d'ailleurs – d'un concept plus large : celui de la « transparence »²⁸⁶¹.

(iii) *Justification*

1522

En tant que règle s'inscrivant dans l'examen de la validité de l'intégration des conditions générales, l'accessibilité **garantit au consommateur – qui le souhaite – l'accès à une information**. Elle permet malgré tout de limiter et de corriger l'asymétrie entre les parties au contrat de consommation dans le contexte de la formation de leur volonté²⁸⁶². En outre, elle favorise la publicité des conditions générales (cf. art. 11 OPO²⁸⁶³), ce qui facilite un contrôle préventif par les instruments de la LCD (cf. art. 8 et 9 LCD)²⁸⁶⁴. L'exigence de transparence tend ainsi à placer le consommateur dans une position où il peut obtenir une information qui, à défaut, resterait souvent cachée avant la conclusion du contrat.

1523

L'**argument du coût économique** de la mise à disposition des conditions générales²⁸⁶⁵ doit être relativisé. Les clauses préformulées existent dans la règle par écrit avant d'être proposées au consommateur pour les besoins de sa relation concrète. Le seul fait de les rendre accessibles n'entraîne donc généralement pas de surcoût substantiel pour le professionnel. En matière de commerce

²⁸⁶⁰ Comp. ECL-JANSEN, art. 6:206 N 8 ss.

²⁸⁶¹ ECL-JANSEN, art. 6:206 N 12 ss.

²⁸⁶² PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 40.

²⁸⁶³ En lien avec la publication des conditions générales de la Poste, FF 2009 4649, 4694. EGGEN, p. 1566.

²⁸⁶⁴ Au sujet de l'action en interdiction dont l'efficacité et la pertinence doivent toutefois être nuancées en particulier dans un contexte précontractuel, DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 389.

²⁸⁶⁵ BIERI, Possibilité, p. 202 et 204.

électronique, la pratique démontre que le boîtier de commande (comp. art. 3 al. 1 let. s LCD) contient très régulièrement un hyperlien sur une page permettant de consulter les conditions générales. L'effort supplémentaire que doit fournir le professionnel pour garantir l'accessibilité paraît donc minime, d'autant plus que le recours à la commercialisation électronique lui permet de démarcher un cercle plus large de consommateurs, tout en lui évitant certains coûts liés au stockage et à la vente des marchandises (points de vente multiples, stocks en quantité suffisante dans les magasins, baux commerciaux et personnel additionnel). Le véritable défi de la règle de l'accessibilité réside plutôt dans la prise de connaissance effective et l'exploitation des informations mises à disposition du destinataire (sur les limites relatives à l'information, *supra* N 258 ss).

L'affirmation selon laquelle des **réflexions liées au consentement du consommateur** ne seraient pas pertinentes pour justifier la règle de l'accessibilité reste controversée²⁸⁶⁶. Il est vrai que la transparence n'est pas la panacée à une formation « éclairée » de la volonté du consommateur et qu'une intégration globale repose, somme toute, sur la fiction d'un consentement « exhaustif » du destinataire. On ne saurait cependant être totalement péremptoire ; l'accessibilité permet tout de même au consommateur avisé de se forger une opinion en lui octroyant des « outils » indispensables à cet effet, y compris après la conclusion du contrat. Cela étant, il demeure souvent nécessaire de la combiner avec d'autres moyens de protection du consommateur.

1524

Quel est le **moment déterminant** (2) le respect de l'exigence d'accessibilité ?

1525

2. Moment déterminant

L'utilisateur qui entend intégrer des conditions générales doit **avertir expressément le destinataire, en particulier s'il s'agit d'un consommateur** (cf. § 305 al. 2 ch. 1 BGB, « *Hinweis durch den Verwender* »). Il doit également les lui remettre ou lui offrir la possibilité d'en prendre raisonnablement

1526

²⁸⁶⁶ KOLLER, AGB-Recht, p. 286 : « mit Konsensüberlegungen lässt sich jedoch die Zugänglichkeitsregel nicht begründen, weil auch Ungelesenes gewollt sein kann und selbst der Umstand, dass man AGB überhaupt nie zu Gesicht bekommen hat, einen darauf bezüglichen Vertragswillen nicht ausschliesst ». *Contra*, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1134. Cf. ég. BIERI, Possibilité, p. 203 et HIGI, p. 506 ss.

connaissance (cf. § 305 al. 2 ch. 2 BGB, « *Zumutbarkeit der Kenntnissnahme* »)²⁸⁶⁷.

1527

On peut distinguer entre la situation **avant ou au moment de la conclusion du contrat**²⁸⁶⁸(a) et celle après sa conclusion (b).

a. Avant ou au moment de la conclusion du contrat

(i) *Principe*

1528

Lorsque l'intégration des conditions générales est envisagée, elles doivent en principe être accessibles au consommateur avant ou, au plus tard, au moment de la conclusion du contrat (cf. art. 4 al. 1 et 2 L VF, art. 3 al. 1 L CA, art. 2:104 al. 1 PECL et art. II-9:103 al. 1 DCFR : « *before or when the contract was concluded* »)²⁸⁶⁹. L'accessibilité constitue dès lors un devoir d'information précontractuel à charge de l'utilisateur²⁸⁷⁰. En règle générale, ce **moment correspond à celui où le consommateur manifeste sa volonté de se lier contractuellement**. Cette déclaration peut être une offre ou une acceptation ; l'essentiel étant que l'accessibilité soit garantie au plus tard au moment où le

²⁸⁶⁷ BOUVERAT, N 975 ss ; KOLLER, AJP, p. 286 s. ; SCHWENZER, N 45.02 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 315 évoque la « *possibilité matérielle d'en prendre connaissance* » ; WOLF/NEUNER, § 47 N 28 et 30.

²⁸⁶⁸ Intitulé de partie repris de PERRIG, HAVE, p. 173.

²⁸⁶⁹ En lien avec l'intégration d'une clause d'élection de for dans des conditions générales sous l'angle de l'art. 23 § 1 let. a CL, ATF 139 III 345, consid. 4.2 = JdT 2014 II 182 (résumé). PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, p. 49 ss ; PERRIG, HAVE, p. 172 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 207 s. Ne se rattachant pas au moment de la conclusion du contrat, mais, plus spécifiquement, à la phase de l'offre et de l'acceptation, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1134. Ces derniers auteurs admettent néanmoins la nécessité d'une certaine flexibilité en faveur du consommateur. Pour le droit anglais, BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 188 s.

²⁸⁷⁰ FF 2011 7091, 7124. MORIN, Clauses contractuelles, p. 521 : « [...] *afin de prévenir ce risque tout en prenant acte de ses objectifs de rationalisation, il se justifie de lui (i.e. à la partie qui utilise les conditions générales) imposer d'emblée, comme en droit européen, l'obligation de présenter toutes ses clauses préformulées de façon claire et compréhensible pour le cercle de personnes avec lesquelles elle traite* » ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 53 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 207.

consommateur émet la manifestation de volonté qui le liera de façon contraignante aux conditions générales soumises par son partenaire²⁸⁷¹.

Le professionnel **respecte son obligation si** les conditions générales sont directement intégrées à son offre²⁸⁷² (ex. remise physique, lien sur la boîte de dialogue permettant la conclusion du contrat si le consommateur peut télécharger, sauvegarder et imprimer les conditions générales²⁸⁷³), transmises au moyen de la forme contractuelle prescrite²⁸⁷⁴ ou encore disponibles dans le contexte d'une invitation à faire une offre à l'intention du consommateur. Si le contrat envisagé est complexe et technique, il se justifie d'accorder au consommateur suffisamment de temps pour prendre connaissance des conditions générales et de leur contenu avant la conclusion ou la signature du contrat²⁸⁷⁵ ; il s'agit là d'un autre pan de l'accessibilité.

Lorsque le **processus contractuel est automatisé** (ex. parking, caisse autonome, automate, etc.) **ou que la conclusion du contrat intervient exceptionnellement par actes concluants** (ex. contrat de transport conclu avec la Poste par la remise d'un courrier dans une boîte aux lettres²⁸⁷⁶, *supra* N 1493), il suffit que les conditions générales soient affichées de manière suffisamment visible ou disponibles sur Internet, au plus tard lors de la conclusion du contrat (cf. § 305 al. 2 ch. 2 BGB)²⁸⁷⁷. Si cette exigence ne garantit évidemment pas la lecture des conditions générales – encore moins leur compréhension par le consommateur – elle oblige tout de même le professionnel

1529

1530

²⁸⁷¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1134 : « [...] vor Abgabe ihrer Offerte oder ihrer Annahmeerklärung » ; PERRIG, HAVE, p. 172 : « grundsätzlich sollte für die rechtzeitige Zugänglichkeit derjenige Zeitpunkt als massgebend erachtet werden, in dem der Kunde die ihn verpflichtende Einbeziehungserklärung abgibt ».

²⁸⁷² Arrêt du TF 4A_347/2011 du 10.08.2011, consid. 2 (clause d'élection de for) : « vorliegend ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass die CGV, welche die Gerichtsstandsklausel enthalten, der Offerte der Beschwerdegegnerin nicht beigelegt waren und dass die Beschwerdeführerin bzw. deren Vertreter den Inhalt der CGV auch sonst nicht kannten. Unter diesen Umständen durfte die Beschwerdegegnerin nach den oben erwähnten Grundsätzen nicht in Treu und Glauben annehmen, die Beschwerdeführerin habe mit Annahme der Offerte auch der Gerichtsstandsklausel zugestimmt ». PERRIG, HAVE, p. 172 s.

²⁸⁷³ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 53.

²⁸⁷⁴ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, art. 6:201 N 14.

²⁸⁷⁵ FF 2011 7091, 7124.

²⁸⁷⁶ EGGEN, p. 1567 questionne la validité de l'intégration des conditions générales de la Poste en pareille hypothèse dans la mesure où il est rare que les conditions générales soient à ce moment rendues accessibles ou affichées.

²⁸⁷⁷ WOLF/NEUNER, § 47 N 28.

à signifier clairement sa pratique. L'affichage favorise la transparence²⁸⁷⁸ de l'activité de l'utilisateur et peut même, si ce n'est déjà le cas, l'inciter à la formaliser.

1531 En revanche, il n'existe aucune obligation légale à charge du professionnel d'octroyer ou de prévoir un accès aux conditions générales en cours de contrat. Un tel devoir s'analyserait comme un **devoir d'information contractuel**, à savoir qui interviendrait à un stade où le consentement des parties serait donné (art. 1 ss CO ; sur la situation après la conclusion du contrat, *infra* N 1536 ss).

(ii) Situation particulière au stade de l'acceptation du professionnel

1532 Une situation particulière s'envisage en cas d'invitation à faire une offre du professionnel (cf. art. 7 al. 2 CO). En cas d'offre consécutive du consommateur, l'indication du contenu des conditions générales dans le cadre de l'acceptation du professionnel seulement²⁸⁷⁹ doit alors être considérée comme une acceptation modifiée²⁸⁸⁰. L'accessibilité ultérieure implique donc ici, en réalité, une **nouvelle offre du professionnel**.

1533 En pareille hypothèse, si les conditions générales jointes à l'acceptation modifiée portent sur des **obligations principales**, la protection du consommateur impose de ne pas admettre une conclusion tacite du « nouveau » contrat. Le devoir de transparence du professionnel demeure entier et il doit permettre au consommateur de prendre raisonnablement connaissance des conditions générales avant d'être lié.

1534 De même, les **points secondaires** contenus dans des conditions générales dont l'accessibilité n'a pas été garantie ne sauraient en principe être opposés au consommateur, même ultérieurement. La modification proposée du contrat pourrait toutefois être considérée comme acceptée tacitement par le consommateur, mais uniquement en cas de réception non contestée des biens et/ou des services (cf. art. 6 CO)²⁸⁸¹. Il faut toutefois que le comportement du professionnel ne vise pas à obtenir la conclusion du contrat par un contournement de l'exigence d'accessibilité. Si les conditions générales transmises ultérieurement concernent exclusivement des points secondaires, le contrat pourrait donc exceptionnellement être conclu, à savoir malgré un défaut

²⁸⁷⁸ PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 207.

²⁸⁷⁹ BK OR-KRAMER, art. 1 N 216 donne l'ex. d'une impression sur le document relatif à l'acceptation ou encore un simple renvoi à des conditions générales à cet endroit.

²⁸⁸⁰ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, art. 6:201 N 14.

²⁸⁸¹ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, art. 6:201 N 14.

d'accessibilité (cf. art. 1 CO)²⁸⁸² ; on admettra restrictivement cette dernière hypothèse.

La question de l'accessibilité peut-elle se poser aussi **après la conclusion du contrat** (b) ? 1535

b. Après la conclusion du contrat

L'intégration des conditions générales postérieurement à la conclusion du contrat est étroitement liée avec la question de leur intégration concluante (*supra* N 1488 ss). Une transmission ultérieure vise généralement à **provoquer un accord tacite** du consommateur à l'intégration des conditions générales. 1536

Lorsque le **professionnel se réfère à des conditions générales après la conclusion (la formation²⁸⁸³) du contrat**, celles-ci n'en deviennent pas partie intégrante²⁸⁸⁴. L'accessibilité à un moment postérieur est même susceptible d'induire le consommateur en erreur sur la portée juridique véritable du comportement de l'utilisateur. Doivent être considérées comme tardives, la tentative d'intégration après la conclusion du contrat, notamment par une impression sur une facture ou une quittance, dans une confirmation d'acceptation d'une offre, lors de l'exécution d'une prestation de service²⁸⁸⁵ ou encore au moyen d'une mention sur un certificat de garantie²⁸⁸⁶. Un tel procédé constitue une offre de modification des conditions générales se rapportant à un contrat conclu antérieurement et qui doit subsister dans cet état antérieur²⁸⁸⁷. Le silence opposé par le consommateur ne vaut alors pas acceptation²⁸⁸⁸. 1537

Demeure toutefois réservée la situation où l'intégration a été décidée au moment de la conclusion du contrat déjà et lorsque l'indication ultérieure ne fait que confirmer un accord préalable. Les conditions générales doivent alors avoir 1538

²⁸⁸² Comp. BK OR-MÜLLER, art. 1 N 337 et BK OR-KRAMER, art. 1 N 216.

²⁸⁸³ ENGEL, Cent ans, p. 53 : « *Il n'est pas d'accord valable si les clauses préformées sont remises à l'adhérent après la formation du contrat, par exemple à la livraison ou au moment de l'envoi de la facture* ».

²⁸⁸⁴ PERRIG, HAVE, p. 174.

²⁸⁸⁵ Par ex. la remise de main à main au consommateur par l'employé chargé d'installer un système électronique (modem, box TV) permettant l'accès à Internet à son domicile.

²⁸⁸⁶ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 337 ; PERRIG, HAVE, p. 174 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 34. Pour le droit français, CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 171.

²⁸⁸⁷ PERRIG, HAVE, p. 174 et les réf. citées.

²⁸⁸⁸ ATF 98 Ia 314, consid. 5b = JdT 1973 II 121. HIGI, p. 519 s. ; PERRIG, AGB-Zugänglichkeit, p. 121 ss ; PERRIG, HAVE, p. 175.

été raisonnablement accessibles *ab initio*²⁸⁸⁹. La charge de la preuve incombe à la partie qui se prévaut d'un accord préalable, par hypothèse oral²⁸⁹⁰. Doivent également être réservés les cas où les contractants conviennent ultérieurement, expressément et par écrit, d'une modification de leur contrat²⁸⁹¹, ou encore lorsqu'il existe une réserve valable de modification unilatérale en faveur l'utilisateur (*infra* N 1566 ss)²⁸⁹².

1539 Quelle est la conséquence d'un **défaut d'accessibilité** (3) ?

3. Défaut d'accessibilité

1540 Au moment d'évaluer le respect de l'exigence d'accessibilité, la **question décisive est la suivante**²⁸⁹³ : les termes contractuels proposés sont-ils accessibles et compréhensibles pour le destinataire moyen, en particulier pour le consommateur, notamment sans que cette personne n'ait à recourir à un conseil juridique pour les comprendre ?

1541 Le défaut d'accessibilité est soit **pertinent** (a), soit il ne l'est pas (b).

a. Défaut d'accessibilité pertinent

(i) Principe

1542 Le défaut d'accessibilité pertinent des conditions générales décrit le cas où le consommateur peut s'en prévaloir pour s'opposer valablement à leur intégration au contrat. Ce dernier **ne peut, même expressément, renoncer** à la possibilité de prendre connaissance des conditions générales avant la conclusion du contrat²⁸⁹⁴.

1543 L'examen du défaut d'accessibilité pertinent doit être distingué **de l'analyse et du constat du caractère abusif ou insolite des conditions générales**²⁸⁹⁵. L'exigence d'accessibilité fondée sur le devoir d'information du professionnel

²⁸⁸⁹ Comp. CHK OR-KUT, art. 1 N 52 et PERRIG, HAVE, p. 175.

²⁸⁹⁰ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N 46.

²⁸⁹¹ NESTLÉ, p. 273 s.

²⁸⁹² HUGUENIN/MAISSEN, p. 97 évoquent, pour le premier contrat, la notion de « *Ureinigung* » qu'on pourrait traduire par « accord originel » ; PERRIG, HAVE, p. 174.

²⁸⁹³ Comp. en lien avec le concept de transparence, ECL-JANSEN, art. 6:206 N 13 et 15.

²⁸⁹⁴ NESTLÉ, p. 273.

²⁸⁹⁵ KUONEN, Envol manqué, p. 16.

se rattache à la validité des conditions générales²⁸⁹⁶. A tout le moins d'un point de vue méthodologique, l'examen de cette accessibilité doit également être distingué de l'application de la règle *in dubio contra stipulatorem* (*infra* N 1675 ss).

(ii) *Evaluation*

Pour évaluer la pertinence du défaut d'accessibilité, la doctrine fournit des **critères** en lien avec la validité de l'intégration de conditions générales pour les contrats conclus en ligne. Il nous paraît possible de les généraliser, en gardant toutefois à l'esprit les spécificités liées à la conclusion de chaque contrat de consommation (ex. affichage des conditions vs publication sur Internet).

1544

Ainsi, plus le consommateur a la **possibilité effective de prendre connaissance des conditions générales**, respectivement de les imprimer ou de les télécharger avant de conclure le contrat, et plus les conditions sont claires, courtes et précises, alors plus vraisemblable est le consentement du consommateur à leur intégration²⁸⁹⁷. En revanche, face à des conditions générales excessivement longues et/ou compliquées, il y a présomption de non-intégration ou, à tout le moins d'intégration partielle ou défectueuse²⁸⁹⁸. A défaut d'indications contraires (ex. une personne affirmant être titulaire d'un brevet d'avocat), on ne peut généralement partir du principe que le consommateur prenne, de son propre chef, connaissance du contenu de telles conditions générales²⁸⁹⁹.

1545

En cas de **renvoi exprès** à un texte de conditions générales non reproduit – mais raisonnablement accessible – dans le (projet de) contrat de consommation, l'intégration globale des clauses préformulées reste possible²⁹⁰⁰. La présence des conditions générales dans un catalogue ou une liste de prix ne devrait toutefois pas suffire à admettre une accessibilité pertinente des conditions générales²⁹⁰¹. Il convient de réserver l'hypothèse où elles sont mises à la

1546

²⁸⁹⁶ KUONEN, Envol manqué, p. 16.

²⁸⁹⁷ NESTLÉ, p. 273.

²⁸⁹⁸ Pour ces développements, NESTLÉ, p. 273.

²⁸⁹⁹ Dans ce sens, BK OR-MÜLLER, art. 1 N 334. Pour cet avis, mais sous l'angle du renvoi à des conditions générales après la conclusion du contrat, BK OR-KRAMER, art. 1 N 214. Comp. *contra*, ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 458.

²⁹⁰⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1128c ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 209 et les réf. citées. PICHONNAZ rappelle que la présomption d'intégration globale vaut également pour les contrats de consommation.

²⁹⁰¹ BOUVERAT, N 42 et 148 indique que cette question reste controversée ; PERRIG, HAVE, p. 173 s. Pour certains, la seule présence dans un catalogue suffit, ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 457. *Contra*, GIGER, Grundsätzliches, p. 69.

disposition du consommateur pour la conclusion d'un contrat individualisé et déterminé et à la condition que l'utilisateur rende clairement reconnaissable qu'il honore ainsi son obligation d'accessibilité (ex. remise de main à main ou information expresse dans le cadre de pourparlers précontractuels).

1547 Il va de soi que les conditions concernées par l'accessibilité doivent être **les mêmes que celles finalement intégrées au contrat**.

(iii) *Preuve*

1548 L'obligation de garantir l'accessibilité s'adresse à l'utilisateur. Il lui **appartient donc de démontrer avoir suffisamment informé le destinataire de son intention d'intégrer les conditions générales**. Toutefois, la charge de la preuve du défaut d'accessibilité repose *de facto* sur le destinataire. Le TF retient qu'il incombe à la partie se prévalant du défaut d'accessibilité de démontrer que l'utilisateur des conditions a omis de l'y rendre attentive²⁹⁰². Si un devoir précontractuel pour une accessibilité raisonnable des clauses préformulées existe en théorie²⁹⁰³, sa portée pratique paraît, en revanche, sensiblement nuancée.

1549 Le TF estime également que si l'accessibilité est garantie dans la situation où les parties **communiquent par la voie électronique** (ex. renvoi au moyen d'un hyperlien), on peut exiger du destinataire des conditions générales qu'il en prenne connaissance²⁹⁰⁴. Lorsque les parties ne communiquent pas par courriel,

²⁹⁰² Comp. Arrêt du TF 4A_47/2015 du 02.06.2015, consid. 5.4.2 : « *aus den Ausführungen des Beschwerdeführers geht nicht hervor, dass er bei Vertragsschluss nicht auf die EVB hingewiesen worden wäre. Ebenso wenig legt er dar, keine Möglichkeit erhalten zu haben, in zumutbarer Weise vom Inhalt derselben Kenntnis zu nehmen. In tatsächlicher Hinsicht steht vielmehr fest, dass der Beschwerdeführer mit seiner Unterschrift den Erhalt der EVB bestätigt hat, worauf die Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren stets hingewiesen hat. Damit hat die Beschwerdegegnerin genügend substantiiert behauptet, dass dem Beschwerdeführer die EVB ausgehändigt wurden und dieser folglich Kenntnis derer erlangt hat. In diesem Falle wurden die EVB durch Globalübernahme zum Vertragsbestandteil, wie dies auch die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat* ».

²⁹⁰³ Arrêt du TF 4A_47/2015 du 02.06.2015, consid. 5.4.1 : « *ausschlaggebend ist demnach, ob dem Vertragspartner zumindest die zumutbare Möglichkeit einer Kenntnisnahme verschafft wurde* » et 5.4.2.

²⁹⁰⁴ ATF 139 III 345, consid. 4.4.1. = JdT 2014 II 182 : « *kommunizieren die Parteien wie vorliegend per E-Mail, besteht nur ein vernachlässigbarer Unterschied zwischen dem Öffnen eines dem E-Mail beigefügten Dokuments, das die AGB enthält, und dem Aufrufen der Internetseite des AGB-Verwenders oder gar nur dem Anklicken eines entsprechenden Links. Der Verwendung dieser Kommunikationsform zum Abschluss des Vertrags kann weiter*

un simple renvoi figurant sur la page Internet de l'utilisateur ne semble toutefois pas suffisant²⁹⁰⁵ ; on ne peut (pas encore) considérer que tous les consommateurs bénéficient d'un accès Internet²⁹⁰⁶, l'accessibilité des conditions générales ne demeurant d'ailleurs qu'indirecte dans ce cas.

Le destinataire supporte par ailleurs les conséquences de l'absence de prise de connaissance des conditions générales, si le professionnel pouvait **partir du principe (art. 2 CC) que le destinataire les connaissait déjà**²⁹⁰⁷. Cette connaissance doit être effective, à savoir être en rapport avec la conclusion d'un contrat concret et déterminé. Il convient d'admettre restrictivement cette hypothèse.

1550

(iv) Conséquence

La conséquence d'un défaut d'accessibilité pertinent d'une ou de plusieurs clauses de conditions générales est limpide. Les éléments non accessibles sont dénués d'effets, car il manque l'accord du consommateur à leur intégration (art. 1 et 2 CO ; comp. *supra* N 1524)²⁹⁰⁸. A défaut d'accessibilité avant le moment la déterminant (*supra* N 1526 ss), le consommateur n'est ainsi **pas lié** par les conditions générales²⁹⁰⁹, y compris dans l'hypothèse où leur intégration serait expresse²⁹¹⁰. Il s'agit de la sanction de la violation du devoir d'information précontractuel incombant à la partie qui souhaite intégrer des conditions générales au contrat.

1551

Quand le défaut d'accessibilité n'est-il exceptionnellement **pas pertinent** (b) ?

1552

einerseits das Einverständnis der Vertragsparteien entnommen werden, das Internet für diesen Zweck zu nutzen. Andererseits ist damit auch sichergestellt, dass der Vertragspartner über die Möglichkeit der Internetnutzung verfügt. Unter diesen Voraussetzungen ist es dem Vertragspartner zumutbar, einem Hinweis des AGB-Verwenders auf seine Internetseite nachzugehen und die AGB dort zur Kenntnis zu nehmen ». KOLLER, AGB-Recht, p. 287.

²⁹⁰⁵ ATF 139 III 345, consid. 4.4.1. = JdT 2014 II 182 (question laissée ouverte).

²⁹⁰⁶ HUGUENIN/MAISSEN, p. 108 ; RUSCH/HUGUENIN, p. 53.

²⁹⁰⁷ BezGer ZH du 16.05.1989, consid. 3, in : SJZ 1990, p. 216 s.

²⁹⁰⁸ BOUVERAT, N 983.

²⁹⁰⁹ PERRIG, HAVE, p. 172 et les réf. citées en ndbp 14. L'auteur rappelle qu'une intégration partielle reste envisageable lorsque seules certaines clauses ou parties des conditions générales ont été rendues accessibles.

²⁹¹⁰ BOUVERAT, N 975 : « la possibilité raisonnable que doit avoir le client de consulter ces dernières (i.e. les conditions générales d'assurance) est le complément nécessaire du renvoi exprès ».

b. Exceptionnellement : défaut d'accessibilité non pertinent

(i) *Principe*

1553 La règle selon laquelle les conditions générales doivent être accessibles avant leur intégration valable au contrat n'est **pas illimitée**.

(ii) *Abus de droit du consommateur*

1554 L'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) peut avoir pour conséquence d'empêcher que le consommateur invoque avec succès un défaut d'accessibilité des clauses préformulées. Tel pourrait exceptionnellement être le cas lorsque le consommateur a connaissance des conditions générales dans le contexte d'une relation concrète mais que, de bonne foi, **le professionnel ne le sait pas ou ne peut pas raisonnablement le savoir**²⁹¹¹. Si le devoir d'accessibilité incombant à ce dernier subsiste, son éventuelle violation doit alors être sans conséquences, pour peu que l'utilisateur n'ait pas sciemment empêché le consommateur de prendre connaissances des conditions générales²⁹¹².

(iii) *Relations contractuelles préexistantes*

1555 La connaissance des conditions générales en vertu de **relations contractuelles préexistantes** entre le professionnel et le consommateur n'est, à elle seule, pas suffisante pour nier la nécessité de garantir leur accessibilité avant d'admettre leur intégration valable au contrat²⁹¹³. La partie la moins expérimentée doit en effet être protégée contre le risque d'une intégration tacite des conditions générales. L'intégration valable exige que l'utilisateur renvoie expressément à ses conditions et que le client accepte ce renvoi²⁹¹⁴.

1556 Il n'arrive d'ailleurs pas rarement que les conditions générales prévoient la possibilité d'une **modification unilatérale par l'utilisateur** (*infra* N 1558 ss).

²⁹¹¹ Cette hypothèse doit être distinguée de celle, certes très similaire mais plutôt liée à une problématique d'intégration tacite, où les conditions générales ont été remises au consommateur dans le cadre de transactions antérieures (comp. *supra* N 1555 s.), mais non au moment de la conclusion du contrat litigieux. BK OR-MÜLLER, art. 1 N 320 précise qu'une intégration tacite ne peut alors être imposée au client.

²⁹¹² KOLLER, AGB-Recht, p. 287.

²⁹¹³ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 320 ; BK OR-KRAMER, art. 1 N 194. Vraisemblablement *contra*, KOLLER, AGB-Recht, p. 287.

²⁹¹⁴ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 320 ; BK OR-KRAMER, art. 1 N 195.

Pour le consommateur, il est souvent ardu de s'orienter face aux nombreuses conditions générales – et potentielles versions ultérieures – auxquelles sont soumises ses relations contractuelles parfois multiples le liant, le cas échéant, au même professionnel.

C'est justement l'occasion d'approfondir la **clause de modification unilatérale des conditions générales (D)**.

1557

D. Clause de modification unilatérale des conditions générales

1. Définition

Quelque peu **en marge** des considérations liées à la formation initiale de la volonté du consommateur quant à l'intégration des conditions générales, on identifie la thématique de la clause de modification unilatérale des conditions générales²⁹¹⁵. A strictement parler, son examen ne s'inscrit pas dans le cadre de la préservation du libre consentement du consommateur²⁹¹⁶. Il irait même au-delà, en **s'apparentant à un contrôle de contenu de la clause établissant la réserve unilatérale**²⁹¹⁷. Une telle clause demeure par ailleurs soumise aux trois types de contrôle des conditions générales (validité de l'intégration, interprétation et contenu)²⁹¹⁸. Dès lors, et même si les critères d'admissibilité de la clause sont réunis en vertu des contrôles de validité de l'intégration (*supra* N 1468 ss) et d'interprétation (*infra* N 1628 ss), il reste encore nécessaire de la confronter au contrôle de contenu (*infra* N 1754 ss)²⁹¹⁹.

1558

²⁹¹⁵ Nous ne visons pas ici le congé-modification (« *Änderungskündigung* ») et l'adaptation unilatérale en vertu de la loi (« *einseitige Vertragsanpassung nach Gesetz* »). En lien avec les conditions générales, RUSCH/HUGUENIN, p. 40 s. Ces questions n'interviennent en principe pas au stade de la formation du consentement originaire des parties, mais dans un second temps, soit lorsque la relation contractuelle a déjà déployé des effets pendant une certaine période. Il est encore à noter que l'adaptation unilatérale du contrat s'envisage également en lien avec les clauses individuellement négociées (« *Einzelabreden* »), KRAMER/PROBST/PERRIG, N 538.

²⁹¹⁶ Dans ce sens et ce contexte, KRAMER/PROBST/PERRIG, N 541 : « *im schweizerischen Recht greift in erster Linie die Konsenskontrolle [...]* ».

²⁹¹⁷ Pour une analyse de telles clauses sous l'angle de l'art. 8 LCD, SHK UWG-PROBST, art. 8 N 319 ss.

²⁹¹⁸ RUSCH/HUGUENIN, p. 41 et 47.

²⁹¹⁹ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 541.

1559 Nous avons toutefois **choisi d'en traiter à ce stade déjà**. L'intégration d'une clause de modification unilatérale écarte la nécessité d'un consentement ultérieur du consommateur à la modification projetée par l'utilisateur. Au moment de conclure le contrat, le professionnel se réserve le droit de modifier ou d'adapter ultérieurement et unilatéralement le contenu des conditions générales. Du point de vue du consommateur, cette possibilité d'une modification unilatérale apparaît souvent inconditionnelle et entièrement dépendre du bon vouloir du contractant²⁹²⁰.

1560 On peut distinguer le cas où les conditions générales prévoient une possibilité initiale de modification en vertu d'une **réserve expresse de l'utilisateur** (2) de celle où elles ne contiennent pas une telle réserve (3). En théorie, la distinction est utile. En pratique, il ne faut pas perdre de vue qu'il n'est pas toujours aisé d'identifier avec précision la nature réelle de la clause de modification²⁹²¹.

2. Réserve expresse de l'utilisateur

1561 Après une présentation de la **notion** (a) de « réserve expresse de l'utilisateur », nous aborderons les conditions de son admissibilité (b), de même que les conséquences d'une modification unilatérale (c).

a. Notion

(i) *Droit formateur de l'utilisateur*

1562 Une réserve expresse de modification unilatérale des conditions générales revient à ce que le **professionnel s'accorde un droit formateur** lui permettant de les modifier, sans avoir besoin de recueillir ultérieurement le consentement du destinataire. Face à une telle réserve, le destinataire, en particulier le consommateur, demeure généralement dans l'incertitude quant au moment et quant à la portée de la modification des prestations contractuelles originelles. Une telle réserve a également pour conséquence que le destinataire renonce,

²⁹²⁰ RUSCH/HUGUENIN, p. 41.

²⁹²¹ RUSCH/HUGUENIN, p. 42 donnent l'ex. d'un renvoi aux conditions générales d'une entreprise sur Internet en se demandant, sans toutefois y répondre explicitement, si ce renvoi implique la faculté, pour l'utilisateur, de modifier unilatéralement les conditions générales. La réponse à cette interrogation doit à notre avis être négative car, comme le rappellent ces mêmes auteurs, les contenus sur Internet restent aisément modifiables.

pour le futur, à une nouvelle négociation s'agissant des éléments visés par le droit formateur de l'utilisateur²⁹²².

(ii) *Adaptation du contrat*

La clause de modification unilatérale **concerne régulièrement** l'adaptation de la prestation, du prix ou en fonction d'intérêts s'orientant selon une valeur de référence (ex. indice suisse des prix à la consommation, cours de l'or, prix des matières premières et des carburants, cours du change ou encore le Libor)²⁹²³. La faculté de modification que se réserve l'utilisateur pourrait même porter sur des éléments essentiels du contrat (ex. la prime d'assurance), voire l'intégralité des conditions générales²⁹²⁴. Cela étant, une partie de la doctrine émet des doutes à ce sujet, sans toutefois fondamentalement rejeter cette hypothèse en tant que telle²⁹²⁵.

1563

Compte tenu de ses effets, l'admissibilité du droit formateur que s'octroie le professionnel est soumise à des **exigences (plus) strictes** s'agissant du consentement du destinataire²⁹²⁶. Une clause qui écarterait la possibilité de résilier le contrat en cas de modification unilatérale devrait – sous l'angle du contrôle de contenu (ouvert) – être considérée comme abusive au sens de l'art. 8 LCD. Il devrait en aller de même de la clause empêchant le consommateur d'exercer effectivement son droit de résiliation (ex. un délai de résiliation trop bref)²⁹²⁷. Selon la Directive 93/13/CEE, une clause de modification unilatérale, non assortie d'un droit de résiliation immédiat, est en principe présumée abusive (cf. art. 3 ch. 3 Directive en lien avec les ch. 1 let. j et ch. 2 let. b Annexe)²⁹²⁸. En pratique, il n'en demeure pas moins que l'unique moyen pour le consommateur d'éviter la modification contractuelle sera

1564

²⁹²² HUGUENIN/MAISSEN, p. 98.

²⁹²³ Pour ces ex., RUSCH/HUGUENIN, p. 41.

²⁹²⁴ HUGUENIN/MAISSEN, p. 98.

²⁹²⁵ RUSCH/HUGUENIN, p. 44 : « *sofern in den AGB Hauptpunkte des Vertrags geregelt werden, ist die Möglichkeit zur Vereinbarung eines vorraussetzungslosen, einseitigen Änderungsrechts bezüglich der ganzen AGB rechtlich fraglich, weil dann grundsätzlich der fehlenden Bestimmtheit wegen gar keine Regelung zustande gekommen ist* » et p. 47 et 51 s. Ces auteurs rappellent néanmoins ensuite qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer, dans les conditions générales, les points essentiels des points secondaires.

²⁹²⁶ RUSCH, Ein Fall, N 9.

²⁹²⁷ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 53

²⁹²⁸ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 53. Cf. ég. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 539 et la réf. de ces auteurs à CJUE, 09.07.2015, BUCURA, aff. C-348/14, N 15.

souvent la résiliation pure et simple du contrat (« *take it or leave it* » ; *supra* N 9 et 1439)²⁹²⁹.

1565 Quelles sont les **conditions d'admissibilité** (b) d'une réserve expresse de modification unilatérale des conditions générales ?

b. Conditions d'admissibilité

1566 L'admissibilité d'une clause de réserve s'évalue à l'aune de quatre critères généraux²⁹³⁰ : l'utilisateur doit justifier d'un **motif objectif sérieux** (i), la réserve doit être suffisamment déterminée ou déterminable (ii), la clause ne doit pas consacrer un engagement excessif du consommateur (iii) et, enfin, le professionnel doit exercer son droit de manière équitable (iv).

(i) *Motif objectif sérieux*

1567 L'utilisateur doit justifier d'un **motif objectif sérieux** (« *triftiger Grund* ») à imposer une modification unilatérale des conditions générales au destinataire. Au préalable, il doit spécifier cette hypothèse dans le contrat (comp. art. 1 let. j annexe à la Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives). L'admissibilité et l'exercice valable d'une clause de modification unilatérale supposent ainsi que l'utilisateur puisse se prévaloir d'un tel motif et qu'il l'explique de manière suffisamment claire au consommateur²⁹³¹. Cela étant, en cas de changement des circonstances, la modification par l'utilisateur s'avère parfois légitime, voire même indispensable ; cela vaudrait tout particulièrement pour les contrats de durée conclus dans un contexte de masse²⁹³².

1568 Dès lors, plus la pression extérieure pesant sur l'utilisateur en vue d'une modification est grande (ex. intervention d'une autorité), plus **la possibilité d'une modification unilatérale doit être admise**²⁹³³. De même, plus la durée du contrat est longue²⁹³⁴, plus une adaptation unilatérale se justifie

²⁹²⁹ HUGUENIN/MAISSEN, p. 98.

²⁹³⁰ Ces critères restent des instruments de contrôle généraux. En ce sens, ils sont susceptibles de se confondre avec la vérification du respect de normes légales impératives, ce qui concerne tout particulièrement l'analyse de l'interdiction d'un engagement excessif (art. 27 CC).

²⁹³¹ HUGUENIN/MAISSEN, p. 120.

²⁹³² KRAMER/PROBST/PERRIG, N 538.

²⁹³³ Voir les propositions de HUGUENIN/MAISSEN, p. 119.

²⁹³⁴ Pour les assureurs, la justification repose régulièrement sur la correction d'un déséquilibre et le maintien de l'équivalence des prestations. Si la couverture d'assurance est par ex. étendue,

potentiellement (comp. § 309 ch. 1 BGB qui évoque la « *kurzfristige Preiserhöhung* »). Une telle adaptation pourrait d'ailleurs également, le cas échéant, profiter au destinataire, en particulier au consommateur (ex. baisse des prix)²⁹³⁵. Quelle que soit la durée du contrat, le destinataire doit cependant disposer d'un droit de résiliation lui permettant de se libérer effectivement du contrat en cas d'une telle modification unilatérale²⁹³⁶. La clause de modification pourrait sinon être considérée comme étant insolite²⁹³⁷ ou abusive (cf. art. 8 LCD).

La réserve **devient problématique lorsqu'elle est inconditionnelle** (ex. modification du prix « au bon vouloir » du professionnel ou sans référence à un index), illimitée ou que les conditions d'exercice du droit dépendent de critères ouverts lesquels favorisent l'utilisateur²⁹³⁸. De telles clauses « blanc-seing » sont vierges de contenu et ne permettent pas la venue à chef d'un consentement valable, à tout le moins du consommateur²⁹³⁹. L'utilisateur pourrait d'ailleurs être tenté de se prévaloir de la réserve afin d'obtenir une contreprestation plus élevée du destinataire que ne le nécessiterait le strict maintien de l'équivalence des prestations. Non sans un certain paradoxe, en particulier dans le contexte du contrat d'assurance²⁹⁴⁰, la justification à la modification unilatérale est pourtant souvent la correction d'un déséquilibre et, précisément la garantie de l'équivalence des prestations des parties (comp. art. 35 LCA). Si la couverture d'assurance est étendue par la loi, l'assureur souhaite compenser ses risques en augmentant les primes. En pratique, il n'arrive cependant pas rarement que l'exercice d'un droit de

1569

l'assureur souhaite effectivement compenser ses risques en augmentant les primes, HUGUENIN/MAISSEN, p. 98 et 120 ; RUSCH/HUGUENIN, p. 43.

²⁹³⁵ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 542 ; RUSCH/HUGUENIN, p. 43.

²⁹³⁶ HUGUENIN/MAISSEN, p. 119.

²⁹³⁷ Par ex. ATF 135 III 1, consid. 2.6 = JdT 2011 II 516.

²⁹³⁸ Comp. RUSCH/HUGUENIN, p. 45 et, en part. 48 : « *das einseitige Änderungsrecht in den AGB ist für sich schon problematisch genug. Ist es noch dazu in keiner Weise beschränkt, sprengt dies den Rahmen dessen, was die Rechtsordnung noch als ausgewogene vertragliche Bindung und Verteilung von Rechten wertet* ».

²⁹³⁹ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 540.

²⁹⁴⁰ Dans le contexte du contrat d'assurance privé, l'art. 49 P-LCA-2009 entendait régler la question de la clause d'adaptation unilatérale des primes, cf. Révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), Rapport explicatif relatif au projet soumis à consultation du 21 janvier 2009, p. 44 s. Comp. désormais art. 3 P-LCA et, en particulier, l'art. 35 LCA, qui envisagent cette problématique, tout en l'autorisant fondamentalement, cf. Révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), Rapport explicatif relatif au projet mis en consultation du 6 juillet 2016, p. 20 et 31.

modification ne soit pas soumis à une perturbation préalable – réelle ou potentielle – de l'équivalence contractuelle²⁹⁴¹.

(ii) *Réserve suffisamment déterminée ou déterminable*

1570

Lorsque le professionnel se réserve expressément le droit unilatéral de modifier les conditions générales en cours de contrat, il doit **clairement en avertir le consommateur lors de la conclusion du contrat déjà**. Il s'impose que la clause soit définie et délimitée de la manière la plus précise possible, singulièrement s'il s'agit d'un contrat de consommation de longue durée²⁹⁴². Le droit résultant de la réserve de modification unilatérale doit être objectivement²⁹⁴³ déterminé ou du moins déterminable (comp. art 1 et 2 al. 1 CO)²⁹⁴⁴, ainsi qu'exercé équitablement par son bénéficiaire (*infra* N 1579 s.)²⁹⁴⁵. A défaut, la sanction est l'inefficacité de la clause et, partant, l'inopposabilité de la modification²⁹⁴⁶.

1571

Si les éléments concernés par la clause de modification unilatérale sont des **points essentiels**, les exigences quant à sa détermination ou à sa déterminabilité sont (plus) strictes²⁹⁴⁷. Pour le contrat d'assurance, une clause de modification portant sur des éléments essentiels (ex. montant de la prime, personne assurée) ne vaut que si l'évènement attendu et l'étendue de l'adaptation ressortent

²⁹⁴¹ HUGUENIN/MAISSEN, p. 100 s. et 118.

²⁹⁴² ATF 135 III 1, consid. 2.5 = JdT 2011 II 516 : « dans les contrats de longue durée, il est conforme à l'attente générale qu'une clause d'adaptation soit liée à un droit de résiliation, si elle repose sur un événement qui n'a pas été suffisamment défini ». HUGUENIN/MAISSEN, p. 104 ; KUONEN, Envol manqué, p. 15 s.

²⁹⁴³ ATF 85 II 402, consid. 2b. BK OR-GIGER, art. 184 N 230 s. ; RUSCH/HUGUENIN, p. 45 s.

²⁹⁴⁴ ATF 135 III 1, consid. 2.5 = JdT 2011 II 516 : « si au moment de la conclusion du contrat les parties s'attendent à des événements futurs, elles peuvent prévoir pour ce cas une adaptation contractuelle. Ce faisant, un droit formateur de déroger au principe de la fidélité contractuelle et de modifier de manière unilatérale les dispositions contractuelles est accordé à l'une des parties. Toutefois, pour que les clauses d'adaptation soient valables en général, l'évènement attendu ainsi que l'étendue de l'adaptation doivent être déterminés par le contrat; en effet, le contrat est conclu si le contenu des prestations ainsi que leur étendue sont à tout le moins déterminables et peuvent ainsi également être exécutés ».

²⁹⁴⁵ RUSCH, Ein Fall, N 10 ss.

²⁹⁴⁶ En lien avec une clause de modification du prix non suffisamment déterminée, RUSCH/HUGUENIN, p. 47.

²⁹⁴⁷ ATF 84 II 13, consid. 1 : « denn wenn nicht alle geschuldeten und wesentlichen Leistungen der Parteien bestimmbar sind, fehlt es an den zum Abschluss des Vertrages erforderlichen übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen über die wesentlichen Punkte (Art. 1, 2 Abs. 1 OR) ».

suffisamment de la clause²⁹⁴⁸. En revanche, un droit unilatéral justifié par « de nouveaux développements de la médecine » ou la fixation d'une prime par un renvoi à des « listes tarifaires » ne seraient pas suffisamment définis,²⁹⁴⁹.

En revanche, puisque l'absence d'accord sur les **points secondaires** ne nuit pas à la conclusion du contrat (art. 2 al. 1 CO), les exigences pour la détermination ou la déterminabilité de tels points doivent nécessairement être moindres.

Dans les deux cas, le critère décisif demeure peut-être celui de la **prévisibilité d'un changement** de la base contractuelle pour le consommateur²⁹⁵⁰.

(iii) *Interdiction de l'engagement excessif*

Un droit de modification unilatérale qui ne serait pas suffisamment déterminé ou déterminable est susceptible d'être **contraire à l'art. 27 al. 2 CC et, partant, nul**²⁹⁵¹.

Certes, traiter de cet élément à ce stade n'est systématiquement pas tout à fait exact ; l'examen d'un engagement excessif intervient plutôt sous l'angle du contrôle de contenu, en particulier du point de vue du contrôle du respect des normes légales impératives (*infra* N 1756)²⁹⁵². Cela étant, la soumission sans limites à la volonté du partenaire contractuel lèse la personnalité de la partie qui aliène sa liberté ou s'en interdit l'usage²⁹⁵³. Elle nous paraît donc indubitablement aussi consacrer une problématique relative au consentement du consommateur (au sens large).

L'examen du caractère excessif intervient **en fonction de** l'intensité et de la durée de l'engagement contractuel, ainsi que de sa portée (ex. intégralité des conditions vs clause individuelle ?)²⁹⁵⁴. On retiendra plus largement le caractère

²⁹⁴⁸ ATF 135 III 1, consid. 2.5 = JdT 2011 II 516. HUGUENIN/MAISSEN, p. 102 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 540.

²⁹⁴⁹ HUGUENIN/MAISSEN, p. 103 s. La question de la déterminabilité en cas de renvoi aux listes tarifaires reste controversée.

²⁹⁵⁰ HUGUENIN/MAISSEN, p. 104.

²⁹⁵¹ HUGUENIN/MAISSEN, p. 106 ; RUSCH/HUGUENIN, p. 44 et 47.

²⁹⁵² RUSCH/HUGUENIN, p. 52.

²⁹⁵³ HUGUENIN/MAISSEN, p. 106.

²⁹⁵⁴ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, art. 27 N 10 ; HUGUENIN/MAISSEN, p. 106 ; RUSCH/HUGUENIN, p. 44.

excessif si le droit de modification se rapporte à des points essentiels plutôt que secondaires²⁹⁵⁵.

1577 Si le consommateur dispose d'un droit de résiliation effectif comme contrepartie à un droit unilatéral de modification, il y a, à notre avis, **présomption que son engagement n'est pas excessif**. En l'absence d'un tel droit de résiliation, on retiendra, dans la règle, le caractère excessif. La clause de modification pourrait d'ailleurs toujours être considérée comme étant abusive (*infra* N 1769 ss) ou insolite (*infra* N 1819 ss), si les conditions sont données²⁹⁵⁶. La possibilité d'une résiliation ou d'un retrait du contrat par le consommateur ne signifie donc pas encore que la clause résiste nécessairement aux autres contrôles – en particulier de contenu des conditions générales (*infra* N 1754 ss) – auxquels elle reste donc pleinement soumise²⁹⁵⁷.

1578 Les **conditions particulières fixées par l'utilisateur** pour se réserver le droit de modification unilatéral sont également à évaluer. Plus les possibilités d'une modification dépendent de son bon vouloir, plus l'engagement du consommateur sera susceptible d'être considéré comme excessif²⁹⁵⁸. Si l'adaptation suit automatiquement un taux de référence mathématiquement défini et que, par conséquent, la marge d'appréciation tant de l'utilisateur que du consommateur est faible, cela n'écarte cependant pas nécessairement un engagement excessif du consommateur²⁹⁵⁹. En revanche, plus le motif est objectif et sérieux (*supra* N 1567 ss), plus on reconnaîtra qu'une adaptation du contrat est nécessaire au maintien de l'équivalence des prestations ; l'existence d'un engagement excessif du consommateur s'évalue alors plus strictement.

(iv) Exercice équitable du droit

1579 Si l'utilisateur exerce le droit de modification unilatéral qu'il s'est réservé, il doit le faire équitablement. L'exigence résulte du principe général selon lequel **chacun doit exercer ses droits de la manière la moins dommageable pour autrui** (« *Gebot der schonenden Rechtsausübung* »)²⁹⁶⁰. Déterminer si le droit

²⁹⁵⁵ HUGUENIN/MAISSEN, p. 106.

²⁹⁵⁶ RUSCH/HUGUENIN, N 52 : « *die Änderung mit Ermessensspielraum ohne Kündigungsmöglichkeit dürfte ohne speziellen Hinweis in den meisten Fällen ungewöhnlich und deshalb unbeachtlich sein* ».

²⁹⁵⁷ En lien avec le contrôle en équité (« *Billigkeitskontrolle* »), RUSCH/HUGUENIN, p. 52 s.

²⁹⁵⁸ En lien avec la déterminabilité de la clause, RUSCH/HUGUENIN, p. 46.

²⁹⁵⁹ RUSCH/HUGUENIN, p. 52.

²⁹⁶⁰ ATF 118 II 157, consid. 4b/bb. HUGUENIN/MAISSEN, p. 105 ; VON TUHR/PETER, p. 191.

a été exercé équitablement revient au tribunal, en fonction des circonstances concrètes du cas d'espèce²⁹⁶¹.

Il convient, notamment, **d'observer** l'intensité de la relation entre les parties (ex. relation de confiance vs relation de masse), leur comportement (ex. un contractant qui n'est jamais joignable à l'adresse indiquée), le montant de l'engagement financier du consommateur et sa position de faiblesse concrète, qu'elle soit par ailleurs personnelle, financière ou liée à son inexpérience. En outre, on examinera la possibilité, pour le consommateur, de conclure un nouveau contrat similaire ou identique avec un autre professionnel et à des conditions n'étant pas sensiblement plus défavorables que celles du contrat dans le contexte duquel le droit de modification unilatéral est exercé.

1580

Quelles sont les **conséquences de la modification unilatérale** (c) ?

1581

c. Conséquences d'une modification unilatérale

Si la réserve expresse n'est **pas admissible et/ou qu'elle n'est pas valablement exercée** (*supra* N 1566 ss), la modification unilatérale ne peut être imposée au destinataire, en particulier au consommateur. Le contrat subsiste alors dans sa version originelle.

1582

En revanche, si la réserve expresse est valable, et qu'elle est valablement exercée, on doit distinguer entre la **situation au moment de la modification** (i) et les effets de la modification (ii).

1583

(i) *Situation au moment de la modification*

Lorsque l'utilisateur modifie les conditions générales, leur (« seconde ») validité suppose en principe une **nouvelle intégration**, soit leur acceptation par le consommateur, avec les exigences y relatives (not. accessibilité, *supra* N 1507 ss)²⁹⁶². Face à une modification unilatérale envisagée, il y a tout d'abord lieu de distinguer selon que le professionnel s'est réservé ou non (sur la réserve expresse, *supra* N 1561 ss ; sur l'absence de réserve expresse,

1584

²⁹⁶¹ HUGUENIN/MAISSEN, p. 105.

²⁹⁶² RUSCH/HUGUENIN, p. 53. Ces exigences valent aussi en cas de modification consensuelle ou de résiliation-modification ultérieures, situations qui doivent toutefois être distinguées de la problématique de la réserve expresse de modification unilatérale au moment de la conclusion initiale du contrat.

infra N 1591 ss) une possibilité de modification unilatérale au moment de la conclusion du contrat²⁹⁶³.

1585 **Une clause originaire de modification unilatérale** peut régler les modalités de la nouvelle reprise, ce qui demeure toutefois susceptible de mettre en péril la protection du consommateur²⁹⁶⁴. Si la clause ne règle pas les modalités de la reprise, les passages modifiés doivent être clairement identifiables et suffisamment portés à la connaissance du consommateur avant leur intégration²⁹⁶⁵. Une simple annonce, y compris avec un lien sur le site Internet du professionnel, ne suffirait en principe pas²⁹⁶⁶.

1586 L'utilisateur devrait quoi qu'il en soit **individualiser tant l'information que sa communication au consommateur**, par exemple au moyen de l'envoi d'un courriel personnel. A défaut, la modification ne déploie pas d'effets, le consommateur n'ayant pas pu avoir connaissance des circonstances déterminantes fondant son droit à la résiliation du contrat. On pourrait ainsi reconnaître une obligation de communication (« *Mitteilungspflicht* ») du professionnel, à partir du moment où il souhaite – même valablement – modifier unilatéralement ses conditions générales. L'obligation ne s'étend toutefois pas aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle²⁹⁶⁷.

(ii) Effets de la modification

1587 S'agissant des effets d'une modification unilatérale, la complexité de la pratique et l'éventuelle application de normes spécifiques (ex. art. 269d al. 1 CO, 375 al. 1 CO, 7 al. 2 LaMal ainsi que 10 al. 1 LVF en relation avec 8 al. 2 LVF) rendent difficile une affirmation définitive et uniforme. Par principe, il y a toutefois lieu d'admettre que la modification exercée valablement entraîne l'entrée en vigueur du nouveau contrat, ou plus précisément, du contrat initial complété et/ou modifié conformément à la réserve de l'utilisateur. Dans l'optique d'une approche générale, il nous paraît donc tout de même possible

²⁹⁶³ Nous traitons ici uniquement du cas où une telle réserve existe. En l'absence de réserve expresse, *infra* N 1591 ss.

²⁹⁶⁴ RUSCH/HUGUENIN, p. 53.

²⁹⁶⁵ RUSCH/HUGUENIN, p. 53.

²⁹⁶⁶ RUSCH/HUGUENIN, p. 52 s. rappellent à juste titre que si le consommateur conclu le contrat par Internet, on peut plus facilement attendre de lui qu'il prenne connaissance de la modification par ce biais. Il nous paraît toutefois indispensable d'individualiser l'information (cf. les développements de ses auteurs en p. 54).

²⁹⁶⁷ Pour ces développements, RUSCH/HUGUENIN, p. 53 s.

de distinguer selon que la **modification unilatérale porte sur des éléments essentiels** (1°) ou qu'elle porte sur des éléments secondaires (2°) :

1° Modification unilatérale portant sur des éléments essentiels. Le consommateur devrait toujours²⁹⁶⁸ conserver la possibilité de se départir du contrat à court terme, sans frais et sans conséquences négatives²⁹⁶⁹. Ce retrait doit rester possible avant l'entrée en vigueur de la modification²⁹⁷⁰, l'information sur ce droit devant être suffisamment claire ; les conditions générales ne peuvent simplement renvoyer à un texte législatif ou réglementaire stipulant les droits et obligations d'une manière générale²⁹⁷¹. L'information doit en outre parvenir au consommateur avant la conclusion du contrat originel²⁹⁷².

1588

2° Modification unilatérale portant sur des éléments secondaires. Lorsque la modification porte sur des éléments secondaires, on constatera généralement la validité du « nouveau » contrat. On ne peut cependant exclure que la modification porte tant sur des éléments essentiels (*supra* N 1588) que secondaires²⁹⁷³. L'information du consommateur mérite alors aussi d'être assurée.

1589

Quelle est la situation en l'absence de **réserve expresse de l'utilisateur** (3) ?

1590

3. Pas de réserve expresse de l'utilisateur

En l'absence de réserve expresse de modification unilatérale de l'utilisateur, la proposition ultérieure de changer le contenu des conditions générales s'analyse comme une **offre de modification du contrat** (a). Dans ce prolongement, se pose la question de la portée du silence opposé par le consommateur (b).

1591

²⁹⁶⁸ La possibilité d'un retrait du contrat pour le consommateur a une fonction de prévention générale importante, RUSCH/HUGUENIN, p. 51.

²⁹⁶⁹ KUONEN, Envol manqué, p. 15 s. ; RUSCH/HUGUENIN, p. 51 s. : « *es entspricht auch einer allgemeinen und berechtigten Erwartungshaltung, dass man vor einseitigen Veränderungen mit Ermessensspielraum die Vertragsbeziehung beenden kann* ».

²⁹⁷⁰ Comp. RUSCH/HUGUENIN, p. 50 ss.

²⁹⁷¹ CJUE, 26.04.2012, INVITEL, aff. C-472/10, N 29 ; CJUE, 21.03.2013, RWE VERTRIEB, aff. C-92/11, N 50. PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 53.

²⁹⁷² Comp. CJUE, 21.03.2013, RWE VERTRIEB, aff. C-92/11, N 51.

²⁹⁷³ Sur la difficulté pratique de distinguer les éléments essentiels et secondaires dans les conditions générales dans la mesure où le contenu de chaque clause présente généralement un lien avec l'obligation principale (« *Hauptleistungspflicht* »), RUSCH/HUGUENIN, p. 44.

a. Offre de modification du contrat

- 1592 Lorsque les conditions générales ne contiennent pas de réserve expresse, il arrive que l'utilisateur **visé malgré tout une modification unilatérale des conditions contractuelles**. Il peut notamment être tenté d'imposer au consommateur l'augmentation d'un délai de résiliation, par exemple en se référant à un règlement auquel les conditions générales originelles renvoient, mais dans une version antérieure²⁹⁷⁴. Un opérateur de télécommunications pourrait également être tenté de modifier ses tarifs ultérieurement, mais sans avoir mentionné cette éventualité dans le contrat d'origine²⁹⁷⁵.
- 1593 Un tel comportement de l'utilisateur s'appréhende comme une **offre (ultérieure) de modification du contrat**, ce que le consommateur ne reconnaît pas (toujours)²⁹⁷⁶. Il risque même de l'interpréter comme un droit contractuel légitime du professionnel, alors que – du point de vue de la validité de l'intégration – la nécessité d'une acceptation originaire subsiste (sur le silence du consommateur, directement *infra* N 1596 ss).
- 1594 En l'absence de réaction du consommateur, l'acceptation de la modification s'appréhende à l'aune des **critères de l'art. 6 CO**, en tant que disposition concrétisant le principe de la confiance dans le contexte de l'acceptation tacite²⁹⁷⁷.
- 1595 Dans ce contexte, quelle est la portée à reconnaître au **silence du consommateur (b) ?**

²⁹⁷⁴ Comp. arrêt du TF 4P.242/2005 du 02.02.2006, consid. 5.5 présenté chez RUSCH/HUGUENIN, p. 38 et 44 : « *auch wenn man mit dem Gerichtspräsidenten davon ausgeht, die Parteien könnten gültig auf das jederzeitige Kündigungsrecht verzichten, ist nicht ersichtlich, woraus sich eine Berechtigung des Beschwerdeführers ergeben soll, die Kündigungsfristen einseitig ohne Zustimmung der Gegenpartei festzusetzen. Dass eine entsprechende Zustimmung vorlag oder weshalb sie nicht notwendig sein sollte, legt der Beschwerdeführer nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Damit vermag er nicht aufzuzeigen, dass das angefochtene Urteil im Ergebnis willkürlich wäre* ».

²⁹⁷⁵ Palandt/GRÜNEBERG, § 308 N 28.

²⁹⁷⁶ RUSCH/HUGUENIN, p. 38.

²⁹⁷⁷ BK OR-MÜLLER, art. 6 N 10 ; RUSCH/HUGUENIN, p. 38 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 6 N 14 s. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, art. 6 N 1.

b. Silence du consommateur

(i) *Principe : pas d'acceptation*

D'après le **principe de confiance**, le silence du consommateur opposé à l'offre de modification unilatérale des conditions générales ne vaut pas acceptation²⁹⁷⁸. Cela est d'autant plus valable si l'utilisateur tente, par l'absence de réaction de son vis-à-vis, d'obtenir une modification « indue » du contrat²⁹⁷⁹.

1596

Les **circonstances habituelles de la conclusion du contrat de consommation** excluent de considérer que le silence du consommateur implique une déclaration d'acceptation valable. Ces circonstances sont, notamment, l'intégration globale des conditions générales – donc l'absence d'une véritable prise de connaissance (*supra* N 1496 ss) – le caractère souvent défavorable de la modification unilatérale envisagée ou encore l'absence de véritable relation de confiance entre les parties (sur le critère de la relation de confiance qualifiée excluant la typicité consumériste, *supra* N 848 ss)²⁹⁸⁰.

1597

Cependant, même en présence d'un contrat de consommation, il devrait être **exceptionnellement possible** de considérer que le silence vaut acceptation. Tel pourrait être le cas lorsque l'offre est particulièrement avantageuse pour le consommateur (« nature spéciale de l'affaire », art. 6 CO)²⁹⁸¹. Afin d'éviter que la nature *a priori* favorable de l'offre ne soit détournée à son détriment (ex. octroi d'un avantage en contrepartie de la suppression d'un délai de résiliation), il convient d'opter pour une interprétation restrictive. Ce n'est ainsi que si l'offre avantage exclusivement le consommateur (ex. réduction des frais de gestion d'un compte uniquement) que son silence pourra valoir acceptation.

1598

(ii) *Clause contractuelle originaire selon laquelle le silence vaut acceptation*

Il arrive que le contrat originaire stipule que le silence sur la requête unilatérale de modification de l'utilisateur vaut acceptation²⁹⁸². Contenue dans des

1599

²⁹⁷⁸ Sur le principe, sous l'angle du droit privé allemand, selon lequel le silence ne constitue, en règle générale, pas une manifestation de volonté, Palandt/GRÜNEBERG, § 308 N 28.

²⁹⁷⁹ BK OR-SCHMIDLIN, art. 6 N 54 : « *Vertragsänderungen dürfen nicht heimlich erschlichen werden und verdienen keinen Vertrauensschutz* ».

²⁹⁸⁰ RUSCH/HUGUENIN, p. 39 s.

²⁹⁸¹ Comp. CHK OR-KUT, art. 6 N 7.

²⁹⁸² RUSCH/HUGUENIN, p. 38 ; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 6 N 14 ;

conditions générales, une telle clause sera **généralement insolite voire abusive**²⁹⁸³. Elle s'avère particulièrement surprenante pour un consommateur adhérent globalement aux conditions générales. De bonne foi, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur ne peut s'attendre à pareille renonciation au principe – qui le protège souvent – selon lequel « son silence ne vaut pas acceptation ».

1600

En outre, une clause **imputant une manifestation de volonté fictive au consommateur** devrait être présumée abusive au sens de l'art. 8 LCD (comp. ch. 1 let. c annexe à la Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives²⁹⁸⁴). En effet, elle revient à contourner le droit dispositif, en empêchant que le consommateur ne puisse remettre en cause la modification du contrat au moment où elle est entreprise. Ce faisant, l'utilisateur impose au destinataire de reconnaître au silence une portée que ce dernier n'envisage généralement pas d'une manière « naturelle ». Des devoirs d'information spécifiques à charge de l'utilisateur ou un délai raisonnable d'opposition du consommateur (comp. § 308 ch. 5 BGB « *fingierte Erklärungen* »²⁹⁸⁵) permettraient peut-être de remédier à certaines imperfections du droit suisse actuel en la matière²⁹⁸⁶.

1601

La validité de l'intégration des conditions générales suppose encore l'**absence de vices du consentement** (E).

²⁹⁸³ Comp. RUSCH/HUGUENIN, p. 38 ss.

²⁹⁸⁴ La disposition présume abusive la clause qui prévoit « *un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté* ».

²⁹⁸⁵ La teneur de cette disposition est la suivante : « *in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam 5. (Fingierte Erklärungen) eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen* ».

²⁹⁸⁶ RUSCH/HUGUENIN, p. 38 ss.

E. Absence de vices du consentement

1. Définition

a. Fondements

En droit suisse, la portée pratique et le débat scientifique concernant les vices du consentement en lien avec les conditions générales et, en particulier, leur intégration sont **marginaux**²⁹⁸⁷. Les motivations à la source de la réglementation de ces vices se fondent d'ailleurs plutôt sur la conception d'un contrat négocié individuellement, caractéristique (bien) moins présente dans les rapports de consommation (sur la priorité des clauses individuellement négociées, *supra* N 1445 ss)²⁹⁸⁸. 1602

Cela étant, une partie de la doctrine reconnaît, à juste titre, la possibilité, pour le consommateur, de **contester la validité du contrat** en invoquant les règles générales sur les vices du consentement²⁹⁸⁹. En effet, l'application de ce correctif de droit commun ne doit pas être écarté du fait de l'existence d'un rapport de consommation et, le cas échéant, de moyens de protection spécifiques. 1603

b. Méthodologie

L'analyse de la validité des conditions générales sous l'angle des vices du consentement (cf. art. 23 ss CO) s'intègre dans le **contexte général du contrôle du consentement des parties** (« *Konsenskontrolle* »)²⁹⁹⁰. L'examen ne porte alors pas strictement sur l'intégration des conditions générales, mais sur l'existence d'un vice éventuel chez l'une des parties lors la conclusion du contrat (sur l'examen général de la validité du contrat, *supra* N 138 ss)²⁹⁹¹. Toutefois, cet examen s'inscrit dans une phase ultérieure à celle de l'intégration ; d'un point de vue strictement systématique, il devrait même 1604

²⁹⁸⁷ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 274, ndbp 1203 : « *dieser Aspekt wird in der Lehre kaum diskutiert und spielt auch in der Praxis – soweit ersichtlich – keine Rolle, weshalb er an dieser Stelle nicht weiterverfolgt, sondern – systematisch nicht ganz richtig – im Rahmen der Gültigkeitskontrolle aufgeführt wird* ».

²⁹⁸⁸ SCHULZE/ZOLL, p. 158.

²⁹⁸⁹ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 75.

²⁹⁹⁰ PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 206 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 75.

²⁹⁹¹ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 274.

s'envisager après les contrôles d'interprétation (*infra* N 1628 ss) et de contenu (*infra* N 1754 ss, en part., N 1757). L'analyse des vices du consentement vise, cela dit, à déterminer si l'intégration ne doit pas tout de même être niée en raison d'une volonté « interne » divergente de l'une des parties dans la formation de sa volonté ; il n'en demeure pas moins qu'il s'agit toujours d'une question liée au contrôle du consentement²⁹⁹². C'est la raison pour laquelle nous traitons desdits vices à ce stade.

1605 Nous aborderons succinctement l'**erreur** (2), le dol (3) et la crainte fondée (4). Quelque peu en marge, nous présenterons encore la lésion (5).

2. Erreur

1606 L'erreur en lien avec le contrat de consommation conclu sur la base de conditions générales s'envisage à double titre. On peut distinguer, d'une part, la **situation du consommateur** (a) étant dans l'erreur quant à l'utilisation et le contenu des conditions générales et, d'autre part, la situation du professionnel (b) étant dans l'erreur quant à leur efficacité et leur contenu²⁹⁹³.

a. Situation du consommateur

(i) *Application restrictive*

1607 La doctrine suisse considère **peu utile** le recours à l'erreur (art. 23 ss CO) pour le destinataire de clauses préformulées. Les conditions d'application de l'erreur seraient trop restrictives²⁹⁹⁴. Il reste néanmoins intéressant de rappeler que les règles sur l'erreur se réfèrent expressément au concept de « loyauté commerciale » (cf. art. 24 al. 1 ch. 4 CO)²⁹⁹⁵.

1608 Il est vrai, la conclusion de la très grande majorité des contrats de consommation intervient **sans lecture et sans prise de connaissance du contenu des conditions générales**. Le consommateur s'accommode souvent – même

²⁹⁹² CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 75.

²⁹⁹³ Pour ces développements en droit allemand, MEDICUS/PETERSEN, N 418 ss. Cf. l'excellent article de LOEWENHEIM (qui date cependant de 1980).

²⁹⁹⁴ Spécifiquement en lien avec la contestation d'une modification unilatérale des conditions générales, RUSCH/HUGUENIN, p. 37.

²⁹⁹⁵ Nous n'approfondissons pas cette notion de « loyauté commerciale » du point de vue des rapports entre le CO et la LCD.

implicitement – du risque d'une erreur portant sur les conditions générales et leur contenu²⁹⁹⁶. Dans la mesure où l'intégration globale est largement admise (*supra* N 1496 ss), on pourrait donc effectivement douter de l'efficacité d'un recours aux règles sur l'erreur (art. 23 ss CO). En particulier, le principe du « *take it or leave it* » conduira souvent à considérer que le consommateur aurait quand même conclu le contrat s'il ne s'était pas trompé (cf. art. 24 al. 1 ch. 4 CO)²⁹⁹⁷.

Toutefois, il reste imaginable que le consommateur, nonobstant le respect de la règle de l'accessibilité par l'utilisateur – laquelle ne garantit pas encore une compréhension et une lecture effectives des conditions générales (*supra* N 1516 s.) – **ne remarque, de bonne foi, pas que le contrat qu'il conclut est entièrement soumis à des conditions générales ou qu'il ait une conception erronée de leur contenu**²⁹⁹⁸. En outre, en cas de contrat conclu par Internet, l'identité du contractant n'est certes souvent pas essentielle (cf. art. 24 al. 1 ch. 2 CO)²⁹⁹⁹. Une erreur dans la transmission de la manifestation de volonté (art. 27 CO) devrait toujours pouvoir s'envisager dans ce contexte³⁰⁰⁰.

Par principe, on ne devrait ainsi pas nier la possibilité, pour le destinataire, de **recourir à l'erreur lorsque le contrat prévoit des conditions générales**. Un tel recours devrait même pouvoir s'envisager pour un contenu préformulé n'étant ni insolite ni abusif. Le principe cardinal de l'autonomie de la volonté empêche³⁰⁰¹, en effet, de considérer comme nécessairement liée une personne pour le seul motif que la clause préformulée aurait un contenu « acceptable »³⁰⁰². Il nous paraît en définitive que l'erreur du consommateur sur l'intégration des conditions générales ne devrait pas être considérée comme

²⁹⁹⁶ On pourrait évoquer ici *mutatis mutandis* un « dol éventuel ». Comp. ATF 64 II 355, consid. 2 (dispositions réglementaires imprimées au verso d'un certificat de dépôt de titres) : « *denn wer ein Schriftstück unterschreibt und damit einem andern eine Erklärung abgeben will, ohne sich um dessen Inhalt zu kümmern, muss dieses gegen sich gelten lassen, sofern nicht dem Empfänger bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei* (vgl. BGE 32 II 286 ; 41 II 455 ; 45 I 46 und 54 I 74 f. ».

²⁹⁹⁷ MORIN, *Clauses contractuelles*, p. 509.

²⁹⁹⁸ MEDICUS/PETERSEN, N 419.

²⁹⁹⁹ BOCK, p. 327.

³⁰⁰⁰ BK OR-SCHMIDLIN, art. 27 N 20 ss. Pour un ex. d'erreur en droit allemand – toutefois sans lien avec la problématique de l'intégration des conditions générales – mais liée au transfert des données dans le chef de la partie invitant l'autre à faire une offre, NJW 2005, 976.

³⁰⁰¹ Notre affirmation doit évidemment déjà être nuancée au regard du principe de la confiance protégeant le partenaire contractuel.

³⁰⁰² MEDICUS/PETERSEN, N 419.

essentielle (« *wesentlich* ») si³⁰⁰³ les conditions générales ne contiennent que des points secondaires, respectivement des obligations secondaires des parties. A l'inverse, si elles contiennent des éléments essentiels, respectivement des obligations principales on admettra peut-être plus aisément une erreur essentielle³⁰⁰⁴.

1611

Admettre plus facilement l'erreur du consommateur permettrait éventuellement de **maintenir le contrat valide dans certains de ces éléments** (cf. art. 20 al. 2 CO³⁰⁰⁵). Contrairement au droit de révocation, dont l'exercice met fin au contrat, la conséquence de la nullité partielle serait intéressante lorsque le maintien du contrat favorise le consommateur. L'importance du *favor negotii*³⁰⁰⁶ – dont le fondement est l'art. 2 al. 1 CO et qui a pour corollaire l'art. 20 al. 2 CO (cf. art. 5:106 ECL)³⁰⁰⁷ – serait d'ailleurs d'autant plus marquée en droit de la consommation³⁰⁰⁸. Le constat du « *take it or leave it* » (*supra* N 1439) devrait conduire l'interprète à admettre restrictivement la nullité totale du contrat de consommation, ce qui doit être distingué de la question, plus spécifique, de la conséquence de la nullité d'une clause abusive (*infra* N 1798). On notera, enfin, qu'un recours à l'erreur rendrait éventuellement superflue la question du caractère abusif ou³⁰⁰⁹ insolite de la clause préformulée³⁰¹⁰.

³⁰⁰³ Pour l'origine de ces développements et de ces rapprochements, mais en lien avec l'erreur dans la déclaration (« *Erklärungsirrtum* »), BK OR-SCHMIDLIN, art. 23/24 N 31.

³⁰⁰⁴ Dans ce sens, mais en lien avec le contrat d'assurance, SCHAEER, § 12 N 1 ss et 12. D'après cet auteur, doivent être considérés comme essentiels, notamment, la prime, le risque assuré, la détermination de la chose assurée ou encore la durée du contrat.

³⁰⁰⁵ Pour l'application par analogie de l'art. 20 al. 2 CO aux règles sur les vices du consentement, KRAMER, Methodenlehre, p. 217, citant l'ATF 107 II 419, consid. 2 = JdT 1982 I 380. Comp. ATF 130 III 49, consid. 3.2 (contestation partielle pour cause d'erreur).

³⁰⁰⁶ ATF 45 II 68 cité in : DAEPEN/REYMOND, p. 34 : « *il faut, dans le doute, préférer l'interprétation qui maintient en force le rapport de droit* » ; ATF 110 II 141, consid. 2a.

³⁰⁰⁷ MORIN, Art. 2 CO, p. 466, 470 et 473.

³⁰⁰⁸ Comp. ATF 110 II 141, consid. 2a (achat de meubles par un particulier) : « *une clause peu claire doit, autant que possible, être interprétée dans un sens lui donnant une signification* ».

³⁰⁰⁹ Réf. est faite au contrôle caché de contenu qu'opère la règle de l'insolite et qui confère à la règle une pertinence, non seulement sous l'angle du contrôle de l'intégration – prioritaire à l'examen d'un vice du consentement – mais également du contenu (*infra* N 1819 ss).

³⁰¹⁰ Dans ce sens, pour le droit allemand, MEDICUS/PETERSEN, N 419.

(ii) *Droit allemand*

La doctrine allemande se prononce plus avant sur l'erreur en rapport avec l'accord des parties quant à l'intégration des conditions générales. Un recours aux règles sur l'erreur (§ 119 BGB) est possible si le destinataire des conditions générales n'était **pas au clair au sujet du contenu des conditions générales ou de la signification de son comportement** en tant que comportement propre à entraîner l'intégration des conditions générales³⁰¹¹. 1612

Le recours à l'erreur suppose tout de même que **le destinataire n'ait pas eu d'attentes et de représentations concrètes** quant au contenu des conditions générales. En d'autres termes, il ne doit pas avoir signé le contrat « à l'aveugle »³⁰¹², à savoir sans se préoccuper de leur contenu ou même de leur existence. Face un contrat de consommation, ce dernier critère empêchera souvent le recours efficace aux règles sur l'erreur. Il n'en demeure pas moins que ce moyen reste peut-être un « garde-fou » intéressant. 1613

b. *Situation du professionnel*

Le comportement du professionnel invoquant l'erreur en lien avec l'intégration et le contenu de conditions générales pour se soustraire au contrat représentera fondamentalement un **abus de droit**³⁰¹³. 1614

En droit allemand, l'utilisateur des conditions générales ne peut invoquer les règles sur l'erreur pour le motif **que les conditions générales n'auraient pas été intégrées au contrat en raison d'une inadvertance de sa part**³⁰¹⁴. Cette solution s'explique par l'existence d'une disposition réglant explicitement les conséquences juridiques de l'absence d'intégration et d'inefficacité des conditions générales (cf. § 306 BGB)³⁰¹⁵. *De lege lata* pour le droit suisse, et en l'absence de disposition spécifique similaire pour les conditions générales (comp. art. 20 al. 2 CO)³⁰¹⁶, il faudrait peut-être admettre que le professionnel 1615

³⁰¹¹ WOLF/NEUNER, § 47 N 34.

³⁰¹² WOLF/NEUNER, § 47 N 34.

³⁰¹³ Comp. sous l'angle de la LCD, FF 2009 5539, 5566 : « effectuer un contrôle des CG au profit de l'auteur semble de prime abord exclu pour la simple raison que celui qui invoque la déloyauté de CG qu'il a lui-même rédigées a un comportement contradictoire qui ne mérite pas d'être protégé ».

³⁰¹⁴ WOLF/NEUNER, § 47 N 34.

³⁰¹⁵ WOLF/NEUNER, § 47 N 34.

³⁰¹⁶ Il est certes assez largement admis que les conséquences juridiques de la violation de l'art. 8 LCD s'évaluent à l'aune de l'art. 20 CO (FF 2009 5539, 5568), il n'en demeure pas moins

puisse exceptionnellement tenter de recourir aux règles sur l'erreur dans cette hypothèse spécifique.

1616 Qu'en est-il du **dol** (3) ?

3. **Dol**

a. Principe

1617 Un dol (art. 28 CO) **paraît concevable** en lien avec l'intégration des conditions générales.

1618 La doctrine fournit **l'exemple** d'un contrat d'assurance-maladie privée conclu avec un assureur étranger et où l'assureur, par des conditions générales trompeuses, donne l'impression, en réalité erronée, d'offrir une couverture identique à l'assurance-maladie de base suisse³⁰¹⁷. On pourrait également imaginer que l'utilisateur nie toute valeur à une convention orale annexe passée antérieurement avec le consommateur, laquelle serait pourtant, par hypothèse, prioritaire aux conditions générales (comp. *supra* N 1445 ss)³⁰¹⁸. L'utilisateur pourrait alors tromper le consommateur au stade des négociations en vue de l'amener à conclure un contrat différent de celui souhaité et même négocié.

b. Lien avec le devoir d'information précontractuel

1619 Sous l'angle du **devoir d'information précontractuel général** du professionnel, le fait d'entretenir chez le consommateur une erreur pour l'amener à conclure le contrat est susceptible d'être constitutif d'un dol par omission (*supra* N 909 et 919). Il reste potentiellement imaginable que le professionnel trompe sciemment le consommateur sur la signification et la portée réelles d'une ou de plusieurs clause(s) de conditions générales.

1620 En lien avec le **devoir d'information précontractuel spécifique**, toutefois, l'hypothèse d'un dol de l'utilisateur paraît plus difficilement concevable. En

qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une disposition spécifique à l'instar du § 306 BGB en particulier. Cf. ég. DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 391 et les réf. citées, ainsi que PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 221. *Contra*, KUONEN, Envol manqué, p. 29 ss.

³⁰¹⁷ En lien avec des conditions générales ambiguës, CHATTON, p. 499. Il est cependant à relever que l'ambiguïté des clauses touche plutôt le domaine de la règle *in dubio contra stipulatorem*, *infra* N 1675 ss.

³⁰¹⁸ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 252.

adoptant un tel devoir, le législateur règle souvent directement les conséquences de leur violation (comp. *supra* N 977). Dans la mesure où la protection envisagée est généralement abstraite, cette solution reste souvent plus favorable pour le consommateur ; il n'a pas à démontrer avoir subi un dol et que ce dernier a influencé de façon déterminante sa volonté de contracter³⁰¹⁹.

c. Lien avec la règle de l'accessibilité

Le dol **devrait en principe être nié** pour le seul motif que les conditions générales n'auraient pas été accessibles au consommateur avant leur intégration. Les conséquences spécifiques de l'absence d'accessibilité (sur le défaut d'accessibilité, *supra* N 1540 ss) interviennent en amont, soit dans le contexte de l'examen de l'existence d'un accord. Conformément à la théorie des deux niveaux, en cas de défaut d'accessibilité pertinent (*supra* N 1542 ss), la question du dol est de toute manière superflue, le consentement du consommateur faisant originellement défaut.

1621

Qu'en est-il de la **crainte fondée** (4) ?

1622

4. Crainte fondée

La crainte fondée (art. 29 s. CO) est théoriquement envisageable en lien avec l'intégration des conditions générales. On renvoie à cet égard aux motifs et aux conditions retenus par la **doctrine du point de vue du régime général**³⁰²⁰.

1623

Pour le consommateur, la **crainte de ne pas trouver d'autre partenaire contractuel** que l'utilisateur des conditions générales ne devrait pas constituer une crainte suffisante pour invalider le contrat. Du point de vue civil, l'utilisateur ne devrait en principe pas avoir à assumer le fait que le consommateur ne trouve pas un autre contractant³⁰²¹. La lutte contre des situations abusives sur le marché doit rester dévolue au droit de la concurrence *stricto sensu* (comp. *supra* N 185 s.).

1624

Qu'en est-il encore du **cas particulier** de la **lésion** (5) ?

1625

³⁰¹⁹ Pour le fardeau de la preuve en cas de dol, CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 61.

³⁰²⁰ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 29,30 N 5 ss.

³⁰²¹ En lien avec la lésion (art. 21 CO), MORIN, *Clauses contractuelles*, p. 509.

5. Cas particulier : lésion

1626

Une lésion (art. 21 CO) **est difficile à concevoir** en lien avec l'intégration des conditions générales. Comme le rappelle SCHMIDLIN, l'abus des conditions générales à des fins usuraires n'entre pas dans le champ d'application de la disposition³⁰²². Cette dernière vise le rapport entre la prestation et la contreprestation, non les autres éléments du contrat³⁰²³. En outre, la condition de la gêne au sens de l'art. 21 CO n'est dans la règle pas remplie du seul fait qu'une partie ait été placée dans l'alternative de conclure le contrat aux conditions dictées par l'autre partie ou d'aller voir ailleurs (« *take it or leave it* »)³⁰²⁴.

1627

Après le contrôle de la validité de l'intégration des conditions générales, il y a lieu de procéder à leur **interprétation** (III).

III. Interprétation

A. Notion

1628

Après l'examen de la validité de l'intégration des conditions générales, il convient de les interpréter, afin d'en identifier le sens. Nous présentons les **types** (B) d'interprétation et les règles spéciales (C et D). A titre d'excursus, nous traiterons de l'interprétation défavorable (E).

B. Types

1629

La conception de l'interprétation des conditions générales peut-être **individuelle et concrète** (1) ou générale et abstraite (2).

³⁰²² CR CO I-SCHMIDLIN, art. 21 N 10.

³⁰²³ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 21 N 10.

³⁰²⁴ MORIN, *Clauses contractuelles*, p. 508 s.

1. Individuelle et concrète

a. Principe

(i) Application des règles d'interprétation contractuelles

En droit suisse des contrats, les conditions générales s'interprètent **selon les principes contractuels ordinaires**³⁰²⁵ (*supra* N 1443). Les clauses préformulées évoluent donc dans le domaine du consensuel, non du normatif³⁰²⁶. D'après la jurisprudence constante du TF, l'interprétation intervient en premier lieu selon la méthode subjective, subsidiairement par la méthode objectivée selon le principe de la confiance (sur la priorité de l'interprétation subjective, *supra* N 118 ss ; comp. nos précisions en lien avec les conditions générales directement *infra* N 1632 ss).

1630

Sans être incontesté³⁰²⁷, cet ordre interprétatif en « cascade » est largement admis³⁰²⁸. Il **convient quoi qu'il en soit d'appliquer une interprétation individuelle et concrète** des conditions générales³⁰²⁹. La priorité de l'interprétation subjective sur l'interprétation objective (*supra* N 118 ss) écarte, *a priori*, les modalités d'interprétation propres à la loi (littérale, systématique, téléologique et historique), s'agissant des clauses contractuelles concernées.

1631

³⁰²⁵ GAUCH, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*, p. 218 s. ; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 513.

³⁰²⁶ Arrêt du TF 4C.347/2003 du 01.04.2003, consid. 3.1.2 ; arrêt du TF 4C.282/2003 du 15.12.2003, consid. 3.1. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 241. Sur la controverse de la théorie contractuelle et de la théorie réglementaire rencontrée en France au début du XIX^e siècle, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 10 et les réf. citées.

³⁰²⁷ Pour une critique justifiée de la distinction entre l'interprétation subjective et objective, et de la priorité de la première par rapport à la seconde, BK OR-MÜLLER, art. 18 N 70 ss.

³⁰²⁸ ATF 133 III 675, consid. 3.3 (interprétation de conditions générales d'assurance). BK OR-KRAMER, art. 1 N 218 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 237 s. ; CR CO I-MORIN, art. 1 N 174 ; KOLLER, *AGB-Recht*, p. 291 ; PICHONNAZ, *Quelques réponses*, p. 211 et les réf. citées ; WALKER, p. 66 ss ; BSK OR I-WIEGAND, art. 18 N 55.

³⁰²⁹ ATF 110 II 141, consid. 2b (interprétation de conditions générales dans un contrat portant sur l'achat de meubles par un particulier) : « *il sied également de prendre en considération la manière dont les parties elles-mêmes ont compris une clause et l'ont interprétée* ». BIERI, *Réflexions*, p. 50 ; GAUCH, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung*, p. 219 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1241 ; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 515 ; BK OR-KRAMER, art. 1 N 218 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 236 ss ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 229 ss ; PICHONNAZ, *Quelques réponses*, p. 211 ; SHK UWG-PROBST, art. 8 N 204 ; WALKER, p. 66 ; BSK OR I-WIEGAND, art. 18 N 55.

Pour l'art. 8 LCD, la question de l'admissibilité d'une interprétation abstraite reste toutefois controversée (*infra* N 1652 ss et N 1791)³⁰³⁰.

(ii) *Spécificités des conditions générales*

1632

L'affirmation selon laquelle les conditions générales relèvent du domaine du consensuel (*supra* N 1443 et 1630 s.) appelle, sinon une réserve, à tout le moins une précision. Elle s'avère nécessaire en raison de certaines spécificités liées aux conditions générales, en tant qu'elles sont appelées à **régir de nombreux contrats similaires ou identiques**, avec un nombre indéterminé de destinataires. Leur nature effective se rapproche souvent de celle d'une loi, unilatéralement établie par le professionnel, dont le but est la rationalisation et l'optimisation économiques (sur les fonctions et caractéristiques des conditions générales, *supra* N 1434 ss). En cas de litige, cette nature « quasi-normative » impliquera souvent inévitablement une approche moins individualisée et plus détachée de la volonté subjective, singulièrement de la partie destinataire.

1633

Par rapport au rattachement nécessairement subjectif qu'elle consacre (*supra* N 122 s.), la méthode subjective ne semble donc pas nécessairement la plus adaptée. En présence de conditions générales intégrées globalement, la réelle et commune intention des parties ne peut d'ailleurs souvent plus être déterminée avec précision³⁰³¹. L'acceptation globale est par ailleurs possible même en l'absence de lecture des clauses préformulées (*supra* N 1496 ss)³⁰³². Dans ce contexte, le **texte des clauses sert souvent, inévitablement, de point de départ à la démarche interprétative**³⁰³³. Une partie de la doctrine reconnaît que les conditions générales doivent en premier lieu s'interpréter selon leur texte (interprétation grammaticale), ensuite d'après les circonstances prévalant au moment de la conclusion du contrat (interprétation historique) et, enfin, par

³⁰³⁰ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 164 et les réf. citées, étant précisé que l'auteur se prononce en faveur d'une pesée des intérêts concrète lors de l'analyse de l'élément constitutif de la contrariété à la bonne foi.

³⁰³¹ Par ex. arrêt du TF 4A_291/2016 du 27.06.2016, consid. 3 : « *il n'est d'ordinaire pas possible de mettre en évidence une intention réelle et commune des deux parties sur des points que l'une d'elles a réglés seule et par avance dans les conditions générales; le juge doit donc rechercher comment le texte pouvait être compris de bonne foi, selon le principe de la confiance (cf. ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412; 133 III 675 consid. 3.3 p. 681), par celle des parties qui a adhéré aux conditions convenues sans avoir pris part à leur rédaction* ». KRAMER/PROBST/PERRIG, N 238.

³⁰³² PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 213 : « *les conditions générales font essentiellement l'objet d'une intégration globale, sans lecture ni discussion du contenu* ».

³⁰³³ ATF 122 III 118, consid. 2a ; arrêt du TF 5C.108/2001 du 27.02.2002, consid. 3b.

l'observation du lien entre les différentes clauses (interprétation systématique)³⁰³⁴.

Comme conséquence directe, l'ordre communément admis pour l'interprétation des conditions générales entraîne donc souvent l'applicabilité directe du principe de la confiance³⁰³⁵. Spécifiquement pour le contrat d'assurance privée, le TF a même déjà directement fondé l'interprétation des conditions générales sur ce principe, sans se prononcer plus avant sur la priorité de l'interprétation subjective³⁰³⁶. Notre Haute Cour semble d'ailleurs appliquer une interprétation « en principe » individuelle-concrète aux conditions générales, y compris des assurances et des banques. Dans son résultat, elle se rattacherait pourtant **régulièrement à des éléments d'interprétation objectifs**³⁰³⁷. La tournure choisie par la Cour suprême témoigne à cet égard d'une certaine souplesse méthodologique. On rappellera, qu'en présence d'une clause ambiguë (sur la règle *in dubio contra stipulatorem*, qui est d'application subsidiaire, *infra* N 1675 ss), le TF préfère lui donner un sens correspondant au droit dispositif³⁰³⁸, c'est-à-dire conforme à la loi.

1634

³⁰³⁴ BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 138 précise que l'élément d'interprétation téléologique n'est pas mentionné par le TF. Comp. ATF 122 III 118 = JdT 1997 I 805.

³⁰³⁵ Par ex. ATF 110 II 141, consid. 2b : « les conditions générales doivent être interprétées selon les règles de la bonne foi; un doute doit être interprété contre celui qui les a rédigées (ATF 100 II 153, 99 II 76, 93 I 328, 87 II 95, 242 et références) ». CR CO I-WINIGER, art. 18 N 146 s. Cf les nombreux arrêts cités par BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 136 en ndbp 125 sur la jurisprudence du TF quant à l'applicabilité du principe de la confiance aux contrats conclus avec des conditions générales (« AGB-Verträge »).

³⁰³⁶ Par ex. ATF 112 II 245, consid. 1c : « les règles générales sur l'interprétation des contrats (art. 2 al. 1 CC, art. 18 CO) s'appliquent dans l'assurance privée (ROELLI/KELLER, p. 456 par. 2), pour déterminer la volonté des parties dans chaque espèce, à savoir la portée de leurs déclarations selon le principe dit de la confiance et les règles de la bonne foi, ce qui relève de l'application du droit (ATF 90 II 455 en haut). Ces déclarations doivent être interprétées d'après le sens que le destinataire pouvait raisonnablement leur attribuer en les considérant comme réellement voulues, vu leur but (ATF 37 II 82/83) et l'ensemble des circonstances connues des parties ou qui pouvaient l'être (ATF 107 II 418 consid. 6), notamment en raison de l'attitude antérieure du déclarant (ATF 90 II 454 consid. 3) ».

³⁰³⁷ ATF 126 III 388, consid. 9d (« en principe ») ; arrêt du TF 4A_517/2013 du 02.04.2014, consid. 4 (« grundsätzlich »). KRAMER/PROBST/PERRIG, N 242 s. rappellent que l'interprétation individuelle-concrète ne vaut pas pour les dispositions normatives d'une convention collective de travail ou des statuts d'une société avec des effets externes ou en cas de litiges en dehors de cercles relationnels restreints. Comp. FRANÇOIS, p. 161 ss approfondissant la question du contrôle objectif de l'inclusion des conditions générales dans le contrat.

³⁰³⁸ Arrêt du TF 4A_585/2012 du 01.03.2013, consid. 3.

1635 Quelle est l'**incidence** (b) de cette tension entre l'application des règles interprétatives contractuelles ordinaires et les spécificités liées à la nature intrinsèque des conditions générales ?

b. Incidence

(i) *Pertinence des éléments individuels et concrets*

1636 En vertu de l'interprétation selon le principe de la confiance, le sens de la clause correspond à celui compris par une personne raisonnable et honnête placée dans les mêmes circonstances³⁰³⁹. Par le truchement de cette règle, on procède *eo ipso* à une **objectivisation relative dans l'approche interprétative des conditions générales** (sur l'approche interprétative objective-concrète, comp. *supra* N 130 ss et 594 ss)³⁰⁴⁰.

1637 L'assise théorique pertinente reste **l'évaluation en fonction d'éléments individuels et concrets**, par exemple les circonstances ayant accompagné la conclusion du contrat³⁰⁴¹. L'approche individuelle et concrète permet ainsi de conserver la qualification des conditions générales en tant que dispositions contractuelles et, partant, à leur nier, *in fine*, un caractère normatif³⁰⁴². Une même clause est en conséquence susceptible de se voir conférer une interprétation différente, notamment selon la relation concrète entre parties et l'ensemble des éléments à disposition de l'interprète³⁰⁴³.

(ii) *Limites liées à l'utilisation des conditions générales*

1638 Cela étant, les modalités interprétatives des conditions générales **se rapprochent régulièrement d'une interprétation standardisée** (« *standardisierte Interpretation* »³⁰⁴⁴), voire allant dans le sens d'une application immédiate des canons d'interprétation légaux (comp. *directement*

³⁰³⁹ ATF 122 III 106, consid. 5a = JdT 1997 I 98 ; ATF 121 III 118, consid. 4a/aa = JdT 1995 I 274. PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 211.

³⁰⁴⁰ Dans ce sens, RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 206.

³⁰⁴¹ BK OR-KRAMER, art. 1 N 218 ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 229 ss.

³⁰⁴² BSK OR I-WIEGAND, art. 18 N 55.

³⁰⁴³ GAUCH, Auslegung, Ergänzung und Anpassung, p. 215 donne l'ex. de certaines conditions figurant dans la norme SIA-118 et qui peuvent avoir une signification différente selon le contrat individuellement conclu ; BSK OR I-WIEGAND, art. 18 N 55.

³⁰⁴⁴ HADZIMANOVIC, p. 122.

infra N 1640 ss)³⁰⁴⁵. Les conditions générales acquièrent ainsi progressivement un caractère général et abstrait, la négociation privée cédant le pas à un rapport de subordination entre le professionnel et le destinataire *mutatis mutandis* similaire à celui existant entre l'Etat et l'administré (« *quasi-hoheitliche Subordination* »)³⁰⁴⁶.

L'approche consacrée peut donc parfois se rapprocher d'une interprétation **générale et abstraite** (2), ce qu'il convient de préciser.

1639

2. Générale et abstraite

a. Principe

(i) Application des règles d'interprétation légales

L'interprétation générale et abstraite (ou uniforme et abstraite ; « *einheitliche Auslegung* ») des conditions générales implique de leur concéder une **portée comparable à celle d'un texte légal**³⁰⁴⁷. En particulier, l'interprétation se fait alors sans égard aux circonstances concrètes du cas d'espèce³⁰⁴⁸.

1640

(ii) Conceptions

Au moment d'aborder l'interprétation générale abstraite des conditions générales, il est intéressant de comparer la situation en **droit suisse** (1°) avec l'interprétation normative connue en droit allemand (2°). On présentera encore succinctement un avis de la CJUE (3°).

1641

³⁰⁴⁵ Sur le lien étroit existant déjà entre l'interprétation du contrat et celui de la loi en droit romain et dans le *ius commune*, VOGENAUER, *Auslegung*, p. 135.

³⁰⁴⁶ Par leur ex. pratique en ndbp 113, RUSCH/HUGUENIN, p. 54 semblent rapprocher la publication générale d'une modification unilatérale des conditions générales sur Internet de la publication d'une loi. Cf. ég. en p. 54 : « *stattdessen verhalten sich einige Unternehmen wie Gesetzgeber, die über den Inhalt der Vertragsbeziehung zu ihren Kunden auch nach Vertragschluss einseitig entscheiden* ».

³⁰⁴⁷ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 82 ; SHK UWG-PROBST, art. 8 N 204.

³⁰⁴⁸ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 82 ; SHK UWG-PROBST, art. 8 N 204.

1° Droit suisse. Le droit contractuel suisse n'admet très généralement pas³⁰⁴⁹ le principe d'une interprétation générale (uniforme) et abstraite³⁰⁵⁰ des conditions générales (« *Grundsatz einheitlicher und abstrakter Auslegung der AGB* » ; cf. cep. directement *supra* N 1638 s. pour certaines limites pratiques liées à l'utilisation des conditions générales)³⁰⁵¹. Notre droit connaît en outre un **dualisme du contrôle des conditions générales**, l'un par le droit des contrats (contrôle individuel et concret), l'autre par le droit de la lutte contre la concurrence déloyale (contrôle général et abstrait)³⁰⁵². Sous l'angle de l'art. 8 LCD, une partie de la doctrine considère ainsi que l'interprétation des clauses préformulées s'effectue de manière abstraite³⁰⁵³. Pour un autre courant, si le dualisme du contrôle existe, il doit être nuancé, en ce sens que l'art. 8 LCD imposerait d'observer les circonstances concrètes également³⁰⁵⁴. La nature du contrôle mis en place par l'art. 8 LCD reste donc controversée (comp. *infra* N 1652 ss)³⁰⁵⁵. Un courant doctrinal minoritaire propose encore d'appliquer une interprétation uniforme abstraite et harmonisée des conditions générales en droit suisse également, tant sous l'angle contractuel que celui de la lutte contre la concurrence déloyale. L'argument principal repose sur des considérations liées à la protection du consommateur ; l'interprétation uniforme permettrait de concrétiser la règle d'interprétation, à première vue paradoxale, consistant à retenir le sens de la clause le plus défavorable au consommateur. Le but est alors de parvenir au résultat réputé le plus favorable pour celui-ci, à

³⁰⁴⁹ Comp. cep. ATF 142 III 671, consid. 3.9 : « *nach dem Gesagten musste der Versicherungsvertrag in guten Treuen so verstanden werden, wie auch das Bundesgericht und die Mehrheit der Lehre dies in Bezug auf diesen Versicherungstypus tun : Versichert ist mit der Krankentaggeldversicherung die (krankheitsbedingte) Arbeitsunfähigkeit* ».

³⁰⁵⁰ Cf ATF 73 II 218, consid. 3 : « *diesem Erfordernis ist mit der Aufnahme einer gänzlich unspezifizierten Wegbedingungsklausel in den Vertrag offensichtlich nicht Genüge getan. Eine Rechtsgefährdung entstände, entgegen der Ansicht der Beklagten, gerade dann, wenn man solchen Vereinbarungen, unabhängig von den Begleitumständen des Einzelfalles, schlechthin gültige Wirkung zubilligen wollte* ».

³⁰⁵¹ KOLLER, AGB-Recht, p. 292 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 211 ; BSK OR I-WIEGAND, art. 18 N 55.

³⁰⁵² KRAMER/PROBST/PERRIG, N 100 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 30 ss. ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 47 ss en réf., d'une part, au contrôle des conditions générales sous l'angle contractuel (règles de la clause insolite et de la clause ambiguë) et, d'autre part, sous l'angle du droit de la lutte contre la concurrence déloyale (art. 8 LCD).

³⁰⁵³ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 205 et les réf. citées ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 92.

³⁰⁵⁴ KOLLER TH., 8 UWG, p. 33 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 69. Pour un contrôle concret de l'élément constitutif de la contradiction aux règles de la bonne foi figurant à l'art. 8 LCD, LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 164.

³⁰⁵⁵ WIDMER, N 234.

savoir la nullité de la clause défavorable³⁰⁵⁶. A titre d'excursus, nous reviendrons sur la règle de l'interprétation défavorable (*infra* N 1703 ss).

2° Droit allemand. En droit allemand, et malgré une nature contractuelle non controversée, les conditions générales déploient néanmoins une **portée comparable à celle d'un texte légal**. Elles s'interprètent d'une manière entièrement objective, sans égard aux circonstances concrètes (« *Grundsatz einheitlicher Auslegung* »)³⁰⁵⁷. Ce principe vaut très largement. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, soit lorsque le destinataire pouvait, en fonction de circonstances particulières, avoir une compréhension divergente du sens objectif des conditions générales, que sa compréhension est déterminante³⁰⁵⁸. Le critère d'évaluation habituellement reconnu est la compréhension des conditions générales par un destinataire moyen (« *Durchschnittskunde* »)³⁰⁵⁹. A juste titre, mais sans le remettre fondamentalement en cause, une partie de la doctrine allemande considère que le principe d'une interprétation abstraite et uniforme par le droit des contrats est contraire à l'art. 4 al. 1 Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives³⁰⁶⁰. WOLF/NEUNER relèvent cependant qu'il s'agit d'une controverse purement théorique³⁰⁶¹ ; en pratique, les conditions générales ne sont que rarement négociées. Il ne serait donc pas utile de se fonder sur les circonstances concrètes au moment de la conclusion du contrat. Ces auteurs rappellent dès lors que l'interprétation contractuelle des conditions générales intervient, pour ainsi dire « naturellement », d'après la compréhension

1643

³⁰⁵⁶ Pour le droit suisse, RUSCH, *Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen*, p. 205 défend une application combinée de l'interprétation objectivée avec la règle de l'interprétation défavorable.

³⁰⁵⁷ MüKo BGB II-BASEDOW, § 305c N 22 ss. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1241 ; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 514 ; Palandt/GRÜNEBERG, § 305c BGB N 16 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 211 ; RUSCH, *Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen*, p. 206 ; BSK OR I-WIEGAND, art. 18 N 55 ; WIEGAND, ZBJV 138/2002, p. 341 s. ; WIEGAND, ZBJV 134/1998, p. 698 s.

³⁰⁵⁸ Palandt/GRÜNEBERG, § 305c BGB N 16.

³⁰⁵⁹ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 514.

³⁰⁶⁰ La teneur de l'art. 4 al. 1 est la suivante : « *sans préjudice de l'article 7, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend* ».

³⁰⁶¹ WOLF/NEUNER, § 47 N 46 précisent qu'il s'agit d'une controverse théorique mais relèvent néanmoins, qu'en pratique, l'interprétation contractuelle des conditions générales intervient selon la compréhension que peut en avoir un destinataire moyen appartenant au cercle des clients potentiels.

que peut en avoir un destinataire moyen appartenant au cercle des clients potentiels.

1644

3° Jurisprudence de la Cour de Justice. La CJUE s'est également prononcée sur l'observation des circonstances concrètes entourant la conclusion du contrat dans l'examen du caractère abusif d'une clause préformulée. Saisie à titre préjudiciel d'un litige portant sur l'acquisition d'un logement, elle a considéré que l'existence d'un déséquilibre significatif rendant une clause abusive au sens de l'art. 3 §3 Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives devait s'apprécier en tenant compte de la nature du bien ou du service faisant l'objet du contrat³⁰⁶². Dans ce cadre, il convient de **tenir compte des circonstances ayant entouré la conclusion du contrat, de même que de ses autres clauses** (cf. art. 4 § 1 Directive)³⁰⁶³. Par ailleurs, la Cour a récemment jugé que la circonstance qu'une clause – *a priori* – abusive n'ait pas (encore) été exécutée ne faisait pas obstacle à ce qu'un tribunal national tire toutes les conséquences de ce caractère abusif³⁰⁶⁴ ; il en irait de l'effet dissuasif de la réglementation protectrice contre les clauses abusives³⁰⁶⁵. La déclaration du caractère abusif ne doit effectivement pas dépendre du fait qu'une clause ait ou non été exécutée, à la condition toutefois qu'elle soit couverte par le consentement des parties (sur la validité de l'intégration, *supra* N 1468 ss). Cette opinion ne semble pas remettre en question le principe d'un contrôle observant les circonstances concrètes de l'espèce. Elle a plutôt trait à l'intervention d'office du tribunal en faveur de la protection du consommateur, ce qui n'exclut évidemment pas d'observer les circonstances concrètes de l'espèce dans l'interprétation de la ou des clause(s) considérées.

1645

Quelle est l'**incidence** (b) d'une conception générale et abstraite de l'interprétation des conditions générales ?

b. Incidence

1646

En droit suisse, nous abordons l'incidence de l'interprétation générale et abstraite du point de vue du **droit des contrats** (i) et de la LCD (ii).

³⁰⁶² CJUE, 08.07.2015, BANCO GRUPO CAJATRES, aff. C-90/14, N 30.

³⁰⁶³ CJUE, 12.01.2014, CONSTRUCTORA PRINCIPADO, aff. C-226/12, N 24.

³⁰⁶⁴ CJUE, 11.06.2015, BANCO BILBAO, aff. C-602/13, N 54.

³⁰⁶⁵ CJUE, 11.06.2015, BANCO BILBAO, aff. C-602/13, N 50.

(i) *Droit des contrats*

Par rapport à l'interprétation individuelle et concrète, l'interprétation générale et abstraite se caractérise par un détachement accru de la perspective des contractants³⁰⁶⁶. Une telle méthode interprétative « objective-abstraite » présente **certains avantages lorsqu'elle est appliquée** en droit des contrats. Elle protège ainsi non seulement les parties, mais aussi les tiers – non atteints par la relation contractuelle en vertu de la relativité des conventions – et permet une économie de procédure à large échelle³⁰⁶⁷. En ce sens, elle permet, le cas échéant, une intervention d'ensemble, relevant du domaine contractuel, en faveur d'une partie faible.

1647

Dans un cas concret, le risque est **de reconnaître aux clauses un sens différent** à celui voulu et effectivement compris par les parties³⁰⁶⁸. Aussi, considérer qu'un contrat de consommation n'est jamais ou que rarement négocié est une conclusion vraisemblablement trop hâtive (sur la priorité des clauses individuellement négociées, *supra* N 1445 ss)³⁰⁶⁹. Par exemple, au stade des négociations d'un contrat d'assurance-ménage, il n'arrive pas rarement que le consommateur demande une adaptation du montant de la couverture d'assurance. Cela lui permet d'influer effectivement sur le montant de la prime, laquelle représente d'ailleurs un élément contractuel essentiel (art. 2 CO et 3 al. 1 let. c LCA³⁰⁷⁰).

1648

En outre, admettre, d'une part, le principe de la priorité d'une clause individuellement négociée (*supra* N 1445 ss), et d'autre part, refuser toute pertinence à des éléments concrets sous l'angle de l'interprétation des conditions générales, consacre un **obstacle logique important**³⁰⁷¹ ; le constat de la priorité suppose nécessairement l'examen d'éléments concrets.

1649

³⁰⁶⁶ HADZIMANOVIC, p. 120 *a contrario*.

³⁰⁶⁷ HADZIMANOVIC, p. 120.

³⁰⁶⁸ BK OR-KRAMER, art. 1 N 219 ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 229 ss. Pour une appréciation similaire, mais dans un sens inverse, c'est-à-dire pour justifier le recours à l'interprétation abstraite des conditions générales dans le cadre de la LCD, RUSCH, *Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen*, p. 206 : « würde der Richter im Individualprozess auf die konkreten Verhältnisse abstellen, bestünde die Gefahr, <dass die Entscheidung im Individualprozess auf eine Klausel gegründet wird, die im Verbandsprozess für unwirksam zu erklären wäre>. Es wäre stossend, wenn ein Individualkläger den Prozess verliert, das Gericht aber später im Verbandsverfahren die generelle Nichtigkeit der Klausel doch noch feststellen würde » et les réf. citées.

³⁰⁶⁹ Comp. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 2.

³⁰⁷⁰ BSK VVG Nachf.-KUHN/GEIGER-STEINER, art. 3 N 6.

³⁰⁷¹ BK OR-KRAMER, art. 1 N 219.

La contradiction paraît d'autant plus significative si l'on retient la priorité méthodologique de l'interprétation des conditions générales – la détermination du contenu par l'interprétation³⁰⁷² – par rapport au contrôle de leur contenu (*infra* N 1754 ss)³⁰⁷³. En effet, comment justifier la priorisation d'une interprétation abstraite, c'est-à-dire sans considérations des circonstances entourant la convention des parties, pour ensuite éventuellement (ré)intégrer des éléments concrets au stade de l'analyse du contenu ? Aussi, en consacrant un contrôle formel du consentement du destinataire³⁰⁷⁴, la règle de l'insolite implique à cet égard la vérification de la lisibilité – concrète – de la clause concernée. Par ce biais, la jurisprudence a certes introduit un contrôle caché du contenu (*infra* N 1819 ss), mais qui intervient malgré tout en fonction d'éléments concrets, tels que la lisibilité de la clause, précisément.

1650

À notre avis également³⁰⁷⁵, l'interprétation générale et abstraite des conditions générales devrait donc **être par principe rejetée en droit suisse**. Elle favorise d'ailleurs plutôt les intérêts de l'utilisateur³⁰⁷⁶. Par l'emploi de conditions générales, ce dernier vise et obtient souvent un but de rationalisation lui étant favorable (*supra* N 1434). Or, reconnaître un sens uniforme, applicable à tous les consommateurs indistinctement, revient à les soumettre de manière « absolue » au contenu des conditions générales, notamment en écartant d'emblée toute possibilité de compréhension différente sur la base des circonstances concrètes du cas d'espèce³⁰⁷⁷. La réponse adéquate à la standardisation est donc parfois le maintien d'une certaine individualisation. Autrement dit, la protection abstraite ne garantit pas nécessairement la meilleure protection au consommateur (sur ce mécanisme, *supra* N 200 et *infra* N 2173 ss).

1651

Le caractère de masse des contrats conclus au moyen de conditions générales peut finalement être appréhendé d'une manière moins incisive et plus proportionnée (cf. art. 5 al. 2 Cst.) qu'au travers d'une interprétation générale et abstraite. Dans l'interprétation de telles conditions, dont la portée collective

³⁰⁷² CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 80 ss.

³⁰⁷³ Dans ce sens pour le droit allemand, WOLF/NEUNER, § 47 N 45.

³⁰⁷⁴ DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 387 ; KUONEN, Envol manqué, p. 24.

³⁰⁷⁵ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 515 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 240 ss ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 230.

³⁰⁷⁶ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 227.

³⁰⁷⁷ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 515.

reste marquée, l'**élément systématique** disposerait d'un poids considérable³⁰⁷⁸. Le recours à ce moyen d'interprétation (« *Auslegungsmittel* »³⁰⁷⁹) – à côté des circonstances concrètes, du sens des mots raisonnablement compréhensible pour le consommateur et du but de la réglementation contractuelle – permet d'observer la nature particulière des conditions générales, tout en maintenant fondamentalement l'analyse dans le domaine du contractuel³⁰⁸⁰.

(ii) LCD

Le dualisme prévalant dans la manière d'appréhender l'interprétation des conditions générales trahit l'**absence de cadre dogmatique cohérent** à leur sujet en droit suisse³⁰⁸¹.

Des **difficultés** apparaissent, en particulier, lors de la détermination de la méthode d'examen des conditions générales consacrée par l'art. 8 LCD³⁰⁸². Une partie de la doctrine prône un contrôle abstrait, une autre soutient un contrôle concret³⁰⁸³. L'enjeu reste de décider si le contrôle individuel (dans un contrat spécifique) ou général (en dehors d'un contrat spécifique) s'effectue de manière abstraite (en fonction du consommateur moyen³⁰⁸⁴) ou concrète (en fonction des circonstances entourant la conclusion du contrat)³⁰⁸⁵.

En cas de contrôle abstrait, qu'il intervienne à titre individuel ou général, les éléments externes aux conditions générales ne sont pas pertinents³⁰⁸⁶. Les éléments factuels et les circonstances entourant la conclusion du contrat sont donc notamment écartés de l'examen des conditions générales. L'art. 8 LCD

³⁰⁷⁸ ATF 122 III 118, consid. 2c (contrat d'assurance) = JdT 1997 I 805 : « *bei der Interpretation breit angelegter allgemeiner Vertragsbestimmungen muss der systematischen Auslegung erhebliches Gewicht beigemessen werden [...]* ».

³⁰⁷⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1210 et comp. N 1212 en relation avec N 1232 où les auteurs considèrent que la formulation des conditions générales pour un grand nombre de contrats est une « circonstance » devant être appréhendée en tant que moyen d'interprétation complémentaire (« *ergänzendes Auslegungsmittel* »).

³⁰⁸⁰ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 227 ss. Comp. BK OR-KRAMER, art. 1 N 219.

³⁰⁸¹ SHK UWG-PROBST, art. 8 N 1.

³⁰⁸² BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 89.

³⁰⁸³ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 89 ss.

³⁰⁸⁴ FF 2009 II 5539, 5567.

³⁰⁸⁵ Pour une excellente synthèse des différences entre contrôle individuel, général, abstrait et concret, BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 90.

³⁰⁸⁶ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 92.

dispose alors d'un caractère collectif marqué, même si ses liens avec le droit contractuel demeurent indéniables³⁰⁸⁷.

1655

En cas de contrôle concret appliqué dans un contexte de protection qualitative de la concurrence (*supra* N 187 s.), la ligne de démarcation avec le contrôle recherché par le droit contractuel s'estompe. On peut alors légitimement s'interroger sur la pertinence de l'insertion systématique du contrôle ouvert parmi les dispositions de la LCD. Dès lors, comment pourrait-on appréhender la situation actuelle ?

1656

En observant le **placement systématique de l'art. 8 LCD du point de vue de la protection du consommateur face aux conditions générales**, sa fonction se révèle peut-être. Il est ainsi (très) largement admis que la disposition consacre un contrôle qualifié « d'ouvert » (*infra* N 1769 ss)³⁰⁸⁸, que ce contrôle soit individuel ou général. L'art. 8 LCD s'inscrit ainsi dans le contexte du contrôle de contenu, soit au troisième niveau d'examen des conditions générales. Il intervient après le contrôle de la validité de l'intégration et après celui de l'interprétation (pour des considérations méthodologiques en lien avec l'art. 8 LCD, *infra* N 1779 ss). Les éléments concrets restent donc de toute manière pertinents dans le contexte des contrôles – méthodologiquement antérieurs – de la validité de l'intégration et de l'interprétation des clauses préformulées³⁰⁸⁹. Or, il n'y a a priori aucune raison, dans un cas individuel, d'écarter des éléments concrets au moment de vérifier un éventuel caractère abusif du point de vue du contrôle de contenu³⁰⁹⁰.

1657

En cas d'action collective, l'examen d'une clause doit cependant intervenir de manière abstraite. Pour insatisfaisante que puisse parfois être une telle solution, il est donc imaginable qu'une clause soit déclarée abusive lors d'une action individuelle, mais pas dans le cadre d'un contrôle abstrait à la suite d'une mise en œuvre collective³⁰⁹¹. Cela étant, il ne faut pas perdre de vue que, nonobstant un caractère de masse souvent marqué, les contrats de consommation peuvent présenter des caractéristiques individuelles et spécifiques divergentes ; il ne faut

³⁰⁸⁷ FORNAGE, Mise en œuvre, N 1028 et 1037, dont les affirmations rappellent que le processus d'adoption du nouvel art. 8 LCD indique qu'il dispose une fonction de contrôle ressortant au droit contractuel, nonobstant une intégration dans la LCD ; KOLLER, AGB-Recht, p. 290 ndbp 76.

³⁰⁸⁸ Pour tous les autres, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 102 ss.

³⁰⁸⁹ KOLLER TH., 8 UWG, p. 33.

³⁰⁹⁰ Dans ce sens ECL-JANSEN, art. 6:201 N 10.

³⁰⁹¹ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 183.

pas l'ignorer lorsque le consommateur en appelle, individuellement, au contrôle ouvert de l'art. 8 LCD.

Pour revenir dans le contexte contractuel, jurisprudence et doctrine reconnaissent généralement trois règles spéciales³⁰⁹² d'interprétation des clauses préformulées : l'**interprétation conforme à la loi** (C), la règle de la clause ambiguë (D) et la priorité des clauses individuellement négociées³⁰⁹³. Dans la mesure où cette dernière a déjà été abordée en tant que principe relatif aux conditions générales (*supra* N 1445 ss), nous n'en traiterons plus ici. A titre d'*excursus* nous approfondirons, en revanche, la règle de l'interprétation défavorable (E) ; elle se situe aux confins de l'univers contractuel.

1658

C. Interprétation conforme à la loi

1. Définition

La règle de l'interprétation conforme à la loi (« *Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung* ») est un **principe interprétatif général**³⁰⁹⁴. Elle postule que les conventions qui s'écarteraient du droit dispositif s'interprètent restrictivement³⁰⁹⁵. En cas de doute, l'interprétation à retenir est celle qui correspond au droit dispositif (sur la règle de la priorité, *infra* N 1665 ss ; comp. *infra* N 1669)³⁰⁹⁶. La partie qui souhaite s'en écarter doit alors le faire avec une clarté suffisante (« *hinreichende Deutlichkeit* »)³⁰⁹⁷.

1659

³⁰⁹² Peut-être paradoxalement, il ne s'agit pas de règles spécifiques de protection du consommateur, ni même, selon la conception, de règles propres aux conditions générales.

³⁰⁹³ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 244 ss.

³⁰⁹⁴ EHLE/BRUNDSCHWEILER, p. 267 : « *der Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung wird im besonderen Zusammenhang mit AGB erstaunlich wenig diskutiert, kann im Schweizer Recht jedoch bereits aus den allgemeinen Auslegungsregeln abgeleitet werden* » ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1230 ; BSK OR I-WIEGAND, art. 18 N 39.

³⁰⁹⁵ ATF 115 II 264 consid. 5a = JdT 1990 I 57 ; ATF 113 II 49 consid. 1b = JdT 1987 I 373. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1230.

³⁰⁹⁶ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 213.

³⁰⁹⁷ ATF 126 III 388 consid. 9d ; ATF 122 III 118 consid. 2a = JdT 1997 I 805 ATF 119 II 368 consid. 4b = JdT 1995 I 716 et JdT 1995 I 274 ; ATF 113 II 49 consid. 1b = JdT 1987 I 373. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1230 ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 214.

En rapport avec les conditions générales, l'interprétation conforme à la loi révèle également trois sous-principes³⁰⁹⁸ : la **règle de la restriction** (2), la règle de la priorité (3) et la règle de la cohérence (4)³⁰⁹⁹.

2. Règle de la restriction

La règle de la restriction³¹⁰⁰ (« *Restriktionsprinzip* ») postule que les clauses des conditions générales doivent être **interprétées restrictivement**³¹⁰¹. Elle se fonde sur le fait que les parties au contrat de consommation n'envisagent souvent que des cas « typiques » (ordinaires) au stade de leur intégration.

Il se justifie ainsi de présumer que le consentement du consommateur **ne couvre pas toutes les hypothèses potentiellement appréhendées** par la formule contractuelle utilisée (clause de style)³¹⁰². Cela étant, il reste envisageable qu'une interprétation large soit souhaitée par les parties³¹⁰³. Il appartient à notre avis à la partie qui s'en prévaut de le démontrer.

La règle de la restriction **vaut particulièrement pour** les clauses qui dérogent au droit dispositif³¹⁰⁴, si le consommateur ne renonce pas de manière suffisamment claire à des droits que lui confère la loi³¹⁰⁵, en cas de clause exonératoire de responsabilité aggravant la position du consommateur³¹⁰⁶ ou

³⁰⁹⁸ Vraisemblablement *contra*, dans la mesure où ces auteurs présentent les trois règles en lien avec l'interprétation générale du contrat, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1230 (cf. cep. N 1230a). En faveur de la position de ces auteurs, arrêt du TF 5C.21/2007 du 20.04.2007 consid. 3.1 : « *für die Auslegung gelten die allgemeinen Grundsätze [...]* ».

³⁰⁹⁹ Nos développements se fondent sur KRAMER/PROBST/PERRIG, N 266 ss. Ces auteurs précisent que l'interprétation conforme à la loi sert, en premier lieu, à corriger des clauses d'exonération de responsabilité (ég. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1230a). Il s'agit donc également d'un contrôle caché de contenu de telles clauses, sous couvert de leur interprétation. Comp. ATF 118 II 142, consid. 1a = JdT 1992 I 300.

³¹⁰⁰ Pour cette traduction, BOUVERAT, N 65. L'auteur rappelle que la règle est subsidiaire aux moyens d'interprétation classiques. Comp. ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 497.

³¹⁰¹ Arrêt du TF 5A_865/2011 du 24.05.2012 consid. 3.2. SHK UWG-PROBST, art. 8 N 208 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 267. Par ex., ATF 91 II 344, consid. 2b : « *die streitige Garantieklausel ist daher mangels der erforderlichen Klarheit nicht als Verzicht des Klägers auf die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche aufzufassen* ».

³¹⁰² BOUVERAT, N 65 ; KOLLER, OR AT, § 23 N 69 ss ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 267 ; ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 497 et 499.

³¹⁰³ ZK OR-JÄGGI, art. 1 N 497.

³¹⁰⁴ EHLE/BRUNSCHWEILER, p. 267.

³¹⁰⁵ BOUVERAT, N 65 et les réf. citées.

³¹⁰⁶ ATF 115 II 474, consid. 2d = JdT 1990 I 216. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 267.

encore lorsque la clause préformulée permet à un établissement bancaire d'affaiblir considérablement des garanties de sécurité à fournir aux clients³¹⁰⁷.

La **règle de la priorité** (3) s'envisage lorsque la ou les clause(s) préformulée(s) analysées ne sont pas claires.

1664

3. Règle de la priorité

a. Fondements

La règle de la priorité est en réalité un **cas d'application de la règle de la clause ambiguë** ou, du moins, ne s'en distingue guère³¹⁰⁸.

1665

En cas de doute, la règle de la priorité impose de reconnaître à la clause préformulée un **sens conforme au droit dispositif**³¹⁰⁹. La partie qui entend s'écarter du droit dispositif dans des conditions générales doit donc le faire de manière suffisamment claire. Sous cet angle, la règle de la priorité rejoint celle de la clause ambiguë, en ce qu'elle soutient la concrétisation du principe de transparence incombant à l'utilisateur des conditions générales (sur la règle de l'accessibilité, *supra* N 1507 ss ; sur la règle de la clause ambiguë, *infra* N 1675 ss).

1666

b. Méthodologie

On pourrait discerner dans la règle de la priorité une règle interprétative précédant l'application – celle-ci intervenant à titre subsidiaire (*infra* N 1678) – de la règle de la clause ambiguë. L'incidence pratique de cette affirmation reste à démontrer³¹¹⁰. Le recours au droit dispositif **se confond d'ailleurs généralement avec la version la plus favorable au destinataire de la clause**, ce droit étant réputé préserver équitablement les intérêts des parties³¹¹¹.

1667

³¹⁰⁷ ATF 116 II 459, consid. 2a (devoirs d'une banque en lien avec un livret d'épargne nominatif).

³¹⁰⁸ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 257 et 268.

³¹⁰⁹ Arrêt du TF 4A_585/2012 du 01.03.2013, consid. 3 : « *bei vorformulierten Vertragsbestimmungen hat sich das Gericht dabei vom Prinzip leiten zu lassen, dass bei mehrdeutigen Klauseln jene Auslegung vorzuziehen ist, die dem dispositiven Gesetzesrecht entspricht* ».

³¹¹⁰ Par ex. arrêt du TF 4A_585/2012 du 01.03.2013, consid. 3. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 257.

³¹¹¹ Arrêt du TF 4A_585/2012 du 01.03.2013, consid. 3. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 172.

La règle de la cohérence (4) s'envisage lorsque la ou les clause(s) préformulée(s) reprennent la loi³¹¹².

4. Règle de la cohérence

a. Fondements

En l'absence d'éléments contraires, une disposition reprenant un texte légal doit être interprétée dans le sens de la norme légale en cause³¹¹³. Lorsque les clauses préformulées, valablement intégrées³¹¹⁴, **reprennent mot à mot une ou plusieurs dispositions légales**, leur interprétation doit donc se faire d'après le texte légal³¹¹⁵. Cela ne signifie pas une négation du caractère contractuel des clauses préformulées considérées, leur intégration restant un préalable nécessaire à leur validité entre les parties³¹¹⁶.

L'application de la règle de la cohérence suppose **qu'il n'y ait pas d'autres éléments à disposition de l'interprète**³¹¹⁷, au risque de procéder (directement) à une interprétation générale et abstraite (*supra* N 1640 ss)³¹¹⁸. Exceptionnellement, dans son résultat, l'interprétation d'une clause contractuelle peut donc néanmoins intervenir de manière générale et abstraite, soit précisément lorsque de tels autres éléments font défaut³¹¹⁹.

En outre, lorsqu'une clause préformulée ne fait que **reprendre un principe découlant du système légal**, la règle de l'insolite ou de l'inhabituel (*infra* N 1819 ss) ne trouve pas application³¹²⁰. En principe, nul n'est en effet censé ignorer la loi³¹²¹.

³¹¹² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1230.

³¹¹³ ATF 108 II 149 consid. 1 : « *il n'est pas contesté que la clause d'exclusion invoquée par la recourante ne peut avoir un sens différent de celui de l'art. 63 al. 3 lettre b LCR, dont elle est la reprise. Partant, le litige qui divise les parties ne porte en définitive que sur l'interprétation et l'application de la norme légale précitée* ». GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1230.

³¹¹⁴ Pour les conditions d'intégration (« consentement ») de clauses renvoyant à des dispositions légales, KRAMER/PROBST/PERRIG, N 146 s.

³¹¹⁵ WALKER, p. 67.

³¹¹⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1230.

³¹¹⁷ ATF 50 II 537, consid. 1.

³¹¹⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1230 et 1241 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 269.

³¹¹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1230 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 269.

³¹²⁰ Arrêt du TF 4A_601/2015 du 19.04.2016, consid. 2.2.3.

³¹²¹ Arrêt du TF 4A_601/2015 du 19.04.2016, consid. 2.2.3.

b. Méthodologie

Le rapport entre la règle de la cohérence **et la question des clauses ambiguës** (*infra* N 1675 ss) doit être clarifié. 1672

Hormis l'interprétation à reconnaître à la norme légale concernée³¹²², il ne **peut en principe exister de doute « subjectif » sur le sens d'une clause reprenant la loi à l'identique**. Un renvoi trop général à des dispositions légales reste susceptible d'être sanctionné en amont, sous l'angle de la validité de l'intégration des clauses (règle de l'accessibilité, *supra* N 1507 ss)³¹²³. Le consommateur n'est alors pas lié par la clause, de sorte que son interprétation, en application du principe *in dubio contra stipulatorem* n'est, le cas échéant, pas (plus) possible. 1673

C'est précisément l'occasion de s'intéresser, plus particulièrement, aux **clauses ambiguës (D)**. 1674

D. Clauses ambiguës

1. Définition

a. Fondements

La règle de la clause ambiguë (« *interpretatio contra stipulatorem* », « *interpretatio contra proferentem* », « *in dubio contra stipulatorem* » [ou, plus spécifiquement pour les contrats d'assurance, « *in dubio contra assecuratorem* »] ; « *Unklarheitenregel* », « *Unklarheitsregel* »³¹²⁴) concrétise le **principe de transparence** (« *Transparenzgebot* » ; cf. art. 6:206 ECL³¹²⁵), dans le contexte de l'interprétation des conditions générales. Elle impose à l'utilisateur de formuler ou de proposer³¹²⁶, au destinataire, des clauses claires, 1675

³¹²² Par ex. ATF 108 II 149, consid. 1.

³¹²³ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 146 s. et 269.

³¹²⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1231.

³¹²⁵ ECL-JANSEN, art. 6:206 N 1, qui évoque le « *general European principle of transparency* ».

³¹²⁶ Plus nuancés, KRAMER/PROBST/PERRIG, N 256 considèrent que la règle de la clause ambiguë ne trouve pas application lorsqu'un tiers a provoqué (« *veranlasst* ») l'intégration des conditions générales. Il nous paraît que l'arrêt cité par ces auteurs en ndbp 1133 ne permet toutefois pas cette conclusion (arrêt du TF 4A_585/2012 du 01.03.2012, consid. 3 : « *subsidiär gilt sodann die Unklarheitsregel, wonach mehrdeutige Klauseln gegen den*

lisibles et compréhensibles (cf. art. 33 *in fine* LCA³¹²⁷)³¹²⁸. Cela n'a pas pour corollaire d'exiger du consommateur la lecture des termes standardisés au moment de la conclusion du contrat ; il faut bien plus qu'il soit raisonnablement en mesure de les comprendre³¹²⁹.

1676

La règle ne se fonderait pas sur le principe de la confiance (controversé ; comp. *infra* N 1680)³¹³⁰. Elle reposerait plutôt sur le constat d'un déséquilibre entre parties quant à la possibilité de négocier les clauses préformulées, ainsi que sur la volonté normative de faire supporter le risque d'une rédaction ambiguë à la partie « fournissant » un terme contractuel donné³¹³¹. Elle viserait désormais à compenser un déséquilibre social et économique, en se rapprochant d'une règle abstraite de protection du consommateur. Cela étant, selon la conception choisie, il ne s'agit cependant **pas nécessairement d'une règle**

Verfasser bzw. gegen jene Partei auszulegen sind, die als branchenkundiger als die andere zu betrachten ist und die Verwendung der vorformulierten Bestimmungen veranlasst hat ». ATF 118 II 342, consid. 1a (contrat d'assurance) : « *c'est ainsi que prévaut contre l'assureur la règle in dubio contra stipulatorem, autant toutefois qu'il a rédigé seul des clauses ambiguës - ainsi dans les conditions générales préformulées (Unklarheitsregel)* ». *Contra*, ATF 99 II 290, consid. 5 : « [...] *die von der einen Partei verfasst oder wenigstens verwendet wurden* [...] ». CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 85 retient que la règle s'applique même si le stipulant n'a pas lui-même écrit la clause, mais qu'il se contente de reprendre une clause écrite pour la conclusion de « son » contrat. L'auteur précise que la seule condition pour appliquer la règle est finalement que le consommateur n'ait eu aucune influence sur la rédaction de la clause (comp. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1234). Cf encore GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1231 ss ; KOLLER, OR AT, § 23 N 67.

³¹²⁷ Pour un cas d'application, ATF 115 II 264, consid. 5a = JdT 1990 I 57. Comp. arrêt du TF 4A_519/2013 du 04.02.2014, consid. 3.1. HEISS, p. 605 s.

³¹²⁸ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253 et 258 rappellent que la règle s'applique régulièrement aux conditions générales d'assurance ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 83.

³¹²⁹ ECL-JANSEN, art. 6:206 N 4, qui précise que les conditions générales ne sont lues qu'après la conclusion du contrat. Comp. CJUE, 21.03.2013, RWE VERTRIEB, aff. C-92/11, N 53.

³¹³⁰ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 202. *Contra*, ATF 126 V 499, consid. 3b ; ATF 99 II 290, consid. 4 et 5 ; ATF 97 II 72, consid. 3. En fondant strictement la règle de la clause ambiguë sur le principe de la confiance, elle devrait pourtant également s'appliquer aux contrats individuellement négociés. Or, tel ne semble actuellement pas être le cas dans la pratique judiciaire du TF. Le principe de la confiance n'est du reste pas écarté du seul fait de l'existence d'une clause individuellement négociée. Une partie de la doctrine considère d'ailleurs, probablement à juste titre, que la conséquence logique d'une stricte application du principe de la confiance à une clause peu claire devrait impliquer l'admission d'un dissentiment et non le recours à une règle d'interprétation subsidiaire, BK OR-KRAMER, art. 1 N 109. Comp. BOUVERAT, N 61 ss et HEISS, p. 596.

³¹³¹ ECL-JANSEN, art. 6:206 N 4 ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 200 ; ECL-VOGENAUER, art. 5:103 N 5.

spécifique de protection du consommateur (cf. art. 5:103 ECL et art. 1162 CCfr³¹³²; comp. art. 5 Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives limitée aux contrats de consommation³¹³³; comp. art. 32 CO 2020)³¹³⁴.

b. Méthodologie

La règle de la clause ambiguë institue un **contrôle au niveau de l'interprétation** (« *Auslegungskontrolle* »), non pas au niveau du contrôle de la validité de l'intégration (« *Geltungskontrolle* ») ou du contenu de la clause (« *Inhaltskontrolle* »)³¹³⁵. Cette taxonomie n'est pas infaillible³¹³⁶.

1677

Son application n'intervient généralement **qu'à titre subsidiaire**, à savoir lorsque l'interprète ne parvient pas à un résultat satisfaisant sur la base des règles d'interprétation ordinaires³¹³⁷, en particulier celles de l'interprétation d'après le principe de confiance (règle complémentaire d'interprétation³¹³⁸)³¹³⁹.

1678

³¹³² La teneur de cette disposition est la suivante : « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ».

³¹³³ VOGENAUER, Interpretation, p. 19; ECL-VOGENAUER, art. 5:103 N 3; ZIMMERMAN, p. 1360.

³¹³⁴ WALKER, p. 71 : « *dennoch wird die Anwendbarkeit der Unklarheitenregel von Lehre und Rechtsprechung für sämtliche Gebiete anerkannt* ». Sur cette règle dans le cadre du Projet de Dresde de 1866, dont l'influence sur l'aCO de 1881 est substantielle, BENÖHR, p. 59 et 71. Comp. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 256 *in fine*.

³¹³⁵ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 197 ss. Laissant la question ouverte, mais relativisant la portée pratique de la controverse, KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253; WALKER, p. 69 ss. *Contra*, KOLLER, OR AT, § 23 N 64 estime qu'il s'agit d'une règle relative au consentement, propre à consacrer un dissentiment. Comp. BK OR-KRAMER, art. 1 N 109. ECL-JANSEN, art. 6:206 N 1 et 5 précise, qu'en droit européen, la règle est étroitement liée au « *fairness test* ».

³¹³⁶ HEISS, p. 596, qui y voit une règle relative au dissentiment (« *Dissens-Regel* »). Comp. ECL-VOGENAUER, art. 5:103 N 7 : « *since the <contra preferentem rule> has so many different emanations in different legal systems, the designation is prone to misunderstanding* ».

³¹³⁷ ATF 99 II 290, consid. 5. HUGUENIN, Obligationenrecht, N 629; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 257. Peu clair, ATF 118 II 342, consid. 1a : « *c'est ainsi que prévaut contre l'assureur la règle in dubio contra stipulatorem, autant toutefois qu'il a rédigé seul des clauses ambiguës - ainsi dans les conditions générales préformulées (Unklarheitsregel) -, mais sans qu'aient été épuisées les possibilités de l'interprétation ordinaire, du moins selon la jurisprudence suisse* » ;

³¹³⁸ Arrêt du TF 4A_152/2017 du 02.11.2017 consid. 4.2.

³¹³⁹ WALKER, p. 67 ss. Pour un cas d'application où le TF affirme, qu'en cas de doute sur le sens d'une clause préformulée, il y a lieu de recourir d'abord à la théorie de la confiance, ATF 135 III 410, consid. 3.3. Pour des cas où le TF retient la subsidiarité de la règle exclusivement s'il subsiste un doute après l'interprétation objective, ATF 133 III 61, consid. 2.2.2.3, arrêts du TF 4A_502/2016 du 06.02.2017, consid. 4.3 : « *nachdem die Auslegung des Vertrags nach*

En écartant une méthodologie stricte, il semblerait d'ailleurs que la règle englobe et reprenne les fondements d'autres règles développées pour les cas où il existe un doute sur le contenu et la portée d'une clause (« *weitere Regeln für Zweifelsfälle* »)³¹⁴⁰.

1679 La doctrine rappelle encore qu'en pratique, il est **ardu de distinguer entre le recours au droit dispositif et l'application d'une interprétation favorable** au destinataire en vertu de la règle subsidiaire de la clause ambiguë³¹⁴¹. La référence au droit dispositif revient par ailleurs souvent à donner à la clause préformulée un sens favorable au destinataire, l'utilisation des conditions générales ne visant précisément pas rarement à écarter ou réduire la portée du droit dispositif (*supra* N 207 et 1441).

1680 Enfin, la règle *in dubio contra stipulatorem* se positionne comme suit **par rapport au contrôle ouvert de l'art. 8 LCD**. Si l'on considère que la règle se rattache au contrôle du consentement, le recours à l'art. 8 LCD est potentiellement superflu ; cette manière de voir conduit plutôt à envisager la règle *in dubio contra stipulatorem* comme étant une règle relative au consentement ou, plus précisément, au dissentiment (« *Dissens-Regel* »)³¹⁴². Si l'on rattache la règle de la clause ambiguë à l'interprétation, on assume le risque qu'une clause défavorable au consommateur résiste tout de même au contrôle ouvert de l'art. 8 LCD³¹⁴³. Cela étant, la nature subsidiaire de la règle (directement *supra* N 1678) relativise vraisemblablement la portée pratique de cette dernière affirmation.

1681 Quelles sont les **conditions** (2) d'application (a), respectivement d'exclusion (b), de la règle de la clause ambiguë ?

dem Vertrauensprinzip zu einem Ergebnis führte, besteht auch kein Raum für eine Anwendung des Grundsatzes <in dubio contra stipulatorem> (vgl. Urteile 4A_261/2016 vom 27. Juli 2016 E. 3; 4A_462/2015 vom 12. Januar 2016 E. 6; 4A_274/2015 vom 18. November 2015 E. 4.1.1, je mit Hinweisen) » et 4A_462/2015 du 12.01.2016, consid. 6 : « [...] che entra in considerazione soltanto se rimangono dei dubbi dopo l'applicazione delle regole usuali dell'interpretazione oggettiva [...] ».

³¹⁴⁰ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 264 mentionnent la règle visant au maintien du contrat et à lui donner un sens matériellement adéquat (« *Sachgerecht* ») ainsi que le principe d'une interprétation conforme au texte légal et favorable au débiteur (« *in dubio mitius* », BUCHER, OR AT, p. 185 s.) ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1235.

³¹⁴¹ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 257.

³¹⁴² HEISS, p. 596 ss.

³¹⁴³ Dans ce sens, HEISS, p. 607 s.

2. Conditions

a. D'application

(i) *Clauses préformulées*

En Suisse³¹⁴⁴, l'application substantielle³¹⁴⁵ de la règle de la clause ambiguë intervient **en rapport avec l'interprétation de clauses préformulées** ; tel semble en tout cas être la position du TF³¹⁴⁶. Cette approche recèle, le cas échéant (comp. *infra* N 1692), un choix de politique juridique, consistant à déclarer impérative une règle d'interprétation contractuelle dans le contexte de l'interprétation des conditions générales³¹⁴⁷.

1682

La règle *in dubio contra stipulatorem* **ne s'appliquerait donc ni** aux clauses individuellement négociées – lesquelles sont prioritaires (*supra* N 1445 ss)³¹⁴⁸ – ni, plus généralement, lorsque les deux parties ont participé à la rédaction du contenu contractuel³¹⁴⁹. L'application de la règle *in dubio contra stipulatorem* aux conditions générales exclusivement reste, cela dit, une affirmation

1683

³¹⁴⁴ Aperçu de la situation dans d'autres pays européens chez ECL-VOGENAUER, art. 5:103 N 3.

³¹⁴⁵ La jurisprudence et la doctrine ne paraissent pas s'être définitivement prononcées à ce sujet, BK OR-MÜLLER, art. 18 N 208 (qui considère que la règle s'applique aussi en dehors de la thématique des conditions générales).

³¹⁴⁶ Arrêt du TF 4A_453/2009 du 26.01.2010, consid. 4.3 : « *selbst wenn von einem Zweifelsfall ausgegangen würde, käme die so genannte Unklarheitsregel nicht zur Anwendung, weil keine vorformulierte Vertragsbedingung zur Diskussion steht. Bei gewöhnlichen Vertragsbestimmungen kann nicht generell im Zweifel angenommen werden, eine Partei hätte sich mit einer geringeren Belastung der Gegenpartei begnügen wollen. Vielmehr ist diesfalls die Auslegung im Zweifel auf einen sachgerechten Ausgleich von Leistung und Gegenleistung auszurichten (vgl. Kramer, a.a.O., N. 48 zu Art. 18 OR; a.M. Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar, Bd. V 1b, 3. Aufl. 1980, N. 450 zu Art. 18 OR). Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanzen bei der Auslegung der Konkurrenzklausel nicht gegen das Vertrauensprinzip verstossen haben* ». Comp. FERRERI, p. 127 ; HADZIMANOVIC, p. 122 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1232 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253 ; ROSSEL, 4^e éd., p. 52 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *Clauses abusives*, p. 110 s. ; VOGENAUER, *Auslegung*, p. 135 ; WALKER, p. 69.

³¹⁴⁷ Comp. ECL-VOGENAUER, Introduction before art. 5:101, N 24 : « *it is a question of legal policy whether unclear terms should be interpreted against or in favour of the party that drafted them and whether ambiguous contracts should rather be upheld or invalidated* ».

³¹⁴⁸ ATF 99 II 290, consid. 5. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1232 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 257.

³¹⁴⁹ ATF 99 II 290, consid. 4 et 5.

controversée³¹⁵⁰. Il demeure intéressant de relever ici que le Projet de Dresde de 1866 (*supra* N 12 ss) contenait une règle rappelant celle de la clause ambiguë (art. 149 du Projet³¹⁵¹), mais s'appliquant à tous les types de contrats³¹⁵².

(ii) *Différentes interprétations possibles*

1684

La règle de la clause ambiguë ne s'applique qu'à titre subsidiaire³¹⁵³ (*supra* N 1678) et à la condition – évidente – que la clause préformulée considérée ait deux ou plusieurs interprétations possibles³¹⁵⁴. Son application exige des **doutes raisonnables** (« *vernünftige Zweifel* ») de l'interprète quant au sens de la clause³¹⁵⁵ ; de bonne foi, elle doit pouvoir être comprise de différentes manières³¹⁵⁶. Contrairement à l'examen de la priorité d'une clause individuellement négociée (*supra* N 1445 ss et 1462 s.), la règle *in dubio contra stipulatorem* ne suppose dès lors pas un conflit entre deux termes contractuels, mais deux ou plusieurs interprétations possibles d'un même terme³¹⁵⁷.

1685

En revanche, il est **exclu** de donner d'emblée, c'est-à-dire également en l'absence de « doute », un sens favorable au destinataire³¹⁵⁸, ce qui souligne la

³¹⁵⁰ Sur les hésitations pratiques quant au champ d'application de la règle, BK OR-MÜLLER, art. 18 N 207. Cet auteur soutient son application aux clauses individuelles également. Comp. ECL-VOGENAUER, art. 5:103 N 7. Contre une limitation aux conditions générales, HEISS, p. 608.

³¹⁵¹ La teneur de cette disposition était la suivante : « *lässt ein Vertrag Zweifel darüber, in welchem Umfange Rechte eingeräumt worden sind, so ist derselbe gegen denjenigen auszulegen, welcher daraus Rechte in grösserem Umfange für sich ableitet* ».

³¹⁵² BENÖHR, p. 71. Comp. ECL-VOGENAUER, art. 5:103 N 2.

³¹⁵³ Arrêts du TF arrêt du TF 4A_152/2017 du 02.11.2017, consid. 5.2 et 4A_261/2016 du 27.07.2016, consid. 3.

³¹⁵⁴ EHLE/BRUNSCHWEILER, p. 267 ; HUGUENIN/MAISSEN, p. 112 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 254 et 257 ; WALKER, p. 70 ; CR CO I-WINIGER, art. 18 N 148.

³¹⁵⁵ MEDICUS/PETERSEN, N 427.

³¹⁵⁶ ATF 118 II 342, consid. 1a. HUGUENIN, Obligationenrecht, N 629 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 257.

³¹⁵⁷ ECL-VOGENAUER, art. 5:104 N 3.

³¹⁵⁸ ATF 126 V 499, consid. 3b : « [...] *il ne s'agit pas, au demeurant, de s'en tenir d'emblée à la solution la plus favorable à l'assuré [...]* » ; ATF 118 II 342, consid. 1a. ; arrêt du TF 4A_453/2009 du 26.01.2010, consid. 4.3 : « *bei gewöhnlichen Vertragsbestimmungen kann nicht generell im Zweifel angenommen werden, eine Partei hätte sich mit einer geringeren Belastung der Gegenpartei begnügen wollen* ». HUGUENIN/MAISSEN, p. 112. Comp. cep. ATF 115 II 264, consid. 5b = JdT 1990 I 57 : « *sind beide Auslegungen gleichermassen möglich, hat das Kantonsgericht zu Recht die für die Versicherung günstigere verworfen* ».

nature non abstraite de la règle. Aussi, la seule existence d'un litige entre les parties au sujet du sens à reconnaître à une clause ne suffit-elle pas, en soi, à considérer une clause comme ambiguë. Pour appliquer la règle, il reste bien plus nécessaire que l'interprète nourrisse toujours des doutes raisonnables après l'interprétation de la ou des clauses considérée(s)³¹⁵⁹.

(iii) *Utilisateur plus expérimenté*

L'application de la règle de la clause ambiguë suppose que l'utilisateur des conditions générales soit plus expérimenté que le destinataire (« *branchenkundiger* »)³¹⁶⁰. Sous cet angle, la règle ne consacre pas non plus de protection abstraite du consommateur, car il s'agit toujours de vérifier son expérience personnelle, voire professionnelle avant d'envisager son application.

1686

Il revient à notre avis au destinataire des conditions générales de **démontrer que l'utilisateur** est plus expérimenté. En présence d'un consommateur, il ne faut pas se montrer trop strict dans l'admission de cette preuve ; elle ne devrait d'ailleurs pas être trop difficile à apporter³¹⁶¹. A défaut d'éléments manifestement contraires, l'expérience du consommateur est, par nature, inférieure à celle de l'utilisateur.

1687

(iv) *Limites*

En retenant d'emblée un sens favorable au destinataire, on peut parvenir à la conclusion que, dès qu'une clause préformulée n'est pas claire, elle n'est pas couverte par le consentement des parties (dissentiment ; comp. *supra* N 1685). Or, l'interprète s'imisce indûment dans la liberté contractuelle des parties en niant abstraitement la validité de l'intégration d'une clause peu claire, fût-elle

1688

³¹⁵⁹ CO 2020-VOGT, art. 32 N 7.

³¹⁶⁰ ATF 123 III 35 consid. 2c/bb ; arrêt du TF 4A_585/2012 du 01.03.2013, consid. 3 (contrat d'assurance) : « [...] bzw. gegen jene Partei auszulegen sind, die als branchenkundiger als die andere zu betrachten ist und die Verwendung der vorformulierten Bestimmungen veranlasst hat (BGE 122 III 118 E. 2a S. 121; 133 III 607 E. 2.2 S. 610) ». KRAMER/PROBST/PERRIG, N 256.

³¹⁶¹ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 256.

contenue dans des conditions générales, sous réserve d'une accessibilité suffisante (*supra* N 1507 ss)³¹⁶².

1689 En effet, l'ordre juridique **permet aux contractants de s'exprimer de façon peu claire ; il s'en accommode même** (cf. art. 18 CO)³¹⁶³. Le droit de la consommation n'écarter pas ce principe, mais y apporte des tempéraments seulement.

b. D'exclusion

1690 Indépendamment de la nature subsidiaire de la règle de la clause ambiguë (*supra* N 1678), il existe des situations où elle **ne s'applique tout simplement pas**.

1691 C'est le cas **lorsque** les clauses sont formulées par un tiers dans l'intérêt du destinataire (voire par le destinataire lui-même³¹⁶⁴), lorsque les parties entretiennent une relation identique par rapport aux conditions générales (ex. elles appartiennent à la même organisation et disposent de la même possibilité d'influer sur la teneur des clauses préformulées) ou lorsque chaque partie est raisonnablement consciente de l'intégration d'une clause ayant un sens « objectivement » peu clair (comp. art. 18 CO, *supra* N 105 ss)³¹⁶⁵.

1692 MARCHAND relève par ailleurs que les parties peuvent **éviter l'application du principe « in dubio contra stipulatorem »**, en indiquant qu'elles ont rédigé le contrat à parts égales³¹⁶⁶. Contenue dans des conditions générales intégrées globalement, une telle clause devrait, dans la règle, être considérée comme étant insolite, voire même abusive. Demeure réservé le cas où cette exclusion se

³¹⁶² Dans ce sens, KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253 en ndbp 1118 et 257. Comp. cep. ces mêmes auteurs, N 253 en ndbp 1123 : « [...] es fehlt grundsätzlich am normativen Konsens. Vielmehr liegt ein versteckter Dissens in Bezug auf den unklaren Klauseltext ».

³¹⁶³ Comp. ATF 41 II 631, consid. 1. Cela implique que même en présence d'un texte apparemment clair, on ne doit pas d'emblée exclure le recours à d'autres moyens d'interprétation, ATF 127 III 444, consid. 1b. Récemment, ATF 140 III 134, consid. 3.2. Sur la méthodologie des éléments d'interprétation des conditions générales (littéral, historique et systématique), BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 138 en réf. à l'arrêt du TF 5C.20/2007 du 02.08.2007, consid. 2.2 (désormais publié aux ATF 133 III 607) et ATF 122 III 118 = JdT 1997 I 805.

³¹⁶⁴ Il est vrai, on peut s'interroger sur la véritable qualité de « destinataire » de ce contractant.

³¹⁶⁵ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 256.

³¹⁶⁶ MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 241. Comp. ATF 99 II 290, consid. 4 et 5.

fonde sur une clause individuellement négociée, ce que doit démontrer la partie qui se prévaut de l'accord individuel (*supra* N 1464).

Quelles sont les **conséquences** (3) de l'application de la règle de la clause ambiguë ? 1693

3. Conséquences

La règle de la clause ambiguë a des effets **sur la clause concernée** (a) et sur le mécanisme de contrôle des conditions générales (b). 1694

a. Sur la clause concernée

En cas de doute, l'ambiguïté sur le contenu ou la signification de la clause influe sur son interprétation (comp. art. 32 CO 2020, *infra* N 2035 ss). Le **sens le plus favorable au destinataire** prévaut alors³¹⁶⁷. 1695

L'interprétation est **celle qui reconnaît au destinataire**, particulièrement au consommateur, le plus d'avantages (critère de l'utilité). Le sens retenu doit également permettre un maintien de la clause (critère de la pérennité)³¹⁶⁸. Seul est déterminant un sens qui, après épuisement des autres règles d'interprétation, reste raisonnablement et objectivement défendable³¹⁶⁹. 1696

La règle *in dubio contra stipulatorem* **n'a pas pour conséquence que la clause ne lie pas les parties**³¹⁷⁰. En droit européen des contrats, la règle serait dès lors en déclin, la conséquence « normale » d'une clause rédigée d'une manière peu transparente étant désormais plutôt son invalidité³¹⁷¹. La règle conserverait toutefois son importance lorsque l'interprétation de la clause favorise effectivement la partie destinataire ou lorsque le terme contractuel ne peut être 1697

³¹⁶⁷ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253 rappellent que le CO ne contient aucune réglementation générale de la règle de la clause ambiguë pour le droit suisse des contrats. PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 205.

³¹⁶⁸ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 260.

³¹⁶⁹ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 260 et les réf. citées ; WALKER, p. 71.

³¹⁷⁰ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 260 ; WALKER, p. 71. Comp. art. 1284 Código civil español : « si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto ».

³¹⁷¹ ECL-JANSEN, art. 6:206 N 2.

remplacé par du droit dispositif et si le maintien du contrat est impossible en écartant ledit terme³¹⁷².

1698 En lien avec des conditions générales ambiguës, il faut rappeler que l'on rencontre en doctrine la conception selon laquelle un recours aux règles sur le **dol** demeurerait envisageable (art. 28 CO ; comp. *supra* N 1617 s.)³¹⁷³. Cette conception conduit toutefois à mélanger les règles sur l'interprétation des clauses préformulées et l'application des vices du consentement, ce dont il convient de rester conscient. En effet, les conséquences ne sont alors pas les mêmes (sens favorable vs libération du contrat).

b. Sur le mécanisme de contrôle des conditions générales

1699 La fonction protectrice de règle de la clause ambiguë **est limitée** face à la complexité de nombreux contrats de consommation. Si le professionnel donne un sens objectivement clair et précis aux clauses préformulées, la règle ne garantit aucune protection au consommateur. Il suffit donc que le professionnel formule ses conditions de façon suffisamment claire pour que ce correctif ne s'applique pas³¹⁷⁴. Ce ne serait donc finalement qu'une question de temps avant que les utilisateurs de conditions générales n'aient rédigé toutes leurs clauses clairement³¹⁷⁵. L'élément potentiellement problématique n'est donc pas tant la formulation des clauses que leur complexité et leur technicité intrinsèques³¹⁷⁶.

1700 Dès lors, la règle n'est généralement **pas considérée comme assurant un contrôle efficace et suffisant** de l'interprétation ou du contenu des conditions générales. Certaines de ces limites valent pour la règle de l'insolite également (comp. *infra* N 1846 s.)³¹⁷⁷. La règle de la clause ambiguë consacrerait par ailleurs également un contrôle « détourné » de contenu³¹⁷⁸ ; plus le contenu d'une clause est inéquitable, plus les exigences quant à sa clarté sont strictes³¹⁷⁹. Il en résulterait une insécurité juridique, le TF ayant déjà considéré une clause

³¹⁷² ECL-JANSEN, art. 6:206 N 10 s.

³¹⁷³ Comp. CHATTON, p. 499.

³¹⁷⁴ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 262 ; WALKER, p. 73.

³¹⁷⁵ SCHWENZER, OR AT, N 45.12 s. ; WALKER, p. 73.

³¹⁷⁶ BUCHER, OR AT, p. 185 ; HUGUENIN/MAISSEN, p. 112.

³¹⁷⁷ HUGUENIN/MAISSEN, p. 113.

³¹⁷⁸ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 263 ; SCHWENZER, OR AT, N 45.12 ; WALKER, p. 72 s.

³¹⁷⁹ WALKER, p. 73.

comme étant peu claire, avant de la corriger pour des motifs d'équité contractuelle³¹⁸⁰.

Nonobstant ces critiques, la règle **conserve une fonction importante**. En l'absence de base légale générale (comp. art. 33 LCA)³¹⁸¹, elle pousse l'utilisateur à éviter, autant que possible, des clauses ambiguës et à présenter au consommateur des clauses claires. La clarté a des effets bénéfiques du point de vue de la protection générale du consommateur. En amont, elle permet peut-être au destinataire d'éviter des litiges interprétatifs à l'issue incertaine, ainsi que, le cas échéant, de concentrer les débats sur le seul contrôle de contenu des clauses en application de l'art. 8 LCD³¹⁸². Pour les tribunaux, la règle constitue en outre un principe empirique (« *Faustregel* ») important, qui permet une orientation (plus) efficace et (plus) rapide sur le sens à reconnaître à des conditions générales dans le cadre du jugement à rendre³¹⁸³. Sous cet angle, la règle participe – toutes proportions gardées – à la célérité de la justice également.

1701

À titre d'**excursus**, mais toujours en lien avec l'interprétation des conditions générales, nous avons encore choisi d'aborder la règle de l'**interprétation défavorable** (E).

1702

E. *Excursus* : interprétation défavorable

1. Définition

a. Fondements

La règle de l'interprétation défavorable (« *Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung* ») est un type d'interprétation connu, en particulier, **en droit**

1703

³¹⁸⁰ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 263 en réf. aux ATF 115 II 264, consid. 5 = JdT 1990 I 57 et ATF 107 II 161, consid. 6 = JdT 1981 I 582 : « *um jeweils das gestörte Vertragsgleichgewicht wieder herzustellen, taxierte das Bundesgericht in diversen Fällen inhaltlich unbillige AGB-Klauseln als unklar, obgleich diese sprachlich durchaus hinreichend deutlich formuliert waren* ».

³¹⁸¹ BOUVERAT, N 59 ; GAUCH/SCHUEP/SCHMID, N 1231.

³¹⁸² KRAMER/PROBST/PERRIG, N 262.

³¹⁸³ BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 139.

allemand. Elle est relativement simple à saisir, à tout le moins dans son principe³¹⁸⁴.

1704 La règle postule que lorsqu'il existe plusieurs interprétations possibles d'une ou de plusieurs clause(s) de conditions générales³¹⁸⁵, **il convient de retenir celle qui conduit à la nullité**. L'interprétation la moins favorable est déterminante ; comme elle entraîne précisément la nullité de la clause, elle est réputée consacrer la solution la plus favorable pour le consommateur³¹⁸⁶. L'application de cette règle suppose de s'interroger sur le sens abstrait de la clause préformulée. Des éléments de nature concrète, à l'instar de modifications ultérieures, ne seraient, en revanche, pas pertinents (« *relevant* »)³¹⁸⁷.

1705 La règle de l'interprétation défavorable se fonde sur la **prémisse** – controversée³¹⁸⁸ – que la conséquence de la nullité est la solution la plus favorable au consommateur (sous l'angle des conséquences d'une application de l'art. 8 LCD, *infra* N 1798 ss). La nullité aurait un caractère dissuasif pour le professionnel et déploierait un effet préventif important. Si le professionnel court le risque qu'une clause préformulée soit déclarée nulle par le truchement d'une interprétation préservant la position du consommateur, il évitera ou limitera, en principe³¹⁸⁹, leur utilisation.

b. Méthodologie

1706 La règle de l'interprétation défavorable consacre une interprétation de la clause laquelle, poussée dans ses derniers retranchements, cède et se rend – pour ainsi

³¹⁸⁴ Palandt/GRÜNEBERG, § 305c BGB N 18. En droit allemand, la règle n'est pas strictement de nature consumériste, la notion de « *Kunde* » (client) ne correspond pas nécessairement à celle de « consommateur » (« *Konsument* »). La première est davantage susceptible d'englober les personnes morales, alors que la seconde vise traditionnellement les personnes physiques. Nous avons néanmoins choisi d'axer ce principe dans une optique de protection du consommateur. Cette focalisation correspond aux développements de RUSCH, *Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen*, p. 208 ss.

³¹⁸⁵ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 261.

³¹⁸⁶ Palandt/GRÜNEBERG, § 305c BGB N 18 ; RUSCH, *Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen*, p. 205.

³¹⁸⁷ RUSCH, *Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen*, p. 205.

³¹⁸⁸ Sur l'état de la controverse en lien avec les conséquences civiles de la violation de l'art. 8 LCD, not. DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 392 ss et KUONEN, *Envol manqué*, p. 29 ss et les réf. citées.

³¹⁸⁹ De nombreux consommateurs renoncent en effet toujours à agir en justice, FORNAGE, *Mise en œuvre*, N 3.

dire – « elle-même » inopérante. Les possibilités interprétatives qu'offre abstraitement la clause sont alors susceptibles d'entraîner la nullité de celle-ci, ce dans la mesure où le sens identifié conduit à retenir **une solution défavorable pour le consommateur**. La règle consacre dès lors également un contrôle de contenu (*infra* N 1754 ss), ce qui entraîne une certaine confusion entre les contrôles de validité de l'intégration, d'interprétation et de contenu (« contrôle occulte »³¹⁹⁰)³¹⁹¹.

Cela étant, dans la mesure où les trois types de contrôles représentent un **processus interdépendant**, le constat d'une certaine confusion n'entraîne pas automatiquement l'indéfendabilité de la théorie de l'interprétation défavorable³¹⁹². Néanmoins, l'application de cette dernière reste susceptible d'impliquer – ou du moins de favoriser – une interprétation générale et abstraite des conditions générales, laquelle doit être rejetée en droit contractuel suisse (*supra* N 1650).

1707

(i) Lien avec la règle de la clause ambiguë

Le lien entre la règle de l'interprétation défavorable et celle de la clause ambiguë (*supra* N 1675 ss) **pose des difficultés**. L'application des deux s'envisage uniquement lorsque plusieurs interprétations sont possibles³¹⁹³. Mais, la première est-elle une manifestation particulière de la seconde ou plutôt une règle indépendante d'interprétation des conditions générales ?

1708

En cas de doute sur le sens d'une clause préformulée, il convient de vérifier si tous les résultats de l'interprétation sont **susceptibles de maintenir l'efficacité de la clause** (*favor negotii* ; cf. art. 5:106 PECL et art. 5:106 ECL)³¹⁹⁴. Si ce maintien est possible, la version la plus favorable au consommateur prévaut, en application de la règle de la clause ambiguë. En revanche, si tel n'est pas le cas,

1709

³¹⁹⁰ En lien avec le contrôle caché du contenu *de facto* pratiqué par le TF sous couvert de la protection du consentement (règle de l'insolite), CARRON, Protection, N 90 ; KOLLER TH., Einmal mehr, p. 945 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 213.

³¹⁹¹ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 207 s.

³¹⁹² RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 207 s.

³¹⁹³ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 261.

³¹⁹⁴ Arrêt du TF 4A_240/2012 du 20.08.2012, consid. 4.1 (contrat entre deux professionnels) : « elle nécessitera, s'il subsiste un doute sur l'intention des parties, le recours à des moyens complémentaires. Ainsi, dans l'esprit de la *favor negotii*, en présence de clauses contradictoires, on choisira, dans la mesure du possible, une interprétation qui permette d'harmoniser ces clauses (BÉNÉDICT WINIGER, in *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2^e éd. 2012, n° 45 ad art. 18 CO) ». KRAMER/PROBST/PERRIG, N 264.

le sens déterminant est celui qui conduit à la nullité de la clause ; il s'agirait alors du résultat le plus favorable pour le client selon la prémisse consacrée par la règle de l'interprétation défavorable³¹⁹⁵.

1710 Sans nier une certaine tautologie dans le raisonnement, il semblerait donc que les deux règles soient plutôt **d'application alternative**³¹⁹⁶, le critère commun étant l'examen de la possibilité de maintenir, ou non, l'efficacité de la clause analysée. Dans le premier cas, la règle de la clause ambiguë s'applique, dans le second, c'est celle de l'interprétation défavorable. Le principe *favor negotii* est quoi qu'il en soit écarté par la règle de l'interprétation défavorable, celle-ci ne visant pas le maintien, mais la nullité de la clause.

1711 L'application que propose RUSCH de la règle de l'interprétation défavorable paraît à ce titre plus large. Elle n'interviendrait **pas strictement en tant que méthode subsidiaire** d'interprétation des conditions générales³¹⁹⁷. Il n'en demeure pas moins que le champ d'application de la règle est également lié à l'existence d'un doute sur la signification d'une clause préformulée³¹⁹⁸.

(ii) Lien avec la réduction téléologique

1712 Contrairement à la réduction téléologique, et même à l'interprétation fondée sur le principe de la confiance (en lien avec les devoirs d'information précontractuels, *supra* N 957 ss et 986 ss) – et donc au maintien – de la clause litigieuse, le résultat de l'interprétation défavorable (nullité) serait généralement **plus prévisible pour le consommateur**³¹⁹⁹.

1713 Le consommateur peut néanmoins conserver un **intérêt à la pérennité du rapport contractuel**, ce qui peut être respecté par la conséquence d'une nullité limitée à la clause ou au passage de la clause concernée.

1714 Le **législateur** a déjà eu l'occasion d'ancrer la priorité de la nullité en tant que conséquence de la violation d'une norme protectrice plutôt que sa réduction. En présence d'un contrat de crédit à la consommation, le dépassement du taux

³¹⁹⁵ KUONI, N 423. Comp. Palandt/GRÜNEBERG, § 305c BGB N 18.

³¹⁹⁶ Comp. la teneur de l'art. 1287 du Código civil español : « *la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad* ».

³¹⁹⁷ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 207 s. expose l'utilité de la règle dans le contexte de l'art. 8 LCD.

³¹⁹⁸ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 261 en traitent sous l'angle des conséquences à la règle de la clause ambiguë.

³¹⁹⁹ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 207 s.

d'intérêt maximal entraîne même une nullité aménagée de l'intégralité du contrat de crédit (comp. art. 14 et 15 LCC)³²⁰⁰.

Pour sa part, **le TF** penche vers un rejet de la réduction téléologique lorsque la cause de la nullité est une disposition légale impérative destinée à la protection d'une partie faible et que la clause est contenue dans des conditions préimprimées³²⁰¹.

En cas de violation de l'art. 8 LCD, la **doctrine** tend également à reconnaître assez largement la sanction civile de la nullité – absolue – totale ou partielle de la clause concernée plutôt que sa réduction³²⁰².

La compréhension de la règle de l'interprétation défavorable exige des **applications** (2) plus pratiques³²⁰³.

2. Applications

Nous appliquerons également la règle interprétative de la clause défavorable à une clause d'**exonération et de réduction de responsabilité** (a), à une clause unilatérale de modification du prix (b), au renouvellement d'un contrat de longue durée (c), ainsi qu'à l'expiration d'un bon commercial (d)³²⁰⁴.

³²⁰⁰ MARCHAND, *Clauses contractuelles*, p. 45 et qui précise que « dans un contrat qui n'est pas conclu avec un consommateur, ou qui est exclu du champ d'application de la LCC (i.e. art. 7 LCC) la législation cantonale peut encore être appliquée et conduire à une réduction du taux d'intérêts excessifs plutôt qu'à la nullité du contrat » (ATF 93 II 189, consid. B).

³²⁰¹ Arrêt du TF 4A_404/2008 du 18.12.2008, consid. 5.6.3.2 (relatif à l'art. 266k CO) : « [...] denn die in der Lehre vertretene Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion überzeugt jedenfalls schon insoweit, als der Nichtigkeitsgrund in einem Verstoß gegen eine zwingende Norm zum Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt und die mangelhafte Klausel in vorgedruckten AGB enthalten ist, in denen in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen ».

³²⁰² Pour tous les autres, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 170 ss et SHK UWG-PROBST, art. 8 N 291.

³²⁰³ Nous nous affranchirons volontairement de certaines distinctions et difficultés méthodologiques quant à l'articulation entre la règle de la clause ambiguë et celle de l'interprétation défavorable (*supra* N 1706 ss).

³²⁰⁴ Ex. repris de RUSCH, *Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen*, p. 205 ss. KUONEN, *Envol manqué*, p. 14 précise que certaines des clauses, notamment relatives à l'exclusion de responsabilité, ont une récurrence pratique importante.

a. Exonération et réduction de responsabilité

1719 Prenons l'hypothèse d'une clause ayant le **contenu suivant** : « *la responsabilité de X est exclue* » ou « *toute responsabilité de X est exclue* »³²⁰⁵.

1720 Le droit suisse s'avère **relativement large dans les possibilités d'exonération de la responsabilité du débiteur**. Ce dernier peut valablement s'exonérer de sa responsabilité pour faute légère (art. 100 al. 1 CO, cf. cep. la dérogation annulable en vertu de l'art. 100 al. 2 CO en cas d'exercice d'une industrie) et même entièrement pour les faits de ses auxiliaires (art. 101 al. 2 CO), sauf en cas d'exercice d'une industrie (cf. art. 101 al. 3 CO)³²⁰⁶.

1721 L'analyse fondée sur la règle de l'interprétation défavorable est ici la suivante. La clause doit être **abstraitemment considérée comme nulle** dès lors qu'elle viole, dans sa teneur indifférenciée³²⁰⁷, l'art. 100 al. 1 CO. La nullité doit prévaloir même si le cas d'espèce n'implique par hypothèse qu'une faute directe légère du débiteur. La violation abstraite de l'art. 100 al. 1 CO entraînerait ainsi la nullité de la seule clause considérée.

1722 S'agissant de la réduction téléologique, son rejet supposerait que la dérogation au droit dispositif dans des conditions générales soit notable³²⁰⁸. **L'importance notable de la dérogation devrait précisément être donnée si** l'exclusion de responsabilité est indifférenciée. En effet, le consommateur moyen ne saisira généralement pas les nuances juridiques qu'elle implique, en particulier relativement aux concepts de « faute légère », de « dol » ou encore de « exercice d'une industrie ». En outre, s'agissant de l'exclusion d'une responsabilité légale, les exigences liées à la clarté de la formulation de la clause devraient être accrues³²⁰⁹.

³²⁰⁵ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 208, qui précise qu'on la rencontre fréquemment dans les conditions générales des centres de fitness.

³²⁰⁶ MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 195.

³²⁰⁷ Pour des ex. concrets de clauses d'exonération de responsabilité admissibles ainsi que leur articulation avec les règles impératives du droit suisse et les précautions liées à leur usage (par ex. insertion d'une clause de divisibilité permettant d'empêcher que la nullité d'une seule clause contractuelle entraîne la nullité totale du contrat), MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 195 ss.

³²⁰⁸ Arrêt du TF 4A_404/2008 du 18.12.2008, consid. 5.6.3.2.1 *in fine* (relatif à l'art. 266k CO).

³²⁰⁹ Ainsi pour le droit anglais, BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT et les réf. citées, p. 194 : « *if a person is under legal liability and wishes to get rid of it, he can only do so by using clear words. The words of the exemption clause must exactly cover the liability which it is sought to exclude* ».

RUSCH propose d'étendre la réflexion à une clause d'exclusion de responsabilité en cas de **dommages corporels**. Une telle clause serait contraire aux mœurs (cf. art. 19 et 20 CO et 27 CC)³²¹⁰. Contenue dans des conditions générales, elle devrait également être considérée comme nulle, même si le consommateur ne subit, dans le cas d'espèce, qu'un dommage matériel. Pour des motifs de prévention générale liés à la protection contre le mésusage de conditions générales, la réduction d'une telle clause ne serait ainsi pas admissible, la conséquence de la nullité s'imposant³²¹¹. 1723

b. Modification unilatérale du prix

Prenons l'hypothèse d'une clause au **contenu suivant** : « *X a le droit de modifier le prix de l'énergie fournie au consommateur si son propre fournisseur modifie ses prix, notamment de livraison, à l'égard de X* »³²¹². En application, tout particulièrement, de la règle de l'interprétation défavorable, cette clause aurait au moins quatre interprétations possibles. 1724

Premièrement, en cas d'augmentation du prix des prestations des fournisseurs de X, ce dernier pourrait **augmenter ses propres prix à l'égard du consommateur**. Contractuellement, il paraît à cet égard légitime qu'un professionnel, souhaitant éviter des pertes liées aux relations économiques avec ses propres fournisseurs, les répercute sur le consommateur. Une telle augmentation des prix peut aussi reposer sur d'autres motifs, par exemple liés à la pérennité de l'entreprise en cas de changements de situation économique et/ou sociale (ex. rareté d'une ressource, crise sociale dans un pays fournisseur, etc.). 1725

Secondement, le professionnel ne répercute sur le client **que les hausses de prix**, mais pas les baisses. 1726

Troisièmement, même en cas de modification très minime du prix par le fournisseur – qu'elle intervienne vers le haut ou le bas – X pourrait appliquer une **augmentation substantielle de ses prix**. Une telle clause demeure dans l'éventail interprétatif offert par la clause analysée ; l'étendue de la modification n'en ressort pas, contrairement à la condition permettant cette modification, à savoir un changement du prix de livraison appliqué par le fournisseur de X. 1727

³²¹⁰ BSK OR I-WIEGAND, art. 100 N 4.

³²¹¹ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 209.

³²¹² RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 206.

- 1728 Quatrièmement, la clause considérée pourrait encore être interprétée en ce sens que **X est en droit d'augmenter les prix même si les prix des fournisseurs baissent**.
- 1729 Ces différentes interprétations identifiées, il convient de rechercher le sens le plus inéquitable pour le consommateur, à savoir celui qui conduit à retenir la nullité de la clause. Quel est dès lors le **sens déterminant** ? Avant de conclure à la nullité de la clause en application de la règle de l'interprétation défavorable, il convient de préciser les motifs de cette nullité. Une conclusion de nullité qui se fonderait exclusivement sur des considérations d'équité et subjectives de l'interprète ne serait en effet pas admissible.
- 1730 Ainsi, la clause citée en exemple (*supra* N 1724) octroie au professionnel un **droit formateur qui l'autorise à modifier le prix des services fournis au consommateur**. Un droit formateur illimité ne peut être valide, dans la mesure où il n'est pas couvert par le consentement des parties (en lien avec la clause de modification unilatérale des conditions générales, comp. *supra* N 1574 ss)³²¹³. Un tel droit de modification consacre également une disproportion notable entre les droits et obligations des parties, en particulier si l'on retient l'interprétation permettant de répercuter à la hausse auprès du client une baisse des prix des fournisseurs du professionnel (quatrième interprétation, *supra* N 1728).
- 1731 **L'interprétation la moins favorable est** ainsi celle qui permet au professionnel de n'observer que les hausses de prix, mais pas les baisses (seconde interprétation). Celle selon laquelle le professionnel peut augmenter ses prix même si les prix de ses propres fournisseurs baissent (quatrième interprétation) paraît également délicate³²¹⁴. Elles devraient en définitive conduire à la nullité de la clause.
- 1732 En pratique, toutefois, surtout en présence d'une situation de « dépendance », la contestation de la clause litigieuse par le client, singulièrement par le consommateur, reste susceptible d'entraîner purement et simplement la fin du contrat³²¹⁵. S'il n'accepte pas les nouvelles conditions contractuelles, le client prend généralement le risque de perdre l'intégralité du contrat (« *take it or leave it* »). Néanmoins, par son **caractère préventif**, la règle de l'interprétation défavorable permet peut-être d'éviter ou de limiter l'usage de clauses abusives ou « dangereuses » pour le destinataire. En ce sens, elle remplirait alors une

³²¹³ ATF 135 III 1, consid. 2.5 = JdT 2011 II 516.

³²¹⁴ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 206.

³²¹⁵ Pour un constat similaire en lien avec la fiction de déclaration relative à l'acceptation tacite d'une modification ultérieure des conditions générales bancaires par le client, RUSCH, Ein Fall, N 15.

fonction d'appui, le cas échéant prétorienne, à l'art. 8 LCD, ce en vue de garantir « *dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée* » (art. 1 LCD)³²¹⁶.

c. Droit de résiliation dans le contrat de mandat

Prenons par hypothèse la **clause préformulée suivante**, que l'on rencontre parfois dans le contexte de contrats portant sur des cours de loisirs, de musique, de formation ou encore de perfectionnement : « *en cas de résiliation par le participant après le début du cours, mais avant la fin du semestre, le montant total des écologies reste acquis à l'organisateur* »³²¹⁷.

1733

De jurisprudence constante³²¹⁸, le TF (ré)affirme la **nature impérative du droit du mandant de résilier le mandat en tout temps et sans motif** (art. 404 al. 1 CO)³²¹⁹. Cette nature impérative proscriit aux parties de limiter plus sévèrement le libre exercice du droit de résiliation que ne le prévoit expressément la loi pour le cas où la résiliation intervient en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO)³²²⁰. Dès lors, la stipulation d'une peine conventionnelle, de même que la fixation forfaitaire du dommage³²²¹, sont uniquement admissibles si et dans la mesure où elles sont dues en cas de résiliation en temps inopportun³²²².

1734

L'usage d'une clause telle que celle mentionnée (*supra* N 1733) conduit, en pratique, à accorder au professionnel le **droit à une peine conventionnelle ou à une fixation forfaitaire du dommage**, même en dehors d'un cas de résiliation en temps inopportun par le consommateur³²²³. Il ne serait d'ailleurs pas rare que les tribunaux avalisent le droit du professionnel de recourir à une

1735

³²¹⁶ SHK UWG-PROBST, art. 8 N 232.

³²¹⁷ Par ex., arrêt du TF 4A_141/2011 du 06.07.2011 (cours de management hôtelier et touristique).

³²¹⁸ Arrêt du TF 4A_146/2016 du 18.07.2016, consid. 4.4 ; arrêt du TF 4A_141/2011 du 06.07.2011, consid. 2.2 et les nombreuses réf. citées.

³²¹⁹ MÜLLER, Contrats, N 2079 ; RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 209 ; CR CO I-WERRO, art. 404 N 6 (« *pouvoir de résilier* »).

³²²⁰ MÜLLER, Contrats, N 2087 ; RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 209.

³²²¹ Sur la distinction entre la peine conventionnelle (clause pénale) et la fixation forfaitaire du dommage, MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 214 ss.

³²²² ATF 110 II 380, consid. 3a = JdT 1985 I 274 ; arrêt du TF 4A_141/2011 du 06.07.2011, consid. 2.4. MÜLLER, Contrats, N 2087.

³²²³ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 209.

telle clause, niant de fait, au consommateur, la possibilité de réclamer le montant versé en cas de résiliation³²²⁴.

1736 Le recours à la règle de l'interprétation défavorable permettrait peut-être d'apporter des correctifs. Face à une clause prévoyant que le montant versé par le consommateur est acquis au professionnel, l'interprétation la plus défavorable **conduit à la nullité de la clause**³²²⁵. Imposer au consommateur une peine conventionnelle ou une fixation forfaitaire du dommage en cas de résiliation en temps opportun demeure contraire à la jurisprudence du TF, ainsi qu'à la nature impérative du droit de résiliation.

1737 L'appréciation à tendance abstraite qu'implique la règle de l'interprétation défavorable rendrait par ailleurs superflue la détermination du moment de la résiliation³²²⁶. Autrement dit, en cas de résiliation en temps inopportun par le consommateur, **la réparation de l'intérêt négatif**³²²⁷ **du professionnel s'évalue à l'aune de l'art. 404 al. 2 CO**. Cette solution s'avère généralement plus favorable pour le consommateur. La peine conventionnelle ou le dommage forfaitaire à charge du consommateur seront régulièrement supérieurs au dommage négatif que peut lui réclamer le professionnel en cas de résiliation en temps inopportun³²²⁸.

d. Validité d'un bon commercial

1738 Prenons encore l'hypothèse de conditions générales de vente relatives à un bon commercial et qui **mentionnent** que « *le bon est valable jusqu'à la fin de l'année en cours* ».

³²²⁴ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 209 en réf. à l'arrêt du TF 4A_141/2011 du 06.07.2011, consid. 1.3 où l'Obergericht du canton de Lucerne a refusé à une participante la restitution des montants versés. Il ressort par ailleurs de cet arrêt que la jurisprudence cantonale n'est pas toujours uniforme quant à la nature impérative du droit prévu par l'art. 404 CO. La jurisprudence cantonale ne suivrait ainsi pas toujours la position du TF (consid. 1.3)

³²²⁵ Vraisemblablement *contra* cette affirmation, CR CO I-WERRO, art. 404 N 7 : « Ainsi, il conviendrait aujourd'hui de limiter le pouvoir du mandataire de résilier en tout temps aux mandats portant sur des services gratuits ou sur des services qui reposent sur les qualités personnelles du débiteur (p. ex. un musicien, un artiste), ou encore sur des services fondés sur une relation de confiance particulière (p. ex. un médecin) ».

³²²⁶ Dans ce sens, RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 209.

³²²⁷ MÜLLER, Contrats, N 2086 met en exergue le fait que l'étendue de cette réparation reste controversée.

³²²⁸ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 209.

L'interprétation de cette clause **amène-t-elle à considérer** qu'elle consacre une limitation contractuelle admissible de l'exigibilité de la créance du consommateur ou plutôt une modification induite d'un délai de prescription par le professionnel (cf. art. 129 CO) ? Sur la seule base de la clause, il n'est pas possible de déterminer laquelle des interprétations doit être retenue.

1739

La règle de l'interprétation défavorable commande néanmoins de retenir que cette clause consacre une **modification induite des règles de la prescription**, interprétation qui paraît plus incisive du point de vue des droits du consommateur. L'interprétation conduit ainsi à la nullité de la clause et permet au consommateur de réclamer la prestation offerte par le bon d'achat même après l'écoulement du délai stipulé ; le tout évidemment sous réserve des règles légales sur la prescription des prétentions contractuelles (art. 127 ss CO)³²²⁹.

1740

e. Indication de frais au moyen d'une échelle de prix

Prenons enfin l'hypothèse d'une clause ayant le **contenu suivant**³²³⁰ : « *pour ses prestations, X facture des frais d'après le tarif pertinent selon le Règlement « Tarifs et frais » applicable, tarif que le client déclare accepter. X se réserve le droit d'adapter unilatéralement lesdits tarifs et s'engage à en informer le client d'une manière appropriée* ». Dans le cas présenté en doctrine, la clause renvoie à une liste de prix facturant le transfert des titres déposés auprès du professionnel vers un nouveau déposant, ce pour un montant compris entre Fr. 70.- et Fr. 350.-³²³¹.

1741

Cette clause s'analyse³²³² comme un **droit de modification unilatéral en faveur du professionnel** (*supra* N 1558 ss) et lui accorde un droit formateur unilatéral³²³³. Pour qu'une telle clause d'adaptation soit valable, l'événement attendu et l'étendue de l'adaptation doivent être déterminés ou déterminables (sur la clause de modification unilatérale, *supra* N 1570 ss)³²³⁴. Comme le rappelle le TF, un droit formateur indéfini, permettant de modifier de manière

1742

³²²⁹ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 209.

³²³⁰ RUSCH, Ein Fall, N 3 dans l'ex. – réel traité devant l'Ombudsman des banques suisses – cité par l'auteur, la clause en question était suivie d'une réserve unilatérale générale de modification tacite des conditions générales.

³²³¹ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 209 s. ; RUSCH, Ein Fall, N 1 et 4.

³²³² Pour une analyse exhaustive de cette clause, et pas uniquement sous l'angle de la règle de l'interprétation défavorable, RUSCH, Ein Fall, N 9 ss.

³²³³ RUSCH, Ein Fall, N 9.

³²³⁴ ATF 135 III 1, consid. 2.5 = JdT 2011 II 516.

unilatérale les prestations contractuelles, violerait la nature et le but d'un contrat où les droits et les obligations de chacune des parties ont déjà été définis³²³⁵. Le simple renvoi à une liste tarifaire, modifiable au bon vouloir de l'assureur, ne remplit vraisemblablement pas la condition de la détermination suffisante de cette adaptation³²³⁶.

1743 En application de la règle de l'interprétation défavorable, la clause analysée devrait être considérée comme nulle, ce pour **deux motifs au moins**. D'une part, elle octroie à X un droit formateur inconditionnel dont l'étendue n'est pas suffisamment déterminée ou déterminable d'après les circonstances (cf. ég. art. 184 al. 3 CO)³²³⁷ ; le consentement du consommateur fait défaut (validité de l'intégration, *supra* N 1468 ss), lequel se confond de surcroît avec un engagement excessif envers le professionnel (contrôle de contenu, *infra* N 1754 ss)³²³⁸. D'autre part, la nullité s'imposerait également dans la mesure où le professionnel n'est, en principe, pas autorisé à facturer, en sus, des prestations allant de soi et qui sont comprises dans les activités contractuelles usuelles³²³⁹.

1744 Enfin, si l'on qualifie la convention de **contrat de compte/dépôt** (« *Depotvertrag* »), à savoir celui qui combine des éléments du contrat de dépôt (art. 472 ss CO, « *Hinterlassungsvertrag* ») et de mandat (art. 394 ss CO, « *Auftrag* »)³²⁴⁰, la clause peut également être contestable en recourant à la règle de l'interprétation défavorable. En effet, si la banque facture des prestations pour la restitution ou le transfert des titres, elle porte vraisemblablement atteinte au droit – impératif – du déposant d'exiger en tout temps la restitution de la chose déposée (cf. art. 475 al. 1 CO)³²⁴¹.

3. Appréciation

1745 La règle de l'interprétation défavorable n'est pas exempte de critiques ; elle n'y résiste d'ailleurs pas nécessairement. Cette règle interprétative exige dès lors une appréciation sous l'angle de la **limitation de la liberté contractuelle** (a) et

³²³⁵ ATF 135 III 1, consid. 2.5 = JdT 2011 II 516.

³²³⁶ HUGUENIN/MAISSEN, p. 104 précisent que l'art. 46 al. 1 LSA permet à la FINMA d'intervenir en cas de fixation arbitraire des tarifs par les assureurs.

³²³⁷ RUSCH, Ein Fall, N 10.

³²³⁸ ATF 135 III 1, consid. 2.5 = JdT 2011 II 516. RUSCH, Ein Fall, N 12.

³²³⁹ RUSCH, Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, p. 210 ; RUSCH, Bankgebühren, p. 170 ss.

³²⁴⁰ C'est le cas si la banque s'engage également à gérer les avoirs déposés sur le compte, ATF 133 III 37, consid. 3.1. RUSCH, Bankgebühren, p. 171 ; MÜLLER, Contrats, N 2322.

³²⁴¹ MÜLLER, Contrats, N 2343 ; RUSCH, Bankgebühren, p. 171.

de la complication du système de contrôle des conditions générales (b). Cela étant, son admission, respectivement son rejet, relèvent en définitive d'un choix politique (c).

a. Limitation de la liberté contractuelle

La première critique que l'on peut formuler à l'égard de la règle de l'interprétation défavorable est la **limitation de la liberté contractuelle** des parties quant au contenu des clauses contractuelles qu'elle consacre. La règle ne pourrait ainsi s'intégrer dans un mécanisme de contrôle des conditions générales fondé sur la théorie contractuelle, par opposition à la théorie normative (ou réglementaire)³²⁴².

1746

Pareille limitation **ne s'accorderait d'ailleurs que peu avec** le fait que la constellation du « contrat de consommation », et la notion même de consommateur, ne connaissent (toujours) pas d'acception définitive et uniforme en droit suisse. Or, l'application d'une règle d'interprétation restrictive et limitative de la liberté contractuelle des parties suppose que son champ d'application, en particulier personnel, soit clairement défini.

1747

b. Complication du système de contrôle des conditions générales

Du point de vue du système général de contrôle des conditions générales, il ne paraît pas admissible d'étendre une interprétation abstraite ; cela reviendrait à concéder une limitation trop importante et indifférenciée à la liberté contractuelle, ce qui impliquerait une mesure d'intervention étatique potentiellement **disproportionnée** (cf. art. 5 al. 2 Cst.). En raison de ses conditions d'application spécifiques (*infra* N 1784 ss), l'art. 8 LCD ne représente d'ailleurs pas un fondement général permettant la reconnaissance d'un contrôle abstrait pour l'ensemble du droit des contrats également³²⁴³, d'autant plus que le recours à une interprétation abstraite reste controversé pour l'art. 8 LCD³²⁴⁴.

1748

³²⁴² KRAMER/PROBST/PERRIG, N 261 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N 10 et 82 : « [...] à notre avis, l'ensemble du régime des conditions générales repose sur l'idée d'une application au contrat particulier (intégration, consentement), ce qui impose une interprétation selon les principes du droit des contrats, et non pas comme une loi ».

³²⁴³ Du même avis, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N 82.

³²⁴⁴ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 89 : « die Rechtsnatur des AGB-Kontrolle nach Art. 8 ist umstritten ».

1749 Aussi, même à supposer le maintien d'une « approche contractuelle » des conditions générales (sur l'interprétation individuelle et concrète, *supra* N 1630 ss), l'interprétation défavorable **conduirait à une complication du système de contrôle**. Elle entraînerait vraisemblablement une confusion entre l'interprétation (*supra* N 1628 ss) – de par son lien avec la règle de la clause ambiguë – et le contrôle de contenu (*infra* N 1754 ss), l'interprétation visant alors à rechercher un sens conduisant à la nullité de la clause considérée. Or, le nouvel art. 8 LCD a permis au contrôle ouvert des conditions générales de trouver progressivement assise dans le droit positif suisse³²⁴⁵. L'admission de la règle de l'interprétation défavorable, dans son acceptation générale, c'est-à-dire lorsqu'il existe plusieurs interprétations possibles (*supra* N 1704), risquerait donc de remettre en cause un système de contrôle étant pourtant peu à peu en voie de clarification.

c. Choix politique

1750 En définitive, le choix d'un rejet ou d'une application – mesurée ou étendue – de la règle de l'interprétation défavorable est d'ordre **plus politique que juridique**.

1751 Dans certains domaines définis à l'avance, une **reprise mesurée** de la règle de l'interprétation défavorable permettrait peut-être de reconnaître un contrôle préventif à l'interprétation (et pas uniquement aux mécanismes de contrôle de la LCD ; comp. art. 9 LCD pour les sanctions civiles), en poussant tous les utilisateurs à formuler clairement leurs clauses, au risque qu'elles soient sinon déclarées nulles. L'admission de la règle de l'interprétation défavorable viserait donc à apporter certains correctifs généraux « lissant » le marché et réduisant certains abus. Toutefois, le prix à payer serait une atteinte significative au principe de la liberté contractuelle, dont l'opportunité devrait, en conséquence, être soigneusement évaluée.

1752 Potentiellement rigide, voire peut-être même en contradiction avec l'interdiction d'une interprétation purement abstraite et littérale³²⁴⁶, la règle

³²⁴⁵ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 87.

³²⁴⁶ ATF 127 III 444, consid. 1b ; arrêt du TF 4A_492/2016 du 07.02.2017, consid. 3.3.3 : « *die isolierte Auslegung nach dem Wortlaut der Schiedsklausel, wie sie in der Beschwerde vertreten wird, greift auch aus anderen Gründen zu kurz : das Schiedsgericht berücksichtigte zutreffend die weiteren Umstände des Vertragsabschlusses [...]* » ; arrêt du TF 5C.179/2006 du 16.11.2006, consid. 2.4.2 ; arrêt du TF 4C.76/2003 du 02.06.2003, consid. 3. Sur le rejet du littéralisme, é.g. ECL-VOGENAUER, art. 5:101 N 11 ss.

de l'interprétation défavorable demeure **consubstantielle à une méthode d'interprétation générale et abstraite** des conditions générales³²⁴⁷. Si celle-ci est traditionnellement rejetée en Suisse (*supra* N 1640 ss), cela ne signifie cependant pas, pour autant, qu'il ne faille éventuellement lui prêter une certaine attention au moment de développer et de consolider la protection du consommateur face à l'usage de conditions générales³²⁴⁸.

Après le contrôle de la validité de l'intégration (*supra* N 1468 ss) et de l'interprétation (*supra* N 1628 ss) des conditions générales, le troisième mécanisme de **contrôle** se rapporte à leur **contenu** (IV).

1753

IV. Contrôle de contenu

Au sens le plus large, la vérification du contenu des conditions générales (ou « contrôle de validité »³²⁴⁹) implique le contrôle du **respect des normes légales impératives** (A), le contrôle ouvert (B) et le contrôle occulte des clauses insolites ou inhabituelles (C).

1754

A. Contrôle du respect des normes légales impératives

1. Définition

a. Fondements

Le contrôle de contenu au sens strict (« *Inhaltskontrolle* ») revient à **confronter le contenu des conditions générales aux limites légales**³²⁵⁰. Son acception est plus large que le terme de « contrôle ouvert », qui définit, plus spécifiquement, le pouvoir d'intervention contraignant du tribunal en application de l'art. 8 LCD (*infra* N 1769 ss)³²⁵¹. Comme d'autres clauses contractuelles, le contenu des conditions générales doit tout d'abord être compatible avec les limites dictées par les normes légales impératives.

1755

³²⁴⁷ Pour le droit allemand, MüKo BGB II-BASEDOW, § 305c N 22 ss.

³²⁴⁸ Pour une application, BOUVERAT N 987 ss.

³²⁴⁹ Comp. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 148 ss.

³²⁵⁰ EHLE/BRUNSCHWEILER, p. 263.

³²⁵¹ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 88.

1756 Plusieurs dispositions impératives de la loi sont à ce titre susceptibles d'être concernées³²⁵². Des **règles générales** sont prévues par le droit des obligations (cf. art. 19 et 20 CO³²⁵³), par le droit de la lutte contre la concurrence déloyale (art. 8 LCD) – avec quelques spécificités qui justifient qu'on en traite séparément (*infra* N 1772 ss et N 1784 ss) – ou encore par les dispositions sur la protection de la personnalité (art. 27 CC). On y ajoutera les limites, d'ordinaire plus difficiles à déterminer, liées au concept « d'ordre public »³²⁵⁴.

b. Méthodologie

1757 Le contrôle de contenu au sens strict des conditions générales intervient **après** le contrôle de la validité de leur intégration et leur interprétation³²⁵⁵. Valide(s) et interprétée(s), il convient en effet de vérifier si la ou les clause(s) préformulée(s) respectent les règles légales impératives. Le contrôle ouvert du contenu par l'art. 8 LCD serait prioritaire aux autres contrôles, dans la mesure où il accorde un pouvoir d'examen plus important au tribunal³²⁵⁶.

1758 Malgré une intégration valable en vertu des deux premiers contrôles, l'**efficacité définitive** des conditions générales suppose donc encore de les confronter à des critères d'ordre légal³²⁵⁷. En pratique, ce processus sera généralement interdépendant.

1759 Quelles sont les **implications** (2) du contrôle de contenu ?

2. Implications

1760 Les implications du contrôle de contenu sont **générales** (a) ou **spéciales** (b).

³²⁵² KOLLER, AGB-Recht, p. 282 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 209.

³²⁵³ Dans ce sens, BIERI, Apport, N 11.

³²⁵⁴ PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 210 ; RUSCH, Ein Fall, N 22.

³²⁵⁵ Dans ce sens, VISCHER, AGB-Kontrolle, p. 976 : « *bevor AGB der AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG zugänglich sind, sind sie auszulegen* ».

³²⁵⁶ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 87. Pour cet auteur, le respect des normes légales impératives intervient au stade de l'examen de la validité de l'intégration des conditions générales (CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 68 ss). *Contra*, KRAMER/PROBST/PERRIG, N 290 estiment que le contrôle en vertu de l'art. 8 LCD est subsidiaire par rapport aux trois précédents contrôles (validité de l'intégration, interprétation et contrôle de contenu).

³²⁵⁷ KOLLER, AGB-Recht, p. 282 : « *keine Geltung trotz Übernahme* ».

a. Générales

La violation d'une ou de plusieurs normes légales impératives entraîne l'illicéité et, partant, la **nullité de la clause préformulée concernée**³²⁵⁸. 1761

En cas de nullité, sous réserve d'exceptions résultant d'une réduction téléologique (par ex. art. 163 al. 3 et 406h CO et art. 47 LCA)³²⁵⁹, la **validité du reste du contrat s'évalue à l'aune de l'art. 20 al. 2 CO**³²⁶⁰. Les exemples classiques de clauses nulles pour ce motif sont celles excluant la responsabilité pour faute grave de l'une des parties (cf. art. 100 al. 1 CO) ou modifiant des règles de for au détriment du consommateur (cf. art. 32 à 35 CPC)³²⁶¹. 1762

L'illicéité « directe » des conditions générales implique que l'analyse de leur caractère éventuellement insolite et/ou abusif s'avère superflue³²⁶². **Le contrôle de contenu des conditions générales par les règles légales impératives aurait donc un caractère prioritaire** (« *Vorrang der allgemein-rechtlichen AGB Inhaltskontrolle* ») sur le contrôle ouvert (*infra* N 1769 ss), respectivement occulte (*infra* N 1819 ss), de contenu. 1763

Cette priorité se vérifie encore **par rapport au contrôle ouvert selon l'art. 8 LCD**. L'ordre du contrôle de contenu choisi permettra donc, le cas échéant, au consommateur de contester une clause préformulée sans être limité par les conditions d'application spécifiques de l'art. 8 LCD et de la législation contre la concurrence déloyale³²⁶³. 1764

b. Spéciales

Pour **certains contrats**, la loi prévoit des conséquences spéciales en cas d'utilisation de conditions générales (cf. art. 256 al. 2 let. a CO et 288 al. 2 1765

³²⁵⁸ KOLLER, AGB-Recht, p. 282 ; PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 209.

³²⁵⁹ KOLLER, OR AT, § 13 N 137 et 139.

³²⁶⁰ KOLLER, AGB-Recht, p. 282. Plus spécifiquement pour les conséquences en cas de violation de l'art. 8 LCD, *infra* N 1798 ss.

³²⁶¹ PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 210.

³²⁶² KUONEN, Envol manqué, p. 17, en part. ndbp 69.

³²⁶³ Ex. chez RUSCH, Ein Fall, N 17 en lien avec la qualification en tant qu'engagement excessif (cf. art. 27 al. 2 CC) du client d'une banque qui se soumet à un droit formateur pas suffisamment déterminé et déterminable prévu dans des conditions générales. *Contra*, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 87, mais du point de vue de la priorité du contrôle ouvert en vertu de l'art. 8 LCD sur le régime de la clause insolite.

let. a CO, art. 35 LCA, art. 4 al. 2 let. r LSA, art. 168 OS, art. 4 LVF, art. 3 et 3a LCA).

1766 Certaines de ces dispositions ne limitent pas la liberté de contenu du contrat, mais **uniquement la liberté dans l'usage des conditions générales** (cf. art. 256 al. 2 let. a CO et 4 LVF). Le contrat peut alors exister, même dans l'hypothèse où les clauses préformulées sont dénuées d'effet³²⁶⁴ ; l'application de l'art. 20 al. 2 CO n'entrerait pas (directement) en considération³²⁶⁵. On constaterait alors, quoi qu'il en soit, une discrédance potentielle entre l'existence du contrat et l'efficacité des conditions générales.

1767 Suivant le contrat en cause, si l'on admet l'inefficacité des conditions générales, son existence propre pourrait toutefois être menacée. Par exemple, en présence d'un contrat d'assurance, où les conditions générales contiennent régulièrement des éléments essentiels, leur **existence se confond parfois avec celle du contrat** (*supra* N 1431). Sans les clauses préformulées, la validité (et la praticabilité) du contrat n'est alors souvent pas concevable. Si l'assureur contrevient à son devoir d'information précontractuel (art. 3a LCA en relation avec l'art. 3 LCA), mais que le preneur n'exerce pas son droit de résiliation (comp. *supra* N 1071 s.) dans les quatre semaines (cf. art. 3a al. 2 LCA), le contrat subsiste dès lors avec les conditions générales. La question de l'efficacité de ces dernières ne se pose pas (plus), leur existence étant intrinsèquement liée à celle du contrat en tant que tel³²⁶⁶. En d'autres termes, il s'agit alors d'une acceptation tacite « impropre » des conditions générales par le preneur, dans la mesure où, par l'absence d'exercice dudit droit, il ratifie en quelque sorte le contenu contractuel « vicié ».

1768 Après la vérification du respect des normes légales impératives, l'interprète doit procéder au **contrôle ouvert** (B) du contenu des conditions générales, ce en application de l'art. 8 LCD³²⁶⁷. Cette disposition prévoit des critères d'application propres (*infra* N 1772 s. et N 1784 ss). Son intégration dans la législation contre la concurrence déloyale confirme la pertinence à lui

³²⁶⁴ Partant, il est seulement interdit au bailleur de proposer des dérogations au détriment du locataire au moyen de conditions générales, PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 210.

³²⁶⁵ KOLLER, AGB-Recht, p. 282. Pour l'art. 4 LVF, BSK OR I-ROBERTO, art. 4 LVF N 2.

³²⁶⁶ KOLLER, AGB-Recht, p. 282.

³²⁶⁷ Comp. arrêt du TF 4A_152/2017 du 02.11.2017 consid. 5.3 : « au surplus, il convient de préciser que l'art. 8 LCD (RS 241), relatif à l'utilisation de conditions générales abusives, ne peut s'appliquer en l'espèce dès lors que la recourante ne rentre pas dans le cercle des consommateurs (cf. KRAMER/PROBST/PERRIG, *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 2016, n° 515 p. 325 s.; TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 5^e éd. 2012, n° 886 p. 196 s.). Il s'ensuit que la cour cantonale n'a enfreint ni l'art. 18 al. 1 CO, ni l'art. 33 LCA en interprétant la clause quéréllée ».

reconnaître un rôle spécifique du point de vue de la vérification de contenu (au sens large) des conditions générales.

B. Contrôle ouvert des clauses abusives en vertu de l’art. 8 LCD

1. Définition

a. Fondements

En 1979 déjà³²⁶⁸, KRAMER indiquait qu’un contrôle ouvert des conditions générales était **propre à garantir la protection du destinataire**, en particulier du consommateur³²⁶⁹. Il insistait sur la nécessité d’une extension de la force de chose jugée aux autres consommateurs (effet « *erga omnes* », non pas uniquement « *inter partes* »³²⁷⁰) d’un jugement constatant le caractère abusif d’une clause de conditions générales (cf. art. 21 aABGB-DE qui prévoyait une « *Erstreckung der Rechtskraft eines Unterlassungsurteils* » ; comp. art. 9 al. 2 et 10 LCD³²⁷¹)³²⁷².

1769

Le « contrôle ouvert » définit ainsi le pouvoir conféré au tribunal – et par anticipation à toutes les parties au contrat prospectif, le cas échéant aux tiers – de ne pas appliquer tout ou partie des conditions générales parce que leur contenu est abusif et, partant, illicite³²⁷³. L’expression signifie que la loi **consacre directement un contrôle matériel des conditions générales**³²⁷⁴.

1770

³²⁶⁸ Pour un aperçu de l’évolution des législations nationales européennes en matière de clauses contractuelles abusives, ECL-JANSEN, Introduction before art. 6:201, N 1 ss.

³²⁶⁹ KRAMER, Konsumentenschutz, p. 66. En lien avec la nécessité d’un contrôle ouvert de contenu (« *offene Inhaltskontrolle* »), BK OR-KRAMER, art. 1 N 179 : « [...] *vor allem aber auch durch offene <Inhaltskontrolle> nach den bewusst verschärft eingesetzten Kriterien der Art. 19 ff.* ».

³²⁷⁰ ENGEL, Cent ans, p. 44.

³²⁷¹ La doctrine considère désormais, en réf. à la jurisprudence de la CJUE, que les effets des décisions judiciaires prises à la suite d’une action collective (art. 10 al. 2 LCD) vont au-delà du seul cas litigieux, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 182.

³²⁷² KRAMER, Konsumentenschutz, p. 68.

³²⁷³ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 88.

³²⁷⁴ Pour un aperçu du contrôle des conditions générales, en particulier des conceptions relatives à ce contrôle, dans l’UE et en France, en Allemagne et au Royaume-Uni, BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 26 ss.

1771 En droit suisse, seul le nouvel art. 8 LCD, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012³²⁷⁵, permettrait un **véritable contrôle ouvert du contenu des conditions générales, mais sous l'angle de l'examen de leur caractère éventuellement abusif**³²⁷⁶. Les décisions judiciaires d'application de la disposition restent toutefois extrêmement rares, ce qui contraste avec l'engouement doctrinal qu'elle suscite³²⁷⁷. Certains auteurs proposent également un « contrôle ouvert » en se fondant sur le respect général de l'ordre public (cf. art. 19 al. 2 CO)³²⁷⁸. Le TF n'a semble-t-il jamais appliqué cette proposition³²⁷⁹. Il nous paraît quoi qu'il en soit qu'un tel examen relèverait plutôt du contrôle du respect des normes impératives (*supra* N 1755 ss), que d'un véritable « contrôle ouvert » dans son acception actuelle, à savoir désignant spécifiquement le contrôle effectué en application de l'art. 8 LCD.

(i) *Critères de contrôle spécifiques*

1772 L'art. 8 LCD met en place un contrôle des conditions générales à l'aune de **certaines « éléments constitutifs »**, notamment ceux de la « contrariété à la bonne foi » ou de la « disproportion entre les droits et obligations découlant du contrat » (comp. *infra* N 1784 ss). Ce contrôle est institué en faveur du « consommateur » exclusivement, terme que la LCD ne définit cependant pas (comp. art. 256 al. 2 CO limité aux clauses préformulées opposées au locataire)³²⁸⁰.

1773 La densité normative de l'art. 8 LCD est relativement élevée, ce qui résulte déjà de son **champ d'application limité aux conditions générales** (comp., qui sont plus larges, art. 20 al. 1 CO : « *le contrat est nul s'il a pour objet une chose*

³²⁷⁵ RO 2011 4909.

³²⁷⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1149 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 87 : « *en droit suisse, le contrôle ouvert de contenu est assuré par le seul art. 8 LCD, dont le champ d'application est toutefois réduit (N 120 ss)* » ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 26. Au sujet de l'art. 8 aLCD, mais dont les développements restent en grande partie transposables en gardant néanmoins à l'esprit que le nouvel art. 8 LCD a supprimé l'exigence de la tromperie du destinataire des conditions générales, HUGUENIN/MAISSEN, p. 113 s.

³²⁷⁷ Voir les nombreuses réf. bibliographiques chez CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 et SHK UWG-PROBST, art. 8. Nous avons également co-écrit un article succinct à son sujet, DELAYE/HUG, Art. 8 LCD.

³²⁷⁸ BK OR-KRAMER, art. 19-20 N 158 ss. Comp. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, art. 19 N 28. A ne pas confondre avec le caractère de disposition d'ordre public de l'art. 8 LCD au sens de l'art. 2 Titre final CC, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1150e.

³²⁷⁹ Comp. HUGUENIN/MAISSEN, p. 113.

³²⁸⁰ Précisant la notion, PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 217 s. Comp. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 124 ss et 139 ss.

impossible, illicite ou contraire aux mœurs » ou, art. 27 al. 1 CC : « *nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs* »).

Ces spécificités de l'art. 8 LCD méritent que l'on s'intéresse à la **nature hybride** (ii) de la disposition (sur le rapport entre le droit de la consommation et le droit de la lutte contre la concurrence déloyale, *supra* N 175 ss).

1774

(ii) Nature hybride de l'art. 8 LCD

L'art. 8 LCD est une disposition particulière, dont le rattachement au droit contractuel de la consommation **reste difficile à retenir sans équivoque**. S'agit-il d'une norme à caractère collectif ou d'un moyen de protection individuel spécifique ? S'agit-il d'une norme de protection du consommateur sous l'angle contractuel ou d'une règle relevant de la garantie d'une concurrence loyale ? En raison du dualisme du contrôle des conditions générales en Suisse (*supra* N 1642 et 1652), la disposition appartient-elle même véritablement au droit contractuel de la consommation ?

1775

Son insertion systématique³²⁸¹ dans une loi relevant du droit de la concurrence **penche en faveur d'une conception collective de l'art. 8 LCD**. Aussi, l'art. 1 LCD retient-il que « *la présente loi vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée* ». Cette portée collective est confortée par le fait que la mise en œuvre des sanctions civiles en cas de violation de la disposition n'est pas limitée aux seules parties contractantes. La qualité pour agir contre l'utilisation de conditions générales ne revient en effet pas exclusivement au consommateur, mais également aux concurrents de l'utilisateur de conditions générales (art. 9 et 10 al. 1 LCD), ainsi qu'aux associations de protection des consommateurs (art. 10 al. 2 let. a LCD) et à la Confédération (art. 10 al. 2 let. b LCD)³²⁸².

1776

Ce caractère *a priori* collectif ne doit pas faire perdre de vue le **caractère hybride de l'art. 8 LCD**. Dans la mesure où son champ d'application est limité au consommateur (*infra* N 1786), il ne vise pas uniquement à garantir une concurrence loyale entre les différents acteurs du marché ; la protection du consommateur en tant qu'acteur individuel demeure également l'un de ses buts (plus) spécifiques³²⁸³. L'art. 8 LCD constituerait, partant, l'archétype de la

1777

³²⁸¹ Sur l'importance de l'interprétation systématique en tant qu'élément de l'interprétation de la loi, KRAMER, Methodenlehre, p. 92 ss.

³²⁸² BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 92.

³²⁸³ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 165.

disposition confirmant le lien très étroit, pour ne pas dire fusionnel, qu'entretiennent, d'une part, le droit de la concurrence et, d'autre part, le droit de la consommation, en tout cas lorsqu'on retient que le second n'englobe pas déjà le premier (comp. *supra* N 176).

1778 Le choix du législateur de limiter le champ d'application personnel du contrôle ouvert institué par la LCD au seul « consommateur » n'est cependant pas exempt de critiques³²⁸⁴. Il appelle peut-être la **nécessité d'un contrôle plus général des clauses abusives**. Le choix du rattachement définitif de ce contrôle au droit des obligations ou au droit de la concurrence est néanmoins toujours indécis en Suisse. Certains législateurs étrangers ont appréhendé cette question en intégrant le contrôle des clauses abusives dans un Code spécifique ou une loi spéciale tendant à la protection du consommateur (par ex. les art. 33 à 38 du *Codice del Consumo* italien qui traitent des « *clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore* »).

b. Méthodologie

1779 Le contrôle ouvert de contenu **semble potentiellement se confondre**³²⁸⁵ avec le contrôle des conditions générales intervenant sous l'angle du respect des normes légales impératives (*supra* N 1755 ss). En effet, la détermination du caractère abusif des clauses à l'aune de l'art. 8 LCD consiste fondamentalement à vérifier leur respect par rapport à une norme légale impérative.

1780 La disposition **se démarque**³²⁸⁶ toutefois par des conditions d'application – des éléments constitutifs – explicitement et limitativement définis (*supra* N 1772 s. et *infra* N 1784 ss), au surplus dans une législation tendant à la protection qualitative du consommateur (*supra* N 187 s.). L'examen du caractère abusif d'une clause n'est ainsi pas un mécanisme de protection envisagé par le droit des obligations (sur le dualisme du contrôle des conditions générales, *supra* N 1642).

1781 Le respect des normes légales impératives semble par ailleurs plus large que le seul contrôle des clauses abusives en vertu de l'art. 8 LCD. Le premier désigne l'action de **confronter directement le contenu des conditions générales aux**

³²⁸⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1158 considèrent qu'un contrôle de contenu devrait également être possible en cas de contrat conclu entre commerçants, en particulier si l'un des contractants est une PME.

³²⁸⁵ BK OR-KRAMER, art. 1 N 209. Comp. SHK UWG-PROBST, art. 8 N 210.

³²⁸⁶ Sur l'utilité de l'adoption de l'art. 8 LCD compte tenu du fait que le droit des obligations ne permet qu'un contrôle insuffisant de contenu, SHK UWG-PROBST, art. 8 N 209 s.

règles impératives de l'ordre juridique (« *direkte Inhaltskontrolle* »³²⁸⁷). Le second, précisément fondé sur l'art. 8 LCD, est plus spécifique et reste, en particulier, limité au consommateur en tant que destinataire de clauses préformulées³²⁸⁸. En particulier, ces éléments amènent PICHONNAZ à nier le caractère subsidiaire du contrôle institué par l'art. 8 LCD par rapport au régime des clauses insolites, en concédant par ailleurs que la disposition confère au tribunal un pouvoir d'examen plus important³²⁸⁹.

Du point de vue de la pratique judiciaire, ces considérations méthodologiques n'ont qu'une portée restreinte. La sanction de la violation de l'art. 8 LCD demeure la **nullité absolue de la clause abusive** concernée, ce que le tribunal doit de toute manière relever d'office et en tout temps³²⁹⁰. 1782

Quelles sont, succinctement, les **conditions** (2) d'application de l'art. 8 LCD ? 1783

2. Conditions

a. Eléments constitutifs

Les conditions d'application du nouvel art. 8 LCD et les conséquences civiles³²⁹¹ de sa violation (*infra* N 1798 ss) ont fait **l'objet de nombreuses contributions doctrinales**³²⁹². Depuis son adoption, la jurisprudence fédérale rendue au sujet de la disposition est cependant restée pour le moins parcimonieuse³²⁹³. 1784

Au vu de la profusion d'avis, d'explications et de prises de position – auxquels nous renvoyons – il nous semble superflu de présenter à nouveau ces éléments constitutifs en détail ici. Cela étant, il reste utile de les garder à l'esprit, car ils 1785

³²⁸⁷ Comp. BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, p. 143 ss.

³²⁸⁸ Arrêt du TF 4A_152/2017 du 02.11.2017, consid. 5.3 avec les réf. citées.

³²⁸⁹ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 87 et 91 s.

³²⁹⁰ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 170, qui précise que la nullité peut être relevée « *aussi par tout tiers ayant un intérêt à le faire* ».

³²⁹¹ Pour les conséquences civiles en général, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 175 s. et SHK UWG-PROBST, art. 8 N 290 ss.

³²⁹² Cf la compilation des différents avis doctrinaux proposée par AESCHIMANN. Plus récemment, WALKER.

³²⁹³ L'unique arrêt traitant du nouvel art. 8 LCD porte sur des questions de droit transitoire, ATF 140 III 404 = JdT 2015 II 198, JdT 2015 II 209 et JdT 2016 II 247.

traduisent la spécificité du contrôle ouvert mis en place par l'art. 8 LCD dans le système de contrôle de contenu des conditions générales en droit suisse.

1786 Nous nous **limiterons dès lors à rappeler les conditions d'application** de la disposition³²⁹⁴:

1. L'emploi de conditions générales³²⁹⁵ ;
2. Une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat ;
3. La contrariété à la bonne foi ;
4. Au détriment d'un consommateur.

1787 En revanche, il est peut-être plus intéressant de relever que l'art. 8 LCD soulève des **questions particulières en lien avec la Directive 93/13/CEE et son interprétation** (b).

b. Questions particulières en lien avec la Directive 93/13/CEE et son interprétation

1788 Il existe une **parenté étroite** entre, d'une part, la Directive 93/13/CEE (en particulier ses art. 3 et 4³²⁹⁶) et, d'autre part, l'art. 8 LCD³²⁹⁷.

1789 Au moment d'examiner les conditions d'application de l'art. 8 LCD, il convient néanmoins d'être attentif aux éventuelles divergences entre le droit secondaire de l'UE et le droit suisse. Cela étant, l'influence du premier sur le second semble, à terme, inévitable³²⁹⁸, ce qui justifie d'autant plus la comparaison et le rapprochement.

1790 On traitera des **modalités du contrôle** (i) et de l'objet du contrôle (ii).

³²⁹⁴ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 451 ss ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 118 ss. Comp. KUONEN, Envol manqué, p. 4 ss.

³²⁹⁵ En droit européen des contrats, le contrôle de loyauté pourrait porter sur une seule « clause » contractuelle, y compris orale, ECL-JANSEN, art. 6:203 N 5. En droit suisse, tel ne semble pas être le cas, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N 121 (« *des clauses contractuelles préformulées <standardisées> qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats* »).

³²⁹⁶ Pour l'art. 4 al. 2 Directive 93/13/CEE, BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 94.

³²⁹⁷ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 113 ; SHK UWG-PROBST, art. 8 N 153 et 262 ss.

³²⁹⁸ DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 395 s.

(i) Quant aux modalités du contrôle

La parenté avec la Directive 93/13/CEE doit d'abord être **relativisée quant aux modalités du contrôle** des conditions générales. Tandis que celui mis en place par l'art. 8 LCD est parfois considéré comme pouvant être de nature abstraite (*supra* N 1653), celui prôné par la CJUE en application de l'art. 3 Directive est, en revanche, de nature plus concrète. La Cour de justice rappelle que l'application de ce dernier intervient en observant la nature du bien ou du service faisant l'objet du contrat, en référence aux circonstances entourant sa conclusion, de même qu'aux autres clauses du contrat³²⁹⁹.

1791

En revanche, la parenté doit être **confirmée** s'agissant de l'obligation, pour le tribunal d'examiner, l'ensemble des clauses des conditions générales dans l'analyse du déséquilibre³³⁰⁰. L'utilisation du terme de « conditions générales » à l'art. 8 LCD le confirme et doit se lire en parallèle avec celle de « clauses abusives » employée par la Directive³³⁰¹.

1792

Au sein du BGB, le **droit allemand** prévoit un contrôle ouvert généralement³³⁰² abstrait de contenu des conditions générales (cf. § 307 BGB dont la teneur rappelle celle de l'art. 8 LCD ; sur l'interprétation générale et abstraite des conditions préformulées en droit allemand, *supra* N 1643). Dès lors, si la conception adoptée est celle d'un contrôle ouvert concret en application de l'art. 8 LCD, les rapprochements avec le BGB doivent rester prudents³³⁰³. Néanmoins, une référence à ce droit pourrait peut-être conduire à confirmer un contrôle concret en vertu de l'art. 8 LCD, dans la mesure où cette dernière disposition se limite à protéger le « consommateur »³³⁰⁴.

1793

³²⁹⁹ CJUE, 12.01.2014, CONSTRUCTORA PRINCIPADO, aff. C-226/12, N 24 ; CJUE, 14.11.2013, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA ET BANCO DE VALENCIA, aff. jointes C-537/12 et C-116/13, N 64 s. ; CJUE, 21.03.2013, RWE VERTRIEB, aff. C-92/11, N 48 ; CJUE, 14.03.2013, AZIZ, aff. C-415/11, N 66 ; CJUE, 09.11.2010, VB PÉNZÜGYI LISING, aff. C-137/08, N 42 ss.

³³⁰⁰ CJUE, 21.02.2013, BANIF PLUS BANK, aff. C-472/11, N 41 énonce l'obligation, pour le tribunal national, de tenir compte de toutes les autres clauses du contrat dans l'appréciation du caractère éventuellement abusif d'une clause.

³³⁰¹ PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD, p. 144.

³³⁰² Palandt/GRÜNEBERG, § 307 N 8.

³³⁰³ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 77.

³³⁰⁴ Palandt/GRÜNEBERG, § 307 N 8 et 310 N 19 rappellent qu'en cas de contrat conclu avec un consommateur, des éléments individuels et concrets restent à observer (§ 310 al. 3 BGB).

(ii) *Quant à l'objet du contrôle*

1794

Il faut à notre avis admettre, en nuancant toutefois la position d'une partie de la doctrine³³⁰⁵, que l'examen de loyauté peut exceptionnellement aussi porter sur la **définition de l'objet principal du contrat ou l'adéquation entre le prix et la rémunération** (cf. art. 4 al. 2 Directive 93/13/CEE³³⁰⁶). Tel pourrait être le cas lorsque la clause n'est pas claire ou est incompréhensible (comp. art. 4:110 (2) (a) PECL relatif aux « *Unfair Terms not Individually Negotiated* »³³⁰⁷). L'exigence de transparence, appréhendée en tant qu'élément du contrôle de loyauté, pourrait dès lors avoir pour conséquence que l'objet principal du contrat (« prestations essentielles qui le caractérisent ») ou l'adéquation entre le prix et la rémunération sont soumis à un examen fondé sur la LCD (comp. art. 6:205 (2) ECL)³³⁰⁸. Contrairement à la conséquence du maintien de la cause en cas d'application de règle *in dubio contra stipulatorem* (*supra* N 1675 ss), la conséquence serait alors l'invalidité de la clause.

1795

L'art. 4 al. 2 Directive ne prescrit par ailleurs qu'un **standard minimal**. Les Etats membres – et de toute manière la Suisse – peuvent assurer au consommateur un niveau de protection plus élevé (harmonisation partielle et minimale)³³⁰⁹. Les clauses visées par l'art. 4 al. 2 Directive n'échappent à l'appréciation de leur caractère abusif que si elles ont été rédigées de façon claire et compréhensible³³¹⁰. Cela étant, le contrôle par le droit national reste admissible même pour les cas où la clause a été rédigée de façon claire et compréhensible³³¹¹. La CJUE a confirmé la liberté laissée aux Etats membres

³³⁰⁵ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 94 et les réf. citées.

³³⁰⁶ La teneur de cette disposition est la suivante : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ».

³³⁰⁷ La teneur de cette disposition est la suivante : « *(2) This Article does not apply to : (a) a term which defines the main subject of matter of the contract, provided the term is in plain and intelligible language* ». Critique sur l'articulation de cette disposition, ECL-JANSEN, Introduction before art. 6:201, N 16.

³³⁰⁸ Comp. ECL-JANSEN, art. 6:201 N 16 et ECL-JANSEN, art. 6:205 N 11. CJUE, 26.02.2015, MATEI, aff. C-143/13, N 54 ; CJUE, 30.04.2014, KÁSLER ET KÁSLERNE RÁBAI, aff. C-26/13, N 59.

³³⁰⁹ CJUE, 03.06.2010, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, aff. C-484/08, N 28.

³³¹⁰ CJUE, 09.07.2015, BUCURA, aff. C-348/14, N 50.

³³¹¹ CJUE, 03.06.2010, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, aff. C-484/08, N 42.

sur ce point (not. contrôle de la définition de l'objet principal du contrat, adéquation entre le prix et la rémunération)³³¹².

L'art. 4 al. 2 Directive, s'agissant d'une disposition ne comportant aucun renvoi exprès au droit des Etats membres pour déterminer son sens et sa portée, fait en outre l'objet d'une **interprétation autonome et uniforme par la Cour**³³¹³. Une telle interprétation n'a aucun effet juridiquement contraignant pour la Suisse. Si l'on considère cependant que l'art. 97 Cst. doit offrir au consommateur un niveau de protection élevé, la possibilité d'un tel contrôle pourrait être exceptionnellement reconnue, en tout cas lorsque la clause n'est pas claire ou qu'elle est incompréhensible. Un tel contrôle des prestations contractuelles – souvent essentielles – des parties au contrat de consommation peut évidemment s'avérer problématique au regard du respect du principe de l'autonomie de la volonté. Partant, cette possibilité devrait être admise restrictivement, ce qui est cependant déjà le cas par l'application de l'art. 8 LCD, laquelle est d'emblée limitée aux consommateurs³³¹⁴. En outre, une clause n'est pas automatiquement abusive – ou déloyale – du seul fait qu'elle n'est pas transparente, en particulier dans l'hypothèse où elle s'avère *in fine* favorable au consommateur³³¹⁵.

1796

Quelles sont les **conséquences** (3) d'une application de l'art. 8 LCD ?

1797

3. Conséquences

a. Sanctions

Du point de vue des conséquences civiles, la violation de l'art. 8 LCD entraîne – c'est (de moins en moins) controversée – la nullité de la clause, plutôt que sa

1798

³³¹² CJUE, 03.06.2010, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, aff. C-484/08, N 44.

³³¹³ CJUE, 30.04.2014, KÁSLER ET KÁSLERNE RÁBAI, aff. C-26/13, N 37 s. Par ex., la Cour considère que « *s'il incombe à la seule juridiction de renvoi de se prononcer sur la qualification de cette clause en fonction des circonstances propres du cas d'espèce, il n'en demeure pas moins que la Cour est compétente pour dégager des dispositions de la directive 93/13, en l'occurrence celles de l'article 4 paragraphe 2, les critères que le juge national peut ou doit appliquer lors de l'examen d'une clause contractuelle au regard de celles-ci* » (N 37).

³³¹⁴ Comp. arrêt du TF 4A_152/2017 du 02.11.2017, consid. 5.3.

³³¹⁵ ECL-JANSEN, art. 6:201 N 16.

réduction dans une proportion admissible (comp. art. 6:204 ECL)³³¹⁶. La **conséquence de la nullité d'une clause abusive** s'impose donc³³¹⁷ (cf. art. 2 al. 1 LCD). Ladite nullité se constate d'office et en tout temps³³¹⁸.

Cette sanction civile « d'ordre contractuel » **doit être distinguée** des actions civiles défensives et réparatrices du droit de la concurrence déloyale, par hypothèse fondées sur la violation de l'art. 8 LCD en tant qu'acte de concurrence déloyale (art. 9 al. 1 et 3 LCD). Des sanctions pénales (art. 23 LCD *a contrario*) ou administratives (art. 16 ss LCD) ne sont, en revanche, pas prévues en cas de violation de l'art. 8 LCD³³¹⁹.

Il demeure toujours intéressant d'aborder des **questions particulières en lien avec les conséquences civiles de la violation de l'art. 8 LCD** (b).

b. Questions particulières en lien avec les conséquences civiles de la violation de l'art. 8 LCD

Nous venons de le rappeler (*supra* N 1798 s.), la doctrine considère généralement que la sanction civile en cas de violation de l'art. 8 LCD est la **nullité de la clause abusive** (nullité partielle, voire totale du contrat).

Certains auteurs défendent néanmoins la **possibilité d'une correction de la clause**, en particulier lorsque le consommateur le souhaite³³²⁰. Le TF n'a pas eu à trancher la question. Le seul cas d'application du nouvel art. 8 LCD portait sur des éléments de droit transitoire³³²¹.

Des **développements récents du droit de l'UE** méritent d'être relevés ici. La Cour de Justice ne paraît pas retenir *expressis verbis* la conséquence de la nullité, mais affirme que le tribunal national doit tirer, d'office, toutes les

³³¹⁶ La teneur de cette disposition est la suivante : « (1) *Unfair terms are not binding on a party who did not supply them.* (2) *If the contract can be maintained without the unfair terms, it remains otherwise binding on the parties* ».

³³¹⁷ Du même avis, ECL-JANSEN, art. 6:204 N 1 et 6 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 507 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 172 ss.

³³¹⁸ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 507 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 170 ss. Pour un ex. où le TF paraît s'être saisi d'office de l'examen en application de l'art. 8 LCD, nonobstant le fait que le contrat avait été conclu entre deux professionnels, arrêt du TF 4A_152/2017 du 02.11.2017, consid. 5.3.

³³¹⁹ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 508 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 175.

³³²⁰ Opposé à la correction, mais exposant différentes positions doctrinales, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 172 s.

³³²¹ 140 III 404 = JdT 2015 II 198, JdT 2015 II 209 et JdT 2016 II 247.

conséquences découlant, selon le droit national concerné, de la constatation de ce caractère abusif. Le but est de s'assurer que le consommateur ne soit pas lié par la clause et d'apprécier si le contrat concerné peut subsister sans la clause abusive³³²². Dans l'arrêt JÖRÖS, où la Cour reconnaît aux Etats membres une certaine liberté d'appréciation, elle rappelle en outre que la Directive 93/13/CEE « *ne s'oppose pas à la possibilité, dans le respect du droit de l'Union, de déclarer nul dans son ensemble un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur contenant une ou plusieurs clauses abusives lorsqu'il s'avère que cela assure une meilleure protection au consommateur* »³³²³.

Plus récemment, la Cour a rappelé l'**effet dissuasif** de la non-application de clauses abusives à l'égard du consommateur. Si les clauses abusives sont uniquement réduites – la Cour utilise le terme « invalidées » – les professionnels pourraient sinon être tentés de les utiliser et de continuer à le faire. L'unique « risque » supporté par l'utilisateur est alors le complètement du contrat, par la réduction prétorienne de la clause à un niveau admissible³³²⁴. La Cour a même retenu que le tribunal national n'était pas autorisé à adapter une clause (pénale) abusive³³²⁵, y compris dans l'hypothèse où cette adaptation serait conforme à la volonté du consommateur³³²⁶.

1804

Une dernière question dont nous souhaitons traiter en lien avec le contrôle des conditions générales abusives est celle de l'**applicabilité de l'art. 8 LCD aux actes notariés** (4).

1805

4. Applicabilité de l'art. 8 LCD aux actes notariés

Une thématique intéressante, relevée par une partie de la doctrine, est celle de l'applicabilité de l'art. 8 LCD aux actes notariés. Concrètement, il s'agit de déterminer si les actes notariés excluent l'**existence de conditions générales** (a). Si tel n'est pas le cas, il faut décider si de telles conditions peuvent être soumises au contrôle de l'art. 8 LCD (b)³³²⁷. Ces éléments restent controversés,

1806

³³²² CJUE, 30.05.2013, JÖRÖS, aff. C-397/11, N 41 et 51 ss ; CJUE, 14.06.2012, BANCO ESPANOL DE CRÉDITO, aff. C-618/10, N 68 ss.

³³²³ CJUE, 30.05.2013, JÖRÖS, aff. C-397/11, N 47.

³³²⁴ CJUE, 30.04.2014, KÁSLER ET KÁSLERNE RÁBAI, aff. C-26/13, N 79.

³³²⁵ CJUE, 30.05.2013, ASBEEK BRUSSE, aff. C-488/11, N 60.

³³²⁶ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 173.

³³²⁷ STÖCKLI/AESCHIMANN, p. 73.

y compris entre d'importantes associations et commissions notariales cantonales³³²⁸. Nous procéderons, enfin, à une appréciation (c).

a. Existence de conditions générales ?

1807

Les clauses préformulées contenues dans un contrat soumis à la forme authentique sont susceptibles d'**être considérées** comme des conditions générales³³²⁹. La doctrine fournit l'exemple d'un notaire instrumentant douze contrats de vente, portant sur des logements individuels ou des parts de propriété par étages pour le compte d'un seul entrepreneur général, et où les mêmes clauses d'exclusion de garantie sont employées³³³⁰. Il nous paraît effectivement que des conditions générales au sens de l'art. 8 LCD puissent figurer dans un acte notarié, en particulier lorsque le professionnel « pousse » le notaire à instrumenter des contrats identiques avec un ou plusieurs consommateurs³³³¹.

1808

Certes, en **droit de l'UE**, l'art. 3 al. 3 let. i de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs exclut de son champ d'application les contrats conclus par devant un officier public. En ce qui concerne des clauses contractuelles contenues dans un contrat passé devant notaire, la Cour de Justice n'a toutefois pas rejeté l'idée que la Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives puisse malgré tout avoir une incidence sur la détermination du caractère abusif de clauses préformulées³³³². La Cour a seulement retenu qu'il

³³²⁸ Réponse apparemment affirmative, Inspectorat du Notariat du Canton de Zurich, Das Gewährleistungsrecht in Kaufverträgen über Grundstücke, p. 1, http://www.notariate.zh.ch/dow/gru_kau_bes_gew_gew.pdf (consulté le 30.10.2018). *Contra*, Musterurkunden sammlungskommission de l'Association des Notaires bernois, Stellungnahme vom Oktober 2013 zu Abtretung von Mängelrechten im Kauf- und Werkvertrag und Art. 8 UWG – gültige oder nichtige Vertragsbestimmungen (non publié), p. 2. STÖCKLI/AESCHIMANN, p. 74, ndbp 6 et 7.

³³²⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1117a; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 275. Nuancé, VISCHER, Freizeichnungsklauseln, p. 185.

³³³⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1117a ; STÖCKLI/AESCHIMANN, p. 75 s. En lien avec l'utilisation des normes SIA, estimant qu'elles peuvent tomber sous le contrôle de l'art. 8 LCD lorsque les conditions d'un contrat passé avec un consommateur sont réunies, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 121.

³³³¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1117a.

³³³² CJCE, 01.04.2004, FREIBURGER KOMMUNALBAUTEN, aff. C-237/02, N 6 ss et 25. Cf. ég. CJCE, 14.11.2003, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA ET BANCO DE VALENCIA, aff. jointes C-537/12 et C-116/13, N 28 ss et, en part. N 71 pour des critères d'importance essentielle dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause de déchéance du terme d'un crédit hypothécaire.

appartenait au tribunal national de déterminer si pareille clause contractuelle réunissait les critères requis en vue d'être qualifiée d'abusives au sens de l'art. 3 al. 1 Directive³³³³. La doctrine européenne paraît également considérer que rien ne s'oppose à un contrôle de loyauté des clauses rédigées par un notaire ou une personne ayant une fonction qu'elle qualifie de « quasi-officielle »³³³⁴.

b. Soumission au contrôle de l'art. 8 LCD ?

Dans le contexte de l'art. 8 LCD, le critère restrictif de la prestation de consommation courante, propre au droit formel, n'est pas déterminant³³³⁵. Aussi, l'exigence que le contrat porte sur une prestation de consommation courante ne ressort-elle pas de la lettre de l'art. 8 LCD³³³⁶. Il paraît même **discutable de conditionner l'applicabilité de l'art. 8 LCD à l'exigence d'une prestation de consommation courante**. Le champ d'application de la disposition serait alors limité aux cas de faible importance patrimoniale, ce qui n'est que rarement le cas en matière immobilière. STÖCKLI/AESCHIMANN considèrent dès lors à juste titre que l'acquéreur d'un bien-fonds ou d'un logement peut être considéré comme un consommateur au sens de l'art. 8 LCD³³³⁷.

1809

Le besoin de protection du consommateur semble **précisément accru lorsqu'il acquiert une prestation économiquement importante** ou un logement pour lui-même et sa famille³³³⁸. L'exigence, sous l'angle de l'art. 8 LCD, que le contrat conclu par le consommateur porte sur une prestation de consommation courante reviendrait dès lors souvent à lui dénier le bénéfice de la protection de

1810

³³³³ CJCE, 01.04.2004, FREIBURGER KOMMUNALBAUTEN, aff. C-237/02, N 25. A noter que la doctrine de droit allemand rappelle la possibilité d'un contrôle de contenu des conditions préformulées intégrées par un notaire, MEDICUS/PETERSEN, N 406 ss (critiques en N 406a).

³³³⁴ ECL-JANSEN, art. 6:203 N 10 (« *terms provided by a third party* »).

³³³⁵ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 131 et les réf. citées « *partant, la protection de l'art. 8 LCD ne se limite pas aux prestations de consommation courante* ».

³³³⁶ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 131.

³³³⁷ La qualification de consommateur pour l'acquéreur d'un logement est reconnue en droit de l'UE en application de la Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives, CJUE, 16.01.2014, CONSTRUCTORA PRINCIPADO, aff. C-226/12, en part. N 26 et 28.

³³³⁸ Pour des considérations similaires en vérification de la conformité du droit interne espagnol, mais en lien avec une procédure préalable au prononcé d'une décision au fond en matière d'exécution d'une saisie hypothécaire, CJUE, 14.11.2003, BANCO POPULAR ESPAÑOL SA ET BANCO DE VALENCIA, aff. jointes C-537/12 et C-116/13, N 56 s.

la législation contre la concurrence déloyale dès le moment où il acquiert un logement pour ses besoins individuels et privés, ce qui n'est pas admissible³³³⁹.

1811 Pour le consommateur, l'applicabilité de l'art. 8 LCD s'avère d'intérêt en lien avec l'**acquisition de parts de propriétés par étages sur plan**, en particulier lorsque l'aliénateur se libère de sa responsabilité et cède l'ensemble des droits de garantie contre le planificateur et l'entrepreneur à l'acquéreur-consommateur³³⁴⁰. En pratique, il sera parfois difficile pour ce dernier de faire valoir ses droits en justice. Il arrive également que l'aliénateur ait préalablement omis – volontairement ou non – de procéder à l'avis des défauts en temps utile³³⁴¹ et que, partant, l'action de l'acquéreur-consommateur soit déjà périmée, alors même qu'il acquiert un immeuble neuf³³⁴².

1812 Ces différents motifs **plaident pour** une soumission des actes notariés au mécanisme de contrôle de l'art. 8 LCD.

1813 Il convient de procéder à une **appréciation critique** (c).

c. Appréciation critique

1814 En constatant que les actes authentiques peuvent contenir des conditions générales, STÖCKLI/AESCHIMANN rappellent que les **fonctions d'un tel acte sont multiples**. Aucune de ces fonctions ne vise cependant le rétablissement de la loyauté entre les partenaires contractuels³³⁴³. Les devoirs professionnels du notaire³³⁴⁴ (impartialité, obligation de renseigner les parties, exception à l'obligation d'instrumenter en cas de contenu de l'acte manifestement contraire au droit) ne permettent pas de préserver le consommateur de l'utilisation de (toutes) clauses abusives par le professionnel³³⁴⁵. En soi, la forme authentique n'assure d'ailleurs pas forcément un temps de réflexion aux parties, ni ne garantit même la présence des signataires³³⁴⁶. Ces auteurs parviennent dès lors

³³³⁹ STÖCKLI/AESCHIMANN, p. 92 s.

³³⁴⁰ Pour la notion d'« acheteur-consommateur », Conclusions de l'avocat général ALBER, du 26.11.1998, TRAVEL VAC, aff. C-423/97, N 4.

³³⁴¹ Critique sur la conception restrictive du droit suisse de l'obligation de procéder à l'avis des défauts (« *Rügeobliegenheit* »), BUCHER, Hundert Jahre, p. 338 s. et 342 ss (cf. cep. p. 344).

³³⁴² STÖCKLI/AESCHIMANN, p. 74 s.

³³⁴³ STÖCKLI/AESCHIMANN, p. 76.

³³⁴⁴ Sur les obligations ministerielles du notaire, JEANDIN, p. 68 ss.

³³⁴⁵ STÖCKLI/AESCHIMANN, p. 79 ss.

³³⁴⁶ JEANPRÊTRE, p. 46 donne l'ex. de la procuration signée par le contractant ne comparaissant pas devant le notaire.

à la conclusion – convaincante – que l’art. 8 LCD s’applique également aux conditions générales figurant, le cas échéant, dans des actes notariés³³⁴⁷.

L’affirmation de ces auteurs nous semble en phase avec l’art. 8 LCD. La condition reste **qu’il existe une situation concrète de déséquilibre entre l’aliénateur et l’acquéreur et qu’il soit effectivement fait usage de conditions générales**. En revanche, il paraît excessif de soumettre au contrôle de l’art. 8 LCD, d’office et sans distinction, les actes notariés au seul motif qu’ils contiennent régulièrement des clauses standardisées ou à caractère de modèle³³⁴⁸. Avant d’admettre l’application du contrôle à des clauses contenues dans de tels actes, il est ainsi nécessaire d’observer des éléments concrets³³⁴⁹. Envisager une intervention abstraite – indifférenciée – de l’art. 8 LCD en présence d’actes notariés ne nous paraît en revanche pas admissible. Le contrat porte d’ailleurs généralement sur une prestation contractuelle pour laquelle on peut, dans une certaine mesure, tout de même exiger du consommateur qu’il manifeste une attention accrue, ne serait-ce que par l’engagement financier conséquent que représente l’acquisition d’un immeuble à des fins de logement.

1815

Cela étant, il semble **malgré tout nécessaire** d’accorder au consommateur, et aux associations de défense de ses intérêts, la possibilité de se prévaloir contre certains abus lorsque le contrat doit *ex lege* être passé par acte notarié et qu’il contient ou renvoie à des clauses abusives. La possibilité d’une évaluation des clauses concernées à l’aune de l’art. 8 LCD devrait donc rester ouverte, en particulier lorsque le rapport de force entre le consommateur et le professionnel s’avère par trop inéquitable.

1816

Tel **pourrait être le cas** face à une promotion immobilière importante, impliquant de nombreux acquéreurs-consommateurs voire, plus généralement, lorsque la position structurelle du professionnel est manifestement supérieure (ex. en cas de grave pénurie de logements ou de prix très élevés) dans un secteur géographique donné et qu’il est le seul partenaire contractuel pour le consommateur.

1817

³³⁴⁷ STÖCKLI/AESCHIMANN, p. 93 s.

³³⁴⁸ Comp. VISCHER, Freizeichnungsklauseln, p. 185 : « *Allerdings liegt keine Verwendung im Sinne von aArt. 8 UWG und nArt. 8 UWG vor, wenn ein Dritter wie ein Notar die relevanten Klauseln gestützt auf interne Muster, Verbandsmuster oder Branchenmuster formuliert und wenn die Formulierung gleich ausgefallen wäre, hätte die eine oder die andere Partei den Auftrag bzw. Instruktionen zur Formulierung gegeben* ».

³³⁴⁹ Nous ne visons pas ici la distinction entre la nature concrète ou abstraite du contrôle mis en place par l’art. 8 LCD, mais entendons faire un lien avec la nature abstraite de l’application des règles de protection du consommateur (comp. *infra* N 2173 ss).

1818

Le troisième type de **contrôle de contenu** des conditions générales est qualifié d'**occulte** (ou « caché ») ; il vise les **clauses insolites ou inhabituelles** (C).

C. Contrôle de contenu occulte des clauses insolites ou inhabituelles

1. Définition

a. Fondements

1819

Selon la règle de l'insolite ou de l'inhabituel (« *Ungewöhnlichkeitsregel* »), sont **soustraites de l'adhésion donnée globalement à des conditions générales**³³⁵⁰ toutes les clauses insolites ou inhabituelles, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée (comp. art. 2:104 ECL³³⁵¹)³³⁵².

³³⁵⁰ Arrêt du TF 4A_96/2016 du 04.04.2016, consid. 2.3 (contrat de courtage immobilier) : « *cette stipulation ne se trouvait d'ailleurs pas dans des conditions générales préétablies auxquelles la demanderesse aurait censément adhéré; elle se trouvait au contraire dans les documents préparés spécialement à l'intention des époux X._____ et signés par chacun d'eux. Pour ce motif aussi, la demanderesse invoque inutilement la règle dite de l'inhabituel ou de l'insolite (cf. ATF 138 III 411 consid. 3.1 p. 412)* ». Contrairement à ce que semble affirmer le TF, le fait que les documents aient été spécialement préparés pour les recourants n'implique pas nécessairement qu'il ne s'agit pas de conditions générales. Ce qui est déterminant pour nier le caractère de conditions générales est, en revanche, la négociation individuelle des clauses considérées, *supra* N 1445 ss. ATF 135 III 225 consid. 1.3 = JdT 2009 I 446.

³³⁵¹ La teneur de cette disposition est la suivante : « (1) *Contract terms which have not been individually negotiated may be invoked against a party which did not know of them only if the party invoking them took reasonable steps to bring them to the other party's attention before or when the contract was concluded. (2) Terms are not brought appropriately to a party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document* ».

³³⁵² ATF 138 III 411, consid. 3.1 = JdT 2014 II 459 et 2013 II 163 ; ATF 135 III 1, consid. 2.1 = JdT 2011 II 516 ; ATF 119 II 443, consid. 1a = JdT 1994 I 712. Arrêt du TF 4A_592/2015 du 18.03.2016, consid. 5.3.1.

Cette règle est une **concrétisation du principe de la confiance**³³⁵³, l'utilisateur ne pouvant partir de l'idée que la partie contractante inexpérimentée – mais pas nécessairement – adhère à des (ses) clauses insolites ou inhabituelles³³⁵⁴. 1820

La volonté d'intégrer globalement des clauses préformulées insolites ou inhabituelles fonderait dès lors un « **devoir** » d'**information précontractuel** de l'utilisateur, conformément à l'art. 2 al. 1 CC (comp. *supra* N 877 ss)³³⁵⁵. Il lui appartient ainsi de s'assurer que la clause concernée est suffisamment mise en évidence³³⁵⁶ ; à défaut, elle ne s'intègre pas valablement au contrat. Cette obligation souligne l'importance de la règle de l'accessibilité (*supra* N 1507 ss), en lien avec le devoir d'information précontractuel à charge du professionnel lorsque l'intégration globale de conditions générales est envisagée. 1821

Par ailleurs, en présence d'un consommateur, l'**intégration globale des conditions générales reste présumée**. Il appartient au professionnel de démontrer avoir respecté son obligation d'accessibilité, au plus tard jusqu'à la conclusion du contrat³³⁵⁷. En revanche, si l'accès est suffisamment garanti au moment de l'intégration globale des clauses concernées, c'est l'utilisateur qui, toujours conformément au principe de la confiance, peut légitimement considérer que le destinataire, notamment le consommateur, y adhère³³⁵⁸. 1822

b. Méthodologie

L'application de la règle de l'insolite ou de l'inhabituel est une **question de droit** que le TF revoit librement³³⁵⁹. 1823

³³⁵³ Arrêt du TF 4A_592/2015 du 18.03.2016, consid. 5.3.1 (« *Vertrauensgrundsatz* »). BIERI, Règle de l'insolite, p. 714 ; ENGEL, Cent ans, p. 54.

³³⁵⁴ ATF 138 III 411, consid. 3.1 = JdT 2014 II 459 et JdT 2013 II 163 ; arrêt du TF 4A_194/2014 du 02.09.2014, consid. 3.2. Récemment, cf. arrêt du TF 4A_499/2018 du 10.12.2018, consid. 3.3.2 qui apporte certaines précisions et clarifications.

³³⁵⁵ HUGUENIN, Obligationenrecht, N 626 ; BK OR-MÜLLER, art. 1 N 371. Comp. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 316 : « *l'obligation d'information du professionnel est renforcée pour l'incorporation de clauses préformulées inhabituelles ou insolites* ».

³³⁵⁶ ATF 138 III 411 consid. 3.1 et 3.5 = JdT 2014 II 459 et JdT 2013 II 163. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1136a.

³³⁵⁷ KOLLER, OR AT, § 23 N 43.

³³⁵⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1136a.

³³⁵⁹ Arrêt du TF 4A_329/2016 du 20.09.2016, consid. 5.1.2. Comp. arrêt du TF 4A_152/2017 du 02.11.2017, consid. 5.3 : « *Bien que la recourante n'évoque pas expressément la règle de la clause insolite, ses arguments ne sont pas sans rapport avec celle-ci* ».

- 1824 Cette règle est **d'application subsidiaire** (comp. *supra* N 1779 ss)³³⁶⁰. Cette subsidiarité doit être confirmée si l'on envisage le contrôle occulte des clauses insolites ou inhabituelles comme relevant du contrôle de contenu des conditions générales. Elle doit en revanche être nuancée si l'on fixe la règle de l'insolite au stade du contrôle de la validité de l'intégration ; cet examen précède alors celui – de contenu – envisagé par l'art. 8 LCD³³⁶¹.
- 1825 Néanmoins, la règle de l'insolite est d'une portée potentiellement (plus) large. Elle s'envisage également pour **les cas où l'art. 8 LCD ne trouve pas application**, par exemple si le destinataire est une personne morale ou une personne agissant à des fins professionnelles, mais inexpérimentée dans le domaine considéré. Le régime de la clause insolite n'est donc pas un moyen de protection spécifique du droit de la consommation, mais un moyen de protection général d'une partie faible ou moins expérimentée, dans le contexte du contrôle de la validité de l'intégration globale et – de manière cachée (*supra* N 1819 ss) – du contenu de clauses préformulées³³⁶².
- 1826 En outre, le destinataire devrait toujours pouvoir contester la validité du contrat – et pas uniquement celle des conditions générales – **en invoquant les règles sur l'erreur** (art. 23 ss CO, *supra* N 1606 ss), soit concurremment à la règle de l'insolite.
- 1827 Le caractère « caché » du contrôle dont il est traité doit être **précisé** (c).

c. Précisions

- 1828 Fondamentalement, la règle de la clause insolite se rattache au **contrôle du consentement** du destinataire des conditions générales (validité de l'intégration, *supra* N 1468 ss ; cf. § 305c al. 1 BGB)³³⁶³. Elle a pour but de le protéger en cas d'intégration globale des clauses, ce en raison des modalités particulières de la prise de connaissance des conditions générales (comp. *supra* N 1496 ss) ; la jurisprudence la déduit du principe de bonne foi (art. 2 CC), en vertu duquel le consentement du destinataire ne peut porter que

³³⁶⁰ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 87 et 92.

³³⁶¹ Comp. arrêt du TF 4A_152/2017 du 02.11.2017, consid. 5.3 où le TF se saisit d'office de l'examen du régime de la clause insolite, avant de conclure son analyse par réf. à l'art. 8 LCD.

³³⁶² Dans ce sens, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 91.

³³⁶³ Plus nuancé, BOUVERAT, N 199 : « *la règle de l'insolite ou de l'inhabituel est une construction jurisprudentielle qui se situe à mi-chemin entre l'intégration et le contrôle du contenu* ».

sur ce qui est typique ou habituel³³⁶⁴. Le principe de bonne foi ne représente cependant pas uniquement la justification à l'intégration globale ; il en fixe aussi les limites³³⁶⁵.

Dans la pratique judiciaire, le TF procède à un contrôle – précisément « caché » – du contenu des clauses³³⁶⁶. L'examen du critère objectif (*infra* N 1832 s.) suppose de recourir à des **critères de contrôle matériels**. C'est précisément le cas lorsque l'examen consiste à déterminer si une clause est étrangère à l'affaire, à savoir vérifier si elle modifie de manière essentielle la nature du contrat ou sort notablement du cadre légal du type de contrat envisagé (*infra* N 1832)³³⁶⁷. Ce n'est alors plus le consentement du destinataire qui est concerné, mais le contenu de la ou des clause(s) ayant fait l'objet de l'adhésion globale³³⁶⁸.

1829

Quelles sont, plus précisément, les **conditions** (2) de la règle de l'insolite ?

1830

2. Conditions

a. D'application

(i) Critère subjectif

Pour déterminer si une clause est insolite ou inhabituelle, il faut se placer **du point de vue de la partie qui y consent**, au moment de la conclusion du contrat (critère subjectif).

1831

(ii) Critère objectif

En sus du critère subjectif (*supra* N 1831), il faut que, par son objet, la clause considérée **soit étrangère à l'affaire**, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière

1832

³³⁶⁴ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 93 s.

³³⁶⁵ SHK UWG-PROBST, art. 8 N 167.

³³⁶⁶ BOUVERAT, N 199 constate toutefois que les cas où une clause est qualifiée d'insolite « se comptent sur les doigts d'une seule main ». Pour un aperçu, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 94.

³³⁶⁷ Pour ces développements, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 94.

³³⁶⁸ ATF 138 III 411, consid. 3.5 et 3.6, qui, en admettant le caractère insolite de la clause, retient que : « damit kann offenbleiben, ob diese Klausel überhaupt Vertragsbestandteil geworden ist [...] » = JdT 2014 II 459 et JdT 2013 II 163. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 180.

essentielle la nature **ou qu'elle sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat** considéré (critère objectif)³³⁶⁹.

- 1833 Plus la **clause affecte de manière importante la situation juridique d'une partie**, plus elle doit être considérée comme étant (potentiellement) insolite³³⁷⁰.

(iii) *Effet de surprise*

- 1834 Le caractère insolite ou inhabituel de la ou des clauses préformulées doit également être mis en lien avec l'**effet de surprise** qu'elle(s) entraîne(nt) pour le destinataire en acceptant globalement l'intégration au contrat (cf. § 305c al. 2 BGB : « [...] *dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht* [...] »)³³⁷¹.

- 1835 Cet effet **peut résulter du fait que** les clauses divergent – en présence d'un consommateur la divergence ne doit pas nécessairement être notable – du contenu des négociations précontractuelles³³⁷². L'élément de surprise pourrait également être donné lorsque la publicité pour le produit ne correspond absolument pas au bien ou au service finalement obtenu³³⁷³. Risque en outre d'être considérée comme insolite, la clause qui, sans motif suffisant, prévoit une inégalité de traitement injustifiée entre certaines personnes³³⁷⁴.

³³⁶⁹ ATF 138 III 411 consid. 3.1 = JdT 2014 II 459 et JdT 2013 II 163 ; 135 III 1 consid. 2.1 = JdT 2011 II 516; 119 II 443 consid. 1a; arrêt du TF 4A_329/2016 du 20.09.2016, consid. 5.1.2; arrêt du TF 4A_166/2014 du 16.09.2014, consid. 2.1.1. CARRON, Protection, N 88 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1137 s.

³³⁷⁰ ATF 138 III 411 consid. 3.1 = JdT 2014 II 459 et JdT 2013 II 163.

³³⁷¹ Comp. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1137.

³³⁷² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1137.

³³⁷³ En généralisation de la position du TF par rapport à une limitation de responsabilité par une assurance, comp. arrêts du TF 4A_187/2007 du 09.05.2008, consid. 5.1 et 5C.134/2004 du 01.10.2004, consid. 4.2 : « *entsprechend kann eine Haftungsbeschränkung der Versicherung als ungewöhnlich qualifiziert werden, wenn der durch Bezeichnung und Werbung beschriebene Deckungsumfang erheblich reduziert wird, so dass gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt sind* [...] ».

³³⁷⁴ ATF 138 III 411, consid. 3.1 = JdT 2014 II 459 et JdT 2013 II 163 ; arrêt du TF 9C_3/2010 du 31.03.2010, consid. 3.1 (traitement différentiel admis pour certaines catégories de personnes (par ex. enfants et concubins dans le contexte du versement d'un capital-décès par une caisse de pension).

b. D'exclusion

Dans certaines situations, l'application de la règle de l'insolite ou de l'inhabituel doit être niée. C'est le cas en présence d'une **intégration individuelle**, à savoir lorsque les parties prennent connaissance du contenu des clauses des conditions générales, les discutent, même si elles ne les négocient pas (*supra* N 1504 s.)³³⁷⁵. Il en va de même si la partie destinataire des conditions générales ne peut être qualifiée de « partenaire contractuel inexpérimenté »³³⁷⁶.

1836

Pour le cas où l'accomplissement d'une condition prévue dans les conditions générales dépend du consommateur (ex. déplacement du domicile), la clause tend par ailleurs à ne **pas être insolite**³³⁷⁷. De même, si les conditions générales sont établies par un tiers et ont pour fonction principale la protection des intérêts de l'utilisateur, ce dernier ne peut invoquer la règle³³⁷⁸. Pour les conditions générales négociées paritairement et reprises par les contractants, le recours à la règle devrait, le cas échéant, aussi être exclu (comp. art. 20a al. 4 P-CO-LIC³³⁷⁹, *infra* N 1977). Enfin, lorsque la clause envisagée se limite à reprendre un principe découlant du système légal, elle ne peut pas non plus être considérée comme étant insolite ou inhabituelle³³⁸⁰.

1837

En pratique, pour contrer l'effet de surprise du destinataire (*supra* N 1834 s.) et **pour empêcher l'application de la règle**, il suffit³³⁸¹, à l'utilisateur des clauses

1838

³³⁷⁵ PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 208. On rappelle que l'intégration individuelle doit être distinguée du principe de la priorité des clauses individuellement négociées, *supra* N 1505.

³³⁷⁶ Arrêt du TF 4A_152/2017 du 02.11.2017, consid. 5.3.

³³⁷⁷ Cf arrêt du TF 4A_47/2015 du 02.06.2015, consid. 6.3 : « *Hinzu kommt, dass es der Versicherungsnehmer selber in der Hand hat, ob er mit einer Wohnsitzverlegung ins Ausland für länger als 2 Jahre auf die Versicherungsleistungen verzichten will oder nicht, da der Anspruch erst nach 2 Jahren erlischt. Es kann daher nicht gesagt werden, dass die Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners besonders stark beeinträchtigt und daher ungewöhnlich wäre* ».

³³⁷⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1139d.

³³⁷⁹ La teneur de l'art. 20a al. 4 P-CO-LIC était la suivante : « *Bei allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zwischen Anbieter- und Konsumentenorganisationen paritätisch ausgehandelt wurden, wird vermutet, dass sie frei ausgehandelt und nicht missbräuchlich sind. Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen für das paritätische und repräsentative Aushandeln solcher allgemeinen Geschäftsbedingungen* ».

³³⁸⁰ Arrêt du TF 4A_601/2015 du 19.04.2016, consid. 2.2.3 (en lien avec l'art. 404 al. 2 CO).

³³⁸¹ Cf cep. CARRON, Protection, N 89, qui rappelle que le TF a déjà admis que, pour une éléction de droit, même mise en évidence graphiquement mais dont le contractant ne pouvait saisir le contenu, l'utilisation d'une typographie particulière n'était pas pertinente (ATF 104 Ia 278, consid. 4c). Il convient toutefois de relever que cette jurisprudence est antérieure à la reconnaissance, en tant que telle, de la règle de l'insolite (comp. ATF 109 II 213, consid. 2a

« insolites », de les mettre en évidence (ex. utilisation de majuscules ou de termes en gras³³⁸²). La règle est alors tenue en échec³³⁸³, indépendamment du fait que la clause en question soit abusive ou non, ce qui constitue une thématique différente, d'ordre plutôt matériel que formel (comp. *infra* N 1846)³³⁸⁴. Ce dernier examen relève d'ailleurs exclusivement du contrôle de contenu et non également – certes de manière cachée – de celui du consentement des parties³³⁸⁵.

1839 Quelles sont les **conséquences** (3) d'une application de la règle de l'insolite ?

3. Conséquences

a. Sur la clause concernée et le contrat

1840 Lorsqu'une clause préformulée est reconnue insolite ou inhabituelle, elle est **inefficace et ne devient pas partie au contrat**³³⁸⁶. Elle n'est alors (pas) plus opposable au destinataire, dans la mesure où il n'a pas manifesté de consentement (valable) à l'intégration³³⁸⁷.

= JdT 1984 I 202). Elle a été rendue dans le cadre de la jurisprudence dite typographique du TF (pour une présentation de ces développements, KLETT/HURNI, p. 81 ss et GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1140 ss), affirmée en lien avec les clauses d'élection de for et la garantie constitutionnelle du for du domicile du défendeur (art. 30 al. 2 Cst. resp. 59 aCst.)

³³⁸² CARRON, Protection, N 89.

³³⁸³ Arrêt du TF 4C.202/2004 du 14.09.2001, consid. 4 : « *il en découle a contrario que la partie la moins expérimentée ne peut invoquer le caractère insolite de la clause, lorsque son cocontractant l'a mise en évidence* ». BIERI, Règle de l'insolite, p. 715.

³³⁸⁴ DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 387 : « *une clause peut ainsi être abusive au sens de l'art. 8 LCD, indépendamment de son caractère inhabituel, et même si l'attention du consommateur a été spécialement attirée sur cette clause ; là où la règle de l'inhabituel exige une information éclairée de la partie faible à l'intégration de la clause, l'art. 8 LCD se concentre en effet directement sur le contenu de celle-ci afin, le cas échéant, de la déclarer comme abusive* ». Cf. ég. BIERI, Règle de l'insolite, p. 718 ; KUONEN, Envol manqué, p. 24 et VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 109 ss.

³³⁸⁵ BIERI, Règle de l'insolite, p. 718.

³³⁸⁶ ATF 138 III 411, consid. 3.1. = JdT 2014 II 459 et JdT 2013 II 163 ; ATF 135 III 1, consid. 2.1 = JdT 2011 II 516. Arrêt du TF 4A_601/2015 du 19.04.2016, consid. 2.2.3 ; arrêt du TF 4A_54/2009 du 20.04.2009, consid. 1 « *le juge peut dénier d'une manière générale toute validité à une telle clause si elle est inhabituelle ou insolite [...]* ». KLETT/HURNI, p. 82 s.

³³⁸⁷ ATF 133 III 607, consid. 2.2. PICHONNAZ, Quelques réponses, p. 215.

L'absence de consentement portant sur une ou plusieurs clause(s) préformulé(es) – y compris insolites – **ne signifie cependant pas encore qu'il n'existe aucun contrat** entre parties, celui-ci pouvant le cas échéant subsister en tant que tel. 1841

Si la clause préformulée insolite porte sur un **point secondaire**, le contrat est conclu et l'interprète doit en combler les lacunes sur la base du droit dispositif (comp. § 306 al. 1 et 2 BGB³³⁸⁸). 1842

Si cette clause porte sur un **point essentiel**, le contrat ne devrait en principe pas être considéré comme conclu, à tout le moins lorsque son maintien s'avère d'une rigueur excessive pour l'une des parties, singulièrement la partie faible (comp. § 306 al. 3 BGB³³⁸⁹). Une nullité partielle au sens de l'art. 20 al. 2 CO devrait tout de même rester possible, à savoir également dans l'hypothèse où la clause entachée de nullité est un élément essentiel du contrat³³⁹⁰. 1843

Dans le contexte de la règle de l'insolite ou de l'inhabituel, la question du consentement à l'intégration s'évalue finalement en tant que **question de droit** et pas en tant que question de fait. Sous cet angle, l'importance de la distinction entre l'interprétation objective (droit) et l'interprétation subjective (faits ; (comp. *supra* N 652) doit ainsi être nuancée. 1844

Quelles sont les limites de la règle de l'insolite **pour la protection de la partie faible ou inexpérimentée** (b) ? 1845

b. Sur la protection de la partie faible ou inexpérimentée

Similairement à la règle de la clause ambiguë (*supra* N 1675 ss), la règle de l'insolite n'est souvent, comme déjà indiqué (*supra* N 1838), **pas un instrument de contrôle suffisant des conditions générales**³³⁹¹ ; son exclusion 1846

³³⁸⁸ La teneur de ces deux alinéas est la suivante : « (2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften » et « (3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde ».

³³⁸⁹ La teneur de cette disposition est la suivante : « der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde ».

³³⁹⁰ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19, 20 N 101 en réf. à l'ATF 107 II 216 consid. 3a.

³³⁹¹ HUGUENIN/MAISSEN, p. 113.

peut être aisément obtenue, par la mise en évidence de la ou les clause(s) concernée(s).

1847

Si le critère du caractère subjectivement insolite de la clause n'est pas rempli (*supra* N 1831), la règle de l'insolite ne permet en outre **pas un contrôle de clauses pourtant objectivement insolites et globalement acceptées par le destinataire**³³⁹². Les contours du critère subjectif ne seraient d'ailleurs définis que de manière relativement floue – ce qui nuit à la sécurité et à la prévisibilité juridiques – il suffit que l'interprète le rejette dans son analyse pour que le contrôle « objectif » (matériel, de contenu) d'une clause non lue et non comprise n'intervienne pas³³⁹³. Par ses conditions d'application potentiellement restrictives, le contrôle occulte de contenu consacre donc une limite importante au contrôle des clauses préformulées. L'affirmation doit certes être nuancée au vu de l'existence de l'art. 8 LCD ; ce contrôle ne relève cependant pas du droit contractuel et bénéficie aux seuls consommateurs³³⁹⁴.

1848

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID considèrent que la règle de l'insolite ne tend pas directement à protéger un cocontractant faible ou inexpérimenté face à la partie forte³³⁹⁵. Cette affirmation ne nous convainc pas totalement³³⁹⁶. S'il est vrai que la règle ne s'applique pas qu'aux relations strictement consuméristes³³⁹⁷, mais

³³⁹² KOLLER TH., Einmal mehr, p. 952 : « eine AGB-Klausel kann inhaltlich noch so stossend sein, sie ist unter dem Gesichtspunkt der Konsenskontrolle trotzdem wirksam, wenn das Kriterium der subjektiven Ungewöhnlichkeit (oder das Kriterium der Schwäche) nicht erfüllt ist. Fehlt das Überraschungsmoment, so kann einer objektiv ungewöhnlichen AGB-Klausel nur mit einer offenen Inhaltskontrolle begegnet werden ».

³³⁹³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1139a et les réf. citées : « [...] Vertrauens theoretisch rechtfertigt allein schon der Umstand, dass eine Klausel aus objektiven Gründen für die zustimmende Gegenpartei des AGB-Verwenders ungewöhnlich ist, den Schluss, diese habe die Klausel nach Treu und Glauben nicht gewollt » ; KOLLER TH., Einmal mehr, p. 952. comp. ATF 104 Ia 278, consid. 4c.

³³⁹⁴ BIERI, Règle de l'insolite, p. 719.

³³⁹⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1139c : « auch zieht die Ungewöhnlichkeitsregel, die ihre dogmatische Grundlage in der Konsenslehre (Vertrauensprinzip) hat (Rn. 1136), nicht primär darauf ab, schwache (insbesondere unerfahrene) Vertragspartner gegen starke zu schützen » et 1142. Récemment, cf. arrêt du TF 4A_499/2018 du 10.12.2018, consid. 3.3.1 s. qui confirme cette position.

³³⁹⁶ Comp. arrêt du TF 5P.115/2005 du 13.05.2015, consid. 1, 1.1 et 1.3 (*contra* notre avis la position de l'autorité inférieure ; question laissée ouverte par le TF dans son analyse limitée à l'arbitraire, mais qui réaffirme tout de même le principe selon laquelle la règle de l'insolite protège la partie faible ou inexpérimentée en affaires).

³³⁹⁷ Comp. ATF 132 V 278, consid. 4.3 (interprétation d'un règlement de prévoyance). Pour la qualification d'un contrat de prévoyance en tant que contrat de consommation, *supra* N 670.

également aux relations entre professionnels (B2B)³³⁹⁸, il n'en demeure pas moins qu'elle se justifie souvent par la nécessité d'attirer l'attention de la partie la « *plus faible ou moins expérimentée* » sur les clauses concernées³³⁹⁹. Dans ce contexte, la partie faible s'entend notamment comme celle qui se trouve contrainte d'accepter l'utilisation de conditions générales au risque de ne pas (re)trouver de contractant³⁴⁰⁰. **L'élément de la « faiblesse » fonde ainsi la règle** et se rapporte au fait qu'un contractant plus fort emploie – impose – des clauses préformulées à un autre, reconnu plus « faible ».

Finalement, la manière dont intervient la prise de connaissance de clauses **préformulées dont l'intégration globale est envisagée doit être distinguée**, d'une part, du principe de la priorité des clauses individuelles (« véritablement négociées », *supra* N 1445 ss) et, d'autre part, du contrôle matériel direct de leur contenu (cf. art. 8 LCD)³⁴⁰¹. Aussi, le seul recours à la règle de l'insolite – dont le mécanisme de contrôle reste de nature formelle – ne suffit-il pas (toujours) à assurer au destinataire la protection nécessaire. Le TF semble précisément le reconnaître implicitement, à savoir en « détournant » progressivement la règle de l'insolite au profit d'un contrôle caché de contenu (*supra* N 1828 s.). C'est donc ici que les limites de la protection de la partie faible ou inexpérimentée devraient être claires, surtout si l'on envisage l'application d'un contrôle matériel des conditions générales pour l'ensemble du droit des contrats.

1849

³³⁹⁸ Par ex. ATF 109 II 452, consid. 4 = JdT 1984 I 470 (contrat entre une société et un entrepreneur).

³³⁹⁹ ATF 138 III 411 consid. 3.1 = JdT 2014 II 459 et JdT 2013 II 163 ; 135 III 1 consid. 2.1 = JdT 2011 II 516 ; ATF 109 II 452, consid. 4 = JdT 1984 I 470. *Contra*, arrêt du TF 4A_499/2018 du 10.12.2018, consid. 3.3.2

³⁴⁰⁰ ATF 109 II 452, consid. 5a = JdT 1984 I 470.

³⁴⁰¹ Pour une présentation du lien entre la règle de l'insolite et l'art. 8 LCD, BIERI, Règle de l'insolite, p. 718 s.

Quatrième Partie : La formation du contrat de
consommation *de lege ferenda*

Chapitre 13 : Projets en droit suisse

Du point de vue des projets en droit suisse concernant la formation du contrat de consommation, nous présenterons le **projet de loi fédérale sur le commerce électronique** (I), le projet de révision totale de la loi sur l'information des consommateurs (II), ainsi que le projet CO 2020 (III).

1850

I. **Projet de loi fédérale sur le commerce électronique**

A. Introduction

Le 17 janvier 2001, le Conseil fédéral autorisa le Département fédéral de justice et police à organiser une procédure de consultation relative à un **projet de loi sur le commerce électronique**³⁴⁰². Il s'agissait d'adapter le droit suisse à la Directive 97/7/CE sur les contrats à distance (abrogée), à la Directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation ainsi que, sous certains aspects, à la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique³⁴⁰³.

1851

Du point de vue de la formation du contrat de consommation³⁴⁰⁴, le projet entendait modifier les art. 4 al. 2, 7 al. 2 et 3 et 40a ss CO, ajouter un nouvel art. 6a al. 4 CO, ainsi qu'abroger l'art. 13 al. 2 CO³⁴⁰⁵. En outre, il visait à intégrer, dans la législation de lutte contre la concurrence déloyale, une disposition sur l'offre à distance (art. 3 let. b^{bis} Projet-LCD) et une autre relative

1852

³⁴⁰² Loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Janvier 2001, <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/e-geschaeftsverkehr.html> (consulté le 30.10.2018). PICHONNAZ, Difficile équilibre, p. 324.

³⁴⁰³ HONSELL/PIETRUSZAK, p. 771 ; PICHONNAZ, Difficile équilibre, p. 324.

³⁴⁰⁴ Le projet prévoyait encore des modifications relatives à la garantie en cas de contrat de vente dont il ne sera toutefois pas question ici, HONSELL/PIETRUSZAK, p. 771 s. et 787 s.

³⁴⁰⁵ <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/e-geschaeftsverkehr/vn-ve-f.pdf> (consulté le 30.10.2018).

à l'inobservation des devoirs particuliers d'information en matière de commerce électronique (art. 6a Projet-LCD). A la suite d'une procédure de consultation mitigée³⁴⁰⁶, en date du 9 novembre 2005, le Conseil fédéral **renonça à réviser la loi**³⁴⁰⁷. Il fit notamment valoir que le CO reposait sur le principe de la liberté contractuelle et que le commerce électronique s'était jusque-là développé de manière positive en Suisse³⁴⁰⁸.

1853

Les éléments de la formation du contrat concernés par ce projet étaient l'**offre entre présents** (B), l'offre entre absents (C), les services non sollicités (D), l'offre sans engagement et l'offre publique (E), ainsi que le droit de révocation (F). En référence au droit actuel, nous concluerons par la présentation de deux questions particulières *de lege lata* (G) : l'une sur le moment de la conclusion du contrat par la voie électronique, l'autre sur la confirmation de commande.

B. Offre entre présents

1. Projet de modification de l'art. 4 al. 2 CO

1854

L'art. 4 al. 2 Projet-CO envisageait les contrats conclus « **par un autre moyen de communication électronique** » comme intervenant entre présents³⁴⁰⁹. Le projet assimilait dès lors de tels contrats aux « *contrats conclus par téléphone* », cités à l'art. 4 al. 2 CO (offre entre présents sans fixation d'un délai pour l'acceptation par l'autre partie). La condition était que le moyen de communication autorisât un dialogue direct, oral ou écrit, entre les parties³⁴¹⁰. La formulation ouverte visait à anticiper les évolutions rapides des moyens de communication modernes.

1855

Le choix d'une **formulation large aurait peut-être porté ses fruits** (sur les domaines dynamiques, *infra* N 2164). Transposée à la période actuelle, la

³⁴⁰⁶ Pour la synthèse, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/e-geschaeftsverkehr/ve-ber-bges.pdf> (consulté le 30.10.2018).

³⁴⁰⁷ PICHONNAZ, Difficile équilibre, p. 324.

³⁴⁰⁸ https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2005/ref_2005-11-091.html (consulté le 30.10.2018).

³⁴⁰⁹ La teneur de l'art. 4 al. 2 Projet-CO était la suivante : « *Les contrats conclus par téléphone ou par un autre moyen de communication électronique sont censés faits entre présents, si les parties ou leurs mandataires ont été personnellement en communication* ».

³⁴¹⁰ Loi fédérale sur le commerce électronique, rapport explicatif, janvier 2001, p. 9. Comp. arrêt du TF 4A_649/2011 du 01.12.2011, consid. 3.2.2 : « *l'offre est faite entre présents lorsque les parties sont en contact direct, lors d'un entretien ou d'une séance par exemple (art. 4 al. 1 CO), ou à l'occasion d'une conversation téléphonique (art. 4 al. 2 CO)* ».

notion d'« *autre moyen de communication électronique* » aurait pu englober les contrats négociés et conclus au moyen de services et plateformes aussi divers que la discussion relayée sur Internet (« *Internet Relay Chat* »), Skype, WhatsApp ou encore les messageries instantanées présentes sur certains réseaux sociaux, indépendamment du support utilisé pour le fonctionnement de ces applications et logiciels (ordinateur, smartphone, tablette, etc.). La formulation proposée aurait ainsi pu englober ces moyens situés à la limite entre une conversation orale et un échange de correspondance traditionnel (sorte de « quasi-simultanéité »). Il est vrai que l'absence de réglementation spécifique sur ces points ne paraît, à ce jour, pas poser de problèmes significatifs en pratique, en particulier au vu des critères généraux employés par le CO et qui s'adaptent souvent sans trop de peine aux évolutions technologiques.

Quelle est la **situation actuelle** (2) du point de vue de l'échange des manifestations de volonté entre présents intervenant par un moyen de communication électronique ?

1856

2. Situation actuelle

a. Maintien d'une « zone grise »

Le droit suisse se **concentre sur les règles générales de l'offre et de l'acceptation** pour qualifier l'échange direct ou indirect des manifestations de volonté par la voie électronique³⁴¹¹. Un contrat conclu par un moyen de communication électronique est ainsi susceptible de tomber dans le champ d'application de l'art. 4 al. 2 CO, à la condition que les parties soient en communication directe³⁴¹².

1857

Un critère important est donc la **possibilité d'une communication immédiate**, celle-ci pouvant d'ailleurs intervenir par écrit³⁴¹³. L'échange de courriels est considéré comme un échange entre absents, tandis que le « chat » semble plutôt appréhendé comme un échange entre présents³⁴¹⁴. Certaines caractéristiques des moyens de communication électronique relativisent la distinction entre les contrats conclus entre absents (cf. art. 5 CO) et ceux conclus entre présents

1858

³⁴¹¹ Pour la distinction entre la manifestation de volonté directe et indirecte, BK OR-MÜLLER, art. 1 N 60 ss.

³⁴¹² BK OR-MÜLLER, art. 4 N 12.

³⁴¹³ HONSELL/PIETRUSZAK, p. 772 ; WEBER, E-Commerce, p. 343.

³⁴¹⁴ Comp. WEBER, E-Commerce, p. 343 s.

(art. 4 al. 2 CO). Tel est en particulier le cas lorsque le moyen en cause permet un échange très rapide – mais non instantané – des manifestations de volontés ; on pourrait évoquer une « quasi-simultanéité »³⁴¹⁵.

1859 Le droit suisse maintient quoi qu'il en soit une certaine « zone grise » déjà relevée par la CFC dans une Recommandation du 29 septembre 1998 au sujet des contrats conclus par l'utilisation exclusive d'une ou de plusieurs **techniques de communication à distance**³⁴¹⁶. Le droit européen est à cet égard plus explicite. Pour définir le contrat à distance, la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs se réfère à l'absence de « *présence physique simultanée du professionnel et du consommateur* » (art. 2 ch. 7 Directive³⁴¹⁷). Le critère de la présence physique simultanée des parties se retrouve également dans la définition même du contrat conclu hors établissement (art. 2 ch. 8 let. a Directive). Contrairement à l'art. 4 al. 2 CO, la Directive ne concerne toutefois pas directement la formation du contrat (sur l'effet indirect des Directives, *supra* N 413).

1860 Ces développements nous amènent à préciser le **critère de l'immédiateté et de la continuité** (b) de l'échange des manifestations de volonté électroniques intervenant entre présents.

b. Critère de l'immédiateté et de la continuité

1861 Pour **qualifier** l'échange des manifestations de volonté par voie électronique comme intervenant entre présents, le critère déterminant est l'immédiateté et la continuité du dialogue entre les parties (« *Erklärungskontakt* »)³⁴¹⁸.

1862 Une **légère et courte interruption** ne nuit pas à la qualification « entre présents », à la condition que la reprise des pourparlers intervienne sans

³⁴¹⁵ Comp. Loi fédérale sur le commerce électronique, rapport explicatif, janvier 2001, p. 12.

³⁴¹⁶ Protection des consommateurs en matière de contrats à distance – Droit suisse au regard de la directive européenne 97/7/CE, p. 1.

³⁴¹⁷ L'art. 31 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs abroge la Directive 97/7/CE. La définition générale du contrat à distance reste toutefois très similaire (comp. art. 2 ch. 1 et 4 de la Directive 97/7/CE).

³⁴¹⁸ BK OR-MÜLLER, art. 4 N 11 ss ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 4 N 1 rappelant le principe de droit romain de la *sponsio-stipulatio* (Dig. 45.1.137, « question-réponse ») et N 3. Comp. Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 69.

délai³⁴¹⁹. Un bref décalage lors de l'échange des manifestations de volonté permet toujours de considérer que l'échange intervient entre présents. Tel est notamment le cas lorsque ce décalage correspond au temps nécessaire à la compréhension de la volonté de l'autre partie, pour autant que le rapport de négociation immédiat subsiste (ex. téléchargement d'une annexe lors d'un « chat » et dont le consommateur prend connaissance au cours des négociations)³⁴²⁰.

En outre, il convient de garder à l'esprit le droit de chaque partie de **mettre en principe en tout temps fin aux négociations**. Cela étant, il reste envisageable qu'une interruption soit considérée comme étant contraire aux règles de la bonne foi (ex. un offrant qui coupe volontairement le courant pour éviter que l'acceptation n'intervienne); la question de l'existence d'une *culpa in contrahendo* pourrait alors se poser³⁴²¹. Aussi, face à un consommateur, la menace d'interrompre les négociations pour le cas où un accord n'interviendrait pas dans un certain délai pourrait, suivant les circonstances, constituer une méthode de vente particulièrement agressive (cf. art. 3 al. 1 let. h LCD)³⁴²².

En droit allemand, on relève la règle selon laquelle, lorsque le contrat est exclusivement conclu au travers d'une communication électronique individuelle (ex. échange de mails ou de SMS)³⁴²³, certains moyens de protection spécifiques du consommateur ne sont pas applicables (§ 312j al. 5 BGB). Hormis la thématique de la priorité des clauses individuellement négociées par rapport aux clauses générales (*supra* N 1445 ss), le droit des obligations suisse ne contient pas de règle spécifique similaire (comp. cep. art. 3 al. 2 LCD).

³⁴¹⁹ En lien avec les interruptions techniques de la communication directe, BK OR-MÜLLER, art. 4 N 23 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 4 N 9 ; ZK OR-JÄGGI, art. 4 N 11. Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 69 s.

³⁴²⁰ BK OR-SCHMIDLIN, art. 4 N 8 *a contrario*. Comp. BK OR-MÜLLER, art. 4 N 22. Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 70 s.

³⁴²¹ BK OR-MÜLLER, art. 4 N 26 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 4 N 9.

³⁴²² Un peu moins affirmatif, BK OR-MÜLLER, art. 4 N 26.

³⁴²³ Palandt/GRÜNEBERG, §§ 312i, 312j N 9.

3. Appréciation (renvoi)

1865 L'appréciation de la phase de l'offre entre présents en cas de contrat conclu « par un autre moyen de communication électronique » intervient ci-après (*infra* N 1880 ss), à savoir en conjonction avec l'appréciation de la situation en cas d'**offre entre absents** (C).

C. Offre entre absents

1. Projet de modification de l'art. 4 al. 2 Projet-CO

1866 L'art. 4 al. 2 Projet-CO³⁴²⁴ entendait définir *a contrario* comme étant conclu entre absents le contrat où les parties, certes personnellement en communication, emploient un **moyen de communication électronique ne leur permettant pas un dialogue direct**³⁴²⁵. Cette disposition aurait rendu superflue la rédaction d'un alinéa complémentaire, précisant que de tels contrats seraient réputés négociés et conclus entre absents (cf. art. 5 CO)³⁴²⁶. Comme pour l'échange entre présents, le critère de délimitation aurait été l'immédiateté et la continuité de l'échange (*supra* N 1861 ss)³⁴²⁷.

1867 Quelle est la **situation actuelle** (2) du point de vue de l'échange des manifestations de volonté entre absents par un moyen de communication électronique ?

³⁴²⁴ On rappelle que la teneur de l'art. 4 al. 2 Projet-CO était la suivante : « *les contrats conclus par téléphone ou par un autre moyen de communication électronique sont censés faits entre présents, si les parties ou leurs mandataires ont été personnellement en communication* ».

³⁴²⁵ Loi fédérale sur le commerce électronique, rapport explicatif, janvier 2001, p. 9.

³⁴²⁶ Loi fédérale sur le commerce électronique, rapport explicatif, janvier 2001, p. 9.

³⁴²⁷ Comp. Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 70 s.

2. Situation actuelle

a. Transmission de l'offre entre absents

Pour les contrats conclus entre absents, le pollicitant peut considérer que la transmission de son offre **interviendra normalement**, c'est-à-dire d'après le cours ordinaire des choses (cf. art. 5 al. 2 CO). 1868

Ce n'est que si l'offrant **sait ou doit savoir qu'un retard dans la transmission peut intervenir**, qu'il supporte le risque de transmission, en particulier du point de vue de la durée du caractère contraignant de son offre³⁴²⁸. Dans cette hypothèse, il ne peut pas admettre que l'offre a été reçue à temps³⁴²⁹. Ces considérations sont transposables aux manifestations de volonté communiquées par la voie électronique (par ex. piratage du réseau informatique, panne de courant). Ce n'est en revanche pas le caractère indépendant (ex. saturation généralisée du réseau) ou non (ex. envoi à la mauvaise adresse électronique) des agissements des parties de l'empêchement qui est déterminant, mais la perception et la prévisibilité subjectives dudit empêchement du point de vue de l'offrant³⁴³⁰. 1869

Une fois le contrat conclu, un recours à l'**art. 27 CO** devrait en outre rester possible, indépendamment de la qualité d'offrant ou d'acceptant de la partie concernée par la transmission défectueuse de sa manifestation de volonté. Seul le prestataire des services fournis au moyen d'Internet a toutefois une qualité de messenger ou d'autre intermédiaire. En revanche, l'ordinateur ou – plus largement le système de transmission – de la partie déclarante ne revêt a priori pas cette qualité³⁴³¹. L'affirmation doit être précisée au regard des Smart Contract et d'autres machines ou programmes pouvant conclure des contrats de façon autonome. En effet, la doctrine tend alors à leur reconnaître une fonction de représentant³⁴³². 1870

La **détermination de la durée de validité de l'offre** (b) entre absents doit être précisée. 1871

³⁴²⁸ BK OR-MÜLLER, art. 5 N 31.

³⁴²⁹ BK OR-MÜLLER, art. 5 N 30 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 5 N 10.

³⁴³⁰ Comp. BK OR-MÜLLER, art. 5 N 31 et BK OR-SCHMIDLIN, art. 5 N 12 s.

³⁴³¹ WEBER, E-Commerce, p. 347.

³⁴³² Nous présentons cette thématique dans la contribution suivante : HUG, La protection du consommateur face aux nouvelles technologies de la conclusion et de l'exécution des contrats.

b. Détermination de la durée de validité de l'offre

1872

En l'absence de fixation d'un délai de validité pour l'offre entre absents, ce délai s'évalue à l'aune de l'art. 5 al. 1 CO. Implicitement, l'utilisation de moyens de communication électronique indiquerait que l'offrant n'est pas ou moins disposé à patienter pour une éventuelle acceptation³⁴³³. En règle générale, le temps de réflexion du destinataire de l'offre s'évalue donc (plus) brièvement dans l'hypothèse où le contrat est conclu par un moyen de communication électronique³⁴³⁴.

(i) *Doute sur la qualification du moyen de communication électronique*

1873

La « zone grise » que maintient le droit suisse (*supra* N 1857 ss) rend plus ardue la catégorisation « entre présents » ou « entre absents » du moyen de communication électronique employé. Plus le moyen de communication **permet une communication directe et rapide**, c'est-à-dire se rapprochant d'une quasi-simultanéité (ex. WhatsApp par opposition aux courriels), plus la validité de l'offre devrait à notre avis s'évaluer courtement.

1874

En cas de doute sur la qualification du médium utilisé, il faudrait considérer que la communication intervient entre présents³⁴³⁵. En application du principe de proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 et 35 al. 3 Cst.), cette solution semble en définitive la moins contraignante pour l'offrant (comp. art. 4 al. 2 CO : « [...] *est délié si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement* »).

(ii) *Situation du consommateur-acceptant*

1875

S'agissant du délai³⁴³⁶ de réflexion à disposition du consommateur destinataire d'une manifestation de volonté communiquée par un moyen de communication

³⁴³³ Dans ce sens, WEBER, E-Commerce, p. 344.

³⁴³⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 412 ; WEBER, E-Commerce, p. 344.

³⁴³⁵ Vraisemblablement *contra*, WEBER, E-Commerce, p. 343, mais qui n'envisage, cela dit, pas la question spécifiquement sous l'angle du doute sur la qualification du médium utilisé.

³⁴³⁶ Ce délai n'est que l'autre facette du délai de validité de l'offre entre absents, c'est-à-dire le délai pendant lequel l'offrant est en principe (cf. art. 7 al. 1 CO) lié par l'offre faite au destinataire.

électronique **lorsque le rapport entre absents est établi** (sur la situation en cas de doute, directement *supra* N 1874), cela signifie peut-être ce qui suit³⁴³⁷.

Dans la computation de la période de réflexion à disposition de l'acceptant (cf. art. 5 al. 1 CO), laquelle dépend en grande partie des circonstances³⁴³⁸, il paraît utile de ne pas inclure les jours fériés officiels du lieu de domicile du consommateur et/ou les dimanches. Cela devrait aussi valoir dans l'hypothèse où le consommateur travaillerait les jours en question. Pour la majorité des consommateurs, la **semaine de 5, voire 6 jours** (certes pas nécessairement de travail) du lundi au vendredi, voire au samedi reste habituelle³⁴³⁹. Si le consommateur travaille « en semaine », la période de validité est ainsi interrompue le dimanche ou le jour férié concerné. S'il travaille ces jours, le consommateur disposera toujours du temps nécessaire « en semaine » pour se consacrer à l'acceptation d'une telle offre, pour autant qu'elle soit reconnue comme durant plus d'un jour ouvrable.

1876

Pour des motifs de cohérence, ces considérations devraient s'appliquer dans le contexte du commerce électronique également, à savoir indépendamment du fait que le moyen employé permette un accès continu et ininterrompu à des biens et services. Cela dit, **la portée pratique de nos développements est vraisemblablement réduite**. Les fournisseurs excluront généralement le caractère contraignant de leur offre, de sorte qu'un recours à l'art. 5 CO – qui fixe en réalité également la durée du caractère contraignant de l'offre – ne sera donc pas forcément nécessaire (art. 7 al. 1 CO).

1877

En vertu d'une interprétation favorable au consommateur, ce dernier devrait quoi qu'il en soit **conserver la possibilité d'accepter une offre en tout temps, y compris en dehors des périodes usuelles** ; le professionnel ne s'y opposera d'ailleurs pas, car cela lui procure, le cas échéant, un client supplémentaire, d'autant plus si le système de commande est automatisé. En l'absence de système automatisé, le consommateur ne pourra, en revanche, attendre du professionnel une confirmation de commande immédiate (comp. art. 3 al. 1 let. s LCD) ; on peut exiger qu'il patiente pendant un délai raisonnable, à tout

1878

³⁴³⁷ On rappelle que « l'exposition » de biens ou services sur Internet s'évalue généralement en tant qu'*invitatio ad offerendum*. Autrement dit, le consommateur n'aura en principe pas la qualité d'acceptant de l'offre, mais celle d'offrant, de sorte que le cas que nous présentons doit être considéré comme particulier.

³⁴³⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 411 ; BK OR-MÜLLER, art. 5 N 35 s. ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 5 N 13. Par ex. arrêt du TF 4A_515/2008 du 16.01.2009, consid. 4.1 s.

³⁴³⁹ Dans ce sens, mais d'un point de vue plus général, BK OR-SCHMIDLIN, art. 5 N 14 : « *so sind beispielsweise Sonn- und Feiertage nicht in die Fristberechnung einzubeziehen. Gleiches gilt für das gesamte Wochenende, wenn die 5-Tage-Woche branchenüblich ist* ».

le moins jusqu'au prochain jour ouvrable à partir de 08h00. Il est à noter que l'expéditeur d'une offre peut raisonnablement partir du principe que l'autre partie consulte sa boîte mail au moins une fois par jour (ouvrable)³⁴⁴⁰.

1879 Nous allons procéder à une **appréciation** (3), du point de vue de l'offre entre présents (*supra* N 1854 ss) et de l'offre entre absents (*supra* N 1866 ss), dans la situation où le contrat est conclu par un moyen de communication électronique.

3. Appréciation

a. Générale

1880 En cas d'échange des manifestations de volonté par un moyen de communication électronique, la réglementation actuelle de la phase de l'offre entre présents (*supra* N 1854 ss) ou entre absents (*supra* N 1866 ss) ne paraît **pas entièrement satisfaisante**³⁴⁴¹. Ce n'est pas tant l'absence de réglementation et de qualification de l'échange des manifestations de volonté électroniques « entre absents » ou « entre présents » qui est en cause ; les règles légales générales restent suffisamment souples pour appréhender efficacement et pragmatiquement ces questions³⁴⁴². Cela étant, une réglementation expresse (spécifique) augmenterait la sécurité et la prévisibilité juridiques pour un cercle plus grand de consommateurs ; ce choix demeure d'ordre plus politico-économique que légistique.

1881 **La « fuite » d'une réglementation de nature contractuelle sur la phase de l'offre dans la LCD**, au travers de prescriptions dont la violation est susceptible de conduire à des sanctions pénales (cf. art. 3 al. 1 let. s ch. 2 LCD en relation avec l'art. 23 al. 1 LCD), nous paraît, en revanche, plus discutable. Loin de consacrer une réglementation uniforme de la matière, ce morcellement risque, à terme, d'entraîner des solutions incomplètes du point de vue de la protection du consommateur. Aussi, l'art. 3 al. 1 let. s LCD ne consacre-t-il par exemple que des devoirs d'information très spécifiques, dans le cadre

³⁴⁴⁰ WEBER, E-Commerce, p. 344.

³⁴⁴¹ *Contra*, HONSELL/PIETRUSZAK, p. 772.

³⁴⁴² HONSELL/PIETRUSZAK, p. 772 : « dabei hat sich gezeigt, dass unser Obligationenrecht für die neuen Rechtsfragen durchaus adäquate Lösungen bereithält und manche neue Erscheinungsformen sich nur als vermeintliches juristisches Novum entblösst hat » et « übertriebenen Anpassungseifer lässt demgegenüber der VE erkennen ».

« extracontractuel » de la LCD, mais tout en n'étant pas formellement limité aux relations B2C.

En réglementant la matière partiellement dans la LCD, on n'évite d'ailleurs pas des questions liées à **l'erreur**³⁴⁴³ par négligence (cf. art. 26 CO) ou à la saturation du réseau (ex. le contrat est-il conclu en cas d'erreur de transmission indépendante des parties ?)³⁴⁴⁴. Des difficultés, actuellement non envisagées par la LCD, peuvent également se poser en rapport avec l'erreur de déclaration du consommateur (art. 24 CO)³⁴⁴⁵. Si l'on y ajoute l'absence de droit de révocation pour les contrats à distance sur Internet (*supra* N 1057) et l'absence d'un devoir d'information spécifique quant aux caractéristiques essentielles des biens ou services proposés en cas d'un tel contrat ou un contrat hors établissement (art. 6 al. 1 let. a Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs ; comp. cep. art. 2 al. 1 LIC), la réglementation suisse paraît effectivement **fragmentaire en matière d'échange de manifestations de volontés par la voie électronique**³⁴⁴⁶.

1882

C'est l'occasion de fournir des **propositions** (b).

1883

b. Propositions

(i) *Réglementation spécifique en cas d'utilisation d'un moyen de communication électronique ?*

Pour le commerce électronique, dans une optique de réglementation spécifique de la phase de conclusion du contrat, on dispose d'autres alternatives qu'un simple silence³⁴⁴⁷ du législateur. Il reste ainsi envisageable de soumettre expressément la manifestation de volonté électronique, soit à la réglementation des contrats entre présents, soit à celle entre absents, soit encore à une catégorie propre. Il ne s'agirait **pas seulement d'« esthétique législative »**³⁴⁴⁸, car

1884

³⁴⁴³ DEMOULIN, N 505, qui, sous l'angle de la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, distingue entre l'erreur intellectuelle et l'erreur matérielle.

³⁴⁴⁴ DEMOULIN, N 455.

³⁴⁴⁵ WEBER/WOLF, N 63.

³⁴⁴⁶ WEBER/WOLF, N 63.

³⁴⁴⁷ Le terme est volontairement employé dans un sens « neutre », c'est-à-dire indépendamment du constat de l'existence d'un silence qualifié ou d'une lacune au sujet d'une réglementation du commerce électronique de la part du législateur.

³⁴⁴⁸ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des

l'information du consommateur s'en trouverait accrue, ce qui pourrait s'imposer en vertu du mandat constitutionnel d'une meilleure transparence (comp. *supra* N 367).

1885 Des éléments relatifs au commerce électronique sont par ailleurs **envisagés par le droit de l'UE, mais ne sont réglés ni dans le CO, ni dans la LCD** (ex. devoir d'information du prestataire sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service, *supra* N 1882). Du point de vue de l'intégration économique et du rapprochement avec le droit de nos Etats voisins, ces divergences s'avèrent difficilement compréhensibles ; au contraire, il se pourrait même qu'elles dissuadent certains consommateurs étrangers de contracter avec des entreprises suisses³⁴⁴⁹.

1886 En raison de caractéristiques particulières des moyens de communication électronique (not. la « quasi-simultanéité »³⁴⁵⁰), il serait peut-être intéressant de créer **une catégorie ou une définition spécifique s'agissant de l'échange des manifestations de volonté par un moyen de communication électronique**. Elle devrait alors être suffisamment ouverte pour appréhender d'inévitables évolutions futures, tout en étant assez spécifique, afin d'observer les particularités de l'échange électronique.

1887 On relève encore que l'**art. 4 al. 2 CO 2020** (*infra* N 1992 ss), propose que « *les contrats conclus par téléphone ou un autre moyen de communication simultanée sont censés faits entre présents* »³⁴⁵¹. Une interprétation *a contrario* de ce passage permettrait dès lors de rattacher plus directement au texte légal, comme intervenant entre absents, les contrats conclus par un moyen de communication non simultané (ou différé).

(ii) Définition de la « manifestation de volonté électronique » ?

1888 En lien avec l'art. 4 al. 2 Projet-CO (comp. *supra* N 1854 et 1866), un participant à la procédure de consultation de l'avant-projet de loi sur le

réponses suite à la procédure de consultation, p. 73 où est évoquée la « *gesetzgeberische Kosmetik* » en lien avec la réglementation proposée pour l'art. 4 al. 2 Projet CO (*supra* N 1854 ss).

³⁴⁴⁹ Les entreprises suisses actives dans le commerce transfrontalier ont donc tout intérêt à s'adapter « spontanément » aux prescriptions, souvent plus strictes, du droit de l'UE.

³⁴⁵⁰ Certes en lien avec le Telex, BK OR-SCHMIDLIN, art. 4 N 3 : « [...] *er ermöglicht zwar eine rasche Kontaktnahme, gewährleistet aber keinen unmittelbaren Kontakt* » ; ZK OR-JÄGGI, art. 4 N 4.

³⁴⁵¹ CO 2020-PROBST, art. 4 N 2.

commerce électronique rappelait la notion technique, contenue dans la LTC, de la « **transmission au moyen de techniques de télécommunication** »³⁴⁵². Cette notion vise l'émission ou la réception d'informations, sur des lignes ou par ondes hertziennes, au moyen de signaux électriques, magnétiques ou optiques ou d'autres signaux électromagnétiques (art. 3 let. c LTC).

Pourquoi ne pas reprendre cette définition pour la manifestation de volonté électronique ? Elle représenterait ainsi la **déclaration privée d'une personne dirigée en vue de la réalisation d'une conséquence donnée, à savoir la création, la modification ou la fin d'un droit ou d'un rapport juridique et intervenant au moyen d'une technique de télécommunication directe ou indirecte**. Cette manifestation doit pouvoir être directement imputée ou imputable au déclarant³⁴⁵³. S'agissant par exemple d'un clic de souris valant expression de la volonté, il reste cependant excessivement difficile de distinguer entre celle qui est destinée à produire des effets juridiques (ex. envoi d'une commande) de celle qui ne l'est pas (ex. changement d'onglet). C'est pourquoi des moyens de protection complémentaires sont incontournables (ex. art. 3 al. 1 let. s ch. 3 LCD pour les étapes techniques de la conclusion du contrat), même en cas d'adoption d'une définition de la manifestation de volonté électronique.

On mentionnera encore que WEBER/WOLF proposent l'adoption d'une **loi spéciale sur le commerce électronique**, ce pour des motifs de lisibilité et de flexibilité de la loi³⁴⁵⁴. S'agissant d'une loi sectorielle complémentaire, il conviendrait de garantir la cohérence avec la partie générale du CO. Dans ce cadre, une définition de la « manifestation de volonté électronique » ne serait pas nécessairement superflue, en particulier pour délimiter le champ d'application de cette loi³⁴⁵⁵. La réponse définitive quant à l'opportunité d'adopter une telle loi spéciale suppose toutefois de s'interroger plus largement sur la systématique même de la réglementation du droit contractuel de la consommation, thématique que nous approfondissons au dernier chapitre de notre thèse (*infra* N 2128 ss).

³⁴⁵² Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 74.

³⁴⁵³ WEBER, E-Commerce, p. 339 s.

³⁴⁵⁴ WEBER/WOLF, N 64 ss.

³⁴⁵⁵ Par ex. au moyen de la formulation suivante : « *la présente loi s'applique en cas de manifestation de volonté du client envisagée ou transmise au moyen de signaux électriques, magnétiques ou optiques ou d'autres signaux électromagnétiques, que les parties soient en contact immédiat ou différé* ».

D. Services non sollicités

1. Projet de modification de l'art. 6a al. 4 Projet-CO

1891 L'art. 6a al. 4 Projet-CO envisageait une application analogique de l'art. 6a al. 1 à 3 CO à la **fourniture de services non commandés**³⁴⁵⁶. L'acceptation de la proposition aurait eu pour conséquence que la fourniture d'un service non sollicité n'était pas considérée comme une offre (al. 1). Le consommateur aurait été dispensé de le « retourner » (al. 2), tout en restant obligé d'informer l'expéditeur en cas d'envoi manifestement erroné (al. 3).

1892 Le but de la disposition était ainsi de **mettre sur un pied d'égalité** l'envoi de choses non commandées et la fourniture d'une prestation de service (« *Dienstleistung* »)³⁴⁵⁷ non sollicitée. Comme exemple, le législateur fournissait l'envoi numérique d'un en-tête de lettre que le consommateur peut imprimer pour sa propre correspondance³⁴⁵⁸. Le champ d'application de l'art. 6a al. 4 Projet-CO n'était, cela dit, pas limité au commerce électronique³⁴⁵⁹.

1893 En raison de la formulation large de l'art. 6a Projet-CO, la disposition **aurait visé la protection des autres personnes que le consommateur au sens traditionnel**. En effet, elle souhaitait expressément fixer, dans la partie générale du CO, le principe selon lequel la fourniture d'un service non sollicité n'est pas constitutif d'une offre contractuelle (cf. art. 3 al. 1 let. h LCD ; comp. art. 422 al. 1 CO en cas de gestion dans l'intérêt du maître³⁴⁶⁰, *infra* N 1909).

1894 Il est intéressant de rappeler la **situation actuelle** (2).

³⁴⁵⁶ La teneur de l'art. 6a al. 4 Projet-CO était la suivante : « *les al. 1 et 3 [de l'art. 6a CO] s'appliquent par analogie à la fourniture de services non commandés* ».

³⁴⁵⁷ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 80, qui indique que la notion a été introduite la première fois dans le CO par l'adoption de la loi du 5 octobre 1990 sur la modification du CO, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1991 (RO 1991 846 ; FF 1986 II 360).

³⁴⁵⁸ Loi fédérale sur le commerce électronique, rapport explicatif, janvier 2001, p. 10.

³⁴⁵⁹ Loi fédérale sur le commerce électronique, rapport explicatif, janvier 2001, p. 10 : « [...] *des services que le destinataire n'a pas commandés lui sont livrés, surtout au moyen d'Internet* ».

³⁴⁶⁰ Pour des développements en lien avec l'art. 6a al. 4 Projet et la gestion d'affaires sans mandat, Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 80.

2. Situation actuelle

a. Application en dehors du commerce électronique

Il est toujours **controversé** de savoir si le champ d'application de l'art. 6a CO se limite aux choses ou, au contraire, s'il englobe également les services³⁴⁶¹.

1895

Inscrire dans la loi que les services non sollicités ne constituent pas une offre protégée le client³⁴⁶² contre des pratiques abusives de prestataires en dehors du commerce électronique également (comp. art. 3 al. 1 let. h LCD). Cela étant, on peut s'interroger sur **l'opportunité et la cohérence d'une telle insertion** dans la partie générale du CO. La règle ne fait que répéter celle, bien ancrée en droit des obligations, selon laquelle, en cas d'offre réelle (« *Realofferte* »), le silence du destinataire ne vaut en principe pas acceptation³⁴⁶³. Or, cette règle vaudrait également pour les services³⁴⁶⁴.

1896

En réalité, une réglementation expresse de ces problématiques dévoile une intention de politique juridique claire : limiter l'envoi de biens et de services non sollicités³⁴⁶⁵. Mais, la partie générale du CO doit-elle vraiment contenir des normes dont la nature première est la **protection qualitative du consommateur** (sur la protection qualitative du consommateur par le droit de la concurrence, *supra* N 187 s.) ? La réponse définitive à cette question dépend du choix de l'insertion systématique de la réglementation même du droit contractuel de la consommation (sur différentes conceptions législatives, *infra* N 2129 ss). A notre avis, il convient néanmoins de rester prudent au moment d'envisager l'insertion d'interdictions directement au sein de la partie générale du droit des obligations, particulièrement lorsque les art. 1 à 18 CO sont concernés.

1897

³⁴⁶¹ Plutôt en faveur, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 428b (« *überlegenswert* »). Estimant que la réponse à cette question doit être laissée à la pratique, BK OR-MÜLLER, art. 6a N 14.

³⁴⁶² En effet, il reste controversé de savoir si l'art. 6a CO s'applique exclusivement aux biens de consommation envoyés à des non-commerçants, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 426 ss. De l'avis que tel est le cas, BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 6a N 4.

³⁴⁶³ HONSELL/PETRUSZAK, p. 772 ; BK OR-MÜLLER, art. 3 N 48 et art. 6 N 91 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 6 N 68. Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 79.

³⁴⁶⁴ A notre avis dans ce sens, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 384 ; HUGUENIN, Obligationenrecht, N 208a.

³⁴⁶⁵ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 78 et 81.

1898 Il demeure intéressant de présenter d'éventuelles **particularités du commerce électronique** (b) en rapport avec les services non sollicités.

b. Particularités du commerce électronique

(i) *Sollicitations multiples*

1899 En raison de la facilité d'une sollicitation réelle ou potentielle à laquelle est confronté le consommateur par la voie électronique, notamment sur Internet, les services non sollicités impliquent des particularités qui justifient qu'on les présente séparément. Exiger du consommateur qu'il **informe l'expéditeur à chaque envoi manifestement erroné** d'un service ne paraît ainsi que peu praticable³⁴⁶⁶. Par ce biais, on risquerait même d'introduire une obligation de renvoi en cas d'erreur manifeste, ce qui ne serait pas adapté, compte tenu de la quantité de messages auxquels le consommateur peut être quotidiennement confronté³⁴⁶⁷.

1900 Dès lors, ce n'est que si l'envoi permet un accès concret, direct, rapide et étendu à un service ou un contenu numérique (ex. logiciel, musique) que l'erreur d'envoi pourrait éventuellement être considérée comme manifeste. Il serait quoi qu'il en soit plus adapté de mettre à la charge du consommateur une **obligation d'avertir le fournisseur**. Pour les autres sollicitations, le consommateur devrait pouvoir rester inactif, sans avoir à subir de conséquences négatives. Le principe de l'absence de conséquence pour le consommateur en cas d'inaction à la suite de la fourniture d'un contenu numérique ou d'une prestation de service non sollicitée est d'ailleurs la solution retenue en droit de l'UE, par renvoi au droit de la lutte contre la concurrence déloyale (cf. art. 27 Directive 2011/83/UE et art. 5 Directive 2005/29/CE).

³⁴⁶⁶ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 75 et 77.

³⁴⁶⁷ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 76 et 78 : « *en effet, le destinataire d'un service non commandé, dont le courrier électronique est quotidiennement inondé d'innombrables messages avec ou sans propositions de services, aurait l'obligation de répondre à ceux qui comportent une (sic !) envoi manifestement dû à une erreur* ».

(ii) *Renouvellement tacite après un temps d'essai*

Il peut arriver que l'accès à un service électronique soit **laissé à disposition du consommateur après l'écoulement d'une période d'essai gratuite**. 1901

Si, après une telle période, le consommateur peut et doit se rendre compte d'une erreur manifeste quant au maintien de l'accès à un service ne pouvant objectivement qu'être payant (ex. accès étendue à une large palette cinématographique), il devrait en informer le professionnel. A défaut, il court potentiellement le risque de se voir opposer une **acceptation tacite de l'offre du professionnel**, compte tenu de relations préexistantes entre les parties (cf. art. 6 CO, « circonstances »). 1902

Dans un tel contexte, l'acceptation tacite s'évalue donc **à l'aune de l'art. 6 CO** plutôt que de l'art. 6a CO appliqué par analogie ; ce dernier vise d'ailleurs plutôt la « première prise de contact ». Ainsi, la question d'un renouvellement tacite peut probablement déjà être résolue par le recours à la règle générale de l'art. 6 CO. Il convient néanmoins de rester attentif aux clauses préformulées portant sur le renouvellement tacite d'un contrat de consommation en cas de service fourni dans la durée et après une période d'essai gratuite. Le consommateur devrait dans tous les cas conserver la possibilité d'y mettre fin sans trop d'obstacles, le principe demeurant que le silence ne vaut, dans la règle, pas acceptation de sa part non plus. 1903

Quelle **appréciation** (3) donner à une réglementation de l'envoi de services non sollicités, en particulier par la voie électronique, au sein de la partie générale du CO ? 1904

3. **Appréciation**

Au moment d'adopter l'art. 6a CO (envoi de choses non commandées), l'insertion systématique de la disposition dans le droit contractuel, ainsi que, plus largement, son assise dogmatique, faisaient déjà l'objet d'une **controverse**³⁴⁶⁸. 1905

Ces débats demeurent d'actualité pour les choses également. Cela étant, ils soulèvent des interrogations particulières en raison des **spécificités liées à « l'envoi » d'un service non sollicité** (a). Nous abordons ensuite la question 1906

³⁴⁶⁸ FF 1986 II 360, 392 ; Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 79. HONSELL/PETRUSZAK, p. 772 s.

sous l'angle de la lutte contre les méthodes de vente ou de publicité agressives (b), ainsi que l'intégration de la réglementation dans la LCD (c).

a. Spécificités de « l'envoi » d'un service non sollicité

- 1907 La réglementation de l'envoi d'un service non sollicité dans la partie générale du CO soulève effectivement certaines interrogations. D'ailleurs, la notion de « prestation de service » concerne a priori tous les contrats pour lesquels l'obligation principale du prestataire est **une activité corporelle ou une activité intellectuelle fournie à titre onéreux**³⁴⁶⁹.
- 1908 En outre, en cas de prestation de service, le **remboursement des dépenses nécessaires et utiles et le paiement d'honoraires** constituent dans la règle les éléments discutés³⁴⁷⁰. Les honoraires ne sont en principe dus qu'en cas d'existence d'une relation contractuelle (cf. art. 322 al. 1, 363 et 394 al. 3 CO). Une prétention en remboursement des dépenses nécessaires et utiles peut exister en dehors de toute relation contractuelle, mais seulement lorsque l'intérêt du maître commandait la gestion entreprise (cf. art. 422 al. 1 CO)³⁴⁷¹.
- 1909 Ainsi, une application analogique des règles sur l'envoi de choses non commandées – pour lesquelles l'art. 6a CO prévoit une cause en vue de la conservation de la chose (art. 6a al. 2 et 3 CO) et la mise en propriété du consommateur (cf. art. 714 al. 1, 922 et 930 al. 1 CC), sous réserve d'un envoi manifestement erroné (art. 6a al. 3 CO) – aux services n'est pas forcément adéquate. Dans l'absolu, elle comporte même le **risque d'une refonte des règles sur la gestion d'affaires sans mandat dans l'intérêt du maître**, en ce sens que le mandataire ne pourrait alors plus réclamer de remboursement pour (tous) les cas où le service ne serait pas suffisamment sollicité par le maître³⁴⁷².

³⁴⁶⁹ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 80.

³⁴⁷⁰ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 80.

³⁴⁷¹ CR CO I-HÉRITIER LACHAT, art. 422 N 2. Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 80.

³⁴⁷² Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 80 donnant l'ex. du médecin arrivant par

Par ailleurs, assimiler la remise d'un contenu numérique non sollicité à une prestation de service n'est pas forcément opportun. L'envoi d'un tel contenu soulève plutôt des défis relatifs au droit d'auteur qu'au droit de propriété³⁴⁷³. En droit de la consommation, le service sera d'ailleurs souvent susceptible de concerner l'usage d'une chose immatérielle ne tombant pas sous la définition de l'objet de la propriété mobilière (art. 713 CC en relation avec l'art. 6a al. 2 CO)³⁴⁷⁴. Enfin, l'expéditeur d'une chose non sollicitée est directement « appauvri », ce qui n'est pas le cas face à un service, certes « consommé » par l'usage, mais pouvant théoriquement être copié en masse³⁴⁷⁵. En définitive, l'envoi d'un service non sollicité soulève ainsi des questions différentes de l'envoi d'une chose non commandée. Or, ce constat **empêche vraisemblablement une application « analogique »**, pour les services, des règles sur l'envoi d'une chose non sollicitée (art. 6a CO).

1910

b. Lutte contre les méthodes de vente ou de publicité agressives

L'impératif de protection du consommateur commande de lui éviter d'être confronté à certaines pratiques commerciales abusives consistant à lui fournir des services, en tentant par ce moyen de lui imposer la conclusion d'un contrat contre son gré³⁴⁷⁶.

1911

En réalité, par l'envoi d'un service non sollicité – tout comme d'une chose d'ailleurs – l'expéditeur poursuit une méthode de vente ou une forme de publicité (plus ou moins) agressive. Or, la prévention et la sanction d'un tel comportement **relèveraient du droit de la lutte contre la concurrence déloyale**³⁴⁷⁷. L'un des participants à la consultation de l'avant-projet de loi sur

1912

hasard sur les lieux d'un accident et où la victime s'opposerait ensuite à toute prétention fondée sur l'art. 422 al. 1 CO en invoquant la règle générale sur les services non sollicités.

³⁴⁷³ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 81.

³⁴⁷⁴ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 80.

³⁴⁷⁵ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 76 s.

³⁴⁷⁶ Par ex. arrêt du TF 6B_272/2008 du 08.10.2008, consid. 4 (consid. non publié in : ATF 129 IV 49 = JdT 2006 IV 43 ; facture dissimulant une offre) ; FF 2009 5539, 5549

³⁴⁷⁷ HONSELL/PETRUSZAK, p. 772.

le commerce électronique avançait précisément cet argument, en invitant le législateur à renoncer à l'adoption de l'art. 6a al. 4 Projet-CO³⁴⁷⁸.

- 1913 Le droit de l'UE règle plus spécifiquement les conséquences en cas de prestation de service non demandée (art. 27 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs). Dans ce contexte, la Directive 2011/83/UE renvoie à l'art. 5 § 5 de la **Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales** et à son annexe I, ch. 29³⁴⁷⁹. Les Etats membres doivent ainsi veiller à ce que l'absence de réponse du consommateur ne vaille pas consentement (art. 27 Directive 2011/83/UE). En revanche, le droit de l'UE ne prévoit, semble-t-il, aucune obligation, à charge du consommateur, de « renvoyer » la prestation reçue, y compris en cas d'erreur manifeste.
- 1914 Le droit suisse a partiellement suivi certaines évolutions, en **réglementant** partiellement l'envoi de services non sollicités **dans la LCD** (c).

c. Réglementation dans la LCD

- 1915 Nonobstant l'échec de l'adoption d'une loi fédérale sur le commerce électronique (*supra* N 1852), la LCD contient tout de même des **prescriptions minimales de comportement et un arsenal répressif**³⁴⁸⁰ concernant l'envoi de services non sollicités. Elle proscriit notamment l'entrave du client dans sa liberté d'action par des méthodes de vente agressives (art. 3 al. 1 let. h LCD), le spamming et l'envoi de pourriels (art. 3 al. 1 let. o LCD) ou encore l'envoi de factures en vue d'une inscription dans des répertoires ou la publication d'annonces sans mandat (art. 3 al. 1 let. q LCD)³⁴⁸¹. La sanction de ces comportements est civile (art. 9 ss LCD) et pénale (art. 23 LCD), mais pas administrative³⁴⁸².
- 1916 Contrairement à l'envoi de choses non commandées (art. 6a CO), l'envoi de services non sollicités n'est pas réglé par le droit contractuel général. Cela peut surprendre en raison **des buts différents de la LCD par rapport au CO**³⁴⁸³,

³⁴⁷⁸ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 81.

³⁴⁷⁹ CR CO I-MORIN, art. 6a N 6. L'art. 9 de la défunte Directive 97/7/CE réglementait la « fourniture non demandée ».

³⁴⁸⁰ WEBER/WOLF, N 60 s.

³⁴⁸¹ Comp. FF 2009 5539, 5549.

³⁴⁸² MARCHAND, Droit de la consommation, p. 77.

³⁴⁸³ WEBER/WOLF, N 61.

lesquels ne justifient pas forcément de traiter ces questions dans des contextes différents. En particulier, cela soulève la question de l'opportunité de conserver, à l'art. 6a CO, une réglementation poursuivant un but de politique juridique. La traduction légale des « sollicitations non demandées » s'agissant des choses et des services devrait peut-être intervenir dans la législation contre la concurrence déloyale, laquelle vise au surplus les relations entre concurrents également³⁴⁸⁴. De même, les conséquences de nature contractuelle de l'envoi d'un service non commandé peuvent d'ores et déjà s'appréhender à l'aune des dispositions relatives à la gestion d'affaires sans mandat (cf. art. 422 s. CO)³⁴⁸⁵. De ce point de vue, la réglementation d'une interdiction n'a probablement pas sa place dans le CO.

Dans ce prolongement, nous rappelons encore que nous rejetons, pour l'essentiel, le principe de la validité du contrat subséquent en cas de violation d'une prescription de la LCD relative à la conclusion du contrat de consommation (pour des affirmations plus nuancées, *supra* N 190 ss). *De lege ferenda*, une violation des prescriptions de la LCD relative à l'envoi d'une chose ou d'un service non sollicité devrait entraîner **ex lege la nullité du contrat concerné**. En adoptant cette conception, une réglementation de protection du consommateur interdisant des envois non sollicités insérée au sein des dispositions générales du CO pourrait s'avérer superflue.

1917

Toujours par référence au projet de loi sur le commerce électronique, nous présentons encore la réglementation envisagée relative à **l'offre sans engagement et à l'offre publique (E)**.

1918

³⁴⁸⁴ Comp. ATF 117 IV 193, consid. 2 ; arrêt du TF 6B_272/2008 du 08.10.2008, consid. 4 (consid. non publié in : ATF 129 IV 49 = JdT 2006 IV 43). Il n'est en revanche pas (plus) nécessaire qu'il existe un rapport de concurrence entre les parties, arrêt du TF 4C.224/2005 du 12.12.2005 consid. 2.2.2.

³⁴⁸⁵ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 77 et 80. Pour un profane, la voie pour parvenir à ces conclusions reste néanmoins plus compliquée et moins transparente que si la règle était prévue dans la partie générale du CO. Le Projet CO 2020 prévoit à ce titre d'intégrer les règles relatives à la gestion d'affaires sans mandat au sein des dispositions sur la formation des obligations (Titre 1, art. 73-78 CO 2020), CO 2020-HUGUENIN/CHAPPUIS, Vor art. 73-78, en part. N 2.

E. Offre sans engagement et offre publique

1919 L'art. 7 al. 2 et 3 Projet-CO (1) entendait **adapter la formulation de l'actuel art. 7 CO** au commerce électronique, ce qu'il convient de présenter succinctement.

1. Projet de modification de l'art. 7 al. 2 et 3 CO

1920 L'art. 7 al. 2 Projet-CO³⁴⁸⁶ **proposait d'inscrire dans la loi le principe selon lequel** l'envoi de tarifs et de prix courants par voie électronique ne constitue pas une offre³⁴⁸⁷. Cela aurait également valu pour l'envoi de conditions générales d'affaires ou d'assurances, de conditions de vente ou de conditions d'acquisitions d'un crédit³⁴⁸⁸ ou d'une assurance. La doctrine reconnaît effectivement que l'art. 7 al. 2 CO s'applique également à ces autres moyens d'informations ne représentant pas (encore) une offre ferme de contracter³⁴⁸⁹.

1921 L'art. 7 al. 3 Projet-CO³⁴⁹⁰ entendait quant à lui définir, en tant qu'offre contraignante, la proposition de biens ou services³⁴⁹¹ par la voie électronique. La condition était que la présentation reflète une **existence réelle en stock** (comp. art. II.-4 :201(3) DCFR [*« goods and services offered at stated prices »*])³⁴⁹² ; l'exemple donné était l'indication, par le pollicitant, de la quantité disponible et diminuant à chaque commande opérée³⁴⁹³.

1922 Quelle est la **situation actuelle** (2) ?

³⁴⁸⁶ La teneur de l'art. 7 al. 2 Projet-CO était la suivante : « *l'envoi de tarifs, de prix courants, etc., notamment par voie électronique, ne constitue pas une offre de contracter* ».

³⁴⁸⁷ Loi fédérale sur le commerce électronique, rapport explicatif, janvier 2001, p. 10.

³⁴⁸⁸ Les indications doivent évidemment toujours respecter les prescriptions de la LCD relatives spécifiquement aux crédits à la consommation (cf. art. 3 al. 1 let. i, k, l, m et n).

³⁴⁸⁹ BK OR-SCHMIDLIN, art. 7 N 20 ; ZK OR-JÄGGI, art. 7 N 15 ss.

³⁴⁹⁰ La teneur de l'art. 7 al. 3 Projet-CO était la suivante : « *Le fait de proposer un bien ou un service, avec indication du prix, est tenu dans la règle pour une offre. Cette règle s'applique également aux biens ou aux services proposés par voie électronique* ».

³⁴⁹¹ Il s'agissait donc d'étendre le champ d'application de la disposition aux services également. En effet, l'art. 7 al. 3 CO ne s'applique pas à la proposition de services, ATF 80 II 26 consid. 4a et BK OR-SCHMIDLIN, art. 7 N 27. Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 91.

³⁴⁹² Loi fédérale sur le commerce électronique, rapport explicatif, janvier 2001, p. 10.

³⁴⁹³ Loi fédérale sur le commerce électronique, rapport explicatif, janvier 2001, p. 10.

2. Situation actuelle

En matière de commerce électronique, **l'art. 7 al. 2 CO doit être lu dans sa relation avec l'art. 7 al. 3 CO**. L'art. 7 al. 2 CO précise la règle du caractère non contraignant de l'offre en cas d'envoi, notamment, de tarifs et de prix courants³⁴⁹⁴. Quant à l'art. 7 al. 3 CO, il règle un cas spécial d'offre déclarée contraignante en raison, d'une part, de l'indication du prix d'une marchandise et, d'autre part, de son individualisation qualifiée (*infra* N 1925 et 1930)³⁴⁹⁵.

1923

La doctrine majoritaire qualifie l'exposition de bien ou services sur Internet **d'invitatio ad offerendum**³⁴⁹⁶. En application de l'art. 7 al. 3 CO, il s'avère délicat de reconnaître le caractère d'offre contraignante d'un produit proposé sur Internet avec son prix³⁴⁹⁷. Une simple erreur demeure susceptible de lier le professionnel pour le prix indiqué, avec le risque d'une perte financière considérable³⁴⁹⁸. Les entreprises actives dans le commerce électronique fonctionnent d'ailleurs régulièrement selon le système du flux tendu ; elles ne seront pas toujours en mesure de garantir l'exécution immédiate de chaque réservation ou commande au moment où elles sont passées³⁴⁹⁹.

1924

Sous réserve d'une individualisation qualifiée, à savoir si le bien exposé est directement celui dont l'acquisition est offerte et qu'il peut être obtenu immédiatement (ex. bien d'occasion vendu aux enchères au moyen de photographies³⁵⁰⁰), un simple catalogue sur Internet ne devrait donc pas remplir

1925

³⁴⁹⁴ BK OR-SCHMIDLIN, art. 7 N 19 ss.

³⁴⁹⁵ BK OR-SCHMIDLIN, art. 7 N 27 ss.

³⁴⁹⁶ HONSELL, 100 Jahre, p. 11 s. ; WEBER, E-Commerce, p. 341.

³⁴⁹⁷ WEBER, E-Commerce, p. 341 s. donne l'ex. d'une pizzeria qui, par le biais d'un portail électronique, propose des livraisons à domicile. Or, il lui sera (très) généralement impossible d'honorer une commande simultanée de 1'000 pizzas.

³⁴⁹⁸ HONSELL, 100 Jahre, p. 12.

³⁴⁹⁹ Dans la procédure de consultation, cela conduisit le canton de Vaud à considérer l'art. 7 al. 3 Projet-CO comme très restrictif et à lui pronostiquer une portée pratique réduite. Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 82. Comp. la prise de position de l'Union Suisse des Paysans en p. 83 : « *da die Präsentation namentlich auf elektronischem Weg mehr oder weniger gleichzeitig mehrere Buchungen/Bestellungen auslösen kann, können nicht alle erfüllt werden* ».

³⁵⁰⁰ Comp. Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 90, qui considère qu'il s'agit d'une offre en cas de produit numérisé pouvant être directement téléchargé ou d'enchères sur Internet le contrat étant alors conclu avec la personne émettant la proposition la plus élevée.

les conditions de l'art. 7 al. 3 CO³⁵⁰¹. Si la chose proposée est fongible, l'offre s'étend à l'ensemble des marchandises du même genre et de même qualité, sauf si elles ne sont pas prêtes à être cédées et que l'exposant ne peut en disposer immédiatement³⁵⁰².

1926 Cela nous amène à effectuer une **appréciation** (3) de la réglementation actuelle, s'agissant de l'offre sans engagement et de l'offre publique par la voie électronique.

3. Appréciation

1927 Dans le contexte du commerce électronique, il s'avère intéressant de présenter la mise en place d'un **effet de disponibilité limitée** (a) du bien ou du service³⁵⁰³, ainsi que la réserve du caractère contraignant, par le professionnel, de son offre (b).

a. Effet de disponibilité limitée

1928 La pratique enseigne que certaines entreprises proposent des produits ou des services pendant une durée limitée – parfois pour un jour seulement – à un prix réduit³⁵⁰⁴. La rareté, l'exclusivité et l'incitation à l'achat du produit offert sont recherchées. En outre, une telle **raréfaction, le cas échéant, contrôlée** vise éventuellement à anticiper et à guider les futurs achats des consommateurs n'ayant pas pu obtenir le produit « au bon moment » (« *first come, first served* »³⁵⁰⁵). En cas de nouvelle mise sur le marché, le professionnel pourrait être tenté de procéder à une augmentation des prix, en la justifiant par le « statut spécial » acquis par le bien de consommation.

1929 L'effet de disponibilité limité n'emporte pas seulement des conséquences négatives pour le consommateur, loin s'en faut. Le groupement de commandes

³⁵⁰¹ Pour le commerce traditionnel, BK OR-SCHMIDLIN, art. 7 N 24.

³⁵⁰² BK OR-SCHMIDLIN, art. 7 N 28. *Contra*, ZK OR-JÄGGI, art. 7 N 31, qui considère que, relativement aux marchandises non exposées – même si elles se trouvent dans le magasin – l'exposition de marchandises, même identiques, constitue une simple présentation d'un échantillon au sens de l'art. 7 al. 2 CO.

³⁵⁰³ On rappelle que l'art. 7 al. 3 CO ne s'applique pas aux services, *supra* N 1921.

³⁵⁰⁴ Par ex. www.qoqa.ch ou www.deindeal.ch.

³⁵⁰⁵ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 89.

pour un seul bien ou service **permet au professionnel d'acquérir les produits proposés en gros**. En théorie du moins, cela lui permet alors de proposer des prix réduits, s'agissant par ailleurs de produits normalement inaccessibles ou difficilement accessibles à certains consommateurs.

Si le professionnel « exploite » l'effet de disponibilité limitée pour pousser le consommateur à l'achat, son comportement devrait toutefois s'analyser comme une **offre ferme de contracter** ; il procède alors à une individualisation qualifiée, qui pourrait être suffisante au regard de l'art. 7 al. 3 CO³⁵⁰⁶. Dans un tel cas, la question d'un fonctionnement du stock à flux tendu ne se pose en principe pas. En établissant une telle offre limitée, le professionnel reste habilité à en fixer les limites à l'avance. En d'autres termes, il sait – ou doit à tout le moins connaître – la quantité de produits à délivrer, donc y compris dans l'hypothèse d'un succès total de l'offre limitée annoncée. En revanche, son obligation de prêter ne saurait s'étendre en sus de la quantité annoncée.

1930

L'art. 7 al. 1 CO permet quoi qu'il en soit au professionnel d'éviter que son offre ne soit juridiquement contraignante. Il lui est loisible de **réserver le caractère contraignant de son offre (b)**, ce qu'il convient de préciser.

1931

b. Réserve du caractère contraignant de l'offre par le professionnel

En application de l'art. 7 al. 1 CO, le fournisseur est libre d'émettre une réserve expresse de son offre, par exemple en fonction de la **disponibilité du stock ou encore de la solvabilité du contractant**³⁵⁰⁷. La réserve peut être tacite³⁵⁰⁸. Intégrée dans des conditions générales, elle ne devrait pas être considérée comme étant abusive ou insolite. Une réserve tacite opposée au consommateur,

1932

³⁵⁰⁶ Comp. Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 84 : « *ainsi, sommes-nous d'avis d'incorporer clairement dans cette disposition [art. 7 al. 3 Projet-CO] l'idée évoquée dans le rapport explicatif selon laquelle un produit est considéré comme proposé par voie électronique si sa présentation reflète son existence réelle en stock* ».

³⁵⁰⁷ Par ex. l'art. 3 des CGV de QoQa.ch : « [...] *ainsi que l'état des stocks mentionnés sur le Site sont non contractuels et sont fournis à titre indicatif uniquement. Ils ne constituent en rien une offre de la part de QoQa (qui n'en garantit pas l'exactitude)* [...] ». Comp. Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 84.

³⁵⁰⁸ En réf. à l'ATF 46 II 369, BK OR-SCHMIDLIN, art. 7 N 10, donne l'ex. d'un appel d'offres (« *Submissionsauschreibung* »).

lorsqu'il ressort pourtant des circonstances ou de la nature de l'affaire que l'offre est ferme (par ex. offre de disponibilité limitée, *supra* N 1928 ss), ne nous paraît, en revanche, pas admissible.

1933 En cas de doute, le pollicitant agissant par la voie électronique, en particulier par Internet, sera bien avisé de procéder à une réserve expresse du caractère contraignant de son offre. Cela lui permet d'éviter qu'une **inadvertance dans la fixation du prix** ne conduise à rendre l'offre contraignante pour un prix sensiblement plus bas qu'il ne le souhaitait en réalité³⁵⁰⁹. Eviter une telle conséquence aux entreprises reste l'un des motifs conduisant à qualifier d'*invitatio ad offerendum* la proposition de biens ou services intervenant par la voie électronique³⁵¹⁰. Cette construction juridique évite au professionnel d'avoir à contester chaque contrat conclu, au motif d'une erreur de déclaration (art. 24 al. 1 ch. 3 CO), donc y compris si l'erreur est due à sa propre négligence (art. 26 CO)³⁵¹¹.

1934 Nous allons encore présenter certaines dispositions choisies en matière de **droit de révocation** (F), proposées par le Projet de loi fédérale sur le commerce électronique.

F. Droit de révocation

1. Projet de modification des art. 40a ss CO

1935 Dans le projet de loi sur le commerce électronique, il était prévu d'implémenter, dans la partie générale du CO, un droit de révocation **pour les contrats (de consommation) conclus à distance** (cf. art. 40c Projet-CO³⁵¹²). La notion

³⁵⁰⁹ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 89, où est fourni l'ex. d'une société anglaise ayant proposé, par inadvertance, la vente de téléviseurs pour un prix de £ 3 au lieu de £ 299.99. Avant la découverte de cette erreur, des commandes à hauteur de £ 1'000'000 avaient été effectuées en quelques heures seulement. Pour ce même ex., HONSELL, 100 Jahre, p. 11 s.

³⁵¹⁰ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 90.

³⁵¹¹ Comp. ATF 105 II 23 = JdT 1979 I 474.

³⁵¹² La teneur de l'art. 40c CO était la suivante : « (1) On entend par contrat conclus à distance, les contrats conclus sans que les parties aient été physiquement en présence l'une de l'autre et pour la conclusion desquels le fournisseur a agi dans le cadre d'un système de

aurait englobé les contrats conclus par la voie électronique, mais pas seulement³⁵¹³. La proposition cherchait à élargir la portée du droit de révocation légal, en visant tant les contrats conclus au moyen du démarchage à domicile que les contrats conclus à distance (cf. art. 40a Projet-CO)³⁵¹⁴. Cette proposition fit l'objet de critiques. Certains participants à la procédure de consultation invoquèrent la crainte d'une extension des normes protectrices à tous les contrats où les parties ne sont pas physiquement en présence l'une de l'autre³⁵¹⁵.

Concrètement, l'art. 40d Projet-CO prévoyait d'adopter un **devoir d'information** étendu à charge du fournisseur (al. 1), portant sur son nom et son adresse (let. a), le prix du bien ou du service en francs suisses (let. b), le montant des taxes et des frais à charge de l'acquéreur (let. c), ainsi que le délai d'exécution (let. d). L'information ne concernait pas exclusivement le droit de révocation, mais aussi la forme et le délai à observer pour le faire valoir (al. 2). En revanche, la proposition laissait ouverte la question du moment – avant ou après la conclusion du contrat – de la transmission des informations, l'information précontractuelle étant au surplus renvoyée à l'art. 3 let. b^{bis} Projet-LCD traitant de l'offre à distance (comp. art. 3 al. 1 let. s ch. 1 LCD).

1936

La proposition cherchait en outre à clarifier **les effets de la révocation à l'égard de tiers**. Le consommateur aurait ainsi pu se prévaloir de sa révocation à l'encontre du tiers ayant financé le paiement du bien ou du service, notamment l'émetteur d'une carte de crédit ou d'une carte de client (art. 40h Projet-CO).

1937

Ces différentes propositions ne furent **pas suivies**. Cela étant, le souci d'adopter d'un droit de révocation pour les transactions à distance revint rapidement au

1938

commercialisation utilisant une ou plusieurs techniques de communication à distance. (2) Ne sont pas considérés comme des contrats conclus à distance les contrats : (a) de vente aux enchères ; (b) conclus au moyen de distributeurs automatiques ou de locaux commerciaux automatisés ; (c) conclus avec des fournisseurs de services de télécommunications du fait de l'utilisation de téléphones publics ».

³⁵¹³ Loi fédérale sur le commerce électronique, rapport explicatif, janvier 2001, p. 12 s. : « il ressort du premier critère que le moyen de communication à distance doit permettre la conclusion d'un contrat sans présence physique des parties. Outre cette caractéristique, le moyen de communication utilisé est indifférent. Il pourra par exemple s'agir du courrier, postal ou électronique, du téléphone, du télécopieur, de la télévision ou d'Internet. Plusieurs de ces moyens peuvent être combinés durant le processus de conclusion du contrat. Ainsi, un fournisseur peut faire sa proposition par courrier, à la télévision ou sur Internet et le contrat pourra être conclu au téléphone ».

³⁵¹⁴ Comp. Loi fédérale sur le commerce électronique, rapport explicatif, janvier 2001, p. 10 s.

³⁵¹⁵ Avant-projet concernant une loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Classement des réponses suite à la procédure de consultation, p. 122.

niveau fédéral, notamment en raison de l'essor et du développement du commerce en ligne³⁵¹⁶.

1939

Quelle est la **situation actuelle** (2) ?

2. Situation actuelle

1940

A la suite de l'abandon, par le Conseil fédéral, d'une réglementation spécifique du commerce électronique en 2005 (*supra* N 1852), l'ouvrage fut néanmoins partiellement remis sur le métier. Le but restait **d'introduire un droit de révocation légal pour les contrats à distance au sein des règles sur le démarchage à domicile** (art. 40a ss CO)³⁵¹⁷. L'initiative BONHÔTE, déposée le 21 juin 2006 (06.441), ainsi que l'initiative SOMMARUGA, déposée le 15 décembre 2005 (05.458), concernèrent toutes deux la protection du consommateur en matière de contrats conclus à distance³⁵¹⁸.

1941

En particulier, l'initiative BONHÔTE visait spécifiquement l'assimilation du démarchage téléphonique au démarchage à domicile, ce en lien avec le droit de révocation du consommateur³⁵¹⁹. L'initiative SOMMARUGA, en revanche, plus générale, entendait compléter le CO et la LCD en vue d'y renforcer la protection des consommateurs³⁵²⁰. Contrairement à l'initiative BONHÔTE, l'initiative SOMMARUGA souhaitait en outre octroyer au consommateur un droit de révocation dans le cadre du commerce électronique également³⁵²¹. Donnant suite à ces deux initiatives parlementaires, le Conseil fédéral³⁵²² et le Conseil des Etats³⁵²³ acceptèrent dans un premier temps le principe d'un droit de révocation tant pour les contrats conclus par téléphone que par Internet³⁵²⁴. De son côté, le Conseil National se montra toutefois immédiatement plus

³⁵¹⁶ FF 2014 893, 897 s. ; FF 2014 2883, 2890.

³⁵¹⁷ FF 2014 2883, 2890.

³⁵¹⁸ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 14.04.2008, p. 1.

³⁵¹⁹ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 14.04.2008, p. 1 et 3.

³⁵²⁰ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 14.04.2008, p. 1.

³⁵²¹ DELLI COLLI/RUSTERHOLZ, N 8.

³⁵²² Rapport 06.441, FF 2014 2883, 2891.

³⁵²³ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 62.

³⁵²⁴ Projet de révision du CO (Droit de révocation), FF 2014 923, 923. La teneur de l'art. 40a al. 1 du projet était le suivant : « *Le consommateur peut révoquer son offre ou son acceptation s'il s'agit d'un contrat conclu par démarchage à domicile ou d'un contrat conclu à distance portant sur une chose mobilière ou un service* ». DELAYE/HUG, Tempori servire, p. 188.

réticent³⁵²⁵. Après des débats nourris aux deux Chambres, le Conseil des Etats se rallia finalement à la position du Conseil National. On refusa dès lors l'adoption d'un tel droit **pour les contrats conclus par Internet**³⁵²⁶.

Depuis le 1^{er} janvier 2016, un droit de révocation légal « supplémentaire » n'existe **que pour les contrats conclus par téléphone ou par un moyen semblable de télécommunication vocale instantanée** (art. 40b let. b CO ; comp. *supra* N 384)³⁵²⁷. Certes, ces types de contrats constituent une sous-catégorie des contrats à distance³⁵²⁸. Toutefois, les « autres » contrats à distance ne sont pas visés par la réglementation actuelle, particulièrement ceux conclus en ligne³⁵²⁹.

1942

3. Appréciation

À ce jour, le législateur **n'a pas saisi l'occasion d'harmoniser** le droit suisse avec le droit de l'UE sur la question du droit de révocation en matière de contrats conclus sur Internet³⁵³⁰. De telles divergences dans la protection du consommateur peuvent **surprendre**³⁵³¹.

1943

Il reste en effet difficile de comprendre en quoi le **besoin de protection du consommateur helvétique serait moindre** à celui d'un consommateur d'un Etat membre de l'UE. Ces différences réglementaires peuvent également dissuader des consommateurs étrangers à conclure des contrats avec des entreprises suisses. Cela dit, et précisément pour les entreprises suisses actives également à l'étranger, l'octroi d'un droit de révocation constitue vraisemblablement une nécessité pratique ; il n'apparaîtrait donc pas disproportionné d'exiger, par la voie légale, le même standard pour les transactions internes. La mise en place d'un tel droit n'impliquerait probablement pas de surcoûts substantiels et contribuerait par la même occasion

1944

³⁵²⁵ HAIDMAYER, p. 4 s. ; PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 62.

³⁵²⁶ PICHONNAZ, Quelques nouveautés, p. 62.

³⁵²⁷ RO 2015 4107.

³⁵²⁸ HAIDMAYER, p. 1.

³⁵²⁹ Comp. DE WERRA, p. 201 ; HAIDMAYER, p. 5.

³⁵³⁰ HAIDMAYER, p. 9. Réf. est ici faite à la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

³⁵³¹ Encore plus affirmative, HAIDMAYER, p. 9 : « *im Sinne der Gewährleistung effektiven Konsumentenschutzes ist es äusserst enttäuschend, dass die Internetverträge in die neuen Widerrufsregelungen nicht miteinbezogen wurden* ».

à renforcer la confiance du consommateur suisse dans « son » propre marché³⁵³².

1945 Le projet de réglementation consécutif aux initiatives BONHÔTE et SOMMARUGA (*supra* N 1940 s.) entendait par ailleurs réglementer l'**annulation d'office des autres contrats liés**, c'est-à-dire présentant un lien matériel avec l'objet révoqué et que le consommateur a conclu ou accepté de conclure avec le fournisseur ou un tiers (art. 40o du Projet³⁵³³ ; cf. art. 15 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs ; art. 2:505 ECL). L'exemple type est le contrat de crédit conclu en vue de financer l'acquisition de biens³⁵³⁴. Un tel mécanisme contribuerait effectivement à une protection accrue du consommateur³⁵³⁵. Son adoption aurait permis de coordonner les dispositions protectrices, étant précisé que les parties n'auraient pas dû être les mêmes dans tous les contrats pour que la protection s'applique³⁵³⁶.

1946 Dans le contexte du commerce électronique, il nous reste encore à examiner deux **questions particulières de lege lata** (G), à savoir la réglementation du moment de la conclusion du contrat par voie électronique (1) et la confirmation de commande et la conclusion du contrat (2).

G. Questions particulières de lege lata

1. Réglementation du moment de la conclusion du contrat par voie électronique ?

1947 L'art. 10 CO régit le moment auquel remontent les effets d'un contrat conclu entre absents³⁵³⁷. L'usage d'un moyen de communication électronique sera parfois considéré comme consacrant un **échange entre absents**, à tout le moins

³⁵³² Pour cet argument, Loi fédérale sur le commerce électronique, rapport explicatif, janvier 2001, p. 30, qui ajoute même la protection des intérêts des fournisseurs.

³⁵³³ Le texte intégral de la disposition peut être consulté dans la FF 2014 923, 927.

³⁵³⁴ ECL-HELLWEGE, art. 2:505 N 1.

³⁵³⁵ HAIDMAYER, p. 5.

³⁵³⁶ FF 2014 893, 916, qui donne l'ex. « d'un contrat portant sur l'octroi d'un crédit pour l'acquisition d'une chose ou de plusieurs acquisitions séparées concernant une même installation composée de plusieurs éléments ».

³⁵³⁷ La notion d'« effets » renvoie à l'effet formateur du contrat (« *Gestaltungswirkung* ») et non à l'effet obligatoire (« *Bindungswirkung* »), GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 462. BK OR-MÜLLER, art. 10 N 6 et 10 précise que l'art. 10 CO ne règle que les effets matériels et juridiques de la conclusion du contrat et pas la conclusion du contrat en tant que telle.

en l'absence d'une communication directe ; en cas de doute, le moyen doit être reconnu comme intervenant entre présents (*supra* N 1874)³⁵³⁸. Un contrat conclu par courriel déploie en principe ses effets dès l'envoi du mail contenant la déclaration d'acceptation (cf. art. 10 al. 1 CO). En revanche, lorsque le consommateur remplit un formulaire de commande à la suite de la consultation d'un catalogue sur Internet (*invitatio ad offerendum*), les effets du contrat remonteraient au moment de la réception dudit formulaire³⁵³⁹. Dans une telle constellation, une acceptation expresse du fournisseur ne s'avère en outre pas nécessaire (art. 6 et 10 al. 2 CO³⁵⁴⁰).

L'avant-projet de loi sur le commerce électronique prévoyait par ailleurs d'inscrire à l'art. 6a let. b Projet-LCD l'obligation, pour la personne offrant par la voie du commerce électronique des marchandises, des œuvres ou des prestations, de **mentionner les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat**. Cette obligation figure désormais à l'art. 3 let. s ch. 2 LCD. Le législateur suisse n'a toutefois pas spécifiquement réglé le moment de la conclusion du contrat par voie électronique, à savoir autrement que par la référence à une obligation, faite au prestataire, de confirmer sans délai la commande du client par courrier électronique (art. 3 let. s ch. 4 LCD ; *infra* N 1951 ss).

1948

Si on peut effectivement y voir une solution confirmant la pertinence des règles générales (art. 3 ss CO), cette manière de légiférer témoigne tout de même d'une certaine volonté du législateur de **réglementer un processus contractuel spécifique** dans la LCD (comp. §§ 312i et 312j al. 4 BGB) ; on y discerne peut-être la tendance consistant à renforcer le droit administratif, ou à tout le moins³⁵⁴¹, le droit impératif de nature civile, parfois au détriment de l'autonomie privée en tant que source souveraine du contrat civil³⁵⁴². Certes, cette manière de procéder assure une applicabilité à large échelle de prescriptions parfois techniques et elle bénéficie généralement aux consommateurs, ainsi qu'à l'ensemble des acteurs du marché. Dogmatiquement, cependant, il n'existe pas nécessairement de justification à l'intégration d'un mécanisme contractuel spécifique au sein de dispositions ayant également une fonction répressive (cf. art. 23 al. 1 LCD « sur plainte »), plutôt que dans le CO. Au surplus, pareille conception exacerbe potentiellement

1949

³⁵³⁸ En lien avec les contrats conclus sur Internet, WEBER, E-Commerce, p. 345.

³⁵³⁹ *Contra*, WEBER, E-Commerce, p. 345 : « bei Verträgen über Websites wirkt der Vertrag, sobald der Kunde das Bestellformular abgesendet hat ».

³⁵⁴⁰ Pour ce rapprochement, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 461.

³⁵⁴¹ Réf. est faite aux difficultés de classification de la LCD, en tant que loi de droit privé ou de droit public (*supra* N 188 et, pour l'art. 8 LCD, N 1775 ss).

³⁵⁴² ENGEL, Cent ans, p. 36.

la sectorialisation de la réglementation du commerce électronique et, plus largement, de la protection (contractuelle) du consommateur.

1950

En **droit de l'UE**, la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique pose des conditions similaires à la LCD s'agissant des contrats conclus par la voie électronique. Initialement, il était d'ailleurs prévu de réglementer, dans la Directive, le moment de la conclusion du contrat conclu par voie électronique (projet d'art. 11 al. 1 de la Directive)³⁵⁴³. L'art. 11 Directive 2000/31/CE finalement adopté concerne finalement uniquement l'obligation, faite au prestataire de service, d'accuser réception de la commande du consommateur, sans délai injustifié et par la voie électronique (art. 11 al. 1 Directive)³⁵⁴⁴. Cette standardisation minimale – reprise pour l'essentiel en droit suisse – est à remettre sur le compte des différences de conception entre les Etats membres quant aux effets à reconnaître à l'offre et à l'acceptation sous l'angle de leurs théories générales respectives du droit des obligations³⁵⁴⁵ ; directement ou indirectement, ce débat n'a pas épargné la Suisse.

2. Confirmation de commande et moment de la conclusion du contrat ?

1951

En rapport avec la confirmation de commande du client³⁵⁴⁶, la LCD impose à la personne proposant des marchandises, des œuvres et des prestations au moyen du commerce électronique une **confirmation « sans délai »** (art. 3 al. 1 let. s ch. 4 LCD ; comp. art. 11 Directive 2011/83/UE art. 11 al. 1 Directive 2000/31/CE). La confirmation électronique est une règle relevant de la conclusion du contrat (comp. art. II.-3:201 DCFR [*« correction of input errors »*] et art. II.-3:202 DCFR [*« acknowledgment of receipt »*])³⁵⁴⁷. L'absence de confirmation en vertu de l'art. 3 al. 1 let. s ch. 4 LCD ne devrait, cela dit, pas nuire à la conclusion du contrat. La validité du contrat subséquent (*supra* N 191 ss) se justifie ici par le fait que la LCD envisage une

³⁵⁴³ DEMOULIN, N 449.

³⁵⁴⁴ DEMOULIN, N 449 ; HEIDERHOFF, N 291.

³⁵⁴⁵ DEMOULIN, N 449 et 460 ss.

³⁵⁴⁶ Il est à noter que l'art. 3 al. 1 let. s LCD ne vise pas uniquement le consommateur, mais également l'acteur économique professionnel, personne physique ou morale, dans le domaine du commerce électronique, CR LCD-WERRO/CARRON, art. 3 al. 1 let. 2 N 11.

³⁵⁴⁷ SCHULZE/ZOLL, p. 112.

réglementation relevant plutôt de la conclusion du contrat et n'interdisant pas un certain comportement (*supra* N 196)³⁵⁴⁸.

En conséquence, il ne faut pas se montrer trop strict dans l'interprétation de cette disposition, relevant systématiquement de la protection qualitative du consommateur (*supra* N 187 s.). En l'absence de système automatisé, exiger une disponibilité totale du proposant pour confirmer immédiatement la bonne réception de la commande ne paraît pas nécessairement adéquat. Cela étant, certains professionnels importants et organisés recourent à des systèmes de confirmation automatisés, actifs 24 heures sur 24³⁵⁴⁹. Dans cette constellation, une confirmation immédiate peut en revanche être exigée, sans que l'absence de confirmation ne nuise toutefois à l'existence du contrat en tant que telle. Tout au plus l'absence de confirmation est-elle alors susceptible d'emporter les conséquences spécifiques prévues par la LCD (art. 9 et 10, voire art. 23 LCD ; *supra* N 190 ss et 1951).

1952

Il est à notre avis admissible de régler unilatéralement le moment de la conclusion du contrat³⁵⁵⁰, en le **réservant par exemple au moment de l'envoi d'une déclaration d'acceptation de la commande du consommateur ou l'envoi, respectivement de la mise à disposition, des marchandises**. De telles clauses resteraient soumises au contrôle de l'art. 8 LCD, en particulier³⁵⁵¹.

1953

Après cette présentation des règles sur la formation du contrat – souvent de consommation – conclu dans le contexte du projet avorté de loi fédérale sur le commerce électronique, nous traitons du **projet de révision totale de la loi sur l'information des consommateurs** (II).

1954

³⁵⁴⁸ Comp. HEIDERHOFF, N 291.

³⁵⁴⁹ Comp. l'art. 2.3 des conditions générales Media Markt Online-Shop : « la confirmation de commande envoyée immédiatement après par le biais d'un courrier électronique automatique prouve que la commande du client est parvenue chez Media Markt E-Commerce mais ne constitue pas encore une acceptation de l'offre du client », <https://www.mediamarkt.ch/fr/shop/aspects-juridiques/conditions-generales.html> (consulté le 30.10.2018).

³⁵⁵⁰ Le moment de la conclusion du contrat serait en effet plutôt de droit dispositif, vu les nombreuses possibilités d'aménagement qu'offre le CO. Comp. BK OR-SCHMIDLIN, Vorbem. zu art. 3-10, N 35.

³⁵⁵¹ Comp. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N 139, qui évoque la possibilité d'invoquer l'art. 8 LCD avant un usage imminent lorsque les conditions de l'art. 9 al 1 let. a LCD sont remplies. Cf. ég. DELAYE/HUG, Art. 8 LCD, p. 380. *Contra*, KUONEN, L'envol manqué, p. 27.

II. Projet de révision totale de la loi sur l'information des consommateurs

A. Introduction

1955

Le 16 juin 2003, donnant suite à un mandat du Conseil fédéral, le Département fédéral de l'Economie (aujourd'hui le DEFR) chargea **PICHONNAZ** d'élaborer un avant-projet de révision de la LIC, par la suite rebaptisée LIPC³⁵⁵². Ces travaux furent entrepris à la suite des interventions parlementaires VOLLMER (98.3063), BERBERAT (99.3274 et 01.3289) et SOMMARUGA (02.5135)³⁵⁵³. La proposition³⁵⁵⁴ entendait adapter les exigences de l'information des consommateurs (art. 3 ss) et de la sécurité des produits (art. 8), introduire des actions civiles des associations de protection des consommateurs, professionnelles et économiques (art. 17), mettre en place un droit de révocation pour défaut d'information (art. 5), des sanctions pénales (art. 18). Il contenait en outre une proposition de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (art. 10 ss)³⁵⁵⁵.

³⁵⁵² Communication de l'ouverture de la procédure de consultation relative à un avant-projet de loi sur l'information et la protection des consommateurs (LIPC), https://www.admin.ch/cp/f/4073d9d9_3@fwsrvg.html (consulté le 30.10.2018) : « lors de sa séance de ce jour, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie (DFE) de mettre en consultation un rapport d'expert sur la révision de la Loi sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC), rebaptisée Loi sur l'information et la protection des consommateurs (LIPC) ».

³⁵⁵³ Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative au projet de révision de la loi fédérale du 05.10.1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC), p. 1, https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1025/Ergebnisse_f.pdf (consulté le 30.10.2018).

³⁵⁵⁴ La proposition figure dans la Consultation sur l'avant-projet de LIPC. Commentaires de la Commission fédérale de la consommation (sous forme d'encadrés) du 05.07.2004, https://www.konsum.admin.ch/dam/bfk/de/dokumente/Das%20BfK/EKKStellungnahmen/Stellungnahme_zum_Vorentwurf_zum_Bundesgesetz_%C3%BCber_die_Information_und_d en_Schutz_der_Konsumentinnen_und_Konsumenten_KISG_nur_auf_franz%C3%B6sisch_verf%C3%BCgbar_.pdf.download.pdf/Stellungnahme_zum_Vorentwurf_zum_Bundesgesetz_%C3%BCber_die_Information_und_den_Schutz_der_Konsumentinnen_und_Konsumenten_KISG_nur_auf_franz%C3%B6sisch_verf%C3%BCgbar_.pdf (consulté le 30.10.2018).

³⁵⁵⁵ Communication de l'ouverture de la procédure de consultation relative à un avant-projet de loi sur l'information et la protection des consommateurs (LIPC), https://www.admin.ch/cp/f/4073d9d9_3@fwsrvg.html (consulté le 30.10.2018).

La question d'une réglementation expresse dans la partie générale du CO de **dispositions concernant les conditions générales** (art. 10a-d, 13 al. 3, 18a, 20 et 20a du P-CO-LIC) se posa également³⁵⁵⁶. Il demeure intéressant de constater que la proposition ne visait pas uniquement les conditions générales pour les contrats de consommation, lors même que la révision portait sur une loi de protection des « consommateurs ».

1956

Le 21 décembre 2005, le Conseil fédéral **renonça à présenter un projet de modification de la LIC**³⁵⁵⁷. La proposition fit notamment l'objet d'oppositions de la part des fournisseurs, qui ne voyaient pas d'un bon œil la multiplication des devoirs d'information précontractuels³⁵⁵⁸.

1957

Du point de vue de la formation du contrat de consommation, la proposition de révision de la LIC concernait particulièrement les **devoirs d'information** (B), les droits de révocation (C) et les conditions générales (D).

1958

B. Devoirs d'information

La section 2 de l'avant-projet de LI(P)C réglait « l'information du consommateur », à savoir son principe (art. 3), son étendue (art. 4), le droit de révocation (art. 5), la tâche d'information de la Confédération (art. 6) et les tests comparatifs (art. 7). L'avant-projet visait en outre une information sur les **caractéristiques essentielles** du bien ou du service proposé (art. 3 let. a LIPC et 4 al. 2 LIPC). D'une certaine manière, l'obligation d'information était ainsi expressément fixée dans la loi en tant que principe (comp. art. 2 al. 1 let. a LIC : « dans la mesure où »).

1959

Plus précisément, il était prévu que l'information **porte notamment sur** la composition et la provenance des composantes d'un bien ou d'un service, de

1960

³⁵⁵⁶ Le texte de ces différentes dispositions est intégralement reproduit dans la Recommandation de la CFC du 06.11.2007 concernant les conditions générales (seulement disponible en allemand), p. 3 ss, <https://www.konsum.admin.ch/bfk/fr/home/themen/sekretariat-ekk/empfehlungen.html> (consulté le 30.10.2018). PICHONNAZ, Difficile équilibre, p. 325 précise que les modifications du CO proposées faisaient suite au résultat de la procédure de consultation sur l'avant-projet de LIPC du 16.03.2004, rédigé par cet auteur à la demande du CF.

³⁵⁵⁷ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 21.12.2005, https://www.admin.ch/cp/f/43a95adb_3@fwsrv.html (consulté le 30.10.2018); Recommandation de la CFC du 06.11.2007 concernant les conditions générales (en allemand), p. 5. PICHONNAZ, Difficile équilibre, p. 324.

³⁵⁵⁸ Recommandation de la CFC du 06.11.2007 concernant les conditions générales (en allemand), p. 5.

même que l'identité et les coordonnées du fournisseur (art. 4 al. 2 let. a LIPC), le mode d'emploi et les instructions d'installation ou de montage d'un bien (art. 4 al. 2 let. b LIPC), les conditions d'accès, de validité et d'utilisation du service (art. 4 al. 2 let. c LIPC), les risques que le bien ou le service présente pour la santé ou la sécurité du consommateur (art. 4 al. 2 let. d LIPC), ainsi que le prix effectif à payer pour le bien ou le service (art. 4 al. 2 let. e LIPC).

1961 En revanche, le projet de révision totale de la loi sur l'information des consommateurs n'envisageait aucune information sur les **conditions générales** (comp. *infra* N 1966 ss), ce que ne manqua pas de souligner la Commission fédérale de la consommation lors de la procédure de consultation³⁵⁵⁹.

C. Droit de révocation

1962 L'art. 5 al. 1 de l'avant-projet de LIPC établissait un droit de **révocation général** en faveur du consommateur, pour le cas où le fournisseur ne respectait pas son obligation d'information (*supra* N 1959 ss). Il était prévu que la révocation intervienne par écrit et dans un délai de sept jours dès la connaissance effective des informations omises. Ce délai était considéré comme respecté si l'avis de révocation était remis à la poste le septième jour du délai.

1963 L'art. 5 al. 2 réglait les **conséquences de l'exercice** de la révocation, à savoir la restitution des prestations reçues par chaque partie avec, le cas échéant, une indemnité équitable à charge du consommateur.

1964 L'art. 5 al. 3 réservait expressément la possibilité d'une **action en dommages-intérêts** du consommateur pour le préjudice consécutif à la conclusion du contrat.

1965 Tout en se déclarant favorable à l'introduction d'un droit de révocation, la Commission fédérale de la consommation estima néanmoins que la LIPC

³⁵⁵⁹ Consultation sur l'avant-projet de LIPC. Commentaires de la Commission fédérale de la consommation (sous forme d'encadrés) du 05.07.2004, https://www.konsum.admin.ch/dam/bfk/de/dokumente/Das%20BFK/EKKStellungnahmen/Stellungnahme_zum_Vorentwurf_zum_Bundesgesetz_%C3%BCber_die_Information_und_den_Schutz_der_Konsumentinnen_und_Konsumenten_KISG_nur_auf_franz%C3%B6sisch_verf%C3%BCgbar_.pdf.download.pdf/Stellungnahme_zum_Vorentwurf_zum_Bundesgesetz_%C3%BCber_die_Information_und_den_Schutz_der_Konsumentinnen_und_Konsumenten_KISG_nur_auf_franz%C3%B6sisch_verf%C3%BCgbar_.pdf (consulté le 30.10.2018), p. 5.

devait se limiter à consacrer ce droit. De son avis, les modalités d'exercice du droit de révocation devaient être réglées par le CO³⁵⁶⁰.

D. Conditions générales

Du point de vue des conditions générales, le projet de révision totale de la LIC touchait à la **conclusion du contrat et leur intégration** (1), la forme (2), l'interprétation (3) et une nullité spécifique applicable aux contrats de consommation (4)³⁵⁶¹.

1966

1. Conclusion du contrat et intégration des conditions générales

En rapport avec la conclusion du contrat et l'intégration des conditions générales, la proposition **définissait** les conditions générales (art. 10a P-CO-LIC) – valant apparemment aussi pour les actes authentiques (cf. art. 10a al. 1 2^{ème} phrase P-CO-LIC qui évoque la « *Urkundsperson* ») –, l'exigence de clarté (art. 10b P-CO-LIC), les conditions d'intégration au contrat (art. 10c P-CO-LIC), de même que l'expression du principe de la priorité des clauses individuellement négociées (art. 10d P-CO-LIC).

1967

Le **point fort** de la proposition était à notre avis la prévisibilité et la clarté des règles formulées, ainsi que la concrétisation de principes éprouvés directement dans la loi (cf. art. 10b P-CO-LIC relatif à la priorité des clauses individuellement négociées, comp. *supra* N 1445 ss).

1968

La **critique** que l'on peut éventuellement formuler à l'encontre des dispositions proposées est une densité normative élevée dans le contexte de règles d'application pourtant générale³⁵⁶². Cette densité contraste avec le caractère

1969

³⁵⁶⁰ Consultation sur l'avant-projet de LIPC. Commentaires de la Commission fédérale de la consommation (sous forme d'encadrés) du 05.07.2004, https://www.konsum.admin.ch/dam/bfk/de/dokumente/Das%20BfK/EKKStellungnahmen/Stellungnahme_zum_Vorentwurf_zum_Bundesgesetz_%C3%BCber_die_Information_und_den_Schutz_der_Konsumentinnen_und_Konsumenten_KISG_nur_auf_franz%C3%B6sisch_verf%C3%BCgbar_.pdf.download.pdf/Stellungnahme_zum_Vorentwurf_zum_Bundesgesetz_%C3%BCber_die_Information_und_den_Schutz_der_Konsumentinnen_und_Konsumenten_KISG_nur_auf_franz%C3%B6sisch_verf%C3%BCgbar_.pdf (consulté le 30.10.2018), p. 7.

³⁵⁶¹ Recommandation de la CFC du 06.11.2007 concernant les conditions générales (en allemand), p. 3. Comp. PICHONNAZ, *Difficile équilibre*, p. 324 s.

³⁵⁶² Plus nuancée, mais du point de vue de la densité législative globale, Prise de position de la CFC du 12.10.2005 sur la révision de la Loi sur l'information des consommatrices et des

plus « ouvert » des autres normes de la partie générale du CO relatives à la conclusion du contrat, qui ne contiennent pas même de définition du « contrat » (comp. art. 1101 CCFr³⁵⁶³).

2. **Forme**

- 1970 Sous l'angle des dispositions sur la forme du contrat (art. 11 ss CO), la proposition prévoyait une règle spécifique pour les conditions générales **figurant sur un document séparé** (art. 13 al. 3 P-CO-LIC³⁵⁶⁴).
- 1971 La disposition stipulait que les conditions générales contenues dans un tel document respectaient la forme écrite, à la condition d'un **renvoi clair au contrat principal et couvert par les signatures des parties**.
- 1972 La proposition paraissait considérer comme suffisant, sous l'angle du respect de l'exigence de forme, un simple renvoi exprès aux conditions générales dans le contrat principal. Si une telle règle semble justifiée entre deux personnes rompues aux affaires, elle nous paraît devoir être nuancée pour les contrats de consommation ; ces derniers exigent une **accessibilité effective des clauses** (*supra* N 1507 ss). Certes, l'exigence de forme et le consentement à l'intégration de clauses préformulées sont deux questions indépendantes. Il n'en demeure pas moins que la formulation de l'art. 13 al. 3 P-CO-LIC pouvait potentiellement relativiser l'exigence d'accessibilité des conditions générales du point de vue de la validité de leur intégration (comp. art. 10c al. 1 let. b P-CO-LIC)³⁵⁶⁵.

consommateurs, p. 3 : « il est particulièrement bienvenu que la réglementation proposée en matière de conditions générales soit une réglementation générale. Une telle démarche contribue à réduire la densité de la législation ».

³⁵⁶³ Aux termes de l'art. 1101 CCFr, « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

³⁵⁶⁴ La teneur de l'art. 13 al. 3 P-CO-LIC était la suivante : « *allgemeine Geschäftsbedingungen, die in einem separaten Dokument enthalten sind, erfüllen die Schriftform, wenn ein deutlicher Verweis auf sie von den Unterschriften auf dem Hauptvertrag gedeckt ist* ».

³⁵⁶⁵ Dans le même sens, Prise de position de la CFC du 12.10.2005 sur la révision de la Loi sur l'information des consommatrices et des consommateurs, p. 3.

3. Interprétation

La proposition entendait également **codifier certaines règles d'interprétation** (art. 18a P-CO-LIC). L'art. 18a al. 1 P-CO-LIC³⁵⁶⁶ prescrivait une interprétation des conditions générales d'après leur sens commun (« *allgemeiner Sprachgebrauch* »), la partie faisant valoir un sens différent supportant la charge de la preuve. L'art. 18a al. 2 P-CO-LIC³⁵⁶⁷ cristallisait, pour sa part, la règle de l'interprétation *in dubio contra stipulatorem* dans la partie générale du CO.

1973

La réglementation proposée emportait peut-être le risque d'un positionnement en porte-à-faux avec l'**interdiction d'une interprétation purement littérale** (« *Eindeutigkeitsregel* » ; cf. art. 18 al. CO)³⁵⁶⁸. Il sied de rappeler que, d'après le TF, une interprétation littérale stricte reste tout de même envisageable à l'égard de personnes rompues à l'usage de termes utilisés dans certaines branches³⁵⁶⁹. En se focalisant sur le « sens commun », l'interprète pouvait néanmoins d'objectiver son approche, c'est-à-dire sans considération des circonstances concrètes du cas d'espèce. En outre, le sens « commun » n'est pas forcément limpide pour chaque consommateur. Il est vrai, la règle présentait l'avantage d'observer les expressions techniques d'une branche, pour en retenir un sens pouvant être raisonnablement compris par le destinataire des conditions générales.

1974

4. Nullité spécifique aux contrats de consommation

a. Définition du « contrat de consommation »

Une autre proposition était celle d'intégrer une nullité spécifique, applicable aux contrats de consommation, en cas d'usage de conditions générales (« *Besondere Regeln für allgemeine Geschäftsbedingungen in Konsumentenverträgen* » ;

1975

³⁵⁶⁶ La teneur de l'art. 18a al. 1 P-CO-LIC était la suivante : « *allgemeine Geschäftsbedingungen werden nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ausgelegt. Die Partei, die einen vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden besonderen Sprachgebrauch zwischen den Parteien geltend macht, hat diesen zu beweisen* ».

³⁵⁶⁷ La teneur de l'art. 18a al. 2 P-CO-LIC était la suivante : « *Unklare Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen werden zu Lasten des Verwenders ausgelegt* ».

³⁵⁶⁸ ATF 127 III 444, consid. 1b ; arrêt du TF 5C.179/2006 du 16.11.2006, consid. 2.4.2 ; arrêt du TF 4C.76/2003 du 02.06.2003, consid. 3.

³⁵⁶⁹ ATF 131 III 606, consid. 4.2 ; ATF 129 III 702, consid. 2.4.1 = JdT 2004 I 535.

art. 20a P-CO-LIC). Dans ce contexte, l'art. 20a al. 1 P-CO-LIC **définissait les contrats de consommation** comme étant ceux conclus entre des fournisseurs agissant à titre professionnel et des personnes physiques contractant à une fin ne pouvant être rattachée à leur activité professionnelle ou commerciale (art. 20a al. 1 P-CO-LIC³⁵⁷⁰). Il est significatif de relever que la définition d'un type de contrat spécifique aurait alors fait irruption dans la partie générale du CO.

b. Conditions de la nullité

1976 L'art. 20a al. 1 P-CO-LIC³⁵⁷¹ consacrait la nullité des conditions générales désavantageant **le consommateur d'une manière contraire aux règles de la bonne foi** (comp. désormais art. 8 LCD). Tel était en particulier le cas lorsqu'elles divergeaient notablement de la réglementation applicable directement ou par analogie (art. 20a al. 2 let. a P-CO-LIC³⁵⁷²) ou lorsqu'elles créaient une disproportion manifeste entre les droits et les obligations des parties, contraire à la nature du contrat (art. 20a al. 2 let. b P-CO-LIC³⁵⁷³).

1977 L'application de la conséquence de la nullité des conditions générales **était toutefois relativisée**. Premièrement, la règle spéciale était inapplicable si le fournisseur démontrait que le consommateur, compte tenu de ses connaissances et de sa position, aurait pu librement négocier les conditions générales (art. 20a al. 3 P-CO-LIC³⁵⁷⁴). Deuxièmement, les conditions générales négociées paritairement entre des organisations de fournisseurs et de consommateurs, auraient été réputées négociées librement et ne pas être abusives

³⁵⁷⁰ La teneur de l'art. 20a al. 1 P-CO-LIC était la suivante : « *als Konsumentenverträge gelten Verträge zwischen gewerbmässigen Anbietern und natürlichen Personen, die einen Vertrag zum Zweck abschliessen, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Konsumenten)* ».

³⁵⁷¹ La teneur de l'art. 20a al. 2 P-CO-LIC était la suivante : « *Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nichtig, wenn sie den Konsumenten entgegen Treu und Glauben benachteiligen, insbesondere indem sie : [...]* »

³⁵⁷² La teneur de l'art. 20a al. 2 let. a P-CO-LIC était la suivante : « *von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung abweichen ; oder [...]* »

³⁵⁷³ La teneur de l'art. 20a al. 2 let. b P-CO-LIC était la suivante : « *eine der Vertragsnatur erheblich widersprechenden Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen* ».

³⁵⁷⁴ La teneur de l'art. 20a al. 3 P-CO-LIC était la suivante : « *weist der Anbieter nach, dass der Konsument aufgrund seiner Fachkenntnisse und seiner Stellung die Bedingungen hätte frei aushandeln können, so finden die besonderen Regeln keine Anwendung* ».

(art. 20a al. 4 P-CO-LIC³⁵⁷⁵). La référence à de telles négociations permettrait effectivement une concertation et une discussion entre les partenaires sociaux concernés, en vue d'une amélioration de la forme et du contenu des clauses préformulées³⁵⁷⁶.

Pour la Suisse, il nous reste à ce stade encore à présenter la formation du contrat de consommation dans le contexte du **Projet CO 2020** (III).

1978

III. **Projet CO 2020**

A. Introduction

1. **But**

Le projet académique CO 2020 entend moderniser le droit suisse des obligations, en **proposant une nouvelle partie générale du CO** (art. 1 à 220 CO 2020). En particulier, les moyens pour y parvenir sont, d'une part, la codification de la jurisprudence et de la doctrine et, d'autre part, la prise en compte du droit de l'UE et du droit international³⁵⁷⁷. Au cours des années consécutives au refus de l'EEE en 1992, le droit de l'UE a par ailleurs été modifié (*supra* N 381), souvent dans le sens d'une protection accrue du consommateur³⁵⁷⁸. Le but de CO 2020 est donc aussi d'observer ces adaptations, lesquelles ne parviennent pas toujours à obtenir le soutien nécessaire du Parlement dans le seul cadre de projets législatifs ponctuels (ex. commerce en ligne)³⁵⁷⁹.

1979

L'une des motivations principales des rédacteurs de la proposition est dès lors d'adapter notre droit général des obligations aux évolutions intervenues ces dernières décennies en matière de contrats de consommation et de contrats conclus en ligne. Il s'agit également d'épurer la partie générale du CO de

1980

³⁵⁷⁵ La teneur de l'art. 20a al. 4 P-CO-LIC était la suivante : « *bei allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zwischen Anbieter- und Konsumentenorganisationen paritätisch ausgehandelt wurden, wird vermutet, dass sie frei ausgehandelt und nicht missbräuchlich sind. Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen für das paritätische und repräsentative Aushandeln solcher allgemeinen Geschäftsbedingungen* ».

³⁵⁷⁶ ENGEL, Cent ans, p. 58.

³⁵⁷⁷ HUGUENIN/MEISE, p. 282.

³⁵⁷⁸ HUGUENIN/MEISE, p. 285.

³⁵⁷⁹ HUGUENIN/MEISE, p. 285.

réglementations parfois trop spécifiques, applicables à certains cercles de personnes seulement (sur le rejet du « *Standesrecht* », *supra* N 16 s.)³⁵⁸⁰. CO 2020 poursuit ainsi une **codification du droit général des obligations logique, cohérente et moderne**, notamment dans son articulation interne et dans ses interactions externes³⁵⁸¹.

1981 Par ailleurs, CO 2020 mise sur la **cohérence, la clarté et la concision, de même que la prévisibilité des normes**³⁵⁸². L'une des principales préoccupations des initiants est de rendre la partie générale du CO plus accessible, non seulement pour l'ensemble des citoyens, mais également pour les juristes³⁵⁸³. Si cette motivation ne concerne certes pas exclusivement le droit contractuel de la consommation (*supra* N 443 ss), elle déploie néanmoins une signification particulière pour celui-ci³⁵⁸⁴ ; l'approche sectorielle de la matière impose probablement la recherche et la garantie d'une certaine cohérence avec la partie générale du CO (cf. art. 7 CC), également pour observer d'inévitables évolutions futures.

1982 Nous l'avons mentionné au début de notre thèse (*supra* N 157), le 31 janvier 2018, le Conseil fédéral n'a pas estimé **nécessaire de réviser la partie générale du CO**³⁵⁸⁵. Il reste peu probable que CO 2020 soit concrétisé un jour, du moins dans son intégralité et dans le sens d'une modification de la partie générale du CO. Néanmoins, CO 2020 demeure la tentative la plus significative de modernisation de notre droit des obligations de ces dernières décennies ; à ce titre, il conservera sans doute une fonction importante pour d'autres projets législatifs, même moins ambitieux, ce en tant que compilation moderne du corps et de l'esprit de notre CO pour les premières deux décennies du XXI^e siècle.

1983 Quelle est la **systématique** (2) de CO 2020 pour la formation du contrat ?

2. Systématique

1984 Les **dispositions actuelles du Chapitre 1 du CO** (« des obligations résultant d'un contrat ») ne connaissent que peu de modifications dans CO 2020³⁵⁸⁶. Pour l'essentiel, les rédacteurs proposent uniquement une nouvelle structure et la

³⁵⁸⁰ CO 2020-HUGUENIN/HILTY, Einleitung vor art. 1 ff., N 40 ; HUGUENIN/MEISE, p. 282 s.

³⁵⁸¹ HUGUENIN/MEISE, p. 288.

³⁵⁸² CO 2020-HUGUENIN/HILTY, Einleitung vor art. 1 ff., N 16 ss.

³⁵⁸³ CO 2020-HUGUENIN/HILTY, Einleitung vor art. 1 ff., N 35 ss.

³⁵⁸⁴ CO 2020-HUGUENIN/HILTY, Einleitung vor art. 1 ff., N 25.

³⁵⁸⁵ <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-69649.html> (consulté le 30.10.2018).

³⁵⁸⁶ HUGUENIN/MEISE, p. 286.

codification de principes admis par la jurisprudence et la doctrine. Les règles sur les vices du consentement sont intégrées à la fin de la partie générale (art. 38 ss CO 2020). Quant aux dispositions régissant la forme et l'objet du contrat (art. 21 ss CO 2020), elles sont déplacées après la disposition relative à l'interprétation et au complètement du contrat (art. 20 CO 2020).

En matière de protection du consommateur, CO 2020 cherche, plus spécifiquement, à limiter la scission dogmatique survenant depuis quelque temps entre, d'une part, les contrats d'entreprise (« *Unternehmensverträge* ») et, d'autre part, les contrats de consommation (« *Konsumverträge* »)³⁵⁸⁷ ; on peut rappeler que le risque d'une telle scission existe aussi pour le contrat de vente. La réglementation uniforme du droit de révocation (art. 16 ss CO 2020) cherche en outre à ancrer la protection du consommateur dans le CO et, partant, à éviter que ce domaine ne continue à se développer comme un droit spécifique³⁵⁸⁸.

1985

Nous traitons plus avant³⁵⁸⁹ des propositions d'assimilation de normes de protection du consommateur au sein de la nouvelle partie générale proposées par CO 2020. Elles concernent tout particulièrement la **conclusion du contrat** (B), le droit de révocation (C) et les conditions générales (D).

1986

B. Conclusion du contrat

Sous l'angle de la « conclusion du contrat », nous présentons des éléments relatifs à l'**accord des parties** (1), ainsi qu'à l'offre et à l'acceptation (2).

1987

1. Accord des parties

Dans CO 2020, l'art. 1 al. 1 CO reste inchangé. L'art. 1 al. 2 CO connaît une modification terminologique (« résulter d'actes concluants », en lieu et place de « tacite »). L'art. 1 al. 3 CO 2020³⁵⁹⁰ vise, quant à lui, à **observer la complexité de la phase précontractuelle « moderne »**, ainsi que certaines difficultés

1988

³⁵⁸⁷ CO 2020-HUGUENIN/HILTY, Einleitung vor art. 1 ff., N 39.

³⁵⁸⁸ CO 2020-PROBST, Vor art. 1-45, N 11.

³⁵⁸⁹ En revanche, nous ne procédons pas à un commentaire de l'ensemble des dispositions de CO 2020. Pour un tel commentaire, <http://or2020.ch/#> (consulté le 30.10.2018).

³⁵⁹⁰ La teneur de cette disposition est la suivante : « *l'accord des parties peut soit résulter de l'acceptation d'une offre, négociée ou non, soit être obtenu autrement* ».

³⁵⁹⁰ CO 2020-PROBST, art. 1 N 5 s.

pratiques s'agissant de l'identification définitive de l'offre et/ou de l'acceptation³⁵⁹¹.

1989 La proposition d'art. 1 al. 3 CO 2020 **est potentiellement intéressante pour la protection du « consommateur »**. Implicitement, elle pourrait rendre la catégorie du contrat de consommation indépendante des particularités du processus contractuel (comp. art. 40c let. a CO ; sur la neutralité du rôle des parties, *supra* N 550 ss). En outre, elle permet de rappeler que l'accord des parties n'est pas nécessairement toujours le fruit de négociations (ég. *infra* N 2222).

1990 **La critique que l'on pourrait éventuellement formuler** à l'encontre de l'art. 1 CO 2020 est l'absence de mention d'une protection expresse de la partie faible contre la conclusion d'un contrat par actes concluants.

2. Offre et acceptation

1991 S'agissant de la réglementation de l'offre et de l'acceptation (cf. art. 3 ss CO), CO 2020 intègre et observe certains développements d'ordre technique intervenus ces dernières décennies. Sous l'angle de la protection du consommateur, les propositions les plus significatives concernent l'**offre entre présents sans délai pour accepter** (a), l'envoi de choses non commandées (b), ainsi que l'offre sans engagement et les offres publiques (c).

a. Offre entre présents sans délai pour accepter

1992 L'art. 4 al. 2 CO 2020³⁵⁹² clarifie peut-être la « zone grise » pouvant *de lege lata* exister quant à la qualification de l'offre intervenue par la voie électronique (*supra* N 1857 ss) ; s'agit-il d'une offre entre présents ou entre absents ? Le critère retenu par CO 2020 est celui de la **persistance du contact entre les parties** (« *Erklärungskontakt* »)³⁵⁹³. La simultanéité ou la quasi-simultanéité effective de l'échange est donc déterminante, indépendamment du moyen utilisé³⁵⁹⁴.

³⁵⁹¹ CO 2020-PROBST, art. 1 N 5 s.

³⁵⁹² La teneur de l'art. 4 al. 2 CO 2020 est la suivante : « *les contrats conclus par téléphone ou un autre moyen de communication simultanée sont censés faits entre présents* ».

³⁵⁹³ BK OR-SCHMIDLIN, art. 4 N 3.

³⁵⁹⁴ CO 2020-PROBST, art. 4 N 2.

Les règles générales permettent certes déjà d'appréhender les manifestations de volonté faites entre présents, l'art. 4 al. 2 CO s'appliquant par analogie aux manifestations de volonté électroniques intervenant entre présents³⁵⁹⁵. L'ajout de la mention « ou un autre moyen de communication simultanée » ne serait donc pas forcément nécessaire. Cette précision rappelle tout de même expressément – également pour les profanes – **que les moyens de communication électroniques n'échappent a priori³⁵⁹⁶ pas aux règles générales sur la conclusion du contrat** (cf. art. 3 al. 1 let. s LCD).

1993

En outre, l'emploi du terme « simultané » est suffisamment précis et ouvert en vue d'observer les inexorables évolutions technologiques ultérieures. Ce n'est toutefois **que si le contact est totalement direct**, notamment lorsqu'il intervient par *Internet Relay Chat*, téléphonie Internet ou vidéoconférence, et que chacun des contractants se rend ou peut raisonnablement se rendre compte de cette simultanéité³⁵⁹⁷, que l'échange devrait être qualifié comme intervenant entre présents. Lorsque l'un des contractants n'est pas connecté, mais que le médium utilisé est un système permettant la simultanéité, même potentielle, des communications, il sera plus difficile de retenir une qualification entre présents³⁵⁹⁸.

1994

Il est vrai que, du point de vue de la **protection du consommateur**, la portée de la simultanéité n'est pas nécessairement très large. Le caractère de masse des transactions limitera en principe une prise de contact individuelle, laquelle reste souvent l'apanage de la simultanéité. Une prise de contact individuelle est tout de même concevable pour les cas où le consommateur est démarché par des canaux permettant une communication immédiate et qu'il utilise parfois quotidiennement et à son domicile (ex. portable, tablette numérique ou ordinateur). Si la réglementation que propose l'art. 4 al. 2 CO 2020 est à saluer, également dans la mesure où elle ne s'applique pas uniquement aux contrats de consommation, il nous paraît qu'une protection supplémentaire

1995

³⁵⁹⁵ Comp. BK OR-MÜLLER, art. 4 N 12.

³⁵⁹⁶ Réf. est en particulier faite aux récents développements en matière de Blockchain et de Smart Contracts, dont les spécificités paraissent en mesure de révolutionner notre manière de concevoir les relations « contractuelles ». Pour une analyse de la protection du consommateur face à ces nouvelles technologies, HUG, La protection du consommateur face aux nouvelles technologies.

³⁵⁹⁷ Des applications de communication simultanée comme WhatsApp informent par ex. l'autre partie sur la « disponibilité » de son ou ses partenaires de discussion (mention « en ligne », « écrit... »).

³⁵⁹⁸ Comp. CO 2020-PROBST, art. 4 N 2.

du consommateur, par le truchement de la LCD, s'avère nécessaire (cf. art. 3 al. 1 let. h, o et u LCD).

1996 CO 2020 réglemente également l'**envoi de choses non commandées** (b).

b. Envoi de choses non commandées

1997 Pour l'essentiel, l'art. 6 CO 2020 propose de reprendre l'art. 6a CO³⁵⁹⁹. Cela peut surprendre, dans la mesure où la portée pratique de l'art. 6a CO reste à ce jour (très) faible, ce que reconnaissent les auteurs du projet³⁶⁰⁰, d'autant plus que cette disposition **ne fait pas l'unanimité**.

1998 En outre, CO 2020 n'exclut pas que l'art. 6 CO 2020 soit interprété extensivement pour englober également l'envoi **de services non sollicités**³⁶⁰¹. Or, nous l'avons vu, pareille extension pourrait s'avérer problématique au regard, en particulier, des règles sur la gestion d'affaires sans mandat (*supra* N 1909). Imposer au consommateur une obligation d'avertir l'expéditeur en cas d'envoi manifestement erroné d'un service est également peu teinté de considérations pratiques, compte tenu des nombreux « envois » non sollicités dont il est potentiellement le destinataire par la voie électronique.

1999 Compte tenu de la portée pratique réduite de l'art. 6a CO pour les choses, ainsi que des difficultés liées à une réglementation générale des conséquences en cas d'envoi d'un service non sollicité, il faudrait peut-être envisager une **migration complète de ces règles dans la LCD**. Ces questions demeurent somme toute d'ordre préventif et visent la protection qualitative de la concurrence (*supra* N 187 s.) contre certaines méthodes de vente agressives. Au demeurant, l'envoi d'une chose non commandée peut déjà être traitée en tant qu'offre réelle (« *Realofferte* »). Pour le destinataire, elle n'implique aucune obligation de réponse s'il entend « éviter » la conclusion du contrat, sauf si la nature spéciale de l'affaire ou les circonstances l'exigent (cf. art. 6 al. 1 CO). Or, une méthode de vente agressive ne devrait jamais constituer une « affaire spéciale » ou une « circonstance » permettant valablement la conclusion tacite du contrat imposé au consommateur.

³⁵⁹⁹ La seule modification proposée concerne l'art. 6 al. 1 CO 2020, par la suppression des termes « considéré comme » au profit de la formulation selon laquelle « l'envoi d'une chose commandée n'est pas une offre ».

³⁶⁰⁰ CO 2020-PROBST, art. 6 N 1.

³⁶⁰¹ CO 2020-PROBST, art. 6 N 1.

CO 2020 propose encore des aménagements pour **l'offre sans engagement et l'offre publique** (c).

2000

c. Offre sans engagement et offre publique

L'art. 7 CO 2020 reprend la même division en alinéas que l'actuel art. 7 CO. En sus d'une épuration du texte légal, par la suppression de la seconde partie de phrase par rapport à l'art. 7 al. 1 CO³⁶⁰², l'art. 7 al. 2 CO 2020 permet d'intégrer, par interprétation, la **communication individuelle et collective d'informations par la voie électronique** (cf. « catalogues », « prospectus » et « communication d'informations comparables »)³⁶⁰³. Pour l'interprétation de la notion d'« exposition » prévue l'art. 7 al. 3 CO 2020 – repris tel quel de l'art. 7 al. 3 CO – les rédacteurs du Projet souhaitent s'en remettre à la pratique, en particulier pour ce qui concerne l'exposition virtuelle de marchandises (« virtuelle *Schaufenster* »)³⁶⁰⁴.

2001

Le maintien d'une clause générale, sans réglementation spécifique au commerce électronique, paraît compatible avec l'approche traditionnelle « neutre » du droit suisse³⁶⁰⁵. Cette manière de procéder présente l'avantage d'éviter d'avoir à fixer dans la loi une situation appelée à évoluer dans le futur. En d'autres termes, elle **empêche une approche trop « subjectiviste », trop éphémère de la loi**, laquelle doit être pensée et rédigée pour survivre à ceux qui la rédigent. L'emploi de clauses générales permet à cet égard une plus grande flexibilité.

2002

En revanche, on peut regretter que la voie envisagée **ne demeure peut-être que partielle**. Elle n'empêchera pas la fuite de normes relatives au commerce électronique ailleurs, singulièrement, comme c'est actuellement déjà le cas, dans la LCD (cf. art. 3 al. 1 let. s LCD). De plus, laisser le soin à la pratique de définir la notion d'exposition pour les produits proposés virtuellement³⁶⁰⁶ est potentiellement risqué, à tout le moins du point de vue du consommateur, lequel n'agit souvent qu'avec parcimonie en justice³⁶⁰⁷.

2003

³⁶⁰² Suppression de la partie « ou si son intention de ne pas s'obliger résulte soit des circonstances, soit de la nature spéciale de l'affaire », CO 2020-PROBST, art. 7 N 1.

³⁶⁰³ CO 2020-PROBST, art. 7 N 2.

³⁶⁰⁴ CO 2020-PROBST, art. 7 N 3.

³⁶⁰⁵ Réf. est faite à la formulation pragmatique des lois et à leur compréhension aussi aisée que possible pour les profanes, comp. CO 2020-PROBST, art. 16 N 1.

³⁶⁰⁶ CO 2020-PROBST, art. 7 N 3.

³⁶⁰⁷ Sur le consommateur en procédure civile suisse, HUG, RJN 2018.

2004 CO 2020 contient encore des propositions relatives à l'**acceptation tacite** (d).

d. Acceptation tacite

2005 L'art. 9 CO 2020 entend moderniser la formulation du principe selon lequel le silence ne vaut, en règle générale, pas acceptation (comp. art. 2:204 ECL³⁶⁰⁸)³⁶⁰⁹. Par rapport à l'actuel art. 6 CO, l'art. 9 CO 2020 ne contient donc **pas de véritable innovation**. La nouvelle formulation est néanmoins plus concise, même si elle est divisée en deux alinéas. Elle se rapproche de la teneur des projets d'unification européenne du droit des obligations (comp. art. II.-4:204 DCFR et art. 2:204 PECL). Dans une optique de protection du consommateur, le projet de disposition appelle toutefois des remarques.

2006 La principale concerne la **validité de l'intégration tacite des conditions générales** en présence d'un contrat de consommation, ce que l'art. 9 CO n'envisage pas expressément (les art. 32 et 33 CO 2020 proposent une réglementation de l'interprétation des clauses préformulées, respectivement du contrôle de leur contenu, *infra* N 2032 ss). Ainsi, l'art. 9 CO 2020 n'évoque peut-être pas suffisamment l'interdiction de principe d'une intégration concluante de conditions générales face à un consommateur, étant rappelé que des exceptions doivent rester possibles (*supra* N 1493). Une « protection » générale contre de telles modalités d'intégration ne ressort à notre avis pas de l'art. 1 CO 2020 non plus.

2007 Une nouveauté importante que propose CO 2020 est l'introduction d'un **droit de révocation** (C) à portée générale.

C. Droit de révocation

2008 **L'une des propositions les plus significatives** de CO 2020 est l'adoption d'un droit de révocation légal général pour les contrats de consommation (art. 16 à 18 CO 2020). L'art. 16 CO 2020 énonce les principes (1) de ce droit, l'art. 17 CO 2020 en règle l'exercice (2) et l'art. 18 CO 2020 les effets (3).

³⁶⁰⁸ L'art. 2:204 (2) ECL postule que « *Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance* ».

³⁶⁰⁹ CO 2020-PROBST, art. 9 N 1 s.

1. Principes

a. Applicabilité aux « contrats de consommation »

L'art. 16 al. 1 CO 2020³⁶¹⁰ permet au concept « contrat de consommation » d'entrer *expressis verbis* dans la partie générale du CO. En ce sens, le Projet **adopte une approche horizontale** ; le rattachement intervient explicitement par rapport à la partie générale du CO (*supra* N 518 ss). Le souci de cohérence entre le droit contractuel de la consommation et le droit contractuel général au moyen d'une disposition charnière (« *Ankernorm* ») permet, cela dit, d'insister sur le fait que la transversalité du concept demeure (*supra* N 511 ss)³⁶¹¹. 2009

Le contrat de consommation est d'ailleurs souvent **identifiable par ses acteurs**, qualité que CO 2020 ne définit cependant (toujours) pas directement (cf. § 13 et 14 BGB). D'après le commentaire, le consommateur resterait une personne physique agissant en vue d'une utilisation ou d'une consommation personnelle ou familiale, à savoir dans le cadre de son activité non commerciale. L'autre partie est un fournisseur, qui intervient à titre commercial (« *gewerblicher Anbieter* »)³⁶¹². 2010

Dogmatiquement, on notera que l'insertion de la notion de « contrat de consommation » implique le recours à un **degré d'abstraction** significatif dans la partie générale du CO. CO 2020 intègre même la définition d'un type spécifique de contrat au sein de ladite partie. D'ordinaire, le droit civil suisse a plutôt vocation à renoncer des abstractions significatives, ce en faveur d'un certain pragmatisme ; c'est d'ailleurs l'une de ses différences notables par rapport au BGB (par ex. § 104 ss BGB)³⁶¹³. 2011

Le procédé de l'abstraction emporterait en outre le risque d'une généralisation excessive d'un concept (comp. art. 16 al. 1 CO 2020)³⁶¹⁴. Il serait peut-être possible d'éviter ce risque, en **recourant à une formulation telle que**, par 2012

³⁶¹⁰ La teneur de l'art. 16 al. 1 CO 2020 est la suivante : « *celui qui conclut un contrat de consommation sans pouvoir suffisamment évaluer la prestation qui lui est proposée ou les risques liés à celle-ci peut révoquer le contrat* ».

³⁶¹¹ CO 2020-HUGUENIN/HILTY, Einleitung vor art. 1 ff., N 39 et CO 2020-PROBST, art. 16 N 2 et 4.

³⁶¹² CO 2020-PROBST, art. 16 N 4.

³⁶¹³ Considérant que cette abstraction est positive BUCHER, Hundert Jahre, p. 265 ss. Plus nuancé, HONSELL, 100 Jahre, p. 20 ss.

³⁶¹⁴ BUCHER, Hundert Jahre, p. 266. Sur les risques de l'abstraction, notamment la perte de clarté et de proximité avec la vie quotidienne, HONSELL, 100 Jahre, p. 20 ss.

exemple, « *dans les cas où la loi octroie à l'une des parties un droit de révocation légale, les dispositions suivantes s'appliquent* ». Paradoxalement, on constatera que cette définition se rapproche de celle du § 355 BGB (« *Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen* »)³⁶¹⁵. L'essentiel est d'éviter qu'un moyen de protection spécifique du droit contractuel de la consommation s'applique « forfaitairement » à l'ensemble du droit des contrats, ce d'autant plus que l'art. 16 al. 2 CO 2020 interdit au « consommateur » de renoncer au droit de révocation avant l'exécution de la prestation (*infra* N 2018).

b. Evaluation insuffisante de la prestation ou des risques y relatifs

- 2013 À suivre strictement la lettre de l'art. 16 al. 1 CO 2020, on discerne en réalité l'insertion de **deux types de « contrats de consommation » dans la partie générale du CO**. Le premier, explicitement soumis à un droit de révocation, suppose que le consommateur ne puisse pas suffisamment évaluer la prestation qui lui est proposée ou les risques y relatifs. Quant au second, implicitement écarté par l'art. 16 al. 1 CO 2020, il n'exigerait pas ces deux derniers éléments alternatifs et serait, partant, dénué d'un droit de révocation au sens des art. 16 ss CO 2020.
- 2014 On discerne **une insécurité juridique potentielle ici** : quel consommateur – ou même quel professionnel – est en mesure d'identifier avec une certitude totale qu'il a bien conclu un contrat de consommation agrémenté d'un droit de révocation des art. 16 à 18 CO 2020 ? L'existence d'un tel droit risquerait en définitive de dépendre de l'évaluation insuffisante de la prestation ou des risques qui y sont liés, même lorsque le droit est établi par une loi spéciale, compte tenu de l'applicabilité générale de la règle proposée par CO 2020³⁶¹⁶. Dans l'absolu, le professionnel pourrait même être tenté de soutenir avoir suffisamment informé le consommateur pour tenter de s'opposer à l'existence même d'un droit de révocation, nonobstant le caractère semi-impératif dudit droit (art. 16 al. 2 CO 2020, *infra* N 2018).
- 2015 Certes, le rôle de l'art. 16 CO 2020 est celui d'une norme à laquelle les lois spéciales stipulant des droits de révocation (plus) spécifiques pourraient envoyer³⁶¹⁷. Sous cet angle, les tentatives d'uniformisation de la réglementation s'avèrent positives. Cela étant, la réglementation proposée **confirme une superposition** – donc potentiellement une complication– du droit contractuel

³⁶¹⁵ Sur le recours au BGB en cas de nécessité pour l'interprétation et l'évolution du CO, BUCHER, Hundert Jahre, p. 272.

³⁶¹⁶ Les lois sectorielles devraient donc vraisemblablement être adaptées aux art. 16 ss CO.

³⁶¹⁷ CO 2020-PROBST, art. 16 N 4.

de la consommation. Toutefois, contrairement aux art. 9 à 15 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, dont le contenu reste complexe à saisir – parfois même pour les juristes – la solution proposée aux art. 16 à 18 CO 2020 semble tout de même trop succincte. Dès lors, il pourrait être intéressant d'étudier une voie médiane, à savoir en concevant effectivement la réglementation relative au droit de révocation sous la forme d'une disposition charnière, mais en limitant le champ d'application du droit aux cas expressément prévus par la loi (comp. § 355 BGB)³⁶¹⁸. Cette manière de faire permet, en outre, de réserver des situations plus spécifiques nécessitant une intervention particulière, ou de préciser celles n'exigeant aucune intervention (sur les exemptions, *supra* N 829 ss). Le revers de la médaille reste une démultiplication des prescriptions réglementaires (sur la densification normative, *infra* N 2160 ss).

c. Rattachement au contrat

Un autre élément significatif de l'art. 16 al. 1 CO 2020 est la mention légale expresse de la faculté de **révoquer « le contrat »**. Nous l'avons vu, ce rattachement correspond à la conception du droit de l'UE et des projets d'unification du droit privé (*supra* N 1137 ss). Systématiquement, CO 2020 ne lie en outre pas directement le droit de révocation aux règles sur les vices du consentement (cf. art. 38 ss CO 2020), ce qui paraît confirmer le caractère indépendant des deux institutions (comp. *supra* N 1182 ss).

2016

Le rattachement au contrat insiste également sur l'existence d'une relation contractuelle (ou de nature contractuelle) avant l'exercice, le cas échéant, du droit de révocation. En d'autres termes, l'art. 16 al. 1 CO 2020 **concrétise vraisemblablement la nature résolutoire** du droit de révocation (cf. art. 13 al. 2 CO 2020³⁶¹⁹), ce qui paraît indiquer un choix en faveur du « *Wirksamkeitsmodell* » (*supra* N 1118). Cet avis semble conforté par la soumission des effets de l'exercice du droit de révocation aux dispositions sur

2017

³⁶¹⁸ L'art. 5:101 ACQP contient à cet égard une source d'inspiration : « *where a party has a statutory right of withdrawal from a contract, the provisions in this section apply as mandatory rules* ».

³⁶¹⁹ La teneur de l'art. 13 al. 2 CO 2020 est la suivante : « *il [le contrat] produit ses effets aussitôt, sauf s'il est soumis à une condition suspensive* ». Comp. CO 2020-HEISS/ERNST, art. 13 N 7, qui rappellent que le contrat soumis à une condition suspensive ne déploie certes pas d'effets matériels, mais que la relation – formelle – contractuelle existe déjà depuis le moment de la conclusion du contrat.

la liquidation du rapport obligationnel entre parties (art. 18 al. 1 CO 2020 en relation avec les art. 79 ss CO 2020).

d. Renonciation au droit

2018 Les art. 16 al. 2 et 3 CO 2020 prévoient des **règles strictes** s'agissant de la renonciation au droit de révocation. Ce n'est ainsi qu'après l'obtention de la prestation contractuelle que le consommateur peut renoncer à son droit (caractère semi-impératif, art. 16 al. 2 CO 2020)³⁶²⁰. En particulier, le seul usage de la prestation contractuelle ne vaut pas renonciation au droit par **actes concluants** (art. 16 al. 3 CO 2020)³⁶²¹.

2019 Nous saluons cette **prise en compte restrictive des actes concluants du consommateur**. Une protection efficace exige de limiter, dans la mesure nécessaire, les possibilités d'interpréter le comportement du consommateur en tant qu'accord juridiquement contraignant. Dans le régime général, le principe de la confiance permet certes, suivant les circonstances, de considérer comme valable une déclaration de volonté dont le déclarant n'a pas conscience du contenu et des conséquences (manifestation de volonté imputée normativement)³⁶²². L'admission d'un acte concluant ayant pour conséquence de priver le consommateur d'un avantage, ou pour lui imposer la conclusion d'un contrat ne correspondant pas à sa volonté, doit cependant être d'application restrictive.

2. Exercice du droit

a. Manifestation de la volonté de révoquer

2020 L'art. 17 CO 2020 renonce à imposer au consommateur un formalisme strict s'agissant de la communication de sa volonté de révoquer le contrat. L'acte de révocation n'est ainsi **pas soumis à une forme particulière** (cf. art. 21 CO 2020)³⁶²³.

³⁶²⁰ CO 2020-PROBST, art. 16 N 5.

³⁶²¹ CO 2020-PROBST, art. 16 N 5.

³⁶²² En rapport avec la volonté de déclarer (« *Geltungswille* »), BK OR-MÜLLER, art. 1 N 17. Comp. BK OR-KRAMER, art. 1 N 46.

³⁶²³ CO 2020-PROBST, art. 17 N 1.

Suivant l'interprétation retenue, CO 2020 pourrait relativiser **le délai de révocation** de quatorze jours (*infra* N 2023)³⁶²⁴. En effet, l'art. 17 al. 1 CO 2020 dispose que « *la révocation doit être communiquée à l'autre partie dans un délai de quatorze jours* ». Il n'est pas tout à fait clair si le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours plein et/ou doit veiller que sa communication parvienne au professionnel dans ce délai de quatorze jours. Or, il conviendrait de clarifier que le délai de révocation est respecté si le consommateur communique son avis de révocation au professionnel ou le remet à la poste le dernier jour du délai (cf. art. 40e al. 4 CO). Le respect du délai de révocation est d'ailleurs une question distincte de l'exigence de la réception de l'acte de révocation par le professionnel (« sphère de puissance ») en vue de la validité de la révocation³⁶²⁵. Il y a donc lieu de distinguer entre, d'une part, l'exercice de l'acte de révocation et, d'autre part, l'exigence (ultérieure) selon laquelle, pour déployer valablement des effets, la révocation doit nécessairement parvenir à l'autre partie. La réglementation proposée paraît en outre moins précise que d'importants projets d'uniformisation³⁶²⁶.

2021

Sur ces éléments, l'**art. 11 al. 2 Directive 2011/83/UE** relative aux droits des consommateurs n'est pas dénué d'ambiguïtés. La disposition prévoit ainsi que le délai de rétractation est respecté si le consommateur « *adresse la communication concernant l'exercice du droit de rétractation avant l'expiration* » du délai³⁶²⁷. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que la formulation employée par le législateur de l'UE entend préserver les éventuelles particularités nationales des Etats membres sur la question de la formation du contrat³⁶²⁸ ; c'est la raison pour laquelle la formulation demeure plutôt large.

2022

³⁶²⁴ CO 2020-PROBST, art. 17 N 1.

³⁶²⁵ Comp. Palandt/GRÜNEBERG, § 355 N 7.

³⁶²⁶ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 479 en réf. aux art. II.-5:103 ch. 4 DCFR : « *la notification de rétractation est faite à temps si elle est expédiée avant la fin du délai de rétractation* » et 5:103 ch. 2 ACQP, dont la teneur est similaire : « *the notice of withdrawal is timely if dispatched within this period* ».

³⁶²⁷ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 479.

³⁶²⁸ DEMOULIN, N 464 et GHESTIN, p. 281 rappellent que le droit civil français consacre, de manière générale, le principe de l'expédition (ou de l'émission), non celui de la réception.

b. Uniformisation du délai de révocation

- 2023 L'art. 17 al. 1 CO 2020 **uniformise le délai de révocation à quatorze jours**³⁶²⁹. La disposition est en phase avec les développements européens en la matière et ceux récemment concrétisés en droit suisse (*supra* N 1056).

c. Dies a quo

- 2024 L'art. 17 al. 2 CO 2020 fixe le *dies a quo* du délai révocation **au moment de** l'information de son bénéficiaire, mais au plus tôt dès l'exécution de la prestation contractuelle. Si l'information intervient avant l'exécution de la prestation, le délai court dès ladite exécution. En revanche, en vertu d'une interprétation favorable au consommateur, si la prestation est exécutée avant l'information, le délai court néanmoins dès l'information³⁶³⁰.
- 2025 L'exigence d'information du consommateur paraît conçue en tant que **règle protectrice abstraite**. En conséquence, si le consommateur connaît l'existence d'un droit de révocation, alors même que le professionnel ne l'aurait pas informé à ce sujet, le délai de révocation ne devrait pas commencer à courir.

d. Péremption du droit

- 2026 Conformément à l'art. 17 al. 3 CO 2020, le droit de révocation se périmé « *dans tous les cas* » dans le délai d'**un an après l'exécution de la prestation**. Le délai de révocation « échoit » dans ce délai, y compris à défaut d'information sur le droit³⁶³¹. La formulation du délai de péremption intervient par référence à « un an » et non « douze mois » (cf. art. 10 Directive, comp. ég. § 356 ss BGB). On peut s'interroger sur la pertinence d'une mention différente de délai, si le but de la réglementation est une harmonisation – ou du moins, un rapprochement aussi étroit que possible – avec le droit de l'UE, en particulier³⁶³².
- 2027 En outre, contrairement à l'art. 10 Directive 2011/83/UE, l'art. 17 al. 3 CO 2020 ne prévoit pas expressément de « **délai de grâce** ». En droit de l'UE, si l'information sur le droit de révocation intervient en fin de délai, le consommateur dispose apparemment encore de quatorze jours

³⁶²⁹ CO 2020-PROBST, art. 17 N 1.

³⁶³⁰ CO 2020-PROBST, art. 17 N 2.

³⁶³¹ CO 2020-PROBST, art. 17 N 2.

³⁶³² Comp. CO 2020-PROBST, art. 17 N 1.

« supplémentaires » (art. 10 al. 2 Directive 2011/83/UE). En droit allemand, s'agissant du démarchage à domicile, un tel délai supplémentaire est expressément prévu (comp. § 356 al. 3 2^{ème} phrase BGB³⁶³³).

Une déchéance aussi stricte et radicale du droit (« *dans tous les cas* ») comme le prévoit l'art. 17 al. 3 CO 2020, alors même que le professionnel n'aurait, y compris intentionnellement, pas informé le consommateur quant à l'existence du droit de révocation reste tout de même potentiellement délicate. L'obligation d'information et son efficacité pourraient être renforcées au **travers de dispositions complémentaires**, notamment dans la LCD³⁶³⁴. Cela dit, les considérations de protection du consommateur ne justifient pas de laisser subsister un contrat indéfiniment dans un état boiteux, qu'elles qu'en soient les raisons. L'argument de la sécurité juridique doit donc également constamment être pris en considération.

2028

3. Effets

L'art. 18 CO 2020 règle la restitution des prestations réciproques à la suite de l'exercice du droit de révocation. En sus du renvoi au **régime de liquidation unifié** (a), la disposition écarte expressément un droit du professionnel à des dommages-intérêts en cas de révocation du contrat (b).

2029

a. Régime de liquidation unifié

Pour les effets consécutifs à l'exercice du droit de révocation, l'art. 18 al. 1 CO 2020 renvoie aux art. 79 à 84 CO 2020 relatifs à la liquidation. Cette manière de procéder **fixe expressément dans la loi les conséquences de l'exercice du droit sur la restitution des prestations réciproques**³⁶³⁵. En prévoyant des règles générales sur la restitution, on évite a priori les débats sur le délai de prescription applicable à la prétention de chaque partie³⁶³⁶. Sous

2030

³⁶³³ La teneur du § 356 al. 3 2^{ème} phrase BGB est la suivante : « *das Widerrufsrecht erlischt spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem in Absatz 2 oder § 355 Absatz 2 Satz 2 genannten Zeitpunkt* ». BÜLOW/ARTZ, N 146.

³⁶³⁴ Pour le droit allemand, en application des exigences de l'art. 23 Directive 2011/83/UE, HEIDERHOFF, N 335

³⁶³⁵ Voir ég. GIAMPAOLO/HUGUENIN et l'art. 8 de leur projet de loi de protection du consommateur, annexé à la contribution.

³⁶³⁶ CO 2020-HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, Vor art. 79-84 N 5, 7 et 32.

l'angle des effets du droit de révocation, la solution faciliterait peut-être les conséquences et la compréhension des règles légales³⁶³⁷.

b. Exclusion des dommages-intérêts

2031

L'art. 18 al. 2 CO 2020 reprend un **principe incontesté** du droit de révocation selon lequel, en cas d'exercice, le consommateur n'encourt aucune responsabilité, contractuelle, précontractuelle ou extracontractuelle (*supra* N 1051)³⁶³⁸. En tant qu'exception justifiée par des motifs de protection du consommateur, l'art. 18 al. 2 CO 2020 complète les dispositions unifiées sur la liquidation, en limitant les prétentions du commerçant à ce régime (art. 79 à 84 CO 2020)³⁶³⁹. Du point de vue du professionnel, cette exclusion des dommages-intérêts relativise sensiblement l'importance de l'institution de la *culpa in contrahendo* en cas de contrat de consommation soumis à une possibilité de révocation (comp. *supra* N 871 et 950).

D. Conditions générales

1. Principes

2032

Du point de vue de la réglementation des conditions générales également, des considérations de protection du consommateur s'intègrent au sein de la nouvelle partie générale que propose CO 2020. L'art. 32 CO 2020 concerne l'interprétation des « *clauses préformulées et non négociées* » et l'art. 33 CO 2020 réglemente l'invalidité des « *clauses qui créent une disproportion* ». Ces dispositions **complètent la règle générale sur l'interprétation contractuelle** que retient l'art. 20 CO 2020.

2033

Il est significatif de relever que l'interprétation et le contrôle de contenu des conditions générales sont confirmé, respectivement reconnu comme étant **d'applicabilité générale** ; la qualité des parties n'importe pas³⁶⁴⁰. Les art. 32 et

³⁶³⁷ Comp. cep. pour une critique dogmatique de la nature juridique (théorie de la liquidation, « *Umwandlungstheorie* ») de la restitution des prestations proposée aux art. 79 ss CO 2020, BUZ.

³⁶³⁸ Par ex. art. II.-5:105 (6) DCFR.

³⁶³⁹ CO 2020-PROBST, art. 18 N 2.

³⁶⁴⁰ CO 2020-VOGT, art. 32 N 10 : « Art. 32 OR 2020 ist nicht auf Verträge mit Konsumenten beschränkt ».

33 CO 2020 observent dès lors un phénomène contractuel particulier, au profit de l'ensemble des destinataires de conditions générales, qu'ils soient ou non une partie faible, en particulier un consommateur³⁶⁴¹. Par ailleurs, CO 2020 laisse subsister le contrôle des conditions générales en vertu de l'art. 8 LCD³⁶⁴², de même que la règle de l'insolite³⁶⁴³. On discerne ainsi le risque de concurrences potentielles, ce dont s'accommode le projet³⁶⁴⁴.

Dès lors, CO 2020 réglemente les **clauses ambiguës** (2) et celles qui créent une disproportion (3).

2034

2. Clauses ambiguës

a. Application large

L'art. 32 CO 2020 **codifie expressément** la règle de la clause ambiguë (*supra* N 1675 ss) dans le contexte de l'interprétation contractuelle³⁶⁴⁵ des clauses préformulées, en particulier dans le contexte des conditions générales et des contrats-types (« *Musterverträge* »)³⁶⁴⁶. Une clause peu claire ou incompréhensible s'interprète ainsi en défaveur de la partie qui l'a proposée (art. 32 *in fine* CO 2020). La règle conserve son caractère subsidiaire ; elle ne s'applique que si et dans la mesure où la signification de la clause demeure peu claire ou peu compréhensible après son interprétation en vertu des principes généraux (comp. art. 20 CO 2020)³⁶⁴⁷.

2035

Le commentaire de CO 2020 indique, qu'en tant que telle, la règle de la clause ambiguë **resterait généralement applicable à toutes les dispositions**

2036

³⁶⁴¹ CO 2020-VOGT, art. 32 N 6 en lien avec la caractéristique de l'absence de négociation : « *es genügt, dass tatsächlich keine Verhandlung über die betreffende Klausel stattgefunden hat ; der Grund dafür braucht nicht die unterschiedliche Verhandlungsmacht der Parteien zu sein* ».

³⁶⁴² CO 2020-VOGT, art. 33 N 13 et 15.

³⁶⁴³ CO 2020-VOGT, art. 33 N 2 et 14.

³⁶⁴⁴ CO 2020-VOGT, art. 33 N 2 et 13 s.

³⁶⁴⁵ Comp. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253 ndbp 1118, qui relèvent la controverse doctrinale d'ordre théorique quant à la classification de la règle comme relative au consentement (intégration) et non à l'interprétation.

³⁶⁴⁶ CO 2020-VOGT, art. 32 N 4.

³⁶⁴⁷ CO 2020-VOGT, art. 32 N 2.

contractuelles et qu'elle ne serait pas limitée aux contrats de consommation³⁶⁴⁸. L'art. 32 CO 2020 entend néanmoins la réglementer expressément dans son contexte d'application principal et fixer dans la loi certaines limites à la validité des conditions générales (cf. art. 33 CO 2020)³⁶⁴⁹. On rappelle que le TF considère plutôt que la règle de la clause ambiguë ne s'applique qu'aux clauses préformulées, à l'exclusion des clauses individuellement négociées (comp. *supra* N 1682 s.)³⁶⁵⁰.

b. Examen des clauses

(i) *Application potentiellement limitée à une seule clause*

2037 Le contrôle de l'interprétation des conditions générales se rapporte aux « *clauses contractuelles préformulées et non négociées* ». Le commentaire de l'art. 32 CO 2020 précise toutefois qu'il suffit que la clause considérée soit préformulée et que son contenu n'ait pas été négocié, peu importe donc que le **reste du contrat** présente également ces caractéristiques³⁶⁵¹.

(ii) *Lien avec l'art. 8 LCD*

2038 La possibilité d'une **application potentiellement limitée de la règle de la clause ambiguë à une seule clause préformulée** (directement *supra* N 2037) soulève la question du rapport général entre l'art. 32 CO 2020 et l'art. 8 LCD, c'est-à-dire indépendamment du caractère subsidiaire de la règle *in dubio contra stipulatorem*³⁶⁵².

³⁶⁴⁸ CO 2020-VOGT, art. 32 N 12 : « Art. 32 OR 2020 kodifiziert geltendes Vertragsrecht. Dass die Bestimmung dies nur für AGB tut, bedeutet nicht, dass die Unklarheitenregel nicht auch weiterhin für jegliche Vertragsklauseln gelten würde ».

³⁶⁴⁹ CO 2020-VOGT, art. 32 N 3. Il ne reste donc pas tout à fait clair comment CO 2020 rattache méthodologiquement la règle *in dubio contra stipulatorem* (consentement, interprétation ou contrôle de contenu).

³⁶⁵⁰ Arrêt du TF 4A_453/2009 du 26.01.2010, consid. 4.3. Comp. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253 et BK OR-MÜLLER, art. 18 N 197 et 207.

³⁶⁵¹ CO 2020-VOGT, art. 32 N 12.

³⁶⁵² On rappelle la distinction méthodologique entre l'interprétation d'une clause préformulée et le contrôle de son contenu, *supra* N 1628 ss et 1754 ss.

À l'instar de l'art. 32 CO 2020, l'art. 3 Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives se focalise sur les clauses prises individuellement (« une clause »)³⁶⁵³. La lettre de l'art. 8 LCD, en revanche, mentionne comme condition d'application l'utilisation de « *conditions générales* », soit un ensemble de clauses préformulées. La note marginale de la disposition, intitulée « *utilisation de conditions commerciales abusives* », va dans ce sens³⁶⁵⁴. En d'autres termes, la lettre de la LCD ne permet probablement pas d'exclure que le contrôle **doive exclusivement porter sur plusieurs clauses, voire même les conditions générales dans leur ensemble**, ce qui distinguerait ce contrôle par rapport à l'art. 32 CO. Or, à supposer que la forme plurielle soit effectivement visée, cela imposerait un examen global des conditions générales, ce qui s'opposerait tout particulièrement au développement de listes « grises » et « noires » de clauses – individuellement – problématiques (comp. la liste annexée à la Directive 1993/13/CEE)³⁶⁵⁵.

2039

(iii) Effets juridiques

Les effets juridiques de l'application de l'art. 32 CO 2020 ne sont pas totalement inédits. La clause peu claire ou incompréhensible est interprétée **en faveur de la partie destinataire de la clause préformulée** (comp. *supra* N 1695 ss), étant précisé qu'on ne saurait lui reconnaître un sens qui ne serait pas couvert en application des autres règles d'interprétation (« *Auslegungsregeln* »)³⁶⁵⁶.

2040

3. Clauses qui créent une disproportion

a. Application non limitée aux contrats de consommation

L'art. 33 al. 1 CO 2020 déclare invalides les clauses qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi, créent une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations des parties. Dès lors, la disposition **intègre expressément un contrôle ouvert du contenu des clauses contractuelles**

2041

³⁶⁵³ KUONEN, Envol manqué, p. 7 en ndbp 25.

³⁶⁵⁴ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 120.

³⁶⁵⁵ KUONEN, Envol manqué, p. 7. Comp. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 152, qui retient tout de même la possibilité, pour le tribunal suisse, de s'inspirer de la liste grise.

³⁶⁵⁶ CO 2020-VOGT, art. 32 N 11.

dans la partie générale du CO³⁶⁵⁷. Le positionnement systématique de l'art. 33 CO 2020 confirme qu'il vise les clauses préformulées et non négociées³⁶⁵⁸. A l'instar de l'art. 32 CO (*supra* N 2035 ss), mais contrairement à l'actuel art. 8 LCD, ce contrôle ne s'appliquerait pas uniquement aux contrats conclus avec des consommateurs³⁶⁵⁹.

b. Examen des clauses

(i) *Conditions d'applicabilité*

2042

Contrairement à l'art. 8 LCD – qui permet un contrôle potentiellement détaché de la convention des parties³⁶⁶⁰ – l'art. 33 CO 2020 envisage uniquement la situation où la clause préformulée analysée est **valablement intégrée et couverte par l'accord des parties** (art. 1 ss CO)³⁶⁶¹. Le contrôle (ouvert) envisagé demeure ainsi dans le domaine contractuel (contrôle individuel), ce qui devrait exclure toute interprétation générale et abstraite des conditions générales concernées. L'affirmation soulève la question du moment de l'utilisation des conditions générales. En effet, l'« utilisation de conditions générales au détriment du consommateur » au sens de l'art. 8 LCD inclut le cas où les conditions générales ne sont que proposées au consommateur³⁶⁶². La portée de l'art. 33 CO 2020 reste à ce titre plus floue s'agissant de la phase précontractuelle, le commentaire exigeant précisément, en référence aux art. 1 ss CO 2020, que la clause relève d'un « accord concret » entre les parties³⁶⁶³.

2043

L'application de l'art. 33 al. 1 CO 2020 suppose également l'existence de « *clauses contractuelles qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi créent une **disproportion notable et injustifiée** entre les droits et les obligations contractuelles d'une partie* ». Le critère pourrait soulever des questions de délimitation avec la lésion (art. 21 CO). L'institution vise également l'évaluation du rapport entre la prestation et la contreprestation dans la partie

³⁶⁵⁷ CO 2020-VOGT, art. 33 N 1.

³⁶⁵⁸ CO 2020-VOGT, art. 33 N 4.

³⁶⁵⁹ CO 2020-VOGT, art. 33 N 6.

³⁶⁶⁰ Sur la mise en œuvre collective du contrôle de l'art. 8 LCD, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 179 ss.

³⁶⁶¹ CO 2020-VOGT, art. 33 N 5.

³⁶⁶² CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 139.

³⁶⁶³ CO 2020-VOGT, art. 33 N 5.

générale du CO³⁶⁶⁴. Cela vaut d'autant plus que le commentaire de CO 2020 renvoie, pour l'évaluation de cette disproportion notable, à la jurisprudence et à la doctrine relatifs à l'art. 21 CO, ainsi qu'à la *clausula rebus sic stantibus*³⁶⁶⁵.

(ii) *Lien avec la règle de l'insolite*

L'art. 33 CO 2020 se recoupe largement avec la règle de l'insolite ; cette dernière **subsisterait néanmoins en parallèle**³⁶⁶⁶. L'art. 33 CO 2020 adopte également un contrôle de contenu, mais qui n'est pas « caché » comme celui institué par la règle de l'insolite (*supra* N 1819 ss)³⁶⁶⁷. En liant méthodologiquement la règle de l'insolite au contrôle de consentement (*supra* N 1828), son application serait prioritaire ; en l'absence d'accord, il est alors superflu d'interpréter la clause préformulée en application de l'art. 33 CO 2020.

2044

(iii) *Lien avec l'art. 8 LCD*

Le **déséquilibre contractuel** de l'art. 33 CO 2020 s'envisage du point de vue des droits et obligations d'une partie, voire des deux³⁶⁶⁸. L'analyse dudit déséquilibre intervient globalement, en fonction de l'ensemble des droits et obligations résultant du contrat³⁶⁶⁹.

2045

L'art. 33 CO 2020 **laisserait subsister le dualisme du contrôle des conditions générales** en droit suisse³⁶⁷⁰. Par rapport à l'art. 8 LCD, la disposition n'exige toutefois pas que la clause intervienne au détriment du consommateur et elle ne serait pas limitée par le champ d'application de l'art. 2 LCD (principe de l'applicabilité de la LCD)³⁶⁷¹.

2046

³⁶⁶⁴ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 21 N 10.

³⁶⁶⁵ CO 2020-VOGT, art. 33 N 8.

³⁶⁶⁶ CO 2020-VOGT, art. 33 N 2.

³⁶⁶⁷ CO 2020-VOGT, art. 33 N 1.

³⁶⁶⁸ CO 2020-VOGT, art. 33 N 7 : « das Missverhältnis bezieht sich auf das Verhältnis zwischen den Rechten und den Pflichten einer der Parteien (wobei ein Missverhältnis auch bei beiden Parteien vorliegen kann) ».

³⁶⁶⁹ CO 2020-VOGT, art. 33 N 7. Comp. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 153.

³⁶⁷⁰ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 30.

³⁶⁷¹ Comp. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 33.

(iv) *Effets juridiques*

- 2047 L'**invalidité** de la clause est la conséquence prévue par l'art. 33 al. 1 *in fine* CO 2020³⁶⁷² ; elle doit être invoquée dans le délai d'un an dès la conclusion du contrat (art. 33 al. 2 CO 2020). Toutefois, CO 2020 ne précise pas quelle partie doit l'invoquer (art. 33 al. 2 CO 2020 ; comp. art. 31 CO 2020). L'invalidation n'exige d'ailleurs pas un jugement préalable et la partie concernée peut s'en prévaloir directement, notamment en refusant d'exécuter sa prestation³⁶⁷³.
- 2048 **Seules les clauses concernées sont invalides** (nullité partielle). En revanche, le reste du contrat subsiste, à tout le moins s'agissant des clauses qui ne présentent pas de lien avec la clause concernée³⁶⁷⁴. En effet, la nullité totale est parfois susceptible d'impliquer des conséquences préjudiciables pour le consommateur, propres à annihiler un caractère dissuasif de la nullité³⁶⁷⁵.

³⁶⁷² CO 2020-VOGT, art. 33 N 11 : « *die Ungültigkeit beschlägt grundsätzlich nur die fraglichen Vertragsklauseln* » ; CO 2020-HUGUENIN, art. 34 N 13 précise que l'art. 33 al. 1 CO 2020 est une *lex specialis* par rapport à l'art. 34 CO 2020 (dispositions communes, invalidité partielle).

³⁶⁷³ CO 2020-VOGT, art. 33 N 12.

³⁶⁷⁴ Comp. CO 2020-VOGT, art. 33 N 11: « *Die Ungültigkeitsfolge erfasst nicht auch weitere Vertragsklauseln, die mit dem ungerechtfertigten Missverhältnis in keinem Zusammenhang stehen, etwa mit dem Zweck, den AGB-Verwender zu bestrafen* ».

³⁶⁷⁵ En lien avec la Directive 93/13/CEE, CJUE, 30.04.2014, KÁSLER ET KÁSLERNE RÁBAI, aff. C-26/13, N 83. On peut imaginer que le consommateur ait déjà investi l'argent reçu dans le cadre d'un prêt ou l'ait utilisé pour s'acquitter d'une dette envers un tiers. Pour ces conséquences « particulièrement préjudiciables », CJUE, 30.04.2014, KÁSLER ET KÁSLERNE RÁBAI, aff. C-26/13, N 84.

Chapitre 14 : Projets d'uniformisation européens

Du point de vue des projets d'uniformisation européens, nous commencerons par une **introduction** (I), avant d'aborder les Acquis Principles (II), le Draft Common Frame of Reference (III), le CESL (IV) et, enfin, le récent Commentaries on European Contract Laws (V).

2049

I. Introduction

Les tentatives d'unification du droit privé au niveau européen sont **nombreuses**, ce depuis maintenant plusieurs décennies³⁶⁷⁶. En substance, on peut distinguer entre les projets « officiels » (projets et actes législatifs des organes de l'UE) et les initiatives à caractère privé (scientifique ou académique)³⁶⁷⁷. Ces différentes tentatives d'uniformisation ne se limitent ni au droit des contrats³⁶⁷⁸, ni même toujours strictement au territoire européen (par ex. les Principes Unidroit)³⁶⁷⁹.

2050

Si l'unification du droit européen de la consommation doit être, en tant que telle, distinguée de l'unification du droit des contrats³⁶⁸⁰, une coordination entre ces

2051

³⁶⁷⁶ PICHONNAZ, Les principes en droit européen des contrats, p. 282, qui précise que l'idée de développer des Principes en droit européen des contrats remonterait à 1976 déjà suite à une intervention du professeur danois LANDO. En p. 286 s., l'auteur précise en outre que ces développements continuent plus récemment avec la publication, par la Commission européenne le 1^{er} juillet 2010, du livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises » (COM(2010) 348 final).

³⁶⁷⁷ HEIDERHOFF, N 551 s., rappelle la commission LANDO, les groupes de VON BAR (Study Group on a European Civil Code), GANDOLFI (Academy of European Private Lawyers), BUSSANI (Common Core of European Private Law Project) et HESSELINK (Social Justice Group) s'agissant des initiatives privées. Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 22 ss.

³⁶⁷⁸ HEIDERHOFF, N 554.

³⁶⁷⁹ PICHONNAZ, Les principes en droit européen des contrats, p. 282 et 287.

³⁶⁸⁰ On rappelle que le droit de l'UE n'adopte pas véritablement de normes sur la formation du contrat (ex. règles sur l'offre, l'acceptation, la forme des contrats) autres que dans le contexte de la protection du consommateur (ex. devoirs d'information et droits de révocation).

domaines resterait « évidemment » nécessaire (cf. sur l'approche intégrative, *infra* N 2131 ss)³⁶⁸¹. Du point de vue de l'intégration de normes de protection du consommateur au sein de règles générales, deux projets ressortent à notre avis en particulier : **les ACQP et le DCFR**. Les ACQP constituent une compilation systématique et exhaustive du droit privé de l'UE de protection des consommateurs et de certains principes communs³⁶⁸². Quant au DCFR, plus large et plus concret, il s'apparente à un véritable projet de code civil européen (ex. intégration du droit de la propriété)³⁶⁸³. Le DCFR proposerait un modèle combiné entre les ACQP et les principes obtenus à travers une approche et une recherche de nature comparative du droit des Etats membres de l'UE³⁶⁸⁴.

2052 Encore récemment, les développements intervenus dans le cadre du **CESL** concentrent également des propositions intéressantes du point de vue de l'uniformisation des règles sur la formation du contrat de vente avec des aspects de protection du consommateur. Nous en traiterons succinctement (*infra* N 2125 ss). Pour l'essentiel, plus généralement, les exigences relatives à la conclusion du contrat ressortiraient désormais du CESL, en tant que résultat de la conjonction des PECL, des ACQP et du DCFR³⁶⁸⁵. Dans la mesure où les développements du CESL demeurent malgré tout incertains (*infra* N 2123), il se justifie donc (encore) de présenter la réglementation envisagée dans les ACQP (*infra* N 2057 ss) et le DCFR (*infra* N 2086 ss).

2053 Nous présenterons également encore la très récente compilation des droits européens des contrats, édité par JANSEN et ZIMMERMANN, intitulée « **Commentaries on European Contract Laws** » (ECL). Elle constitue à notre connaissance le dernier exemple en date d'une systématisation et d'une présentation, en un seul et même texte, des développements intervenus en matière de droit européen des contrats. Ce projet reste également consécutif aux développements incertains – les auteurs évoquent même un « *collapse* » – liés aux discussions autour de l'adoption du CESL³⁶⁸⁶. Cet ouvrage monumental a

³⁶⁸¹ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 44 s. présentent également la question d'une unification mondiale du droit de la consommation.

³⁶⁸² HEIDERHOFF, N 568 ; SCHULZE/ZOLL, p. 24, qui mentionnent le principe commun de l'accord nécessaire pour la conclusion du contrat.

³⁶⁸³ PICHONNAZ, Les principes en droit européen des contrats, p. 285 : « *le résultat est proche d'un code civil européen qui tairait son nom* » ; SCHULZE/ZOLL, p. 26. Comp. FORNAGE, Mise en œuvre, N 539, qui rappelle que le DCFR s'étend aux matières qui constituent le droit des obligations dans les pays de tradition civiliste.

³⁶⁸⁴ SCHULZE/ZOLL, p. 27.

³⁶⁸⁵ SCHULZE/ZOLL, p. 115.

³⁶⁸⁶ ECL-JANSEN/ZIMMERMANN, General Introduction, N 22 s.

l'avantage de rétablir une vision d'ensemble bienvenue des principaux projets établis ces dernières années, en intégrant les évolutions depuis les PECL jusqu'au CESL³⁶⁸⁷.

En revanche, nous ne présenterons pas les **PECL** (aussi appelés Principes LANDO), publiés en trois étapes (1995, 2000 et 2003)³⁶⁸⁸. Les buts, la structure et la portée envisagée des PECL sont différents par rapport au DCFR et aux ACQP ; pour l'essentiel, les PECL ont été repris dans le DCFR³⁶⁸⁹. Les PECL n'incluent d'ailleurs pas de normes de protection du consommateur³⁶⁹⁰ ou, plus précisément, le fait qu'ils ne contiennent pas l'acquis en matière de protection du consommateur constitue une lacune des PECL³⁶⁹¹. En outre, ROUILLER a déjà étudié l'influence des PECL sur le droit suisse des obligations dans son ouvrage intitulé « droit suisse des obligations et principes du droit européen des contrats ».

Enfin, nous ne présenterons pas non plus le Projet **GANDOLFI** (ou « Code européen des contrats »³⁶⁹²). Son livre premier relatif à la théorie générale des contrats, où est régie la formation du contrat, a été publié antérieurement aux ACQP et au DCFR. En outre, la doctrine reconnaît que, dans la mesure où le texte original du Projet GANDOLFI est le français, il ne jouit vraisemblablement pas de la même considération que les PECL et, surtout, que le DCFR³⁶⁹³.

En conservant une vision au travers du prisme de la protection contractuelle du consommateur, nous aborderons les **ACQP** (II), puis nous intéressons au DCFR (III), au CESL (IV) et, enfin, aux ECL (V).

³⁶⁸⁷ ECL-JANSEN/ZIMMERMANN, Preface.

³⁶⁸⁸ PICHONNAZ, Les principes en droit européen des contrats, p. 282.

³⁶⁸⁹ RISKE, N 382.

³⁶⁹⁰ VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I, p. 15.

³⁶⁹¹ ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 13.

³⁶⁹² PICHONNAZ, Les principes en droit européen des contrats, p. 283.

³⁶⁹³ RISKE, N 404.

II. Acquis Principles (ACQP)

A. Introduction

1. But

2057 Les objectifs principaux des ACQP, établis par le RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, sont l'**ordonnement et la reformulation** des règles existantes au sein du droit privé de l'UE (acquis communautaire)³⁶⁹⁴. Il ne s'agit pas d'une initiative gouvernementale, mais académique³⁶⁹⁵. Actuellement, deux volumes ont vu le jour : le premier porte sur les obligations précontractuelles, la conclusion du contrat et les conditions générales abusives (*Contract I* de 2007), le second sur les règles générales relative à la livraison des biens, le voyage à forfait et les services de paiement (*Contract II* de 2009 qui inclut une version révisée du *Contract I*)³⁶⁹⁶. La parution d'un troisième livre (*Contract III*), reportée à plusieurs reprises, demeure en revanche plus incertaine³⁶⁹⁷.

2058 Les ACQP contiennent des concepts fondamentaux du droit européen commun des contrats. Limités au droit européen des contrats et de la protection du consommateur (cf. art. 1:101(1) et (3) ACQP), ils doivent **permettre de faciliter les recherches de législation et de jurisprudence**³⁶⁹⁸. En tant que l'une des sources du DCFR, ils représentent par ailleurs un outil précieux pour l'élaboration, la transposition et l'interprétation du droit de l'UE (cf. art. 1:101 (2) ACQP)³⁶⁹⁹. Les ACQP devraient également être d'intérêt pour les Tribunaux suisses appelé à interpréter le droit privé de la consommation repris de manière autonome (sur l'adaptation autonome, *supra* N 369 ss)³⁷⁰⁰.

³⁶⁹⁴ SCHULZE/ZOLL, p. 113.

³⁶⁹⁵ RISKE, N 394.

³⁶⁹⁶ PICHONNAZ, Les principes en droit européen des contrats, p. 283 ; SCHULZE/ZOLL, p. 114.

³⁶⁹⁷ RISKE, N 396 ss.

³⁶⁹⁸ HEIDERHOFF, N 568 ; RISKE, N 394 et 399.

³⁶⁹⁹ RISKE, N 399 ; PICHONNAZ, Les principes en droit européen des contrats, p. 283 ; SCHULZE/ZOLL, p. 114 ; VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I, p. 19.

³⁷⁰⁰ MORIN, Influence, p. 27.

2. Systématique

Le deuxième et plus récent volume des ACQP (*Contract II*) est paru en 2009. Il est divisé en **huit chapitres** : une partie introductive (chapitre 1), les devoirs précontractuels (chapitre 2), la non-discrimination (chapitre 3), la formation du contrat (chapitre 4), la révocation (chapitre 5), les clauses non-négociées (chapitre 6), l'exécution des obligations (chapitre 7) et les remèdes en cas d'inexécution (chapitre 8).

2059

Ces huit chapitres réunissent des règles du droit de l'UE inspirées des directives relatives aux contrats et à la protection du consommateur. Leur but est d'intégrer des solutions consacrées sectoriellement afin d'appréhender les relations entre les parties contractantes **dans un contexte de droit général des contrats**³⁷⁰¹. Cinq chapitres contiennent, en sus de règles générales (« *general provisions* »), une seconde partie prévoyant à chaque fois une réglementation spécifique pour certains contrats spéciaux (« *specific provisions* »)³⁷⁰². La réglementation spéciale concerne les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, la livraison de marchandises, le timeshare, le voyage à forfait, le crédit à la consommation et les services de paiement. S'y ajoutent d'autres contrats spéciaux, à l'instar du contrat d'agence commerciale (cf. Chapitre 7, *Specific provisions, Part H*)³⁷⁰³.

2060

L'intégration des règles de protection du consommateur au sein des ACQP se caractérise par une approche soit complémentaire, soit mutuellement exclusive entre les parties « générales » et « spéciales » de chacun des cinq différents chapitres concernés³⁷⁰⁴. Nonobstant l'absence de « *specific provisions* » dans trois chapitres des ACQP (1, 3 et 6), on y retrouve, cela dit, également des règles de protection du consommateur.

2061

B. Dispositions générales

Les dispositions générales (chapitre 1) **définissent** la notion de consommateur (art. 1:201 ACQP) et de professionnel (art. 1:202 ACQP). Elles **fixent**

2062

³⁷⁰¹ ACQP II-SCHULTE-NÖLKE/ZOLL, p. xxiv et xxvi.

³⁷⁰² Les Chapitres 1 (Introduction), 3 (Non-discrimination) et 6 (Clauses non-négociées) ne contiennent pas de partie intitulée « *specific provisions* ». A terme, il ne peut cependant être exclu que ces chapitres soient également complétés en ce sens. A ce sujet, ACQP II-SCHULTE-NÖLKE/ZOLL, p. xxviii.

³⁷⁰³ ACQP II-SCHULTE-NÖLKE/ZOLL, p. xxiv.

³⁷⁰⁴ ACQP II-SCHULTE-NÖLKE/ZOLL, p. xxvi ss.

également le principe du caractère impératif des règles de protection du consommateur (art. 1:203 ACQP), lequel est confirmé dans le texte d'autres dispositions (cf. art. 1:303 ACQP).

2063 Les dispositions générales énoncent par ailleurs le principe selon lequel il s'impose d'observer les **attentes légitimes** (« *legitimate expectations* ») du consommateur (art. 1:201 ACQP). Les ACQP érigent cet élément en tant qu'obligation générale (« *general duty* »), exclusivement pour les relations impliquant un professionnel et un consommateur³⁷⁰⁵.

C. Devoirs d'information précontractuels

1. Conception

2064 Les ACQP représenteraient la **première tentative de systématisation générale** des devoirs³⁷⁰⁶ d'informations précontractuels tels qu'ils ressortent de l'acquis communautaire et des Directives³⁷⁰⁷. Ces devoirs sont en principe destinés à s'appliquer indépendamment de situations contractuelles particulières³⁷⁰⁸. Des devoirs d'information spécifiques restent cependant prévus, afin d'observer les situations où une information particulière s'impose (ex. au sujet de l'existence d'un droit de révocation légal)³⁷⁰⁹. Tant le professionnel que le consommateur sont visés par le champ d'application de l'art. 2:201 ACQP³⁷¹⁰.

2065 Les ACQP énumèrent néanmoins des exigences particulières. Elles sont destinées à l'intention du professionnel et adoptées **en faveur du consommateur « en position de faiblesse »** (« *disadvantaged consumers* », art. 2:203 ACQP), cela en matière de marketing de biens et services (art. 2:202 ACQP), ainsi que des devoirs d'informations (ex. le prix, y compris les frais de livraison). Cette infériorité peut résulter du moyen technique utilisé pour conclure le contrat, de la distance physique entre le professionnel et le consommateur ou encore de la nature de la transaction. Cette manière de procéder englobe, dans une seule et unique disposition, les cas dans lesquels la

³⁷⁰⁵ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, Art. 2:102 N 9.

³⁷⁰⁶ SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 270, qui précisent que les ACQP et le DCFR traitent la délivrance de renseignements comme un devoir et non une obligation.

³⁷⁰⁷ SCHULZE/ZOLL, p. 155.

³⁷⁰⁸ SCHULZE/ZOLL, p. 155 s.

³⁷⁰⁹ SCHULZE/ZOLL, p. 156.

³⁷¹⁰ ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:401 N 3.

position précontractuelle du consommateur mérite d'être protégée³⁷¹¹. Suivent d'autres dispositions protectrices en rapport avec l'information précontractuelle (cf. art. 2:204 à 2:208 ACQP).

Dans la partie spéciale du second chapitre, les ACQP **règlent plus précisément l'information précontractuelle pour certains types de contrats** (cf. art. 2:E-01 pour le contrat de voyages à forfait et art. 2:G-01 pour le service de paiements). Ces règles sont prioritaires – sans qu'il ne s'agisse toutefois d'un véritable rapport de *lex generalis/lex specialis*³⁷¹² – au devoir d'information général en faveur des consommateurs en position de faiblesse (cf. art. 2:203 (2) ACQP ; *supra* N 2065). Si une certaine flexibilité semble de mise, la volonté sous-jacente reste d'éviter de créer de trop nombreux devoirs d'information additionnels à charge du professionnel par rapport au régime général³⁷¹³.

2066

2. Sanction en cas de violation

Les ACQP règlent la sanction en cas de violation du devoir d'information (art. 2:208 ACQP). La **disposition envisage** la prolongation du délai de révocation (1), un effet contractuel dans certaines situations (2) et, indépendamment du fait que le contrat soit conclu ou non, la réparation du dommage du fait de la confiance (« *reliance damage* »), les règles sur le dommage en cas d'inexécution s'appliquant par analogie (3)³⁷¹⁴.

2067

En outre, l'erreur potentielle de la partie bénéficiaire de l'obligation d'information **pourrait entraîner l'adaptation du contrat**, conformément aux attentes légitimes de cette partie. En conséquence, la violation de l'obligation d'information équivaldrait à un véritable cas d'inexécution d'une obligation contractuelle³⁷¹⁵.

2068

³⁷¹¹ ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, art. 2:203 N 17.

³⁷¹² SCHULZE/ZOLL, p. 156.

³⁷¹³ SCHULZE/ZOLL, p. 156 ; ACQP II-TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, art. 2:203 N 20.

³⁷¹⁴ ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:406 N 5.

³⁷¹⁵ SCHULZE/ZOLL, p. 156 s.

D. Conclusion du contrat

- 2069 Les ACQP intègrent tout particulièrement certains **principes de l'acquis communautaire** relatifs à la conclusion du contrat³⁷¹⁶. Le droit privé de l'UE ne contiendrait, cela dit, aucune règle cohérente sur la conclusion du contrat³⁷¹⁷.
- 2070 Le quatrième chapitre est intitulé « formation ». Contrairement au droit suisse, les art. 4:101 ACQP **ne règlent toutefois pas** les vices du consentement sous l'intitulé de la « formation »³⁷¹⁸. La notion semble se limiter à ce qui est généralement qualifié par la doctrine suisse de « conclusion du contrat », à savoir le mécanisme de l'offre et de l'acceptation (cf. art. 4:102 et 4:103 ACQP) et l'accord des parties sur les éléments contractuels (cf. art. 4:101).
- 2071 En rapport avec la conclusion du contrat, les ACQP se caractérisent par **plusieurs réglementations spécifiques pour les contrats impliquant un consommateur**. Ces dispositions sont parfois conçues comme étant impératives au sens de l'art. 1:203 ACQP (cf. art. 4:105 (3) ACQP et 4:107 (3) ACQP). Les ACQP contiennent par ailleurs des solutions spécifiques lorsque le contrat est conclu par la voie électronique (cf. art. 4:104 ACQP, 4:105 ACQP et 4:110 ACQP).
- 2072 En l'absence d'adoption d'une loi sur le **commerce électronique** (*supra* N 1852), et en parallèle aux règles générales du CO, le droit suisse appréhende expressément la phase de la « conclusion du contrat par voie électronique » dans la LCD uniquement (cf. art. 3 al. 1 let. s LCD). Or, la nature distincte de la LCD par rapport au droit des obligations reste susceptible de soulever des interrogations quant à la conclusion effective du contrat ; est-il conclu lorsque le fournisseur ne confirme pas la commande du consommateur intervenue par voie électronique (cf. art. 3 al. 1 let. s ch. 4 LCD ; sur les sanctions de nature contractuelle d'une violation de la LCD, *supra* N 190 ss)³⁷¹⁹ ? Les ACQP prévoient à cet égard que la partie qui ne reçoit pas la confirmation d'une commande adressée au moyen d'un formulaire

³⁷¹⁶ SCHULZE/ZOLL, p. 113.

³⁷¹⁷ ECL-CHRISTANDL, Introduction before art. 2:101, N 6.

³⁷¹⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, N 90 considèrent que la formation du contrat s'entend des art. 1-40 CO. Plus nuancés, TERCIER/PICHONNAZ, N 468 estiment que la formation du contrat est appréhendée par les art. 1 à 31 CO.

³⁷¹⁹ LANGER cité in : MARCHAND, Commerce électronique, p. 15 considère que « le contrat est conclu par le silence selon l'art. 6 CO en l'absence de confirmation de commande du fournisseur ». *Contra*, CR LCD-WERRO/CARRON, art. 3 al. 1 let. s N 39.

standardisé sur Internet peut retirer son offre ou son acceptation, voire même demander des dommages-intérêts (art. 4:110 (2) ACQP)³⁷²⁰.

En matière d'envoi **de choses et de services non commandés**, les ACQP contiennent une règle similaire à l'art. 6a CO (art. 4:106 ACQP ; é.g. *Infra* N 2076). Contrairement à l'art. 6a CO, cependant, la réglementation concerne également expressément les services non sollicités (comp. art. 27 Directive 2011/83/UE sous la « vente forcée »)³⁷²¹. Elle se caractérise en outre par une mention expresse de son caractère consumériste. Une telle précision a l'avantage d'écarter d'emblée toute controverse s'agissant de la qualification de la disposition en tant que règle spécifique de protection du consommateur³⁷²².

2073

Une autre règle intéressante prévue par les ACQP se rapporte aux **déclarations précontractuelles des tierces parties** (« *pre-contractual statements by third parties* »). Il s'agit de certaines personnes externes à la relation contractuelle directe entre le professionnel et le consommateur (art. 4:108 ACQP). En effet, le processus consumériste ne se limite pas à une seule étape, mais connaît souvent, en amont, l'intervention d'autres professionnels, singulièrement des producteurs, des importateurs ou d'autres fournisseurs³⁷²³. Dans certaines situations, il serait dès lors possible d'intégrer directement, dans le contrat de consommation individuel et concret, des informations publicitaires, de marketing et d'étiquetage fournis par un autre professionnel. Le mécanisme est utile lorsque ces informations ne correspondent pas au produit que le consommateur reçoit finalement. Le cas échéant, cela lui octroie un moyen contractuel complémentaire pour obtenir le respect de ses droits³⁷²⁴. La présomption est motivée par la complexité de la chaîne de distribution³⁷²⁵. Le professionnel est protégé contre l'intégration de telles informations dans « son » contrat s'il démontre qu'il n'était et ne pouvait raisonnablement être au courant de la déclaration de la tierce partie³⁷²⁶.

2074

³⁷²⁰ ACQP II-LEHMANN, art. 4:110 N 8 et 12, qui précise que les contrats conclus au moyen d'une communication électronique individuelle entre parties (ex. échanges d'e-mails) ne sont pas concernées par cette réglementation.

³⁷²¹ CR CO I-MORIN, art. 6a N 6 : « *CO 6a ne règle pas le problème de la fourniture de services non commandés [...]* ».

³⁷²² ACQP II-SCHULZE, art. 4:106 N 4.

³⁷²³ ACQP II-SCHULZE, art. 4:108 N 8.

³⁷²⁴ ACQP II-SCHULZE, art. 4:108 N 6.

³⁷²⁵ ACQP II-SCHULZE, art. 4:108 N 8.

³⁷²⁶ ACQP II-SCHULZE, art. 4:108 N 5 s. précise que l'art. 4:108 ACQP s'applique en complément à l'art. 4:107 (I) (a) ACQP. Cette dernière disposition exclut de faire supporter au professionnel ces informations si le consommateur était ou pouvait raisonnablement être

1. Accord des parties

2075 Les art. 4:101 ss ACQP règlent la « **formation du contrat** ». Ils envisagent, en particulier, l'accord entre les parties (art. 4:101 ACQP), la conclusion du contrat (art. 4:102 ACQP), l'offre et les déclarations publiques (art. 4:103 ACQP), ainsi que les biens et services non sollicités (art. 4:106 ACQP, directement *infra* N 2076).

2. Biens et services non sollicités

2076 L'art. 4:106 ACQP énonce le principe selon lequel **aucune obligation ne naît à la charge du consommateur** en l'absence de réponse à une livraison ou à la fourniture d'un bien ou d'un service non sollicités (comp. l'art. 6a CO qui serait limité à l'envoi de choses non commandées, ég. *supra* N 1895 et 2073)³⁷²⁷. Au niveau de l'UE, l'origine du principe – de l'interdiction – remonterait aux premiers développements de la protection du consommateur intervenus au milieu des années 1970 (*supra* N 394 ss)³⁷²⁸.

E. Droit de révocation

2077 Au niveau européen, les ACQP (chapitre 5) ont été le **premier texte** à proposer des règles générales sur l'exercice et les effets du droit de révocation, ainsi que des règles spécifiques adaptées aux particularités de certains contrats³⁷²⁹.

2078 Le but des règles générales est de s'appliquer à l'ensemble des droits de révocation³⁷³⁰. D'emblée, les ACQP stipulent le caractère impératif du droit de révocation (art. 5:101 ACQP). Ce droit ne dispose toutefois **pas d'un véritable caractère général**, en ce sens qu'il s'appliquerait à l'ensemble des relations contractuelles³⁷³¹. Sa portée est expressément limitée aux cas où l'une des

au courant de leur caractère incorrect. Voir l'ex. donné par ACQP II-SCHULZE, art. 4:108 N 11.

³⁷²⁷ SCHULZE/ZOLL, p. 134 et 136 s. Comp. ECL-CHRISTANDL, art. 2:204 N 1.

³⁷²⁸ SCHULZE/ZOLL, p. 134 en réf. à la Résolution du Conseil, du 14.04.1975, concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs (JO C 92/1 du 25.04.1975) et son annexe (JO C 92/2 du 24.04.1975), p. 6.

³⁷²⁹ SCHULZE/ZOLL, p. 174 et 179. Critique ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 27 et ECL-HELLWEGE, Appendix II to art. 2:501, N 27.

³⁷³⁰ SCHULZE/ZOLL, p. 179.

³⁷³¹ ACQP II-MØGELVANG-HANSEN/TERRY/SCHULZE, art. 5:101 N 7.

parties – donc pas exclusivement le consommateur – dispose *ex lege* d'un tel droit. A cet égard, l'application de l'art. 16 Projet CO 2020 est potentiellement plus large. Nous l'avons vu (*supra* N 2013 ss), la disposition bénéficie à « *celui qui conclut un contrat de consommation sans pouvoir suffisamment évaluer la prestation qui lui est proposée ou les risques liés à celle-ci* »³⁷³².

Les ACQP règlent également **l'exercice du droit de révocation** (art. 5:102 ACQP)³⁷³³. A la différence de l'art. 11 al. 1 et 3 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs et de l'art. 41 al. 2 et 3 CESL, l'art. 5:102 ACQP précise expressément que le fait de retourner les biens doit en principe être considéré comme une déclaration non équivoque de la volonté de révoquer le contrat³⁷³⁴. Les dispositions qui suivent stipulent un délai de révocation de quatorze jours (art. 5:103 ACQP), l'obligation d'information sur le droit (art. 5:104 ACQP), les effets de la révocation (art. 5:105 ACQP), ainsi que les conséquences de la révocation sur les contrats liés (art. 5:106 ACQP).

2079

La partie **contenant des règles spéciales** contient une réglementation particulière pour certaines situations spécifiques, en particulier pour les contrats conclus « hors d'un établissement commercial » (art. 5:201 ACQP). Cette manière de concevoir la réglementation ne doit pas faire perdre de vue que la protection recherchée reste large. Les ACQP établissent ainsi une catégorie commune englobant les contrats conclus hors établissement – soit en principe ceux où les parties sont présentes physiquement – et ceux conclus à distance – soit sans présence physique simultanée des parties³⁷³⁵.

2080

Enfin, une **(longue) liste d'exceptions** où le droit de révocation ne s'applique pas est prévue. Elle ne concerne toutefois pas les services financiers ni, vraisemblablement, tous les contrats d'assurance (comp. art. 5:A-01 (1) ACQP et art. 5:A-01 (3) ACQP et art. 40a al. 3 CO)³⁷³⁶.

2081

³⁷³² CO 2020-PROBST, art. 16 N 4 mentionne aussi les acteurs à la relation contractuelle consomériste.

³⁷³³ SCHULZE/ZOLL, p. 179 précisent que ces règles générales ont été conçues pour s'appliquer à l'ensemble des droits de révocation.

³⁷³⁴ SCHULZE/ZOLL, p. 180.

³⁷³⁵ SCHULZE/ZOLL, p. 178.

³⁷³⁶ ACQP II-MØGELVANG-HANSEN/TERRYN/SCHULZE, art. 5:A-01 N 9 ss. Pour le contrat d'assurance, mais dans l'optique de l'art. 5:101 ACQP, ACQP II-MØGELVANG-HANSEN/TERRYN/SCHULZE, art. 5:101 ACQP N 7.

F. Clauses non négociées

- 2082 Le sixième chapitre des ACQP réglemente les termes contractuels non négociés. Le régime proposé consacre une **protection générale** contre l'utilisation de clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle (art. 6:101 (1) ACQP et 6:202 ACQP)³⁷³⁷.
- 2083 Les ACQP ne contiennent **pas uniquement une réglementation consumériste**. Seules quelques règles concernent d'ailleurs spécifiquement les contrats de consommation (art. 6:101 (2) ACQP, 6:201 (4), 6:304 et 6:305 ACQP)³⁷³⁸ ; c'est notamment le cas du contrôle de loyauté des clauses abusives³⁷³⁹. Similairement à l'art. II.-9:409 DCFR, l'art. 6:304 ACQP contient par ailleurs une norme interdisant les clauses de juridiction exclusive au détriment du consommateur (comp. art. 32 CPC)³⁷⁴⁰.
- 2084 Par rapport au régime dualiste du droit suisse en matière de conditions générales (*supra* N 1642), le régime proposé par les ACQP paraît **plus compact**³⁷⁴¹. Aussi, et toujours contrairement au droit suisse, les ACQP connaissent une liste de clauses abusives (art. 6:304 ACQP) et une liste de clauses potentiellement abusives (art. 6:305 ACQP).

G. Exécution des obligations et remède en cas d'inexécution

- 2085 Les deux derniers chapitres des ACQP *Contract II* (*supra* N 2057) **ne concernent plus à proprement parler la formation du contrat**, mais l'exécution des obligations (art. 7:101 ss ACQP) et les remèdes en cas d'inexécution (art. 8:101 ss ACQP). Comme pour les chapitres précédents, on rencontre également des règles de protection du consommateur intégrées directement au sein de règles générales (cf. art. 7:201 (3) ACQP, 7:G-14 ACQP, 8:B-01 ACQP).

³⁷³⁷ ECL-VOGENAUER, art. 5:104 N 2.

³⁷³⁸ ACQP II-PFEIFFER/EBERS, art. 6:101 N 6 et 8.

³⁷³⁹ ECL-JANSEN, art. 6:201 N 9 : « *The most concise formulation of the fairness test's core can be found in the ACQP (where, though, it is designed to apply only to consumer contracts)* ».

³⁷⁴⁰ ECL-JANSEN, art. 6:202 N 7.

³⁷⁴¹ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 72 ss.

III. Draft Common Frame of Reference (DCFR)

A. Introduction

1. But

Le DCFR est parfois décrit comme étant le **projet le plus ambitieux d'unification du droit privé en Europe**³⁷⁴². Il entend en tout cas appréhender de nombreux domaines du droit privé et servir de modèle³⁷⁴³. Ce texte est d'initiative purement privée, mais son rôle est de servir d'avant-projet pour l'élaboration d'un modèle politique d'uniformisation du droit privé³⁷⁴⁴. Les ACQP (*supra* N 2057 ss) sont l'une des sources importantes du DCFR.

2086

Le DCFR **contient** de nombreuses définitions (cf. art. I.-1:108 DCFR)³⁷⁴⁵. En particulier, le projet définit les notions de professionnel (art. I.-1:105(2) DCFR), de consommateur (art. I.-1:105(1) DCFR), de terme contractuel standardisé (art. II.-1:109 DCFR), d'absence de négociation individuelle (art. II.-1:110 DCFR) ou encore de révocation (art. II.-5:101 ss DCFR)³⁷⁴⁶.

2087

2. Systématique

La version la plus récente du DCFR est accompagnée de commentaires et de notes relatives aux droits nationaux, au droit de l'UE et au droit international. Elle est parue en 2009 et est divisée en dix livres, lesquels sont publiés parmi **six volumes**³⁷⁴⁷.

2088

³⁷⁴² RISKE, N 405.

³⁷⁴³ VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I, p. 19, qui précisent que les rédacteurs du DCFR se sont également fondés sur les ACQP.

³⁷⁴⁴ RISKE, N 408 s.

³⁷⁴⁵ Pour les différentes définitions, VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I, p. 65 ss. RISKE, N 409 et 453 rappelle que des considérations terminologiques sont utiles afin de « d'identifier une fois pour toutes la fonctionnalité du terme utilisé ». Sur la nécessité de définitions communes claires et précises, CARBASSE, N 4 : [...] *il faut d'emblée souligner cette exigence de précision qui s'attache, dans tous les systèmes juridiques, aux mots du droit. Si le droit exige de ceux qui le pratiquent un grand esprit de finesse, il recourt néanmoins à des techniques rigoureuses, qui nécessitent un vocabulaire précis. L'obscurité est la première ennemie du juriste [...]* ».

³⁷⁴⁶ VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume I, p. 82.

³⁷⁴⁷ ALPA, p. 107 ; RISKE, N 406 et 414 s.

- 2089 Les dix livres réunissent chacun des **règles dites « modèles » et couvrant de nombreux domaines**. Le DCFR ne réglemente toutefois pas la capacité juridique des personnes physiques, les successions, les questions matrimoniales et familiales, les papiers-valeurs, le droit des sociétés, du travail ou encore les droits réels immobiliers³⁷⁴⁸. Le DCFR ne contient pas non plus de réglementation du crédit à la consommation. Sa phase finale d'élaboration a en effet coïncidé avec l'adoption de la Directive 2008/48/CE sur le crédit aux consommateurs, ce qui empêcha d'en tenir compte³⁷⁴⁹.
- 2090 Systématiquement, le DCFR ne connaît **pas de section spécialement dédiée au droit de la consommation**. Il intègre des dispositions y relatives directement au sein des règles générales (approche intégrative, *infra* N 2131 ss), approche intégrative). Le DCFR entendrait ainsi appréhender plus largement les rapports entre une partie faible et une partie forte que sous le seul angle de la protection du consommateur (contrats dits asymétriques)³⁷⁵⁰.

B. Dispositions générales

- 2091 Nous l'avons dit (*supra* N 2087), les dispositions générales du DCFR **définissent** les notions de « consommateur » (« *consumer* ») et d'entreprise (« *business* ») aux art. I.-1:105 DCFR. Les prescriptions générales relatives aux contrats et aux autres actes juridiques (art. II.-1:101 ss DCFR) précisent la notion de termes standardisés (art. II.-1:109 DCFR), respectivement de ceux n'étant pas individuellement négociés (art. II.-1:110 DCFR).

C. Devoirs d'information

1. Conception

- 2092 Du point de vue des devoirs d'information (art. II.-3:101 à II.-3:108 DCFR), la structure du DCFR serait plus traditionnelle que celle des ACQP ; elle se rattache plutôt **à un type particulier de contrat**³⁷⁵¹.
- 2093 Le DCFR impose quoi qu'il en soit à toute entreprise proposant des marchandises, d'autres biens ou des services de fournir à son partenaire

³⁷⁴⁸ RISKE, N 413 et 415.

³⁷⁴⁹ VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE et al., DCFR Outline Edition, p. 45 ; RISKE, N 415.

³⁷⁵⁰ ALPA, p. 107.

³⁷⁵¹ SCHULZE/ZOLL, p. 156.

contractuel (consommateur ou professionnel) les informations que ce dernier peut **raisonnablement attendre** (« *reasonably expect* » ; art. II.-3:101 DCFR).

Le devoir d'information est par ailleurs **accru face aux consommateurs** (art. II.-3:102 DCFR) avec, en particulier, l'interdiction de fournir des informations trompeuses (art. II.-3:102(1) DCFR)³⁷⁵². Le DCFR règle également la clarté et la forme de l'information (art. II.-3:106 DCFR), l'information quant au prix et aux charges additionnelles (art. II.-3:107 DCFR), ainsi que celle portant sur l'adresse et l'identité du professionnel (art. II.-3:108 DCFR).

2094

En outre, le DCFR contient des **devoirs d'information spécifiques pour des situations particulières** (art. II.-3:103 à II.-3:105 DCFR ; cf. ég. art. II.-3:106(4) DCFR). Tel est le cas lorsque le consommateur est particulièrement désavantagé (art. II.-3:103 DCFR) ou qu'il est contacté par un moyen de communication à distance en temps réel (art. II.-3:104 DCFR). Indépendamment du rôle spécifique du destinataire des marchandises, biens ou services, des devoirs d'information spécifiques sont encore prévus en cas de formation du contrat par la voie électronique sans communication individuelle entre les parties (art. II.-3:105 DCFR)³⁷⁵³.

2095

2. Sanction en cas de violation

Pour l'essentiel, les sanctions prévues par le DCFR en cas de violation d'un devoir d'information (art. II.-3:109 DCFR) sont **très similaires à celles des ACQP** (*supra* N 2067 s.)³⁷⁵⁴.

2096

En cas de conclusion du contrat, la violation du devoir d'information peut constituer une inexécution des obligations contractuelles (« *non-performance of contractual obligations* »)³⁷⁵⁵.

2097

Le DCFR prévoit en outre une règle particulière relative à la violation du devoir d'information, ce **dans le contexte des vices du consentement** (art. II.-7:201 let. b ch. iii DCFR)³⁷⁵⁶.

2098

³⁷⁵² VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume 1, p. 206.

³⁷⁵³ SCHULZE/ZOLL, p. 156.

³⁷⁵⁴ ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:406 N 6.

³⁷⁵⁵ VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume 1, p. 236 s.

³⁷⁵⁶ SCHULZE/ZOLL, p. 157 ; VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume 1, p. 461.

D. Conclusion du contrat

2099 S'agissant de la conclusion du contrat, le DCFR propose une **synthèse très complète** de principes obtenus sur la base de l'approche comparative et de celle fondée sur l'acquis communautaire³⁷⁵⁷. Il en ressort l'absence de dispositions spécifiques pour la protection du consommateur, au profit d'une réglementation à tendance générale.

1. Accord des parties

2100 Le DCFR fixe les **exigences minimales** nécessaires à la conclusion du contrat (art. II.-4:101 DCFR ; comp. art. 30 CESL). Il règle également les conditions dans lesquelles l'accord est suffisant, ce qui est notamment le cas lorsque les termes du contrat ont été suffisamment définis ou que les parties se sont entendues sur un élément spécifique (art. II.-4:103 DCFR).

2101 L'**intention de conclure** se détermine d'après les déclarations ou le comportement d'une partie tels qu'il sont raisonnablement compris par l'autre partie (art. II.-4:102 DCFR). Le critère de la « compréhension raisonnable » témoigne de l'importance d'une approche fondée sur le principe de la confiance (*supra* N 41 ss)³⁷⁵⁸.

2102 **En outre**, le DCFR contient une disposition sur la clause d'intégration (art. II.-4:104 DCFR), notamment une présomption d'intégration – de nature impérative – lorsque ladite clause n'a pas été individuellement négociée (art. II.-4:104(2) DCFR³⁷⁵⁹). La modification des termes contractuels dans une forme spécifique est par ailleurs également réglée (art. II.-4:105 DCFR).

2103 La section 2 du livre 2 DCFR concerne la thématique de l'offre et de l'acceptation (art. II.-4:201 à II.-4:211 DCFR). Le projet se fonde sur le **modèle traditionnel de conclusion du contrat**, selon lequel l'offre est suivie d'une acceptation (art. II.-4:201 DCFR).

³⁷⁵⁷ SCHULZE/ZOLL, p. 113 s. précisent que le CESL (*infra* N 2120 ss) poursuit dans cette voie de synthèse.

³⁷⁵⁸ Comp. VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume 1, p. 274.

³⁷⁵⁹ Il est intéressant de rappeler la teneur de l'art. II.-4:104(2) DCFR : « *if the merger clause is not individually negotiated it establishes only a presumption that the parties intended that their prior statements, undertakings or agreements were not to form part of the contract. This rule may not be excluded or restricted* ». Comp. Commentaire CESL-GEBAUER, Vorbem. zu art. 30 ff. N 8, qui précise qu'une réglementation de la clause d'intégration ne se retrouve pas expressément dans le CESL.

Le DCFR **traite ensuite** du retrait de l'offre (art. II.-4:202 DCFR) en disposant, en particulier, que ce retrait est toujours possible, même si un retrait du contrat est possible en application d'un droit légal de révocation (art. II.-4:202(4) DCFR)³⁷⁶⁰. Suivent des dispositions sur le rejet de l'offre (art. II.-4:203 DCFR), ainsi que sur l'acceptation, mentionnant le principe selon lequel le silence ou l'inaction n'équivalent, en tant que tels, pas à une acceptation (art. II.-4:204 DCFR ; comp. art. II.-4:205(2) et (3) DCFR)³⁷⁶¹. 2104

Les trois dispositions qui suivent fixent des **règles « temporelles »** liées au processus de conclusion du contrat. Ainsi, le DCFR encadre le moment de la conclusion du contrat (art. II.-4:205 DCFR), la limite temporelle pour l'acceptation (art. II.-4:206 DCFR), ainsi que la situation en cas d'acceptation tardive (art. II.-4:207 DCFR). Dans ce prolongement, la déclaration d'acceptation modifiée est encore traitée (art. II.-4:208 DCFR). 2105

Suivent encore deux dispositions **d'importance directe (très) limitée pour les consommateurs** : le conflit de clauses préformulées (art. II.-4:209 DCFR) et la confirmation formelle du contrat conclu entre professionnels (art. II.-4:210 DCFR). 2106

L'approche du DCFR n'est toutefois pas aussi formaliste qu'elle y paraît à première vue. Le projet décrit expressément la possibilité qu'un contrat soit conclu **autrement que par l'échange d'une offre et d'une acceptation** (art. II.-4:211 DCFR)³⁷⁶². 2107

2. Biens et services non sollicités

Le DCFR prévoit également une réglementation relative à l'envoi de biens et services non sollicités au consommateur (art. II.-3:401 DCFR) ; **aucun contrat ou aucune obligation contractuelle** ne prend naissance en cas de silence opposé par le consommateur à un tel envoi³⁷⁶³. Cela étant, cette disposition serait excessivement compliquée par rapport à l'art. 4:106 ACQP (*supra* N 2076)³⁷⁶⁴. 2108

Ce principe **se retrouve** quoi qu'il en soit plus spécifiquement dans le contexte de l'acquisition et de la perte de la propriété sur des biens (art. VIII- 2109

³⁷⁶⁰ VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume 1, p. 303.

³⁷⁶¹ VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume 1, p. 310.

³⁷⁶² SCHULZE/ZOLL, p. 123 ; VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume 1, p. 292 et 337.

³⁷⁶³ VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume 1, p. 259 s.

³⁷⁶⁴ ECL-CHRISTANDL, art. 2:204 N 16.

2:304 DCFR). Implicitement, on le retrouve également parmi les règles sur les « autres actes juridiques » (art. II.-4:303 DCFR).

E. Droit de révocation

- 2110 Le DCFR propose également des **règles générales** sur l'exercice et l'effet du droit de révocation, ainsi que des règles spécifiques adaptées aux particularités de certains contrats³⁷⁶⁵.
- 2111 Concrètement, le chapitre 5 du livre 2 du DCFR traite du droit de révocation (art. II.-5:101 à II.-5:202 DCFR). L'application de ces dispositions impératives **suppose l'existence d'un droit de révocation légal pour l'une des parties**³⁷⁶⁶. Quant à l'effectivité de la révocation, elle s'analyserait en fonction du principe de la réception (cf. art. I.-1:109(3) DCFR), tandis que son exercice dans les délais s'évaluerait à l'aune du principe d'expédition³⁷⁶⁷.
- 2112 L'**information** sur le droit de révocation doit par ailleurs être claire et intelligible (art. II.-5:104 DCFR)³⁷⁶⁸. Comme l'art. 5:103(1) ACQP, l'art. II.-5:103(3) DCFR envisage la conséquence de l'absence d'information sur le droit, à savoir la limitation de la période de révocation à une année après la conclusion du contrat³⁷⁶⁹. La réglementation proposée serait aisément compréhensible pour les consommateurs³⁷⁷⁰.
- 2113 S'agissant encore des **effets de la révocation**, ceux-ci sont décrits de manière relativement détaillée dans le DCFR ; ils déploient une portée générale pour tous les droits de révocation (art. II.-5:105(1) DCFR). Pour les effets concrets de la révocation, le DCFR renvoie toutefois aux règles sur la restitution figurant au livre III (art. II.-5:105(2) DCFR)³⁷⁷¹.

³⁷⁶⁵ Comp. SCHULZE/ZOLL, p. 174 et p. 179. Critique, ECL-HELLWEGE, Appendix II to art. 2:501, N 27.

³⁷⁶⁶ VON BAR/CLIVE, DCFR Full Edition Volume 1, p. 344 s.

³⁷⁶⁷ SCHULZE/ZOLL, p. 180.

³⁷⁶⁸ SCHULZE/ZOLL, p. 180 s.

³⁷⁶⁹ SCHULZE/ZOLL, p. 182 précisent que les art. 10 al. 1 Directive 2011/83/UE et 42 al. 2 let. b CESL se sont inspirés de ces propositions, avec la différence qu'elles permettent, le cas échéant, un délai maximal de révocation d'un an et quatorze jours si le droit est exercé le dernier jour du délai d'une année.

³⁷⁷⁰ ECL-HELLWEGE, art. 2:502 N 3.

³⁷⁷¹ SCHULZE/ZOLL, p. 182, qui indiquent que le CESL n'a pas suivi cette approche.

F. Interprétation des contrats

Le DCFR consacre une partie spécifique à l'interprétation des contrats (art. II.-8:101 ss DCFR). Il rappelle l'importance de l'**intention commune des parties** (art. II.-8:101 (I) DCFR). Subsidiairement, il se réfère à la compréhension du contrat par une personne raisonnable (art. II.-8:101 (3) DCFR). Le DCFR observe par ailleurs le comportement subséquent des parties (art II.-8:102 (I) (b) DCFR). 2114

La réglementation expresse de la règle de la clause ambiguë (art. II.-8:103 DCFR qui vise tant les clauses non individuellement négociées que les clauses établies sous l'influence dominante de l'une des parties) et la cristallisation de la priorité donnée aux termes négociés (art. II.-8:104 DCFR) **doivent également être relevés**. 2115

G. Contenu du contrat

Du point de vue du contenu du contrat, le DCFR consacre une section entière aux **clauses contractuelles abusives** (« *unfair terms* » ; art. II.-9:401 ss DCFR). 2116

En particulier, le projet contient une réglementation concernant les **clauses présumées abusives** dans les contrats de consommation (art. II.-9:410 DCFR). Cette dernière disposition représente une version révisée de l'art. 6:305 ACQP et donne la préférence à une liste de clauses présumées abusives (« *grey list* »)³⁷⁷². Similairement à l'art. 6:304 ACQP, l'art. II.-9:409 DCFR contient en outre une norme interdisant (« *black list* ») les clauses de juridiction exclusive au détriment du consommateur³⁷⁷³. 2117

Enfin, la **règle de l'accessibilité** est expressément mentionnée pour les clauses non-négociées (art. II.-9:103 DCFR). 2118

Du point de vue des projets d'uniformisation, nous présentons encore la **proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente** (IV) ; elle est plus spécifique que les ACQP et le DCFR et nous n'en traiterons que succinctement. 2119

³⁷⁷² ECL-JANSEN, art. 6:202 N 1 précise que l'art. II.-9:409 DCFR correspond à l'art. 6:304 ACQP et N 3.

³⁷⁷³ ECL-JANSEN, art. 6:202 N 7.

IV. Proposition de règlement relatif à un droit commun de la vente (CESL)

- 2120 La Proposition de Règlement de la Commission européenne relative à un droit européen commun de la vente (*Common european sales law*, CESL), qui date de 2011, est une autre tentative de rapprochement et d'unification des législations³⁷⁷⁴. Elle demeure (très) largement inspiré des PECL et du DCFR (*supra* N 2086 ss)³⁷⁷⁵ et est conçue comme un **instrument politique optionnel d'harmonisation horizontale** visant à uniformiser le droit des contrats de vente et, en particulier, à réduire les coûts liés aux transactions transfrontalières³⁷⁷⁶. Le but est la mise en place d'un régime autonome totalement harmonisé à la disposition des parties³⁷⁷⁷.
- 2121 Un niveau de protection élevé des consommateurs observant et intégrant l'acquis communautaire est par ailleurs recherché. Le CESL s'appliquerait cependant également aux contrats conclus avec des PME³⁷⁷⁸. Son intégration à la convention des parties conserverait un **caractère facultatif** (système dit « *opt-in* »³⁷⁷⁹), y compris en cas de contrat passé entre un professionnel et un consommateur³⁷⁸⁰. Dans l'éventualité d'une intégration – facultative – dans un tel contrat, l'application du CESL devrait s'envisager dans toute son étendue³⁷⁸¹.
- 2122 Certes limité au contrat de vente, CESL **n'en contient pas moins des règles complètes** sur l'information précontractuelle (art. 13 ss ; cf. art. 69 pour les clauses découlant de certaines déclarations contractuelles), la conclusion du contrat (art. 30 ss), le droit de rétractation de l'acheteur-consommateur (art. 40 ss), l'erreur (art. 48), le dol (art. 49), les menaces (art. 50), l'exploitation déloyale (art. 51) ou encore l'interprétation du contrat (art. 58 ss)³⁷⁸².
- 2123 Dans un premier temps, la communauté scientifique et le Parlement européen accueillirent favorablement la Proposition³⁷⁸³. Elle rencontra toutefois

³⁷⁷⁴ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final. MEDICUS/PETERSEN, N 47.

³⁷⁷⁵ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 22.

³⁷⁷⁶ RISKE, N 305, 307 et 313.

³⁷⁷⁷ RISKE, N 308.

³⁷⁷⁸ MEDICUS/PETERSEN, N 47.

³⁷⁷⁹ MEDICUS/PETERSEN, N 47.

³⁷⁸⁰ RISKE, N 308.

³⁷⁸¹ RISKE, N 312.

³⁷⁸² MEDICUS/PETERSEN, N 47 ; SCHULZE/ZOLL, p. 114.

³⁷⁸³ NK BGB-SCHULZE, Vor §§ 145-147 N 3.

rapidement des critiques de la part des Etats membres³⁷⁸⁴ et fut finalement retirée à la fin de l'année 2014³⁷⁸⁵. La Commission décida de l'adapter dans son programme de travail 2015 « *afin d'exploiter pleinement le potentiel du commerce électronique dans le marché unique européen* »³⁷⁸⁶. **Par rapport à la première version du CESL**, le champ d'application s'en trouva considérablement réduit³⁷⁸⁷. Ce « CESL II » resterait un instrument optionnel (*supra* N 2121). Pour certains, il augurerait la mise en place d'une réglementation uniforme de la conclusion du contrat par voie électronique et, partant, un droit européen commun pour les contrats à distance transfrontaliers passés sur Internet, ainsi que la mise à disposition de contenus numériques³⁷⁸⁸.

Nous devons encore évoquer ici le (très) récent projet académique intitulé « **Commentaries on European Contract Laws** » (V).

2124

V. Commentaries on European Contract Laws

Les origines de la compilation (C)ECL (« *Commentaries on European Contract Laws* »), parue en 2018, remontent à 2010. Ce projet académique d'origine allemande **compare, observe et synthétise les principaux projets et textes d'uniformisation du droit européen des contrats**, à savoir les PECL, les PICC, la CVIM, les ACQP, le DCFR, les PCC, la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, l'Etude de faisabilité d'un droit européen des contrats réalisé à la demande de la Commission européenne (FS), ainsi que le CESL³⁷⁸⁹.

2125

Systématiquement, le chapitre 2 ECL concerne la formation du contrat. Il est divisé en cinq sections. La première contient des dispositions générales, la seconde vise l'offre et l'acceptation, la troisième la responsabilité pour les négociations, la quatrième les obligations d'information précontractuelles et la cin-

2126

³⁷⁸⁴ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 22 ; NK BGB-SCHULZE, Vor §§ 145-147 N 3.

³⁷⁸⁵ MEDICUS/PETERSEN, N 47.

³⁷⁸⁶ COM (2014) 910 final, annexe II, N 60. NK BGB-SCHULZE, Vor §§ 145-147 N 3.

³⁷⁸⁷ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 22.

³⁷⁸⁸ NK BGB-SCHULZE, Vor §§ 145-147 N 3. Comp. MEDICUS/PETERSEN, N 47, qui rappellent que la stratégie de la Commission pour un marché unique numérique (« *Strategie für den digitalen Binnenmarkt* ») a conduit, le 09.12.2015, à la proposition de deux Directives concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique (COM(2015) 634 final) et de contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens (COM(2015) 635 final). Moins optimistes, BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 22.

³⁷⁸⁹ ECL-JANSEN/ZIMMERMANN, General Introduction, N 1 ss. Au N 20, les auteurs précisent que la FS constituait la base pour la proposition CESL publiée en octobre 2011.

quième le droit de révocation en cas de contrat conclu à distance ou hors établissement. Le chapitre 5 concerne l'interprétation du contrat, le chapitre 6 son contenu et ses effets (cf. la section 2 qui concerne les « *unfair contract terms* »).

2127

Le Commentaire ECL constitue, à notre sens, un **outil très précieux** pour le juriste désireux d'obtenir une vision d'ensemble du droit européen des contrats. Du point de vue de la protection du consommateur, il est significatif de constater que la matière est traitée au sein des autres dispositions et sans qu'elle ne soit considérée comme un corps (totalement) étranger (sur l'approche intégrative, *infra* N 2131 ss). Dans la mesure où les ECL sont parus très récemment, nous ne les présenterons toutefois pas ici en profondeur, mais les intégreront, en particulier, au stade de nos différentes propositions du point de vue de la formation du contrat de consommation (*infra* N 2219 ss).

Chapitre 15 : Systématique d'une réglementation sur la formation du contrat de consommation

Du point de vue de la systématique d'une réglementation sur la formation du contrat de consommation, nous traiterons d'abord des **conceptions législatives** (I) à la source de l'intervention en faveur du consommateur, avant de fournir une évaluation critique du droit de la consommation (II). Nous présenterons ensuite le lien entre les normes de protection du consommateur et le droit général des obligations en Suisse (IV), avant de fournir nos propositions (V).

2128

I. Conceptions législatives

A tout le moins d'un point de vue européen, il paraît exister **trois manières d'envisager les rapports** entre notamment le droit civil, plus particulièrement le droit général des obligations, singulièrement les règles sur la formation du contrat, et le droit (contractuel) de la consommation³⁷⁹⁰. On les retrouve au travers des ordres juridiques des Etats membres de l'UE³⁷⁹¹, ceux-ci restant par ailleurs libres de choisir les modalités concrètes de transposition d'une Directive de protection du consommateur dans leurs droits nationaux respectifs. Sur la manière de façonner, à l'interne, le droit contractuel de la consommation, il n'existe dès lors pas d'harmonisation définitive entre les Etats membres ; l'approche suivie refléterait bien plus le stade d'évolution de la matière, sans que l'une d'entre elles ne semble (encore ?) préférable³⁷⁹².

2129

La transposition peut intervenir au sein de la codification civile générale, dans une loi spéciale ou encore dans un Code de la consommation (« *Verbrauchergesetzbuch* »)³⁷⁹³. On distingue à ce titre entre l'**approche intégrative** (A), l'approche codificative ou spécifique (B) et l'approche

2130

³⁷⁹⁰ ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 26.

³⁷⁹¹ VON VOGEL, p. 227 ss.

³⁷⁹² VON VOGEL, p. 284.

³⁷⁹³ Du point de vue de l'harmonisation complète (*supra* N 415 ss), GEBAUER, p. 173 s.

exclusivement sectorielle (C). Dans ce prolongement, se pose la question de la conception suivie par le droit suisse (D).

A. Approche intégrative

2131 L'approche intégrative (« *Integrationslösung* ») consiste à **intégrer le droit contractuel de la consommation directement dans le droit civil général**. C'est en particulier la voie suivie par les législateurs allemand (cf. §§ 13 et 14 BGB et 305 ss BGB) et néerlandais (cf. art. 6:231 ss BW)³⁷⁹⁴.

2132 En parallèle, on rencontre toujours des **règles protectrices (plus) spécifiques** ; elles sont « extraites » de la réglementation générale (par ex. les §§ 4 ss aBGB-InfoV – mais abrogée à partir du 1^{er} juillet 2018 – relatifs à l'obligation d'information de l'organisateur d'un voyage à forfait). Il s'agit là souvent d'une conséquence de la transversalité substantielle du droit de la consommation.

2133 **Pour être totalement aboutie**, l'approche intégrative suppose une réglementation exhaustive et complète dans un seul texte de droit civil général, ce qui emporte le risque d'une complexification et d'une densification du « texte de base ». Les avantages d'une telle approche restent toutefois un gain de cohérence, une meilleure visibilité du droit et l'affirmation d'un rattachement étroit de la protection contractuelle du consommateur au régime général.

B. Approche codificative (ou spécifique)

2134 L'approche codificative (« *Kodifikationslösung* ») consiste à **réglementer le droit contractuel de la consommation dans un code distinct, respectivement une loi générale spécifique de protection des consommateurs**.

2135 C'est en particulier la **solution consacrée par** les législateurs français (Code de la consommation), italien (« *Codice del consumo* »)³⁷⁹⁵, autrichien et liechtensteinois (« *Konsumentenschutzgesetz* »), belge (insertion dans le Code de droit économique), espagnol (« *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 24 julio 1984* »), portugais (« *Lei de Defesa do Consumidor n°24/96, de 31 de Julho* »), finlandais (« *konsumentskyddslag* –

³⁷⁹⁴ LOOS, p. 518 ; VON VOGEL, p. 229 ss.

³⁷⁹⁵ Pour des développements, ALPA, p. 88 s. Comp. cep. VON VOGEL, p. 237 : « *Der italienische Weg lässt sich nur schwer in das gewählte Koordinatensystem einordnen [...]* ».

38/1977 » du 20 janvier 1978)³⁷⁹⁶ ou même – certes en dehors de l’UE – québécois³⁷⁹⁷ (« Loi sur la protection du consommateur » du 14 juillet 1971).

Extraire les règles de protection du consommateur de la codification générale pour les mettre dans un code distinct ou une loi intégrale de protection des consommateurs **conduit à segmenter les domaines juridiques**. On assume alors le risque de se voir développer des domaines juridiques autonomes, pouvant potentiellement entrer en contradiction les uns avec les autres. Le Code est également susceptible de perdre en importance, tous les cas envisagés étant en définitive « spéciaux »³⁷⁹⁸. Aussi, cette solution n’écarte-t-elle pas la pertinence des règles générales sur la formation du contrat, lesquelles continuent souvent à s’appliquer en arrière-plan, ce qui conduit à d’inévitables questions d’articulation entre les différents domaines.

2136

Cela étant, le choix de cette solution comporte également des **avantages**³⁷⁹⁹. Le principal est de permettre la restructuration d’une matière se développant parfois de façon « sauvage ». La visibilité des normes protectrices est en outre accrue, ce qui peut-être un avantage pour les consommateurs, les entreprises et d’autres acteurs. En outre, en cas de modifications législatives ultérieures, l’efficacité et la cohérence des matières seraient accrues³⁸⁰⁰. A ce dernier argument, on peut opposer qu’une extension du champ d’application de la réglementation protectrice à d’autres parties faibles que les consommateurs, à l’instar des PME, suppose alors vraisemblablement une refonte, ou à tout le moins une révision, de la législation spéciale. Or, des modifications « de fond » trop régulières pourraient nuire à la sécurité juridique et à l’attractivité de la législation nationale considérée.

2137

³⁷⁹⁶ VON VOGEL, p. 245 ss.

³⁷⁹⁷ Etant précisé que le « contrat de consommation » est toutefois défini à l’art. 1384 du Code civil québécois.

³⁷⁹⁸ LOOS, p. 518.

³⁷⁹⁹ Pour une proposition d’intégrer une loi de protection du consommateur en Suisse avec un aperçu des mouvements législatifs intervenus entre le CO et les lois spéciales, GIAMPAOLO/HUGUENIN. En annexe, ces auteurs fournissent un projet de loi (« *Muster-Konsumschutzgesetz* »).

³⁸⁰⁰ GIAMPAOLO/HUGUENIN, N 52 ss et 62 s.

C. Approche sectorielle

2138 L'approche sectorielle (« *Insellösung* ») consiste à réglementer le droit contractuel de la consommation exclusivement **dans de nombreuses lois et/ou réglementations de nature spéciale**.

2139 C'est en particulier l'approche qui **résulterait (plus ou moins) naturellement du système de la *common law***, fondé sur une approche plus pragmatique – orientée vers la résolution de cas concrets – que le droit continental, lequel reste empreint d'une conception plus générale et abstraite du système normatif³⁸⁰¹. Pour autant, il ne faut pas en déduire que l'approche exclusivement sectorielle serait uniquement l'apanage des systèmes de *common law*. Hormis le Royaume-Uni³⁸⁰², le Danemark et la Suède suivraient également pareille approche ; il est vrai que ces deux derniers pays – tout comme la Norvège, la Finlande et l'Islande d'ailleurs – connaissent un ordre juridique hybride difficile à classer définitivement dans la famille de la *common law* ou du droit continental³⁸⁰³.

2140 Similairement à l'approche codificative (*supra* N 2134 ss), l'approche sectorielle n'écarte jamais totalement la pertinence d'autres règles, notamment sur la formation du contrat. L'approche sectorielle présente vraisemblablement l'inconvénient d'un **manque de lisibilité pour les profanes**. En l'absence de devoir d'information du professionnel, le consommateur n'est ainsi pas nécessairement en mesure de déterminer aisément les dispositions protectrices s'appliquant à une relation considérée. Cela étant, l'avantage de cette approche est sa flexibilité et sa faculté d'adaptation, dans la mesure où des situations spécifiques sont, dans la règle, toujours visées. En outre, il devrait être plus facile de préserver l'essence originelle de la réglementation contractuelle, ce qui

³⁸⁰¹ VON VOGEL, p. 250 s.

³⁸⁰² Consumer Protection Act 1987, Unfair Contract Terms Act 1977, Sale of Goods Act 1979, Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999, Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000, Electronic Commerce Regulation 2002, Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, Consumer Credit Act 2006 et 1974, Consumer Rights Act 2015, <http://www.legislation.gov.uk/all?title=consumer> (consulté le 30.10.2018). Comp. VON VOGEL, p. 251.

³⁸⁰³ BOGDAN, p. 76 évoque des difficultés à classer définitivement les systèmes juridiques nordiques. VON VOGEL, p. 255 précise que les systèmes juridiques danois et suédois sont à situer entre la *common law* et le droit « purement » continental européen.

peut-être avantageux du point de vue de la pérennité des concepts généraux et établis de longue date³⁸⁰⁴.

D. Situation en Suisse ?

En systématisant les différentes manières d'aborder le positionnement du droit (contractuel) de la consommation par rapport au reste du droit civil (comp. *supra* N 2129 ss), on constate que le législateur suisse n'a **pas procédé à un choix définitif** ; il semble avoir repris çà et là différentes approches, mais sans pour autant prendre clairement position en faveur de l'une ou de l'autre³⁸⁰⁵. Ce constat vaut particulièrement du point de vue de la formation du contrat de consommation. L'approche intégrative est consacrée par les art. 6a et 40a ss CO (comp. art. 32 CPC), l'approche codificative – dans une certaine mesure – au sein de la législation de lutte contre la concurrence déloyale (cf. art. 3 al. 1 let. s et 8 LCD) et, enfin, l'approche exclusivement sectorielle par certaines prescriptions de la LVF (cf. art. 4), de la LCC (cf. art. 16) ou encore de la LIC (cf. art. 2 al. 1).

On peut donc évoquer une **conception hybride de la protection du consommateur en Suisse**. Mais, faut-il y voir un avantage ou un inconvénient ? Il n'est en tout cas pas possible d'en déduire sans autre la nature de la relation entre le droit général des contrats et le droit contractuel de la consommation³⁸⁰⁶. L'avantage d'un certain « flou » est certainement de pouvoir combiner les points forts des trois conceptions générales (par ex. la systématisation (LCC) ou le fait d'insister, au besoin, sur le lien avec le droit civil général (art. 40a ss CO). En particulier pour le consommateur, les principaux inconvénients restent vraisemblablement le manque de lisibilité, ainsi que d'éventuels déficits de protection (par ex. le droit de révocation en matière de contrats à distance). Par rapport au droit européen, on rappellera encore la particularité helvétique qu'est le critère de la prestation de consommation courante, que l'on retrouve dans le CPC et la LDIP (*supra* N 811 ss)³⁸⁰⁷ ; elle rend également la catégorisation ardue, bien que cette réglementation se rapproche d'une solution « intégrative-sectorielle ».

³⁸⁰⁴ BOGDAN, p. 91 rappelle la flexibilité et la praticabilité du droit anglais, tout en indiquant que « *one of the distinguishing characteristics of English law is, nevertheless, its undeniable strong connection with the past* ».

³⁸⁰⁵ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 217 considère que la situation actuelle n'est pas satisfaisante. Critiques ég. GIAMPAOLO/HUGUENIN.

³⁸⁰⁶ VON VOGEL, p. 256 ss. et 284.

³⁸⁰⁷ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 20 s.

2143 Il nous paraît que, pour l'essentiel, les dispositions générales sur la formation du contrat devraient demeurer d'obédience neutre ; cela ne signifie pas que des aménagements (modernisations) ponctuel(le)s et modéré(e)s soient inutiles, loin s'en faut. On notera que des auteurs suisses **plaident pour une plus grande intégration du droit de la consommation** dans le droit civil, particulièrement dans le droit des obligations. LÜSCHER soutient une intégration dans le droit civil, dans ces termes : « *oder bildlich gesprochen, dass das Immunsystem Recht das als Fremdkörper empfundene Verbrauchervertragsrecht nicht abstösst, sondern endlich als seinesgleichen annimmt* »³⁸⁰⁸. Du point de vue de l'intégration des règles contractuelles du droit de la consommation dans le CO, PICHONNAZ relève encore qu'« *immanquablement, il y aura des règles plus spéciales pour certains contrats, mais ces règles doivent pouvoir être intégrées au Code des obligations comme elles le sont pour d'autres contrats spéciaux* »³⁸⁰⁹.

2144 Après cette présentation de différentes conceptions législatives envisageables, il nous paraît à ce stade essentiel de procéder à une **évaluation critique** (II). Nous concrétiserons nos développements en confrontant les normes protectrices du consommateur aux règles générales du CO (III), avant de fournir certaines propositions concrètes du point de vue de la formation du contrat (IV).

II. Évaluation critique

2145 Notre évaluation critique de la protection – principalement contractuelle – du consommateur interviendra en rapport avec l'**instrumentalisation du droit** (A), la perte de cohérence du système juridique (B), la densification normative (C) et le mécanisme de la protection abstraite (D).

A. Instrumentalisation du droit

1. Fonction de la législation

2146 L'adaptation des lois au contexte sociopolitique dans lequel elles s'inscrivent est inévitable³⁸¹⁰. Les **lois sont un outil vivant et dynamique** et doivent inlassablement s'adapter à la société ; l'inverse est en revanche plus

³⁸⁰⁸ LÜSCHER, Konzeptualisierung, N 848.

³⁸⁰⁹ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 217 ss, en part. p. 219.

³⁸¹⁰ FABIEN, p. 11 s.

difficilement défendable³⁸¹¹. L'affirmation doit être mise en lien avec celle d'OFTINGER pour qui « *Recht und Staat bestehen um den Menschen willen* »³⁸¹². Dogmatiquement, cela reste évidemment valable pour le droit de la consommation.

Toutefois, le droit de la consommation suisse ou étranger participe, d'une manière ou d'une autre, à l'instrumentalisation du droit³⁸¹³. **La loi se transforme alors en un outil juridique** dont le but est d'obtenir un changement économique ou social³⁸¹⁴. L'appréciation législative risque alors de ne plus intervenir en fonction de considérations de cohérence et de complétude du système juridique, mais selon un but de changement socio-économique (sur la réalisation du marché intérieur dans l'UE, *supra* N 409 ss)³⁸¹⁵.

2147

En droit de l'UE, ce phénomène d'instrumentalisation se fonde toujours principalement sur deux motifs. D'une part, nonobstant la tendance (plus) récente à une harmonisation complète, la compétence de l'UE demeure restreinte à des domaines spécifiques (comp. *supra* N 422). D'autre part, l'intervention du législateur de l'UE se limiterait à des secteurs où elle s'avérerait nécessaire en raison de problèmes ou d'abus constatés (« *problem approach* »)³⁸¹⁶. Cette manière de légiférer se répercute sur le droit suisse, notamment par le truchement du mécanisme de l'adaptation autonome (*supra* N 369 ss), ce qui emporte toutefois le risque de considérations différentes à la source de l'intervention en faveur du consommateur.

2148

2. Nécessité de l'évaluation législative

En droit de la consommation, l'instrumentalisation du droit ne mérite pas d'objections ; elle vise en principe à **améliorer sa qualité et la protection d'une partie faible**.

2149

³⁸¹¹ KRAMER, Methodenlehre, p. 144 citant RAYMOND SALEILLES, De la déclaration de volonté (1901). Comp. PORTALIS, p. 4 s. cité par FABIEN, p. 11.

³⁸¹² OFTINGER, Vertragsfreiheit, p. 323.

³⁸¹³ SAUPHANOR, N 11.

³⁸¹⁴ SAUPHANOR, N 11 ; VON VOGEL, p. 282 : « *Ein wohlaustariertes Verbrauchervertragsrecht kann sich daher mittelbar konjunkturfördernd auswirken* ».

³⁸¹⁵ SAUPHANOR, N 15.

³⁸¹⁶ ACQP II-SCHULTE-NÖLKE/ZOLL, p. xxv et xxvi relèvent tout de même des avantages à une telle approche, en particulier celui d'identifier plus rapidement et facilement la solution au problème juridique rencontré.

2150 La thématique de l'instrumentalisation exige cependant que l'on procède à une **analyse détaillée des effets de la législation concernée**³⁸¹⁷. Si le but d'une législation est d'intervenir en faveur d'une catégorie spécifique de personnes, potentiellement au détriment de leurs contractants, les interventions législatives appellent une évaluation rigoureuse, notamment de la position situationnelle ou personnelle particulière de la personne que la loi entend protéger. Le véritable enjeu est de déterminer pourquoi le consommateur – ou plus largement le client – devrait être protégé : par exemple, s'agit-il prioritairement d'améliorer la protection de la partie faible ou plutôt d'intervenir dans le fonctionnement de la concurrence³⁸¹⁸ ?

3. Risque d'atteinte à la liberté contractuelle

2151 En matière de protection du consommateur, on relève, *a priori*, le risque d'une atteinte à la liberté contractuelle des parties. Certes, il est largement admis, mais pas incontesté, que les moyens contractuels de protection du consommateur ne remettent pas en cause le principe de la liberté contractuelle, voire même qu'ils seraient en mesure de le **concrétiser matériellement** (comp. *supra* N 315 ss)³⁸¹⁹.

2152 Si la réglementation a pour vocation de rétablir l'équité contractuelle, elle sera néanmoins perçue – très souvent par le professionnel – comme une remise en question de « sa » liberté contractuelle. En application du principe de proportionnalité (art. 5 al.2 Cst.), le législateur devrait dès lors systématiquement examiner **si une protection supplémentaire en faveur de la partie faible est effectivement nécessaire**. Dans le cas contraire, à savoir lorsque les règles générales sur la formation du contrat – notamment celles relatives à l'erreur ou au dol – offrent une protection suffisante, il devrait ainsi plutôt y renoncer³⁸²⁰.

³⁸¹⁷ SAUPHANOR, N 11.

³⁸¹⁸ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 218 estime que le souci de faire fonctionner correctement la concurrence sur le marché justifie la protection du consommateur, le but ultime étant la loyauté sur le marché comme préalable à une bonne concurrence. Cette approche va peut-être trop loin, puisque l'un des buts du droit de la consommation reste la protection d'une partie faible. Or, cette protection ne nous paraît pas uniquement être un moyen pour assurer une bonne concurrence, mais également une fin en soi.

³⁸¹⁹ VON VOGEL, p. 267 ss et 285.

³⁸²⁰ ENGEL, Cent ans, p. 39 ; KOLLER-TUMLER, Konsumentenvertrag, p. 212.

B. Perte de cohérence du système juridique

1. Risques liés à la rationalisation législative

La perte de cohérence et l'éclatement du système juridique sont une **réalité en droit de la consommation**³⁸²¹. En effet, l'unique rationalisation du travail législatif, c'est-à-dire focalisée sur des situations spécifiques exclusivement, ne permet pas (toujours) d'étudier de manière approfondie la manière dont une discipline, le cas échéant inédite, s'intègre ou devrait s'intégrer dans le système juridique³⁸²². Sans vouloir nier l'utilité descriptive de l'approche fonctionnelle, à savoir celle qui définit le droit de la consommation en rapport avec le but protecteur de la législation concernée³⁸²³, et les avantages indéniables d'une évaluation législative soigneuse³⁸²⁴, force reste de constater qu'elles nécessitent toutes deux un usage prudent et mesuré³⁸²⁵. Leur utilisation devrait ainsi constamment s'accompagner de réflexions d'ensemble³⁸²⁶.

2153

À défaut, le législateur court le risque d'adopter d'une **multitude de réglementations indépendantes les unes des autres**, parfois sans réelle harmonie entre elles, ce qui « *donne l'impression – et bien davantage – d'un droit désordonné qui ne s'inscrit pas dans une politique juridique cohérente* »³⁸²⁷. En réalité, une réglementation effrénée et insatiable paraît pourtant nécessairement vouée à l'échec. Or, en 1844, le juriste français PORTALIS n'affirma-t-il pas déjà « *qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir* »³⁸²⁸ ?

2154

³⁸²¹ RAPIN/WESSNER, N 24 ss ; ROPPO, p. 346 s., dans le contexte de la réglementation des contrats asymétriques (« *customer protection policy* »), évoque même un style architectural inspiré de la Sagrada Familia à Barcelone ! Comp. TERCIER/BIERI/CARRON, N 30.

³⁸²² SAUPHANOR, N 15.

³⁸²³ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 15. Le droit de la consommation serait ainsi « *l'ensemble des règles dont le but direct est la protection du consommateur* ».

³⁸²⁴ Pour une excellente analyse des différents motifs et fonctions de l'évaluation législative, MADER, p. 97 ss. Cette dernière permet notamment la rationalisation et le contrôle des lois.

³⁸²⁵ FABIEN, p. 1 concède, à juste titre, un rôle clé aux tribunaux dans ces évolutions et la réalisation d'un équilibre entre « *des intérêts légitimes en conflit* ».

³⁸²⁶ KOLLER-TUMLER, Konsumentenvertrag, p. 212.

³⁸²⁷ RAPIN/WESSNER, N 30.

³⁸²⁸ PORTALIS, p. 5 cité par FABIEN, p. 10.

2. Technocratisation du droit

- 2155 Pour le droit contractuel de la consommation, le risque est réel ou même avéré **d'établir un droit de spécialistes**, que les profanes ne parviennent pas à comprendre³⁸²⁹. La conséquence est la mise en place d'un droit jargonnesque, difficilement accessible par la majorité des citoyens³⁸³⁰. Or, la compréhension des normes par l'ensemble des acteurs au contrat de consommation reste le premier – et le plus important – gage de leur application effective.
- 2156 En outre, s'agissant d'un domaine du droit extrêmement vaste (sur l'étendue du droit de la consommation, *supra* N 170 ss), une technocratisation ne paraît **pas forcément souhaitable**³⁸³¹. Il est important que le droit de la consommation demeure aussi pratique et simple que possible, mais aussi complet et précis que nécessaire. Il ne faut pas oublier que son champ d'application n'est d'ailleurs pas restreint aux professionnels économiquement importants. Il concerne également ceux qui, beaucoup plus modestes, endossent le rôle spécifique du « professionnel » dans d'innombrables situations de la vie courante et où ils cherchent à gagner les moyens de leur subsistance.

3. Assimilation au régime général

- 2157 Pour rétablir, une certaine unité et cohérence des développements résultant de la protection du « consommateur », ROPPO, en particulier, propose une **assimilation de certains principes du droit de la consommation au droit civil général** (pour différentes conceptions législatives de la protection du consommateur, *supra* N 2129 ss).
- 2158 Dans le prolongement des débats relatifs à l'identification des motifs pour lesquels le consommateur doit être protégé (sur la nécessité de l'évaluation législative, *supra* N 2149 s.), l'un des moyens serait de **réglementer les contrats asymétriques**, à savoir ceux où une situation de déséquilibre est constatée entre deux professionnels³⁸³². ROPPO considère même qu'une telle solution serait l'unique possibilité de survie du droit de la consommation, tout

³⁸²⁹ KOLLER-TUMLER, Konsumentenvertrag, p. 212 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 30 : « *trop de spécialités nuit à la cohérence et à la sécurité* ».

³⁸³⁰ En lien avec les textes communautaires, CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 43 : « *ces textes communautaires, qui régissent de plus en plus la vie des citoyens de l'Union européenne, sont malheureusement écrits dans une langue difficilement compréhensible pour ceux qui ne sont pas nourris dans le sérail bruxellois* ».

³⁸³¹ CO 2020-PROBST, art. 16 N 1.

³⁸³² ROPPO, p. 346 ss.

en rappelant l'avantage d'une modernisation du droit des contrats (pré)existant³⁸³³.

La **densification normative** (C) est une (autre) cause potentielle d'éclatement du droit, ce qu'il convient de développer du point de vue de la protection du consommateur.

2159

C. Densification normative

1. Sécurité juridique

La densification normative du contenu d'une loi reste un moyen indéniable pour améliorer la sécurité juridique dans un domaine considéré³⁸³⁴ ; cela vaut également pour le droit de la consommation. En énumérant les comportements admissibles, ou au contraire proscrits, le législateur **clarifie la situation juridique** tant pour les professionnels que pour les consommateurs. La précision qui résulte de la densification normative augmenterait dès lors la prévisibilité des normes³⁸³⁵.

2160

En outre, en cas de litige, la méthode de la densification normative **réduit la marge de manœuvre laissée aux tribunaux** appelés à trancher d'éventuels litiges relatifs aux contrats de consommation. S'agissant de règles impératives ou semi-impératives, les tribunaux assureront également une certaine protection en limitant, partant, l'influence de la partie forte sur l'interprétation de certaines dispositions légales, voire contractuelles (sur l'examen d'office des clauses abusives, comp. *supra* N 1782). En droit de la consommation, il est vrai que la portée de cette affirmation doit être relativisée au vu de la réticence générale du consommateur à agir en justice pour la mise en œuvre de ses droits³⁸³⁶.

2161

Le droit suisse fournit de **nombreux exemples de densification normative** en matière de protection du consommateur. Ainsi, l'art. 7 LCC énumère exhaustivement de nombreux contrats exclus du champ d'application de la loi. De même, les art. 9 ss LCC contiennent de longues listes d'indications que doivent contenir les contrats soumis à la loi. Quant à l'art. 3 LCD, il énumère de façon non exhaustive (« *notamment* »), une abondance de comportements,

2162

³⁸³³ ROPPO, p. 348 s. fournit l'ex. de la « commercialisation » du droit italien des contrats à la suite de l'adoption d'un nouveau code civil en 1942.

³⁸³⁴ KRAMER, Methodenlehre, p. 78 s. évoque la « *<normative Dichte> der Gesetzgebung* ».

³⁸³⁵ En lien avec une liste de clauses présumées abusives, par opposition à une clause générale, ECL-JANSEN, art. 6:202 N 1.

³⁸³⁶ Comp. HUG, RJN 2018.

parfois très similaires, que le législateur considère comme déloyaux (comp. ég. art. 2 LCD). On retrouve cette densification dans la partie générale du CO relative à la formation du contrat. Si les règles générales sur la conclusion du contrat (art. 1 à 10 CO) sont par ailleurs constituées de dix articles, le droit de révocation en matière de démarchage à domicile ou de contrats semblables (art. 40a ss CO) contient à lui seul six articles. Dans ce prolongement, on mentionnera la proposition du Projet CO 2020 d'introduire un droit de révocation dans la partie générale du CO pour tous les contrats de consommation (art. 16-18 CO 2020). Une telle solution – plus courte – permettrait peut-être de faire mieux face et d'adapter plus rapidement le droit aux évolutions et défis de la technique et de la pratique (*infra* N 2164)³⁸³⁷.

2163

Le **revers de la médaille** de la densification normative reste, en particulier, une démultiplication des prescriptions réglementaires, ainsi que leur complexification. Aussi, paradoxalement, la tendance actuelle à la densification normative contraste-t-elle avec l'évolution toujours plus rapide de la société ; en réalité, elle nécessiterait plutôt le recours à des clauses générales³⁸³⁸.

2. Domaines dynamiques

2164

Pour les domaines dynamiques, à savoir ceux qui sont susceptibles d'évoluer rapidement en fonction du changement des valeurs sociales ou d'une pratique innovante, l'énumération par le texte de la loi (« *Enumerationsprinzip* ») – *a fortiori* – exhaustive des cas d'application (« *taxative Kasuistik* »), entraîne un **résultat potentiellement peu souhaitable du point de vue de la technique législative**. Il serait alors plus avisé d'employer des clauses générales³⁸³⁹. Elles sont plus souples et plus rapides (« *built-in flexibility* ») lorsqu'il s'agit

³⁸³⁷ Pour l'argument de la flexibilité et de l'efficacité de la protection du consommateur en cas de révisions législatives ultérieures, mais sous l'angle de l'introduction d'une loi spéciale de protection des consommateurs, GIAMPAOLO/HUGUENIN, p. 10.

³⁸³⁸ KRAMER, Methodenlehre, p. 249. On retrouve ces considérations dans le processus d'adoption d'une loi sur le commerce électronique, Rapport explicatif de janvier 2001 relatif à la Loi fédérale sur le commerce électronique, p. 5 s. : « *il ne faut pas essayer de donner une réponse explicite dans la loi à toute question qui se pose en rapport avec le commerce électronique. Une telle manière de procéder assurerait, il est vrai, la sécurité juridique. Mais, étant donné les développements technologiques rapides, elle pourrait bien très vite produire le résultat opposé* », <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/egeschaeftsverkehr/vn-ber-f.pdf> (consulté le 30.10.2018).

³⁸³⁹ MERZ, 1881, p. 19 : « *die Anpassungsfähigkeit eines Gesetzes hängt in erster Linie mit der abstrakten und allgemeinen Fassung des Rechtssatzes zusammen* ».

d'adapter le droit au contexte sociétal³⁸⁴⁰. Si l'emploi de règles générales est plus à même de garantir une telle adaptation, il faudrait préférer cette voie. Il reste en effet important de ne pas figer dans la loi des solutions risquant d'être rapidement dépassées.

3. Déréglementation

La sécurité juridique et le principe de proportionnalité exigent que la limite entre une protection sociale mesurée et une intervention trop incisive du législateur dans la liberté d'action des citoyens soit clairement définie³⁸⁴¹. Le législateur ne doit intervenir que de manière ponctuelle et ciblée, lorsque cela est nécessaire pour combattre des abus potentiels ou réels³⁸⁴². Le droit de la consommation possède dès lors un **caractère protecteur pour les uns, interventionniste pour les autres**³⁸⁴³.

2165

Pour une partie de la doctrine, au lieu de protéger les consommateurs, **l'interventionnisme étatique risquerait à terme d'induire une perte collective de liberté** ; cette dernière se répercuterait sur des domaines où la lutte contre des abus ne s'avérerait pas (plus) nécessaire³⁸⁴⁴. Les auteurs suivant cette conception prônent généralement une déréglementation, voire l'abandon – ou l'absence – de toute réglementation. La nécessité d'une réglementation et la manière de l'aborder sont des questions distinctes. Il devrait dès lors être possible de réduire le nombre de lois et la densité normative, tout en maintenant des règles protectrices.

2166

³⁸⁴⁰ HONSELL, 100 Jahre, p. 20 ; ENGEL, Cent ans, p. 88, qui donne l'ex. de la monnaie électronique à laquelle il constate que peuvent sans autre s'adapter les dispositions du CO de 1911, pour peu que les lignes directrices des dispositions générales soient simples et souples ; KRAMER, Methodenlehre, p. 79 s.

³⁸⁴¹ GIGER, p. 17 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 317 ; TAMM, p. 326 s.

³⁸⁴² GIGER, p. 18 ; cf. ég. FF 1986 II 360, 367 s. retient que l'approche centrée sur la protection contre la tromperie du consommateur « *part du principe que la protection des consommateurs ne doit pas être une mise sous tutelle, mais doit permettre au consommateur d'acheter en toute connaissance de cause* ».

³⁸⁴³ TAMM, p. 66.

³⁸⁴⁴ HOFFMAN, p. 96 dont l'opinion remonte cependant à 1983, soit une période où l'art. 31^{sexies} Cst. venait d'être adopté (1981). Elle doit donc être remise dans le contexte légal actuel qui ne paraît pas avoir démontré une telle perte collective de liberté. Au contraire, et en particulier, c'est toujours l'absence généralement de possibilité pour le consommateur de négocier les termes d'un contrat adhésion qui induit une perte de liberté pour la grande majorité des citoyens.

2167 Si une déréglementation contrôlée permet effectivement de rendre la législation parfois plus cohérente et plus compacte, elle écarte, si elle est totale, la protection de la partie faible³⁸⁴⁵. Dès lors, il convient de **rechercher le juste équilibre** entre des intérêts souvent antagonistes (consommateur/professionnel), mais également entre des intérêts a priori concordants (professionnel/professionnel et consommateur/consommateur). Il conviendrait peut-être de légiférer parfois moins, mais mieux (« *non multa sed multum* »³⁸⁴⁶). Dans ce contexte, la déréglementation, la non-réglementation ou encore une (re)systématisation sont des pistes à explorer, mais comme toutes les autres.

2168 Dans ce prolongement, il convient encore de mentionner que, pour une partie de la doctrine, la possibilité d'un **comblement prétorien des lacunes** rendrait peut-être le recours à l'adaptation autonome du droit de l'UE superflu³⁸⁴⁷. Cette considération reste en rapport avec la thématique de la déréglementation (au sens large).

4. Principes et définitions générales

2169 La fixation de principes et de définitions générales permet d'appréhender en une seule fois de nombreuses situations de fait dans la loi³⁸⁴⁸. L'inconvénient est que cette manière de procéder **entraîne des difficultés d'articulation, de définition, de délimitation et d'interprétation entre les différentes normes en cause**³⁸⁴⁹.

2170 De même, l'absence de mention expresse, dans les textes légaux, d'un renvoi à une partie générale **peut nuire à la lisibilité et la compréhension de la loi**, notamment pour les profanes³⁸⁵⁰. Sous cet angle, une densité normative élevée du droit contractuel de la consommation s'avère plutôt bénéfique s'agissant de sa compréhension par les citoyens (sur la densification normative, *supra* N 2160 ss). Elle garantit une information plus claire et directe, sans que le lecteur de la loi n'ait en principe à évaluer l'articulation des dispositions plus

³⁸⁴⁵ Comp. ENRIQUEZ, p. 29 : « la liberté de tous a donc accouché d'un monde profondément inégalitaire, où l'inégalité n'était plus due au statut ou à la naissance mais à la possession de richesses. L'argent est donc devenu le nouveau fétiche sacré auquel chacun devait être soumis ».

³⁸⁴⁶ Expression empruntée à ENGEL, Cent ans, p. 82.

³⁸⁴⁷ Comp. CO 2020-PROBST, art. 16 N 3.

³⁸⁴⁸ ZK ZGB-LIEBER, art. 7 N 8.

³⁸⁴⁹ ZK ZGB-LIEBER, art. 7 N 9.

³⁸⁵⁰ ZK ZGB-LIEBER, art. 7 N 10.

détaillées avec les règles générales. En pratique, il n'est toutefois jamais possible d'écarter entièrement les principes généraux ; un examen (plus) approfondi restera souvent nécessaire. Il est intéressant de rappeler que les lois spéciales du droit privé de la consommation intègrent parfois directement une **partie générale propre** (cf. art. 1 à 8 LCC), le cas échéant très détaillée (cf. art. 1 à 47a LCA)³⁸⁵¹. En présence de telles parties « générales », des questions d'articulation demeurent toutefois³⁸⁵². La doctrine rappelle d'ailleurs que l'art. 7 CC (sur le rôle de l'art. 7 CC, *infra* N 2215 ss) entraîne l'applicabilité de la partie générale du droit des obligations à la LCC³⁸⁵³ et à l'art. 8 LCD³⁸⁵⁴ ; on peut y ajouter la LVF, la LCA et la LRFP.

Par ailleurs, le recours à des **critères généraux et spécifiques** est susceptible d'apporter une aide supplémentaire dans la conceptualisation du « contrat de consommation ». On pourrait alors distinguer entre, d'une part, les règles communes à tous les contrats de consommation (ex. art. 23 ss CO ou 8 LCD) et, d'autre part, celles qui sont particulières à certains d'entre eux (ex. art. 3a LCA)³⁸⁵⁵. Cela permettrait peut-être à l'interprète de déterminer plus aisément s'il est en présence, ou non, d'un contrat de consommation³⁸⁵⁶ et/ou d'un litige ressortant au droit contractuel de la consommation³⁸⁵⁷. Un tel choix demeure en définitive d'ordre politique ; il est étroitement lié à la conception législative suivie et, plus particulièrement, à l'évaluation législative (*supra* N 2149 s.).

2171

En tant que caractéristique certes essentielle du droit de la consommation, le mécanisme de la **protection abstraite** (D) ne saurait, pour autant, échapper à une évaluation critique.

2172

³⁸⁵¹ ZK ZGB-LIEBER, art. 7 N 11.

³⁸⁵² Pour la conclusion du contrat (régime général) et l'offre et l'acceptation (régime particulier en l'occurrence), ATF 120 II 133, consid. 3 ; ATF 112 II 245, consid. II.1.a.

³⁸⁵³ SCHNEUWLY, p. 1620.

³⁸⁵⁴ VISCHER, AGB-Kontrolle nach UWG, p. 974.

³⁸⁵⁵ Pour le droit français, SAUPHANOR-BROUILLAUD et al., Les contrats de consommation, N 12 évoquent les règles communes à tous les contrats de consommation (critères généraux), en distinction aux règles particulières à certains contrats de consommation (critères spécifiques).

³⁸⁵⁶ Sous l'angle de l'art. 32 CPC, le consommateur peut-il être une personne morale ? Comme le rappelle CPC-HALDY, art. 32 N 12, la question reste controversée (en faveur d'une application aux personnes physiques uniquement, KommZPO-FELLER/BLOCH, art. 32 N 15 ss). Sur la limitation du champ d'application matériel par la fixation d'une limite claire au besoin de protection, GIGER, Protection sociale, p. 28.

³⁸⁵⁷ KOLLER-TUMLER, E-Banking, p. 149.

D. Protection abstraite

2173 La protection légale en faveur du consommateur intervient, dans la règle, d'une manière qu'on qualifie d'abstraite ; elle est l'une des composantes fondamentales du droit de la consommation et un gage de son applicabilité effective. Nous commencerons par en rappeler le **principe** (1), même si nous avons déjà mentionné ce mécanisme ça et là tout au long de notre étude (comp. *supra* N 200, 236, 1042, 1061, 1064, 1650 et 1686).

1. Principe

2174 La mise en œuvre de la protection contractuelle du consommateur exige la **réunion de critères légaux spécifiques**³⁸⁵⁸. Le bénéfice de l'intervention étatique suppose que soit donnée une constellation consumériste particulière, justifiant un empiètement dans l'autonomie de la volonté des parties³⁸⁵⁹. La protection intervient alors d'une manière abstraite, à savoir qu'elle ne se soucie, dans la règle, pas des considérations et qualités concrètes des participants à la relation régie par les normes protectrices considérées³⁸⁶⁰.

2175 En particulier, le **rôle spécifique des parties** (*supra* N 218 ss) reste souvent étroitement lié au caractère abstrait de la protection conférée au consommateur. En effet, le constat de la réalisation d'un rôle spécifique implique la mise en œuvre du mécanisme de protection abstraite ; le rôle spécifique serait ainsi souvent le fondement normatif du besoin de protection, la protection abstraite sa véritable concrétisation³⁸⁶¹.

2176 On peut illustrer ces considérations au moyen de l'**art. 8 LCD**³⁸⁶². La protection ne découle alors pas d'une position effective de faiblesse du consommateur. Le contractant de ce dernier ne doit d'ailleurs pas même nécessairement être un professionnel³⁸⁶³. Il n'est dès lors pas indispensable qu'il y ait effectivement un

³⁸⁵⁸ BÜLOW/ARTZ, N 54.

³⁸⁵⁹ BÜLOW/ARTZ, N 14.

³⁸⁶⁰ CARRON, Protection, N 29 et 184.

³⁸⁶¹ HEIDERHOFF, N 188.

³⁸⁶² Nos propos ne visent ici pas la problématique de la nature du contrôle entrepris en application de l'art. 8 LCD qui, lui, peut être concret, par ex. l'évaluation concrète de la disproportion entre les droits et les obligations des parties, observant l'ensemble des circonstances, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 144.

³⁸⁶³ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 135 s. ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 85 précise que le contractant du consommateur au sens de l'art. 8 LCD n'est pas nécessairement une personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale. En pareil cas,

déséquilibre informationnel et structurel entre parties ; le consommateur ne doit pas non plus le démontrer pour qu'un recours à l'art. 8 LCD soit possible. Il suffit que soient réunies les conditions d'application de la disposition (comp. *supra* N 1784 ss). Face à une clause préformulée non négociée et potentiellement abusive, toute personne répondant à la définition du « consommateur » au sens de l'art. 8 LCD peut ainsi prétendre à la protection juridictionnelle offerte par la disposition³⁸⁶⁴.

2. Justification et risques

La protection abstraite du consommateur **est (très) généralement justifiée**. Les normes protectrices ont pour but de garantir la mise en place d'un marché équilibré et loyal pour l'ensemble des consommateurs, en fonction de certains domaines considérés comme étant « à risque ». Une intervention étatique ou judiciaire qui tiendrait compte individuellement de chaque situation ne serait d'ailleurs pas praticable, ce en raison du caractère de masse du droit de la consommation. Pratiquement, un mécanisme de protection abstraite est donc souvent incontournable pour assurer une protection efficace et à large échelle du consommateur dans l'économie de marché³⁸⁶⁵.

2177

Ce mécanisme reste susceptible de prêter le flanc à la critique. Pour reprendre HUGUENIN, « *Schutz soll weder zu Unrecht gewährt noch zu Unrecht versagt werden* »³⁸⁶⁶. Ce souci s'illustre au travers de l'**utilisation de conditions générales au détriment de professionnels vulnérables**³⁸⁶⁷ ; dans leurs rapports avec des entreprises économiquement plus fortes, ceux-ci se retrouvent parfois dans une position de faiblesse similaire à celle d'un consommateur. Or, tant les règles de protection du consommateur que le droit privé général ne leur offrent habituellement pas la même protection. Il est vrai, la règle de l'insolite

2178

l'art. 8 LCD n'est cependant plus un moyen spécifique du droit contractuel de la consommation, ni même une disposition relevant du droit de la consommation, mais une règle encadrant la loyauté des transactions.

³⁸⁶⁴ STÖCKLI/AESCHIMANN, p. 78.

³⁸⁶⁵ Comp. CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 20 ss : « *tout est finalement question de mesure : à condition de ne pas se transformer en carcan, le droit de la consommation a pleinement sa place dans une économie de marché* » avant d'ajouter que « *la théorie économique confirme ce point de vue* ».

³⁸⁶⁶ HUGUENIN, Spannungsfeld, p. 420.

³⁸⁶⁷ HUGUENIN, Spannungsfeld, p. 420 mentionne les ATF 109 II 213 (achat d'un four par un boulanger) et ATF 109 II 452 (construction d'un élevage industriel pour des poules). Ces deux arrêts concernent des cas où des « petits professionnels » étaient confrontés à des clauses inhabituelles et contenues dans des conditions générales.

est d'application large et en mesure de couvrir ce type de relations (B2B). Cette dernière n'est toutefois pas un moyen abstrait de protection, puisqu'elle implique, en particulier, de vérifier la lisibilité concrète d'une clause préformulée (comp. *supra* N 1649 et 1838).

2179 Le caractère abstrait de la protection du consommateur implique dès lors inévitablement une part d'arbitraire dans sa mise en œuvre. En visant spécifiquement certaines personnes à protéger, le législateur **écarte du champ d'application des règles protectrices les personnes physiques ou morales qui n'en remplissent pas les conditions** (sur certaines limites à la protection abstraite, *infra* N 2182 ss)³⁸⁶⁸. On discerne également un risque de surprotéger les consommateurs, voire même de créer chez eux, pour reprendre les termes forts de CALAIS-AULOY/TEMPLE, une « *mentalité d'assistés, voire d'incapables* »³⁸⁶⁹. Une telle surprotection risquerait, à terme, d'exacerber leur situation de faiblesse, en leur donnant l'impression d'être constamment protégés³⁸⁷⁰. En lien avec le droit de révocation, la doctrine européenne relève encore le risque d'abus de la part du consommateur en cas d'exercice purement opportuniste de ce droit (ex. bénéfice d'un prix plus bas pour le même produit ou d'une « location » gratuite du produit). Or, par l'approche abstraite, le législateur s'accommoderait de ces risques³⁸⁷¹.

2180 La protection abstraite tend en outre à **figer dans la loi** la correction d'un déséquilibre au motif d'une situation de faiblesse particulière du consommateur. Or, dans certains domaines, il se peut que cette faiblesse soit seulement d'ordre conjoncturel ou, autrement dit, temporaire. On peut rapprocher cette situation de la pénurie de logements, qui affaiblit la position des locataires ; en présence d'un nombre élevé de vacances, c'est en revanche le bailleur qui peut se retrouver en situation de faiblesse. La même chose vaut pour la pénurie de main d'œuvre, le travailleur se retrouvant, le cas échéant, en position de force. La solution pour appréhender ces difficultés, également en droit contractuel de la consommation, est d'envisager des réformes législatives d'ensemble et non

³⁸⁶⁸ Dans le cadre de la LCC, MÜLLER/RISKE, Contrats, N 1265 indiquent que : « *si la personne agit dans le cadre de ses activités commerciales ou professionnelles, le législateur présume qu'elle a par nature une expérience suffisante des affaires pour apprécier le risque auquel elle s'expose* ». TAMM, p. 326.

³⁸⁶⁹ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 20. UMULISA MUSABY, p. 65 traite de la « *surprotection des consommateurs avertis* » mais, en p. 69, relativise cette surprotection.

³⁸⁷⁰ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 20 évoquent même le risque de créer chez les consommateurs « *une mentalité d'assistés, voire d'incapables* ».

³⁸⁷¹ ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 25 ; ECL-HELLWEGE, art. 2:501 N 4.

uniquement ponctuelles et sectorielles, le tout dans une perspective de durée et de maintien de l'équilibre social³⁸⁷².

Au niveau individuel et concret également, la protection abstraite présente potentiellement des **limites** (3). 2181

3. Limites

Nous l'avons laissé entendre (directement *supra* N 2178 ss), le mécanisme – ciblé – de la protection abstraite est susceptible de négliger d'autres catégories de parties faibles que le consommateur. Il s'agit, en particulier, des **professionnels et des personnes morales vulnérables** (a)³⁸⁷³. Dans ce prolongement, il est envisageable qu'un consommateur ne souffre d'aucun déséquilibre envers un professionnel, voire même qu'il soit dans une position de force par rapport à ce dernier ; on parle alors de déséquilibre inverse (b). Nous évoquerons encore le déséquilibre entre consommateurs (c). 2182

a. Professionnels et personnes morales vulnérables

(i) Attente d'une diligence accrue

La doctrine **rappelle la nécessité d'observer également les intérêts** des professionnels et des personnes morales vulnérables sous l'angle du droit de la consommation³⁸⁷⁴. 2183

En Suisse, les débats sur les professionnels et personnes morales vulnérables paraissent désormais se concentrer autour du **champ d'application de l'art. 8 LCD**, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012 (*supra* N 1771). Peu de temps après son adoption, une initiative parlementaire du conseiller national FLACH 2184

³⁸⁷² Pour l'origine de ces développements, ENGEL, Cent ans, p. 40.

³⁸⁷³ UMULISA MUSABY, p. 66 : « celui qui acquiert les biens et services destinés à un usage professionnel ou commercial ne devrait pas être protégé, d'après la théorie de la finalité. De ce fait, les acquéreurs des biens professionnels qui contractent en dehors de leur sphère d'activité, les professionnels débutants ou les petites entreprises ne doivent pas bénéficier de la protection que le droit de la consommation réserve à celui qui a la qualité de consommateur ». Comp. CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 11 ss présentent la « personne parfois assimilée au consommateur ».

³⁸⁷⁴ PICHONNAZ, BFC, p. 92 s. ; RAPIN/WESSNER, N 28. Cf. ég. l'aperçu de trois opinions doctrinales (BRUNNER, REHBINDER ET MEDICUS) chez UMULISA MUSABY, p. 66.

du 23 septembre 2014 (14.440) remet l'ouvrage sur le métier. L'initiative proposait d'étendre le champ d'application de l'art. 8 LCD à tous les clients, soit y compris aux clients commerciaux, en particulier aux PME (comp. § 310 al. 1 BGB)³⁸⁷⁵.

2185

Le déséquilibre informationnel et structurel ne touche effectivement **pas seulement les personnes physiques et/ou agissant à des fins privées**. Le droit de la consommation a toutefois tendance à écarter du champ d'application des règles de protection du « consommateur » les personnes morales. Dogmatiquement, une telle exclusion serait pourtant difficilement justifiable³⁸⁷⁶ ; elle le paraît surtout lorsque la personne morale ne contracte pas à des fins commerciales ou professionnelles, mais idéales³⁸⁷⁷. On peut encore imaginer la situation où la partie faible est une PME (peu importe sa forme juridique)³⁸⁷⁸, une microentreprise (comp. art. 38 al. 2 Directive 2015/2366/UE sur les services de paiement dans le marché intérieur³⁸⁷⁹), voire une personne passant un acte pour sa profession future³⁸⁸⁰. En sus, on doit encore mentionner le professionnel se procurant un bien ou un service en dehors de sa sphère de spécialité, à l'exemple du boulanger achetant un système d'alarme³⁸⁸¹.

2186

Cela dit, le principe général demeure que la personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle doit être **plus attentive qu'un consommateur « traditionnel »**³⁸⁸² ; on attend de sa part une diligence accrue. L'affirmation

³⁸⁷⁵ Classement le 15 décembre 2017, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140440> (consulté le 30.10.2018).

³⁸⁷⁶ RAPIN/WESSNER, N 28.

³⁸⁷⁷ RAPIN/WESSNER, N 28, qui illustrent cette problématique en donnant l'ex. de l'achat de maillots par un club de sport amateur.

³⁸⁷⁸ Comp. HEIDERHOFF, N 205.

³⁸⁷⁹ La teneur de cet alinéa est la suivante : « *Les États membres peuvent appliquer les dispositions du présent titre aux microentreprises de la même manière qu'aux consommateurs* ». Comp. encore l'art. 2 de la Recommandation de la Commission du 06.05.2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises et qui contient des définitions des catégories d'entreprises en fonction de l'effectif et de seuils financiers.

³⁸⁸⁰ Pour un ex. en lien avec le financement d'études et l'absence de soumission du prêt à la LCC, ATF 139 III 201 consid. 2 = JdT 2016 II 240.

³⁸⁸¹ CALAIS-AULOY/TEMPLE, N 12.

³⁸⁸² HEIDERHOFF, N 205 : « *wer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auftritt, muss aufmerksam sein* ». Comp. déjà l'arrêt CJCE, 14.03.1991, DI PINTO, aff. C-361/89, N 19 (contexte de la Directive 85/577/CEE : « *par conséquent, il y a lieu de répondre à la première question que le commerçant démarché en vue de la conclusion d'un contrat de publicité relatif à la vente de son fonds de commerce ne doit pas être considéré comme un consommateur protégé par la Directive 85/577* ». Comp. ég. l'arrêt CJCE, 22.11.2001, IDEALSERVICE, aff. jointes C-541/99 et C-542/99 N 17 (contexte de la Directive 93/13/CEE) :

connaît certaines nuances en droit suisse (art. 2 al. 3 LVF) et en droit de l'UE (art. 3 ch. 6 Directive 2015/2302/UE relative aux voyages à forfait³⁸⁸³ ; cf. cep. art. 2 al. 2 let. c Directive en cas d'achat fondé sur une convention générale) sur les voyages à forfait. Les limites de l'intervention légale doivent en tout cas être clairement définies, au risque d'appliquer le cas échéant (trop) largement des règles impératives.

(ii) *Lien avec les règles sur la lésion (art. 21 CO)*

Suivant les cas, une disproportion entre les prestations est susceptible de constituer une lésion (art. 21 CO). Le seul fait de connaître la situation de faiblesse de la partie lésée, ainsi que la disproportion des prestations ne sont pas suffisants³⁸⁸⁴. Le contractant lésionnaire doit **sciemment exploiter** la gêne, l'inexpérience ou la légèreté de la personne lésée pour obtenir la conclusion du contrat³⁸⁸⁵.

2187

Il sera potentiellement difficile pour le consommateur de démontrer que le professionnel a exploité sa situation de faiblesse pour l'amener à contracter³⁸⁸⁶. En effet, une certaine « faiblesse » résulte **inévitablement du déséquilibre entre les parties à la relation consumériste**, le professionnel ne l'exploitant en général pas sciemment, du moins pas dans une mesure suffisante au regard des exigences d'application de l'art. 21 CO. Cela vaut d'autant plus que l'exploitation de la légèreté ne doit pas être admise facilement³⁸⁸⁷. On rappelle que l'abus de conditions générales à des fins usuraires ne devrait pas consacrer une lésion (*supra* N 989 et 1626).

2188

« [...] la notion de <consommateur>, telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques ».

³⁸⁸³ Le consid. 7 de cette Directive retient par ailleurs qu'« [...] il n'est pas toujours aisé de distinguer les consommateurs des représentants de petites entreprises ou des personnes exerçant une profession libérale qui réservent des voyages liés à leur activité ou profession en utilisant les mêmes canaux de réservation que les consommateurs. Or, ces voyageurs ont souvent besoin d'un niveau de protection similaire »

³⁸⁸⁴ Arrêt du TF 4A_491/2015 du 14.01.2016, consid. 4.3.2 ; arrêt du TF 4C.284/2003 du 09.12.2003, consid. 3.1.

³⁸⁸⁵ ATF 92 II 168 consid. 5b. Arrêt du TF 4A_491/2015 du 14.01.2016, consid. 4 ; arrêt du TF 4C.284/2003 du 09.12.2003, consid. 3.1. BK OR-KRAMER, art. 21 N 33.

³⁸⁸⁶ ATF 92 II 68, consid. 5b ; arrêt du TF 4C.283/2003 du 09.12.2003, consid. 3.1.

³⁸⁸⁷ ATF 61 II 31 consid. 2b ; arrêt du TF 4A_491/2015 du 14.01.2016, consid. 4.3.2 ; arrêt du TF 4C.238/2004 du 13.10.2005 consid. 2.1 ; arrêt du TF 4C.254/2004 du 03.11.2004, consid. 3.3.2.

2189 Contrairement aux normes contractuelles de protection du consommateur, lesquelles interviennent plutôt au stade de la conclusion du contrat (rôle « préventif »)³⁸⁸⁸, le recours à la lésion s'envisage en outre sous l'angle du contrôle de la validité de l'accord (rôle « répressif »)³⁸⁸⁹. La lésion n'est dès lors **pas un instrument spécifique de protection du droit de la consommation**, mais un correctif de droit commun soumis à des conditions concrètes, c'est-à-dire n'étant précisément pas d'application abstraite. Il incombe à ce titre au lésé d'apporter la preuve des circonstances constitutives d'une exploitation de sa faiblesse.

b. Déséquilibre inverse

2190 Dans un cas concret, on peut encore imaginer qu'un consommateur, même agissant à des fins privées, ne se trouve pas dans une situation de faiblesse informationnelle (ex. il est plus compétent dans le domaine considéré) et/ou structurelle (ex. il est économiquement plus puissant) par rapport au professionnel³⁸⁹⁰. La protection abstraite conférée au consommateur s'avère alors problématique dans son résultat. Le professionnel risque de subir une **double péjoration de sa position** ; l'une par les règles protectrices, l'autre par l'infériorité factuelle de sa position contractuelle effective.

2191 Le **critère de la prestation de consommation courante** (*supra* N 811 ss), ainsi qu'une interprétation restrictive de la notion de consommateur par les tribunaux, limitent vraisemblablement les manifestations d'un tel déséquilibre inverse. Dans un arrêt portant sur l'achat d'une voiture de luxe, le TF a ainsi jugé que l'on ne discernait pas de besoin de protection particulier de l'acheteur d'une telle voiture³⁸⁹¹.

³⁸⁸⁸ EISNER-KIEFER, p. 33 s. ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information, p. 142 et les réf. citées.

³⁸⁸⁹ CARRON, Protection, N 7. On rappelle que la lésion se situe systématiquement entre les dispositions sur l'objet du contrat et celles sur les vices du consentement (ENGEL, p. 298).

³⁸⁹⁰ UMULISA MUSABY, p. 65 : « la protection est conférée au consommateur final privé indépendamment du fait que dans un cas concret il est plus fort économiquement ou juridiquement que son contractant ».

³⁸⁹¹ Arrêt du TF 4A_432/2007 du 08.02.2008, consid. 3.5 (sous l'angle de l'art. 22 aLFors). Cet arrêt ne concerne certes pas immédiatement la question d'un déséquilibre inverse. L'interprétation restrictive donnée au « critère de la prestation de consommation courante » préserve néanmoins le professionnel d'une application extensive de normes de protection consuméristes lorsque la situation du consommateur, compte tenu de la prestation contractuelle acquise, n'est pas (plus) digne de protection.

Cela dit, en l'absence dudit critère, et en cas d'application stricte du critère de la finalité (sur l'approche structuraliste téléologique, *supra* N 570 ss), le risque d'un déséquilibre inverse subsiste. En particulier, la question d'un déséquilibre inverse reste susceptible de se poser en lien avec les personnes qualifiées de **Ultra High Net Worth Individuals**, à savoir des personnes dont la fortune nette est supérieure à USD 50'000'000³⁸⁹² ; elles ne répondent manifestement plus à la conception habituelle du consommateur, même si elles acquièrent des biens ou des services à des fins privées.

2192

c. Déséquilibre entre consommateurs

Nous souhaiterions encore relever une dernière limite au principe de la protection abstraite du consommateur. Même si, contrairement aux deux hypothèses qui viennent d'être présentées (*supra* N 2183 ss), la problématique ne concerne plus strictement la relation entre un professionnel et un consommateur, elle résulte néanmoins de la supériorité (au sens large) d'un consommateur ou d'une catégorie d'entre eux à l'égard d'autrui. Le déséquilibre ne se mesure alors plus par rapport au professionnel, mais il **intervient au détriment d'autres consommateurs** (« déséquilibre horizontal »).

2193

Dans la mise en place de toute politique de protection des consommateurs, il existerait un risque de créer, sinon un droit de la consommation à deux vitesses, du moins **deux catégories (« niveaux ») de consommateurs**. Les règles protectrices ne seraient ainsi pas adaptées aux consommateurs économiquement faibles ; elles refléteraient uniquement les préoccupations de « *catégories sociales déjà privilégiées par le niveau de revenus, de culture et d'éducation, et partant mieux aptes à se protéger* »³⁸⁹³. Le droit de la consommation constituerait donc, en lui-même, une source d'inégalités sociales et, dans l'absolu, risquerait même d'en confirmer, voire d'en initier d'autres.

2194

Le **critère de référence du « consommateur moyennement raisonnable et diligent »** pourrait également s'avérer problématique. Il ne tiendrait pas suffisamment compte de la diversité socio-économique des consommateurs, ce en fixant arbitrairement le critère de référence en fonction de l'image d'un consommateur ne correspondant pas à l'image réelle d'une (grande) partie des destinataires finaux privés de biens et services³⁸⁹⁴. Il est vrai que la doctrine

2195

³⁸⁹² OPPLIGER, p. 2.

³⁸⁹³ BOURGOIGNIE, p. 240.

³⁸⁹⁴ BOURGOIGNIE, p. 240.

suisse relative à la protection qualitative de la concurrence nuance tout de même cette affirmation, en imposant la prise en compte d'éléments concrets dans l'analyse du « consommateur moyen »³⁸⁹⁵.

2196 Le moment est venu de procéder à une **appréciation** (E).

E. Appréciation

2197 Si le législateur souhaite multiplier les catégories légales de personnes réputées faibles, il devra parfois en gérer les potentiels « **effets secondaires** ». On pense tout particulièrement à la perte de cohérence du régime général et à la délimitation parfois ambiguë du champ d'application personnel de la protection³⁸⁹⁶.

2198 Toutefois – cet argument concerne plus spécifiquement les personnes morales vulnérables – l'existence d'une certaine organisation au sein d'une entité (ex. association, fondation), **implique vraisemblablement de lui nier le même besoin de protection qu'une personne privée** agissant seule, indépendamment de la finalité privée, professionnelle ou mixte du contrat poursuivie par la personne morale³⁸⁹⁷.

2199 En effet, le risque demeure réel **d'étendre indistinctement le champ d'application de la protection abstraite** « du consommateur » à un nombre très (trop) élevé de personnes (petits professionnels, associations, PME, organisations à but non-lucratif, fondations, etc.)³⁸⁹⁸.

2200 Cela étant, l'hypothèse d'une **extension ponctuelle et mesurée** de la protection légale en faveur de ces personnes ne devrait pas être écarté *in abstracto*, en

³⁸⁹⁵ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 46 : « *allerdings sollte dem allgemeinen Konsumentenleitbild nicht allzu viel Gewicht beigemessen werden, denn massgebend ist in jedem Fall der Durchschnittsadressat des konkreten Einzelfalls mit seinen Eigenschaften, was immer aufgrund der Umstände dieses Einzelfalls zu ermitteln bleibt* ».

³⁸⁹⁶ PICHONNAZ, BFC, p. 92 s. rappelle que, si la formulation de l'art. 97 Cst. paraît certes à première vue limitée aux « consommateurs et consommatrices », soit des personnes physiques, tel ne serait en réalité pas le cas. *Contra*, SGK BV-JACOBS, N 5.

³⁸⁹⁷ TAMM, p. 327 : « *auch wenn also im Einzelfall ein kleiner Idealverein (oder eine Pfarrgemeinde) als individuell schutzbedürftig angesehen werden müssen, signalisiert schon die Wahl der Organisationsform dem Rechtsverkehr, dass die handelnde mit einer gewissen Professionalität agiert [...]* ».

³⁸⁹⁸ KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 73.

particulier face à l'utilisation de conditions générales abusives³⁸⁹⁹. Comme le rappelle d'ailleurs à juste titre PICHONNAZ, les mesures de protection du « consommateur » visent également un but dépassant les intérêts des seuls individus concernés, ce au profit d'un fonctionnement plus loyal et efficace du marché³⁹⁰⁰.

Avant de formuler des propositions concrètes du point de vue de la formation du contrat de consommation (V), il nous reste encore à confronter les **normes de protection du consommateur au droit général des obligations** (IV).

2201

III. Normes de protection du consommateur et droit général des obligations

En présentant les normes de protection du consommateur et le droit général des obligations, nous évoquerons la **stabilité et la pérennité du CO** (A), les influences réciproques (B) et le rôle de l'art. 7 CC (C).

2202

A. Stabilité et pérennité du CO

Les dispositions du chapitre premier du CO (« des obligations résultant d'un contrat ») ont bénéficié d'une **grande stabilité**³⁹⁰¹ depuis l'entrée en vigueur du CO le 1^{er} janvier 1912³⁹⁰². Pour l'essentiel, le contenu de l'actuel CO se fonde toujours sur l'aCO de 1881/83³⁹⁰³, qui était en majeure partie l'oeuvre de l'éminent professeur bernois WALTHER MUNZINGER³⁹⁰⁴.

2203

La durabilité de la partie générale du droit suisse des obligations témoignerait d'une **qualité scientifique indéniable**³⁹⁰⁵. Dans le cadre du Projet CO 2020 (*supra* N 1979 ss), un but important est précisément de conserver les acquis

2204

³⁸⁹⁹ FORNAGE, Contrat d'assurance de protection juridique, N 24 ; KOLLER-TUMLER, Einführung, p. 73.

³⁹⁰⁰ PICHONNAZ, BFC, p. 93.

³⁹⁰¹ ENGEL, Cent ans, p. 35 ; HONSELL, 100 Jahre, p. 21 présente certaines évolutions, notamment la suppression de l'art. 48 CO ; HUGUENIN/MEISE, p. 287 s. ; PICHONNAZ, Le centenaire, p. 123 ; CR CO I-THÉVENOZ/WERRO, Introduction générale, N 2 ; VON TUHR/PETER, p. 3.

³⁹⁰² RO 27 321.

³⁹⁰³ Etant précisé que la loi, adoptée en 1881 est entrée en vigueur en 1883, HONSELL, 100 Jahre, p. 9.

³⁹⁰⁴ HONSELL, 100 Jahre, p. 9 ; CO 2020-HUGUENIN-HILTY, Einleitung vor art. 1 ff., N 8.

³⁹⁰⁵ ENGEL, XXXI ; HONSELL, 100 Jahre, p. 21 ; SCHMIDLIN, SJZ, p. 25 ; SCHMIDLIN, Vertragsabschluss, p. 108.

légues par les rédacteurs du CO. En particulier, les initiants proposent la reprise de plusieurs dispositions générales, souvent sans modifications substantielles de fond³⁹⁰⁶. Dans un rapport adopté le 31 janvier 2018, le Conseil fédéral a par ailleurs conclu « *qu'il n'y a aucune nécessité de réviser totalement ce texte de loi* »³⁹⁰⁷, ce qui indique une volonté de maintenir la pérennité du texte « de base », qui a été largement confronté et exposé à la pratique depuis son adoption.

2205

Parmi les rares ajouts (cf. art. 14 al. 2^{bis} CO³⁹⁰⁸) et modifications (cf. art. 35 al. 1 CO³⁹⁰⁹) dans la partie générale sur la formation du contrat du CO de 1911³⁹¹⁰, les **nouveautés les plus importantes constituent des normes impératives de protection du consommateur**³⁹¹¹. Les dispositions du droit privé général suisse contiennent dès lors des normes directement destinées à la protection du consommateur, considérations qu'expriment désormais les art. 6a CO et 40a ss CO (sur l'approche intégrative, *supra* N 2131 ss)³⁹¹². Leur adoption se fonde d'ailleurs directement sur l'art. 97 Cst.³⁹¹³. En outre, l'art. 7 al. 3 CO contribue également à cette protection³⁹¹⁴. L'intégration directe de normes consuméristes au sein des règles générales du CO semble dès lors

³⁹⁰⁶ C'est par ex. le cas de l'art. 1 al. 1 et 2 CO 2020, CO 2020-PROBST, art. 1 N 2 : « Art. 1 OR weist keinen grundlegenden Revisionsbedarf auf, da die Bestimmung sich insgesamt bewährt hat ».

³⁹⁰⁷ <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-69649.html> (consulté le 30.10.2018).

³⁹⁰⁸ RO 2004 5085.

³⁹⁰⁹ RO 2011 725.

³⁹¹⁰ Il ne faut pas oublier les intégrations dans la partie générale intervenues dans le CO de 1911 par rapport à celui de 1881/83 (par ex. art. 20 al. 2, 21 et 24 al. 1 ch. 4 CO, HONSELL 100 Jahre, p. 14 s.). Passablement critique, BUCHER, Hundert Jahre, p. 275 ss. Plus nuancé, HONSELL, 100 Jahre, p. 11 ss. Les deux auteurs exposent quoi qu'il en soit que le rôle de EUGEN HUBER dans l'évolution du droit suisse des obligations a considérablement éclipsé celui, fondamental, de WALTHER MUNZINGER quelques décennies auparavant.

³⁹¹¹ HUGUENIN/MEISE, p. 281 et 287 s.

³⁹¹² CARRON, Protection, N 96 s. ; KREN-KOSTKIEWICZ, OR Kommentar, art. 6a N 5 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 28 ; CR CO I-MORIN, art. 6a N 1 et 3 ; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 6a N 4. Plus nuancée, KOLLER-TUMLER, Konsumentenvertrag, p. 125 ss. Critique de la réglementation, HONSELL, 100 Jahre, p. 22.

³⁹¹³ BSK OR I-KOLLER-TUMLER, Vor art. 40a-40f N 1 ; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, art. 6a N 1.

³⁹¹⁴ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 28.

révéler un lien (de plus en plus) étroit entre, d'une part, la protection du consommateur et, d'autre part, le droit général des obligations³⁹¹⁵.

Le souci de protection du consommateur lors de la formation du contrat se retrouvait également tout particulièrement dans le processus – non abouti³⁹¹⁶ – d'adoption d'une **loi fédérale sur le commerce électronique**. Le projet de loi de janvier 2001³⁹¹⁷ prévoyait ainsi plusieurs modifications en rapport avec la partie générale du CO relative à la formation des contrats. Pour rappel, il était prévu de modifier les art. 4 al. 2 et 7 al. 2 et 3 CO, d'introduire un nouvel art. 6a al. 4 CO ou encore d'adapter les art. 40a ss CO au commerce électronique (*supra* N 1851 ss)³⁹¹⁸.

Dès lors, le droit (contractuel) de la consommation **se caractérise par une intégration, certes partielle, mais désormais directe** au sein des règles générales du droit des obligations ; c'est vraisemblablement un signe que le « contrat de consommation » s'assimile progressivement au droit général des obligations³⁹¹⁹. La formation du contrat bénéficie à ce titre d'une place de choix, en particulier du point de vue des devoirs d'information précontractuels, du droit de révocation ou encore de l'intégration des conditions générales. Les prescriptions de forme continuent également à déployer un effet important pour la protection du consommateur, s'agissant particulièrement de certaines formalités à respecter (*supra* N 1047 s.).

Au moment d'adopter de nouvelles dispositions protectrices, il convient cependant toujours de **vérifier si les instruments du droit général des obligations ne permettent pas déjà d'atteindre un but protecteur** (comp. art. 5 al. 2 Cst.). Le cas échéant, il conviendrait d'explicitier pourquoi tel

³⁹¹⁵ Pour le droit allemand, MEDICUS/PETERSEN, N 48 précisent que des normes de protection du consommateur ont été directement intégrées dans le BGB suite à la modernisation du droit des obligations (« *Schuldrechtsmodernisierung* ») en date du 1^{er} janvier 2002.

³⁹¹⁶ Communiqué du CF aux médias du 9 novembre 2005, https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2005/ref_2005-11-091.html (consulté le 30.10.2018).

³⁹¹⁷ <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/e-geschaeftsverkehr/vn-ve-f.pdf> (consulté le 30.10.2018).

³⁹¹⁸ <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/e-geschaeftsverkehr/vn-ve-f.pdf>, p. 2 (consulté le 30.10.2018). Nous ne traiterons pas de la proposition d'abrogation de l'art. 13 al. 2 aCO intervenue dans le cadre de la proposition de loi sur le commerce électronique. A partir du 1^{er} janvier 2005, l'art. 13 al. 2 aCO a été effectivement abrogé consécutivement à l'entrée en vigueur de la loi sur la signature électronique (RO 2004 5085, FF 2001 5423).

³⁹¹⁹ En droit québécois, pour MOORE, p. 14 ss le phénomène résulte de l'insertion du droit des contrats de consommation dans le droit commun et de l'émergence de la notion de contrat d'adhésion qui vise la protection d'une partie vulnérable.

n'est pas le cas. Les dispositions protectrices doivent également aisément s'articuler avec les règles générales du droit des obligations. En particulier, cela permet de prévenir et d'anticiper d'éventuelles controverses à résoudre au moyen d'actions judiciaires que le consommateur reste réticent à utiliser. Les discussions portant sur l'existence même du contrat en cas de violation de dispositions de la LCD relatives à la conclusion du contrat (cf. art. 3 LCD) nous paraissent constituer une bonne illustration de la nécessité d'articuler expressément l'intervention sectorielle avec le régime général (sur les sanctions de nature contractuelle d'une violation de la LCD, *supra* N 190 ss).

2209 De par ses caractéristiques, le droit (contractuel) de la consommation entretient des **influences réciproques** (B).

B. Influences réciproques

2210 L'une des principales conséquences du caractère transversal et pluridisciplinaire des normes de protection du consommateur est le développement **de rapports à double sens**. Ils interviennent entre le droit de la consommation et les branches traditionnelles du droit³⁹²⁰.

2211 A côté du droit public, du droit pénal et du droit de la concurrence, le droit civil – singulièrement le droit général des obligations – n'est à ce titre que l'un des quatre piliers de la protection du consommateur³⁹²¹. Cela dit, le droit de la consommation demeure vraisemblablement **(plus) étroitement lié au droit civil**, lequel établit le droit commun des contrats³⁹²². L'intervention se concrétise par l'adoption de règles protectrices dans de nombreux domaines, ainsi que par une catégorisation spécifique des personnes à protéger³⁹²³.

³⁹²⁰ Pour le droit français, SAUPHANOR, et les réf. citées, qui indiquent qu'« entre le droit de la consommation et les branches traditionnelles, les rapports sont à double sens puisque d'un côté celles-ci apportent leur contribution à la protection du consommateur, de l'autre, le droit de la consommation a vocation à intervenir dans l'ensemble de ces disciplines pour y introduire la protection du consommateur en tant que nouvelle donnée du droit positif » (N 46), ce qui lui fait dire que « sous l'influence du droit de la consommation souffle le vent d'une recomposition des sources du droit » (N 3).

³⁹²¹ TAMM, p. 60 et 62 ss.

³⁹²² SAUPHANOR, N 50 ; TAMM, p. 59 « *der Gedanke des Schutzes des Verbrauchers manifestiert sich in erster Linie in zivilrechtlichen Bestimmungen, die den Verbraucher in seinem Verhältnis zum Unternehmer in unterschiedlicher Weise gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer besser stellen* ».

³⁹²³ TAMM, p. 61.

Les règles du droit commun des contrats sont ainsi éminemment pertinentes pour le droit (contractuel) de la consommation. Il est vrai, elles connaissent ponctuellement **des aménagements ou des compléments** (cf. art. 6a et 40a ss CO), bien que la protection ne soit pas toujours nécessairement limitée au « consommateur » au sens strict du terme (comp. pour la règle de l'insolite, *supra* N 1819 et 1825). On peut néanmoins affirmer que les règles sur la conclusion du contrat (art. 1 à 10 CO), la forme (art. 11 ss CO), quant à l'objet (art. 19 CO) et celles relatives aux vices du consentement (art. 21 et 23 ss CO), s'appliquent pleinement au droit (contractuel) de la consommation³⁹²⁴. Si tel n'était pas le cas, on constaterait par ailleurs une segmentation peu opportune du droit des obligations, notamment.

2212

Dès lors que l'application des normes protectrices s'envisage dans la relation entre un consommateur et un professionnel, en référence au mandat constitutionnel de l'art. 97 al. 1 Cst. (sur la portée du mandat constitutionnel, *supra* N 364 ss), leur interprétation restera pourtant souvent – presque inévitablement – **marquée du sceau de la protection du consommateur** ; le mandat constitutionnel irradie sur la fonction même des règles générales, en les adaptant au besoin³⁹²⁵. Toutefois, le droit (contractuel) de la consommation ne devrait impliquer aucune refonte totale du droit commun des contrats, dans le sens de l'adoption de règles « générales spéciales » d'interprétation, notamment³⁹²⁶ ; il faut plutôt y voir un « *Leitmotiv* » nourrissant l'interprète en arrière-plan de sa démarche intellectuelle individuelle et concrète. Des normes protectrices spéciales continuent quoi qu'il en soit toujours à s'appliquer lorsque les outils ordinaires du droit des obligations sont inefficaces³⁹²⁷, ce qui tempère tout de même l'absorption des règles du droit de la consommation par le droit

2213

³⁹²⁴ RAPIN/WESSNER, N 57. En droit français, PIEDELIÈVRE, N 8.

³⁹²⁵ Comp. KOLLER-TUMLER, E-Banking, p. 163. La règle de l'accessibilité des conditions générales conduit en définitive à évaluer plus strictement le consentement d'un consommateur adhérent à des conditions générales (*supra* N 1507 ss). De même, la violation d'une prescription de la LCD relative à la conclusion du contrat est susceptible, suivant la conception adoptée, de conduire à la nullité de la manifestation de volonté du consommateur dirigée en vue de la conclusion du contrat (sur les sanctions de nature contractuelle d'une violation de la LCD, *supra* N 190 ss).

³⁹²⁶ BK OR-MÜLLER, art. 18 N 175 rejette l'existence de règles interprétatives spéciales pour les contrats de consommation. Comp. PIEDELIÈVRE, N 30 : « *l'influence du droit de la consommation a été telle que l'on s'est parfois demandé si l'on n'allait pas aboutir à une forme d'absorption de ce droit spécial par le droit commun qui reprendrait la plupart des concepts de cette matière pour les appliquer de manière générale. Une réponse affirmative n'est pas souhaitable* ».

³⁹²⁷ CARRON, Protection, N 27.

général des obligations et confirme l'approche incertaine – ou hybride – consacrée en droit suisse (*supra* N 2141 ss).

2214 Dans ce contexte de recoupements réciproques, il nous reste à rappeler le **rôle de l'art. 7 CC** (C).

C. Rôle de l'art. 7 CC

1. Pour le régime général

2215 Conformément à l'art. 7 CC, les dispositions générales du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont aussi applicables aux autres matières du droit civil. Cette disposition énoncerait une « *vérité d'évidence* », compte tenu de la volonté de codification générale du droit civil par le législateur (*supra* N 16 ss, 548 et 695)³⁹²⁸.

2216 L'art. 7 CC permet néanmoins de clarifier et de fixer expressément dans la loi la relation entre la partie générale du droit des obligations et les autres matières du droit civil³⁹²⁹. En effet, la période actuelle se caractériserait par une tendance à la décodification³⁹³⁰. Dans ce contexte, l'art. 7 CC serait une **norme de coordination** (« *Koordinationsnorm* ») utile entre le CC, le CO, et les lois spéciales³⁹³¹.

2. Pour le droit contractuel de la consommation

2217 L'approche sectorielle du droit privé de la consommation conférerait à l'art. 7 CC un rôle accru³⁹³² ; là où il y a un risque d'éparpillement en raison de nombreuses législations spéciales, la disposition permettrait de préserver la cohérence de l'ordre juridique, ainsi que de rappeler un nécessaire besoin d'unité³⁹³³. Du point de vue du droit (contractuel) de la consommation, la disposition rappelle au législateur et à l'interprète de la loi de **rester conscient de la nécessité de maintenir, voire d'obtenir – ou de réobtenir – une vision**

³⁹²⁸ DESCHENAUX, p. 48 ; CR CC I-FOËX, art. 7 N 1 ; BK ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, art. 7 N 4 ss.

³⁹²⁹ DESCHENAUX, p. 47 et 50 ; CR CC I-FOËX, art. 7 N 2.

³⁹³⁰ KRAMER, Methodenlehre, p. 98.

³⁹³¹ CHK ZGB-BREITSCHMID, art. 7 N 1 ; KRAMER, Methodenlehre, p. 98 ss ; ZK ZGB-LIEBER, art. 7 N 6, N 27 et N 29 (plus nuancé).

³⁹³² ZK ZGB-LIEBER, art. 7 CC N 4 ss ; ZK ZGB-MARTI, art. 5 CC N 134.

³⁹³³ KRAMER, Methodenlehre, p. 98 s.

d'ensemble. En d'autres termes, les normes protectrices appartiennent à un ensemble plus vaste, dont il convient, autant que possible, de garantir la cohérence interne et externe.

Le moment est désormais venu de fournir des **propositions** du point de vue de la réglementation de la **formation du contrat de consommation** (IV).

2218

IV. Propositions du point de vue de la formation du contrat de consommation

Nos propositions interviennent en rapport avec la **conclusion du contrat** (A), la forme du contrat (B), l'interprétation contractuelle (C), ainsi que la validité et la perfection du contrat (D).

2219

A. Conclusion du contrat

1. Offre et acceptation

a. Accord des parties

Fondamentalement, le principe même de l'échange d'une offre et d'une acceptation doit évidemment **demeurer**.

2220

Cela dit, dans la loi, il conviendrait peut-être de reconnaître, de manière plus transparente, que la conclusion du contrat ne permet **pas (plus) toujours de distinguer strictement entre ces deux manifestations de volonté, ce qui vaut particulièrement pour les contrats de consommation** (comp. art. 2:211 ECL « *Contracts not Concluded through Offer and Acceptance* »)³⁹³⁴. La traduction légale générale d'une certaine « confusion des rôles » aurait peut-être également l'avantage d'insister sur la nécessité d'abandonner la conception d'un rôle fixe des parties s'agissant de l'échange des manifestations de volonté. Suivant la protection spécifiquement – ou sa limite – recherchée, cela n'excluerait d'ailleurs pas que les considérations normatives se traduisent, éventuellement, en un maintien, dans certaines circonstances, de la protection du consommateur passif uniquement.

2221

³⁹³⁴ ECL-CHRISTANDL, art. 2:211 N 1 (« *alternative modes of contract formation* »). Cet auteur déplore en outre que l'art. 30 (2) CESL ne contient pas une telle règle.

- 2222 En outre, insister sur le fait que l'accord des parties **ne résulte pas nécessairement de négociations** permettrait, en particulier, d'ancrer expressément dans les règles générales sur la conclusion du contrat la thématique des conditions générales. Le revers de la médaille d'un détachement de l'existence de négociations est la relativisation du mécanisme de la *culpa in contrahendo* pour les contrats de consommation (comp. *supra* N 871 et 950). L'une des plus importantes caractéristiques des clauses préformulées reste qu'elles ne sont précisément pas négociées (*supra* N 1439). Plus largement, compte tenu de l'importance pratique et économique des conditions générales, il nous paraît qu'elles méritent désormais une entrée, fût-elle indirecte (en référence à l'expression « négociée ou non »), parmi les règles générales du CO. La formulation choisie devrait être suffisamment souple, afin de s'adapter aux évolutions futures, notamment liées à la technologie Blockchain et aux Smart Contracts.
- 2223 À l'argument de la déréglementation – ou, plus précisément, du maintien de l'absence de réglementation – on peut opposer que les règles, notamment jurisprudentielles, développées en lien avec les conditions générales existent déjà (ex. règle de l'accessibilité, *supra* N 1507 ss ; règle de l'insolite, *supra* N 1819 ss). Il s'agit donc uniquement **d'améliorer la transparence de la partie générale**, en y inscrivant le principe selon lequel l'absence de négociation de l'offre du professionnel ne fait pas obstacle à un accord des parties ou que cet accord peut être obtenu autrement (sur l'intégration globale des conditions générales, *supra* N 1496 ss). Pareille transparence concrétise mieux le mandat constitutionnel priorisant la correction du déficit informationnel dont est réputé souffrir le consommateur (*supra* N 205).
- 2224 Il conviendrait cependant de ne pas interpréter trop largement la thématique de « l'absence de négociations », au risque, sinon, de vider de son sens le principe même de la nécessité de vérifier l'existence d'un véritable consentement, laquelle demeure. Certes, en pratique, le « consentement » du consommateur est souvent considérablement relativisé en présence de l'utilisation de conditions générales. Aussi, inscrire ce constat pratique au sein **du CO reviendrait-il, en réalité, seulement à expliciter, directement dans une loi de portée générale, le déficit dans l'autonomie de la volonté dont souffre d'ores et déjà souvent le consommateur en pratique.**
- 2225 La concrétisation d'une formulation en référence à celle de l'art. 1 al. 3 CO 2020 nous semble à cet égard intéressante (*supra* N 1988 ss). Il nous paraît néanmoins utile d'y ajouter la limite selon laquelle les parties doivent **avoir suffisamment l'intention d'être juridiquement liées** (comp. art. 2:201 (1) ECL). En outre, cela permettrait éventuellement de recourir à un

rattachement légal plus explicite s'agissant de l'interdiction de l'intégration concluante des conditions générales en présence d'un consommateur. La formulation pourrait être la suivante :

Art. 1 CO A. Conclusion du contrat / I. Accord des parties / 1. Conditions générales

¹ [...]

² [...]

³ L'accord des parties peut soit résulter de l'acceptation d'une offre, négociée ou non, soit être obtenu autrement, à la condition que les parties manifestent suffisamment l'intention d'être liées.

⁴ Les termes contractuels qui ne font pas l'objet d'une négociation individuelle ne lient en principe la partie faible ou la moins expérimentée que s'ils lui sont raisonnablement accessibles au plus tard au moment de la conclusion du contrat³⁹³⁵.

b. Offre publique

S'agissant de l'offre de biens ou services proposés via un catalogue électronique (ex. site internet), nous penserions utile de préciser, par exemple à l'art. 7 al. 2 CO, qu'il ne s'agit que d'une **invitation à faire une offre du professionnel**. Si cette conclusion peut se déduire sur la base du texte actuel de l'art. 7 al. 2 CO, elle n'est à notre avis pas suffisamment évidente pour un consommateur n'étant pas versé dans la matière juridique. En outre, cela permettrait de couper court à toute controverse sur la qualification juridique d'une telle proposition, en rappelant donc qu'un tel comportement commercial du professionnel ne constitue pas une offre contraignante de son côté.

2226

En matière de commerce électronique, combiné avec un devoir d'information précontractuel plus exhaustif inscrit dans la LCD (*infra* N 2238 s.), une explicitation de cette thématique permettrait **d'améliorer la transparence** et, le cas échéant, d'éviter des incompréhensions de la part des consommateurs. Si les biens et services sont proposés à un prix fixe et qu'ils reflètent une existence réelle « en stock », alors l'offre du professionnel est, dans la règle, contraignante. S'il s'agit d'une simple exposition des biens sur le catalogue, alors l'offre n'en est en réalité pas une (*invitatio ad offerendum*). La référence au terme « dans la règle » doit permettre d'observer certaines circonstances qui indiqueraient une intention de « l'offrant » de ne pas se lier (comp. art. II-4:201(3) DCFR). Il s'agit également de le préserver de la conclusion d'un contrat qu'il ne pourra par la suite pas honorer ou supporter économiquement.

2227

³⁹³⁵ Nous explicitons cet alinéa dans le cadre de la proposition concernant, plus spécifiquement, les conditions générales (*infra* N 2240 ss).

2228 Le pollicitant conserve quoi qu'il en soit toujours la possibilité de **réserver le caractère contraignant de son offre**, au moyen de « ses » conditions générales (cf. art. 7 al. 1 CO). S'agissant d'une utilisation effective des conditions générales, il nous paraît que l'emploi d'une telle clause au stade précontractuel demeure soumis au contrôle de l'art. 8 LCD³⁹³⁶. Ainsi, la réserve pourrait éventuellement être taxée d'abus – voire d'insolite – si, dans les faits, l'offre est présentée de telle manière que le consommateur peut raisonnablement croire qu'elle est contraignante pour le professionnel (ex. effet de disponibilité limitée). En outre, dans le contexte du commerce électronique, les clauses doivent également être accessibles au consommateur avant qu'il n'émette sa manifestation de volonté contraignante, à savoir son offre, dans la mesure où la sollicitation sur un site Internet représente précisément une *invitatio ad offerendum*³⁹³⁷.

2229 La **proposition** pourrait avoir la teneur suivante :

Art. 7 CO A. Conclusion du contrat / II. Offre et acceptation / 4. Offre sans engagement et offres publiques

¹ [...]

² L'envoi de tarifs, de prix courants, etc., notamment au moyen d'un catalogue électronique, ne constitue pas une offre ferme de contracter.

³ Le fait d'exposer des marchandises, avec indication du prix, est tenu dans la règle pour une offre. Il en va de même du bien ou du service suffisamment individualisé dans une publicité ou un catalogue électroniques, dans la limite toutefois du stock ou de la disponibilité.

c. Biens et services non sollicités

2230 Du point de vue du droit des obligations, la formulation que proposent les **ACQP** pour les biens et services non sollicités nous paraît être une source d'inspiration importante. Ceux-ci disposent que « *si un professionnel livre au consommateur des biens ou fournit des services non sollicités, aucune obligation ne naît du défaut de réponse du consommateur* » (art. 4:106 ACQP).

2231 L'intégration d'une telle règle – visant donc tant les biens que les services – dans la partie générale du CO comporterait cependant le **risque d'une segmentation des règles générales** sur la formation du contrat. Elle est peut-être difficilement conciliable avec l'esprit de « neutralité » du CO. En outre, un recours au principe (cf. art. 2:204 (2) PECL et art. 2:204 (2) ECL) selon lequel

³⁹³⁶ Comp. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 139.

³⁹³⁷ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 161 s.

le défaut de réponse à la réception d'un bien ou d'un service non sollicité ne constitue, en tant que tel, pas une acceptation propre à entraîner la conclusion du contrat suffirait à nier la naissance d'une obligation de contractuelle dans le chef du consommateur³⁹³⁸.

En droit suisse, une piste à étudier est celle d'intégrer l'interdiction d'envoyer ou d'offrir des biens ou services non sollicités au consommateur **dans la LCD en lieu et place du CO**. Le but visé par une telle réglementation est l'interdiction de ces pratiques. En rejetant le principe de la validité du contrat subséquent en cas de violation de cette disposition (*supra* N 194 ss), le but de protection recherché serait atteint en évitant des difficultés avec des principes établis du droit des obligations, notamment la gestion d'affaires sans mandat (*supra* N 1909, 1916 et 1998).

2232

Cette proposition impliquerait de **supprimer l'actuel art. 6a CO** :

2233

Art. 3 Méthodes déloyales de publicité et de vente et autres comportements illicites

¹ Agit de façon déloyale, celui qui notamment :

- v. Envoie ou fait envoyer des choses non commandées à un consommateur ou lui impose la fourniture d'un service non sollicité. Le consommateur n'est alors pas tenu à restitution ou à un quelconque paiement. Si l'envoi du bien ou l'offre de service sont manifestement dus à une erreur, le consommateur doit informer l'expéditeur et tolérer leur récupération ou leur restitution.

2. Devoir d'information précontractuel

Un régime mettant à charge du professionnel un devoir d'information précontractuel général peut éventuellement être identifié en droit suisse **sur la base de l'obligation de bonne foi objective tirée de l'art. 2 al. 1 CC** (*supra* N 877 ss). S'agissant des devoirs d'information précontractuels spécifiques, ils sont, en revanche, éparpillés à travers la législation (*supra* N 972 ss)³⁹³⁹.

2234

Cela étant, pour le consommateur, les difficultés potentielles restent la **sanction de la violation d'un tel devoir général et l'absence de protection abstraite** consacrée, autrement dit, la nécessité d'agir devant les Tribunaux avec les obstacles que cela implique. De ce point de vue, il semblerait indiqué de maintenir la voie de l'intervention sectorielle, ce par le biais de devoirs d'informations précontractuels spécifiques, lesquels sont souvent plus adaptés aux particularités d'une relation consumériste donnée. Un mécanisme de

2235

³⁹³⁸ ECL-CHRISTANDL, art. 2:204, N 17.

³⁹³⁹ GALLI, p. 101 s.

contrôle et de sanctions à caractère collectif (ex. intégrations complémentaires dans la LCD) constituerait également une alternative intéressante à la multiplication des devoirs d'informations de nature – strictement – contractuelle (controverse)³⁹⁴⁰.

2236

D'une manière générale, il conviendrait peut-être de considérer que ce n'est pas toujours spécifiquement le déséquilibre structurel entre un professionnel et un consommateur qui fonde l'utilité d'un devoir d'information³⁹⁴¹. La motivation derrière l'adoption d'un devoir d'information est également la **correction d'un déséquilibre informationnel entre une partie (plus) forte et une partie (plus) faible** résultant, notamment, du manque d'expérience de cette dernière³⁹⁴², ce qui appelle, le cas échéant, une réglementation à tendance plus générale. Cela permettrait, au besoin, de justifier la mise en place d'une protection similaire ou identique pour d'autres parties faibles que le consommateur (comp. déjà art. 2 al. 3 LVF en relation avec les art. 4 et 5 LVF ; pour des limites de la protection abstraite, *supra* N 2182 ss).

2237

Dans l'hypothèse d'une réglementation légale expresse plus uniforme des devoirs d'information, on rappelle la solution « en cascade » proposée par le Commentaire ECL. Cette synthèse distingue entre l'obligation générale d'information fondée sur le principe général de la bonne foi et de la loyauté commerciale (art. 2:401 ECL, « *Duty to Disclose Information* »), les informations à fournir au consommateur dans les autres cas qu'un contrat à distance ou conclu hors établissement (art. 2:402 ECL, « *Information Requirements for Consumer Contracts Other than Distance or Off-premises Contracts* »)³⁹⁴³, ainsi que, plus spécifiquement, les informations à fournir au consommateur dans ces deux situations (art. 2:403 ECL, « *Information*

³⁹⁴⁰ ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:406 N 17 : « *Rather, it should be asked whether, for some duties, collective sanctions already constitute effective and dissuasive means* ».

³⁹⁴¹ Sur l'importation de l'analyse fonctionnelle des devoirs d'informations en réf. à GANDOLFI, ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:406 N 17.

³⁹⁴² ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, Introduction before art. 2:401, N 26.

³⁹⁴³ Les éléments d'information retenus sont : les caractéristiques principales du bien ou du service, l'identité et l'adresse du fournisseur, le prix et les charges, les arrangements accessoires, les garanties, la durée et la fin du contrat, le contenu numérique et les intermédiaires. Pour des approfondissements, ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:402 N 17 ss. Il est à noter qu'ECL ne se réfère apparemment pas à l'information sur le droit de révocation en cas de contrat de crédit à la consommation. Ce constat doit être mis en rapport avec le fait que l'information sur ledit droit y est parfois conçue comme une condition de validité du contrat, comme en droit suisse (*supra* N 1218 ss).

Requirements for Distance and Off-premises Consumer Contracts »)³⁹⁴⁴. Dans ce prolongement, ECL règle encore des exigences formelles (art. 2:404 ECL, « *Formal Requirements for Off-premises Consumer Contracts* », ainsi que l'art. 2:405 ECL, « *Formal and Additional Requirements for Distance Consumer Contracts* »).

L'absence de **devoir d'information spécifique en matière de commerce électronique**, en particulier sur les caractéristiques principales des prestations proposées, nous paraît quoi qu'il en soit constituer un manque difficilement justifiable du droit suisse actuel. En particulier, il n'existe pas d'obligation d'information précontractuelle légale d'indiquer les caractéristiques principales du bien ou du service proposé (comp. art. 6 al. 1 Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs), laquelle ne ressort pas de l'actuel art. 3 al. 1 let. s LCD³⁹⁴⁵. L'adoption d'un tel devoir pourrait intervenir, vu le choix actuel du législateur suisse de réglementer le commerce électronique dans la LCD, dans cette loi également. La question de l'adoption d'une disposition propre au commerce électronique – à l'instar des art. 4 ss LCD – mériterait donc, à notre avis, d'être étudiée, ce à des fins de clarté et pour des considérations systématiques (comp. art. 3 al. 1 let. s LCD). Enfin, la disposition devrait éventuellement s'appliquer plus largement qu'au seul consommateur³⁹⁴⁶.

2238

Cette proposition pourrait être insérée en tant **qu'un nouvel art. 3a LCD**. Cela permettrait d'individualiser la thématique du commerce électronique dans la LCD, sans la figer dans le contexte – quelque peu hors sujet (cf. tout de même l'art. 3 al. 1 let. o LCD) – des pratiques commerciales abusives ou trompeuses, ainsi que de la publicité comparative de l'art. 3 LCD³⁹⁴⁷. Elle pourrait avoir la teneur suivante :

2239

Art. 3a Exigences en matière de commerce électronique

¹ Agit de façon déloyale celui qui :

- a. propose des marchandises, des oeuvres ou des prestations au moyen du commerce électronique sans remplir les conditions suivantes :

³⁹⁴⁴ Les éléments d'informations retenus sont : les caractéristiques principales du bien ou du service, l'identité et l'adresse du fournisseur, le prix et les charges, les arrangements accessoires, les droits de révocation, les garanties, les codes de conduite, la durée et la fin du contrat de même que les garanties financières, le contenu numérique et la résolution des litiges. Pour des approfondissements, ECL-KÄSTLE-LAMPARTER, art. 2:403 N 12 ss.

³⁹⁴⁵ Comp. CR LCD-WERRO/CARRON, art. 3 al. 1 let. s N 23 ss.

³⁹⁴⁶ CR LCD-WERRO/CARRON, art. 3 al. 1 let. s 12 indiquent que la protection voulue par le droit suisse va plus loin qu'en droit européen (limitée aux rapports B2C, cf. art. 6 Directive 2011/83/UE).

³⁹⁴⁷ Comp. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 75 s.

- (1) indiquer de manière claire et complète son identité et son adresse de contact, y compris pour le courrier électronique,
- (2) indiquer les différentes étapes techniques conduisant à la conclusion d'un contrat,
- (3) fournir les outils techniques appropriés permettant de détecter et de corriger les erreurs de saisie avant l'envoi d'une commande,
- (4) confirmer sans délai la commande du client par courrier électronique.

b. ne fournit pas de manière claire et compréhensible les principales caractéristiques du bien ou du service, dans la mesure appropriée au support de communication utilisé, au bien ou service concerné et aux clients visés.

3. Conditions générales

a. Validité de l'intégration

2240 Du point de vue de l'intégration des conditions générales, leur **accessibilité est essentielle**, indépendamment des limites pratiques qu'elle peut comporter (*supra* N 1516 s.).

2241 En tant que telle, cette exigence est par ailleurs souvent conçue strictement, à savoir **spécifiquement en lien avec les contrats de consommation**. Or, la pratique actuelle des cours commerciales internationales mentionne également cette exigence pour les rapports entre professionnels ; avec la doctrine, elle se montrerait même parfois plus exigeantes dans ce contexte (comp. CVIM et PICC)³⁹⁴⁸.

2242 En présence de termes contractuels n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, rien ne s'oppose à notre avis de **fixer expressément l'exigence d'accessibilité dans les règles générales du CO** sur la conclusion du contrat (comp. art. 2:104 et 6:206 ECL). Le besoin de protection d'un consommateur contre l'intégration de clauses non négociées du point de vue de l'effet de surprise lié à l'absence d'accessibilité n'est d'ailleurs pas forcément différent de celui d'une autre personne. En tant que telle, il s'agit par ailleurs d'une exigence de transparence distincte de la thématique de l'intégration concluante desdites conditions (cette dernière étant relative à la communication des manifestations de volonté et pas aux modalités de leur prise de connaissance, *supra* N 1488 ss) ; par principe, cette dernière est proscrite face à un consommateur, mais demeure possible dans les autres cas (comp. *supra* N 1490 ss)³⁹⁴⁹. La possibilité d'une intégration concluante

³⁹⁴⁸ ECL-JANSEN, art. 2:104 N 11 et 13.

³⁹⁴⁹ ECL-JANSEN, art. 2:104 N 15.

suppose quoi qu'il en soit que la partie à laquelle elle est opposée soit raisonnablement consciente du contenu contractuel, ce qui n'est en principe pas le cas du consommateur (comp. art. 1 let. i annexe à la Directive 93/13/CEE)³⁹⁵⁰. La règle de l'accessibilité vise précisément à corriger ceci, mais sans qu'elle puisse, dans la règle, conduire à justifier une intégration concluante dans un rapport consumériste également ; cela reviendrait souvent à vider la règle de l'accessibilité de toute substance.

La pratique enseigne qu'il convient de faire preuve d'une **certaine flexibilité**, de sorte à observer des évolutions futures et les quelques situations pratiques où une accessibilité « effective » traditionnelle s'avère peu praticable, y compris face à une partie faible ou moins expérimentée (par ex. en cas de remise d'un courrier dans une boîte aux lettres s'agissant de l'intégration des conditions de la Poste). La surveillance des conditions applicables en de telles situations devrait, cela dit, toujours rester possible, par exemple en obligeant certains fournisseurs de biens ou services à publier largement leurs conditions contractuelles (cf. art. 11 OPO). Le but serait de permettre un éventuel contrôle collectif desdites conditions, par les mécanismes de la LCD, en particulier.

2243

Art. 1 CO A. Conclusion du contrat / I. Accord des parties / 1. Conditions générales

¹ [...]

² [...]

³ L'accord des parties peut soit résulter de l'acceptation d'une offre, négociée ou non, soit être obtenu autrement, à la condition qu'elles manifestent suffisamment l'intention d'être liées³⁹⁵¹.

Les termes contractuels qui ne font pas l'objet d'une négociation individuelle ne lient en principe la partie faible ou la moins expérimentée que s'ils lui sont raisonnablement accessibles au plus tard au moment de la conclusion du contrat.

b. Interprétation

Fondamentalement, à tout le moins en droit suisse des contrats, l'interprétation des conditions générales doit être identique à celle donnée aux **autres clauses contractuelles** (*supra* N 1630 ss)³⁹⁵². Une application mesurée de la règle de l'interprétation défavorable (*supra* N 1703 ss) représenterait toutefois une piste d'intervention à étudier ponctuellement pour les tribunaux, à tout le moins face

2244

³⁹⁵⁰ ECL-JANSEN, art. 2:104 N 15.

³⁹⁵¹ Nous explicitons cet alinéa dans le cadre de la proposition traitant, plus spécifiquement, de l'offre et de l'acceptation (*supra* N 2220 ss).

³⁹⁵² ECL-VOGENAUER, Introduction before art. 5:101, N 22.

à certaines clauses formulées de manière particulièrement problématique et négligeant de manière crasse les intérêts du consommateur. Elle servirait alors de guide interprétatif concrétisant, le cas échéant, le mandat constitutionnel, ressortant de l'art. 97 Cst., d'une interprétation favorable au consommateur (*supra* N 365).

2245 L'application de la règle *in dubio contra stipulatorem* et les conséquences d'une clause peu claire ou ambiguë cachent par ailleurs des choix de politique juridique. D'une part, celui de déterminer s'il convient d'opter pour une interprétation en défaveur de la partie sur le compte de laquelle est à remettre la rédaction du contenu contractuel. D'autre part, et du point de vue des conséquences de l'application de la règle, celui de décider si les clauses doivent être maintenues ou déclarées invalides³⁹⁵³ ; en cas de maintien, la règle trouve son fondement dans l'interprétation, en cas d'invalidation, au stade de l'examen de la validité de l'intégration. Autrement dit, en choisissant la conséquence de l'invalidation, cela appelle une intervention d'office du tribunal. Lorsque l'une des parties conteste la conclusion du contrat (« *Konsensstreit* »), l'examen de l'existence du contrat doit intervenir d'office (*supra* N 961)³⁹⁵⁴. L'affirmation reste plus hasardeuse en fixant la règle au stade de l'interprétation.

2246 **Pour la protection du consommateur**, cela pourrait signifier la chose suivante : en appréhendant la règle *in dubio contra stipulatorem* comme étant relative au contrôle de la validité du consentement, on favoriserait l'intervention judiciaire en rapport avec l'usage de conditions générales. Méthodologiquement, la sanction d'une clause peu claire serait ainsi l'absence de consentement du consommateur à son intégration. Pour le cas où elle serait néanmoins claire, la clause devrait encore résister au contrôle de contenu, en particulier celui de l'art. 8 LCD. Dans les deux cas, l'examen du tribunal interviendrait d'office³⁹⁵⁵. Il est vrai, pareille conception remettrait potentiellement en cause le caractère subsidiaire de la règle *in dubio contra stipulatorem* (*supra* N 1675 ss). En Suisse, ces aspects sont rendus plus complexes par l'approche, qualifiée de « dualiste », du contrôle des conditions générales (*supra* N 1642).

2247 C'est précisément l'occasion de formuler des propositions sous l'angle du **contrôle de contenu** (c) des conditions générales.

³⁹⁵³ ECL-VOGENAUER, Introduction before art. 5:101, N 24.

³⁹⁵⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 324a ; BK OR-MÜLLER, art. 2 N 13.

³⁹⁵⁵ Sur l'importance d'une intervention *ex officio* pour la protection du consommateur en lien avec le contrôle des clauses abusives (« *unfair contract terms* »), ECL-JANSEN, Introduction before art. 6:201, N 6.

c. Contrôle de contenu

On l'a vu, s'agissant du contrôle de contenu (au sens large), l'approche consacrée par le droit suisse s'avère **relativement hétérogène** (*supra* N 1754 ss) : contrôle du respect des normes légales impératives, contrôle de contenu (ouvert) des clauses abusives et contrôle caché (ou occulte) des clauses insolites. S'y ajoutent des discussions – n'étant pas même forcément susceptibles de réponses définitives³⁹⁵⁶, mais constituant souvent des choix de politique juridique³⁹⁵⁷ – au sujet du classement méthodologique de certaines règles (not. les régimes de la clause insolite et ambiguë).

2248

S'agissant **plus spécifiquement du contrôle de contenu des clauses abusives** (cf. art. 8 LCD), la doctrine européenne admet que les raisons qui plaident en faveur d'un tel contrôle sont plus fortes pour les contrats de consommation³⁹⁵⁸. Cela étant, on ne saurait d'emblée exclure qu'un besoin de protection puisse également exister pour des personnes n'agissant pas à des fins privées, à l'instar d'une PME. L'intégration du contrôle ouvert au sein de la LCD permet en tout cas – et peut-être plus facilement – d'envisager un tel contrôle à large échelle et fondé sur les « rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients » (cf. art. 2 LCD). Une telle solution pourrait toutefois aller à l'encontre d'une certaine tendance européenne consistant à considérer le contrôle des clauses abusives comme relevant plutôt du droit contractuel général (cf. CESL, PECL, ACQP et DCFR ; comp. art. 33 CO 2020 *supra* N 2041 ss)³⁹⁵⁹. Dans ce prolongement, il convient de rappeler que l'application de la Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives est limitée aux contrats de consommation (art. 1 al. 1 Directive).

2249

En outre, il est toujours incertain si le contrôle du caractère abusif des clauses (« *fairness test* ») intervient en fonction de **critères différents selon qu'il s'agit d'un contrat conclu avec un consommateur ou d'un accord entre professionnels**³⁹⁶⁰. En Suisse, on atteindrait peut-être une certaine souplesse – et réserve – en soumettant, d'une part, au contrôle de l'art. 8 LCD les conditions

2250

³⁹⁵⁶ Relativisant l'incidence pratique du recours à une méthodologie stricte en lien avec le contrôle judiciaire des conditions générales, KRAMER/PROBST/PERRIG, N 108.

³⁹⁵⁷ Dans ce sens en lien avec le contrôle des clauses abusives, ECL-JANSEN, Introduction before art. 6:201, N 15 : « *It is not obvious where to place the rules on non-negotiated (standard) contract terms in a system of contract law. Indeed, pre-formulated terms raise problems as far as their inclusion in the contract, their interpretation, and their fairness is concerned* ».

³⁹⁵⁸ ECL-JANSEN, Introduction before art. 6:201, N 12.

³⁹⁵⁹ ECL-JANSEN, Introduction before art. 6:201, N 13 s.

³⁹⁶⁰ ECL-JANSEN, Introduction before art. 6:201, N 14.

générales dans un contrat conclu entre professionnels tout en appliquant, d'autre part, moins strictement les conditions d'application de la disposition (not. la « contradiction avec les règles de la bonne foi » ou la « disproportion notable et injustifiée »). Lier une telle disposition à une liste non exhaustive de clauses présumées abusives (dites « grises » ; comp. art. 6:202 ECL « *Indicative List of Unfair Terms* »³⁹⁶¹) permettrait éventuellement de créer une certaine sécurité juridique, tout en ménageant la liberté contractuelle des parties. Le respect du principe de proportionnalité serait en outre être garanti par l'interdiction de l'utilisation de certaines clauses (dites « noires »), spécifiquement et uniquement dans les rapports entre un professionnel et un consommateur³⁹⁶². Dans les rapports entre professionnels, une exclusion du contrôle de loyauté par une clause individuellement – et effectivement – négociée pourrait ainsi être une piste de réflexion. Dans ce contexte, la référence à une valeur contractuelle déterminée (par ex. Fr. 1'000'000.-), pour écarter le contrôle de loyauté, ne serait pas opportune ; la valeur du contrat n'est pas un témoin direct de sa complexité ou de son importance subjective pour les parties³⁹⁶³. En définitive, il s'agit bien plus de fournir au tribunal des moyens lui permettant de parvenir à un jugement normatif indépendant, plutôt que de figer dans la loi des critères mettant à charge de l'utilisateur des conditions générales un fardeau de la preuve strict en rapport avec le caractère non abusif d'une clause considérée³⁹⁶⁴.

2251

Plus largement, il convient encore de décider si le contrôle des clauses abusives doit **plutôt être intégré dans le droit général des contrats ou dans la législation de lutte contre la concurrence déloyale**. Une réponse définitive demeure hasardeuse et éminemment teintée de considérations politiques³⁹⁶⁵. Nous pensons tout de même que le droit général des obligations, en particulier les dispositions sur la formation du contrat, doivent rester les plus neutres possibles. Si le but recherché est un contrôle de loyauté et une protection de la partie faible sur le marché³⁹⁶⁶, ce contrôle devrait intervenir par la LCD, que le

³⁹⁶¹ La Directive 93/13/CEE et PECL contiennent uniquement une telle liste grise (comp art. 84 et 85 CESL, ainsi que 6:304 ACQP et II.-9:409 DCFR), ECL-JANSEN, art. 6:202 N 7.

³⁹⁶² ECL-JANSEN, art. 6:201 N 5 et ECL-JANSEN, art. 6:202 N 6.

³⁹⁶³ ECL-JANSEN, art. 6:201 N 6.

³⁹⁶⁴ ECL-JANSEN, art. 6:202 N 5.

³⁹⁶⁵ ECL-JANSEN, art. 6:201 N 7.

³⁹⁶⁶ Comp. ECL-JANSEN, art. 6:201 N 1 relève que la question de savoir si le contrôle des clauses abusives est un aspect spécifique de protection du consommateur et s'il doit être limité à ce domaine est une des « *most disputed issues in European private law currently* » et N 7 et ECL-JANSEN, art. 6:203 N 2 : « *The definition of <terms not individually negotiated> and the determination of the scope of the rules on unfair terms belong to the most contested issues of European contract law* ».

destinataire soit un consommateur ou une PME. Dans ce dernier cas, ledit contrôle devrait être mesuré, puisqu'on peut plus facilement exiger une certaine diligence (not. la compréhension des termes et des clauses d'exemptions) de la part d'une personne agissant n'agissant pas à des fins privées ou idéales³⁹⁶⁷.

Le droit suisse n'a donc peut-être **pas forcément intérêt à s'affranchir du dualisme du contrôle des conditions générales**. Ce « dualisme » doit par ailleurs être relativisé par la taxonomie triple relative à la conception générale du contrôle de contenu (respect des normes légales impératives de l'ensemble de l'ordre juridique, contrôle ouvert en vertu de l'art. 8 LCD et régime particulier des clauses insolites). La conception effective du contrôle pratiqué en Suisse consiste plutôt à appliquer différents moyens de protection en vue de contrôler le contenu (parfois de manière cachée) de clauses préformulées, ce en fonction de critères d'intervention parfois distincts et (plus) spécifiques. De ce point de vue, l'intervention par le biais de la LCD n'est donc que « l'une des pièces du puzzle », ce qui garantit tout de même une flexibilité à l'ensemble du système. Cette fragmentation permet peut-être d'éviter – ou le cas échéant de limiter, respectivement de cibler – certaines interventions contraignantes, parfois craintes à juste titre par les différents acteurs du marché.

2252

B. Forme du contrat

Les règles de forme continuent à déployer un **rôle important pour la protection du consommateur**. De ce point de vue, une difficulté pratique potentielle résulte des conséquences du vice de forme. La constatation de la nullité d'office et la restitution intégrale des prestations qui en est la conséquence ne sont, en effet, pas toujours optimales pour le consommateur. Un régime de nullité *sui generis* (cf. les modalités de restitution de l'art. 15 LCC) paraît souvent plus adapté. Il permet de préserver les intérêts du consommateur et, par la même occasion, de garantir au professionnel le paiement de sa créance ou, plus précisément, la restitution de l'objet cédé ou du montant versé, respectivement engagé.

2253

Les règles de forme, par leurs fonctions telles qu'elles ressortent du régime général (*supra* N 1001 ss), restent d'ailleurs **étroitement liées** à certains (autres) moyens de protection contractuels du consommateur. Ainsi, lorsque l'information sur le droit de révocation est une condition de validité du contrat, le défaut d'information entraîne la nullité du contrat (art. 9 à 11 LCC et 15 LCC). En revanche, lorsque l'information n'est pas une condition de validité,

2254

³⁹⁶⁷ ECL-JANSEN, art. 6:201 N 4.

d'autres conséquences s'appliquent, à l'instar de l'empêchement du début du cours du délai de révocation (cf. art. 40d al. 1 CO).

2255 Finalement, les formalités conservent donc toute leur importance pour corriger le déséquilibre, en particulier informationnel, dont est réputé souffrir le consommateur à l'égard du professionnel (sur les éléments du droit de la consommation, *supra* N 199 ss). Sous cet angle, l'utilité des prescriptions de forme demeure inchangée. En outre, avec le développement de la technologie Blockchain et, en particulier, des Smart Contracts, le respect des règles de forme serait appelé à devenir une thématique incontournable³⁹⁶⁸. Il paraît donc clair que ces règles n'ont **pas dit leur dernier mot**. Juridiquement, le défi sera d'intégrer les nouveaux supports technologiques et l'utilisation quotidienne qui en est faite, ce dans la continuité des principes généraux du droit des obligations.

C. Vices du consentement

2256 Dans le domaine de la protection du consommateur, on peut s'interroger sur l'opportunité d'un maintien des **vices du consentement** dans leur conception traditionnelle. En effet, les instruments interventionnistes, qu'il s'agisse des devoirs d'information précontractuels, des droits de révocation ou encore des dispositions sur les pratiques commerciales déloyales auraient tendance à les écarter progressivement³⁹⁶⁹.

2257 Cela dit, il convient de garder à l'esprit que les règles sur les vices du consentement ne poursuivent généralement pas le même but que les moyens spécifiques de protection du consommateur (pour un lien avec le droit de révocation, comp. *supra* N 1178 ss)³⁹⁷⁰. Du point de vue de la protection du consommateur, ils conservent dès lors une **utilité complémentaire ou résiduelle**. Aussi, le consommateur devrait-il pouvoir recourir à l'erreur même après l'écoulement du délai de révocation non utilisé. C'est d'ailleurs la conception de la Commission européenne dans le contexte de l'adoption des art. 48 ss CESL, laquelle a considéré que le droit des contrats ne serait pas exhaustif sans l'adoption de règles sur les vices du consentement³⁹⁷¹.

2258 Pour la protection du consommateur, du point de vue des vices du consentement, nous **proposons** de ne pas modifier le système actuel.

³⁹⁶⁸ FURRER, Smart Contracts, p. 113 : « *Die Einhaltung von Formvorschriften bei den durch einen SC generierten Willens- und Wissenserklärungen stellt ein zentrales Problem dar* ».

³⁹⁶⁹ SCHULZE/ZOLL, p. 161 ss.

³⁹⁷⁰ Ne se prononçant pas expressément à ce sujet, SCHULZE/ZOLL, p. 159.

³⁹⁷¹ SCHULZE/ZOLL, p. 163 avec les réf. citées.

L'intervention en faveur de cette partie faible doit continuer à se faire par le biais de moyens de protection spécifiques, dont le caractère abstrait assure mieux cette protection (sur le mécanisme de la protection abstraite, *supra* N 2173 ss). Cela étant, une mise en perspective entre la thématique des conditions générales (pr)opposées au consommateur et les vices du consentement reste une thématique intéressante à explorer ; il en va de même de leur applicabilité et pertinence du point de vue de la Blockchain et des Smart Contracts³⁹⁷².

D. Droit de révocation

Au travers des projets d'uniformisation européens des contrats, on constate la précision et la concrétisation de **règles générales communes** relatives au droit de révocation (ex. durée et exercice du délai de révocation), ce qui favorise le développement d'un système (plus) uniforme (comp. *supra* N 2077 ss et 2110 ss)³⁹⁷³. Uniformisation et application générale de ce moyen de protection ne doivent toutefois pas être confondus. Si la première est souhaitable, la seconde ne l'est pas autant, au risque de toucher à l'essence même de la formation du contrat et du principe de la fidélité contractuelle. Ainsi, l'adoption d'un droit de révocation doit être justifiée par une position de faiblesse financière, situationnelle, informationnelle ou personnelle particulière de son bénéficiaire (sur la nécessité de l'évaluation législative, *supra* N 2149 s.). On ne saurait ainsi admettre abstraitement – *ex ante* – une telle position du seul fait que le consommateur contracte avec un professionnel, ou envisage de le faire³⁹⁷⁴.

Si un besoin de protection est admis, il convient d'adopter des règles aussi claires, précises³⁹⁷⁵ et simples que possible. Dans ce contexte, le choix d'une solution « générale/spécifique » nous paraît préférable. Il serait intéressant d'étudier, à l'instar du droit allemand et des projets d'uniformisation (*supra* N 2077 et 2110 ss), une **réglementation englobant l'ensemble des droits de révocation**, tout en aménageant des solutions spécifiques pour certaines relations contractuelles particulières (ex. contrat conclu sur Internet). Il est à noter que, dans l'optique d'une réglementation des contrats conclus à

³⁹⁷² Comp. HUG, La protection du consommateur face aux nouvelles technologies.

³⁹⁷³ SCHULZE/ZOLL, p. 175.

³⁹⁷⁴ Comp. ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 9 et 16 ss.

³⁹⁷⁵ En rapport avec la prévention d'abus du droit de révocation, ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 25.

distance le législateur semble progressivement reconnaître aux art. 40a ss CO une fonction générale, qui ne ressort *a priori* que de leur position systématique³⁹⁷⁶.

2261

Indépendamment de ces questions d'ordre systématique, il nous paraît que l'adoption d'un **droit de révocation pour les contrats à distance** s'impose à terme en Suisse également. Elle serait à même de renforcer la confiance du consommateur en l'acte de consommation dans cette configuration commerciale, appelée à se développer à l'avenir encore. L'UE et nos Etats voisins connaissent tous un droit de révocation en cas d'un tel contrat. Or, on ne discerne pas en quoi le besoin de protection du consommateur helvétique serait ici moindre par rapport à celui de ses homologues étrangers. Une manière de rassurer les détracteurs de l'adoption d'un tel droit serait de limiter son caractère impératif à l'option, octroyée au consommateur, de choisir s'il souhaite passer un contrat lui offrant, ou non, un tel droit. S'il accepte de conclure un contrat à distance sans un tel droit, cela lui permettra de bénéficier d'un prix réduit, ce qui est un argument commercial pour le professionnel et constituerait une solution innovante pour le législateur suisse³⁹⁷⁷. Cela étant, on ne peut alors totalement exclure que le consommateur choisisse d'abord d'acquérir le produit à un prix plus élevé, qu'il exerce le droit de révocation et, dans un second temps, l'acquiert à un prix plus bas en n'optant plus pour une possibilité de révocation. Constituant un abus de droit difficile à prévenir en pratique, cette solution risquerait, à terme, d'augmenter les frais pour les professionnels. Le cas échéant, ils devraient en outre se plier à deux régimes légaux différents, à savoir selon que le consommateur opte ou n'opte pas pour le bénéfice du droit³⁹⁷⁸.

2262

Un autre défi majeur pour une réglementation du droit de révocation reste finalement la pratique des consommateurs consistant à **rechercher des biens ou services en ligne pour les acheter hors ligne** (« *rope effect* » ; *research online, purchase offline* ce qui renvoie à la thématique du « *multichannel marketing* ») ; elle entraîne une confusion du besoin de protection du consommateur, en ce sens qu'une stricte distinction entre les champs d'intervention des droits de révocation respectifs s'estomperait³⁹⁷⁹. Fondamentalement, cette pratique ne devrait pourtant pas conduire à rejeter un

³⁹⁷⁶ Nous l'avons vu, les art. 40a ss CO ne concrétisent qu'un type particulier de droit de révocation du consommateur, lié à des motifs situationnels lors de la conclusion du contrat (*supra* N 436, 1051 et 1092).

³⁹⁷⁷ ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 18 ss.

³⁹⁷⁸ ECL-HELLWEGE, Appendix II to art. 2:501, N 10.

³⁹⁷⁹ ECL-HELLWEGE, Introduction before, art. 2:501 N 33 et ECL-HELLWEGE, Appendix II to art. 2:501, N 12 s.

droit de révocation en matière de contrats à distance, dans la mesure où le produit reçu à la suite d'un contrat à distance ne correspond pas nécessairement à l'objet physiquement « testé » en magasin.

Dès lors, en lien avec les droits de révocation légaux en Suisse, nous **proposons** :

2263

- L'adoption de règles générales³⁹⁸⁰ suffisamment souples combinées avec l'adoption de règles suffisamment précises pour ne pas ajouter un droit de révocation à toute relation contractuelle, y compris de nature consumériste. Dans ce contexte, il convient de ne pas inscrire dans la loi de trop nombreuses exceptions, le but restant d'éviter une densification normative ;
- Idéalement une réorganisation systématique de l'institution du droit de révocation en droit suisse, par exemple par une refonte des art. 40a ss CO pouvant s'intituler « droits de révocation ». Cette solution permettrait de distinguer entre les différents droits de révocation, tout en constituant une section à laquelle pourraient renvoyer les éventuelles dispositions sectorielles, comme le confirme d'ores et déjà la tendance légale actuelle (par ex. art. 406e al. 2 CO et 16 al. 3 LCC) ;
- Un rattachement littéral du droit de révocation légal au contrat³⁹⁸¹ ;

³⁹⁸⁰ En rapport avec les exceptions au droit de révocation, ECL-HELLWEGE, Appendix to art. 2:505, N 3.

³⁹⁸¹ Un point intéressant à relever est la pratique, en Suisse, relative au droit de révocation conventionnel (MARCHAND, Droit de la consommation, p. 158 s. précise que le droit de révocation qu'il qualifie dans ce contexte de « révocation-déception » est une offre contractuelle et publicitaire fréquente en matière de contrats conclus à distance). La révocation s'y rattache parfois au contrat, non à l'offre ou à l'acceptation (comp. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 165). Le contenu des conditions générales d'entreprises – il est vrai souvent actives dans le commerce transfrontalier – reste vraisemblablement très influencé par le droit de l'UE (Par ex. art. 6 CGV Zalando, consultable sur <https://fr.zalando.ch/zalando-cgv/>, consulté le 30.10.2018). En outre, le délai de révocation octroyé au consommateur est, le cas échéant, de trente jours, ce qui est généralement supérieur à ce qui vaut en droit de l'UE. Pour une présentation de la nécessité, malgré ce constat d'une autorégulation, de prévoir en Suisse un droit de révocation légal pour les contrats conclus sur Internet, DELAYE/HUG, Tempori Servire, p. 193. Plus nuancé, mais vraisemblablement *contra*, MARCHAND, Droit de la consommation, p. 165 et 185.

- Une conception générale résolutoire (« *ex tunc* ») du droit, bien que les différences pratiques entre la nature suspensive et résolutoire ne doivent vraisemblablement pas être surestimées³⁹⁸².
- Une conception systématique du droit de révocation similaire aux vices du consentement, dans la mesure où le droit s'inscrit chronologiquement à la suite de la « conclusion du contrat » en permettant à son bénéficiaire de l'empêcher rétroactivement³⁹⁸³. Le moyen est alors conçu comme étant relatif à la conclusion du contrat.
- Le droit de révocation ne devrait cependant pas nécessairement être conçu comme étant un moyen relevant du droit général des contrats, au risque de vider le principe *pacta sunt servanda* de sa substance. Toutefois, cela n'exclut pas une intervention ponctuelle – et une systématisation – de ce droit en faveur de certains professionnels en position de faiblesse également, à l'instar de la personne passant un acte nécessaire à sa profession future (« *Existenzgründer* »)³⁹⁸⁴. L'extension du droit à ces situations nécessite quoi qu'il en soit une évaluation législative soigneuse, au risque d'étendre indûment un mécanisme de protection abstraite ;
- L'adoption d'un droit de révocation en matière de contrat conclu à distance. Ce droit pourrait être conçu de manière optionnelle, en ce sens que le consommateur devrait pouvoir choisir s'il acquiert un bien et/ou un produit avec une possibilité de révocation ;
- Un régime de restitution des prestations exhaustif, conçu comme étant d'ordre contractuel, et expressément inscrit dans la loi (restitution des prestations et obligations respectives des parties, ainsi que mention des règles sur la prescription des prétentions) pour chaque droit de révocation (comp. art. 12 et 13 Directive 2011/83/UE ; art. 2:501 à 504 ECL en rapport avec les art. 9:306 et 306 ECL).
- L'inscription dans la loi un délai de péremption du droit de révocation (cf. art. 10 Directive 2011/83/UE),

³⁹⁸² KOLLER, Art. 406a-406h, p. 620.

³⁹⁸³ Du même avis, ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 26.

³⁹⁸⁴ Comp. ECL-HELLWEGE, Introduction before art. 2:501, N 35.

- L'examen de l'opportunité de prévoir, en cas de révocation, l'annulation des contrats spécifiquement liés (« *ancillary contracts* » ; art. 15 Directive 2011/83/UE et art. 2:505 ECL) ;
- L'examen de l'opportunité d'intégrer dans la LCD l'obligation d'information du professionnel sur le droit de révocation (comp. art. 3 let. m LCD).

E. Récapitulatif

En substance, pour récapituler (très) succinctement, nos principaux constats, propositions et pistes de réflexion interviennent en rapport avec :

2264

- L'intégration – en particulier littérale – de la thématique des conditions générales (clauses contractuelles non négociées) parmi les règles générales du CO sur la conclusion du contrat ;
- L'abrogation de l'art. 6a CO et l'intégration de la thématique des envois et services non sollicités dans la LCD ;
- Le fait que l'art. 8 LCD cristallise des enjeux dogmatiques et politiques quant à la portée même à accorder à la protection (contractuelle) du « consommateur » en droit suisse.
- L'inscription d'un devoir d'information spécifique dans la LCD en matière de commerce électronique portant sur les principales caractéristiques des biens et services proposés ;
- La conséquence, en principe, de la nullité du contrat subséquent en cas de violation d'une prescription de la LCD se rapportant à la conclusion du contrat (cf. art. 3 LCD) ;
- L'extension – limitée par exemple au moyen de « présomptions » servant de guides interprétatifs – du contrôle des clauses abusives par la LCD (contrôle de loyauté) aux contrats conclus avec un professionnel en position de faiblesse ;
- La reformulation et la systématisation des règles sur les droits de révocation, de manière à présenter la matière en un seul endroit. Le cas échéant, les dispositions établissant un droit de révocation spécifique

pourraient renvoyer à cette partie. Aussi, il nous paraît utile de réexaminer l'opportunité d'adopter un droit de révocation pour les contrats à distance (autres que ceux envisagés par l'art. 40b let. d CO), de sorte à favoriser les achats de consommateurs étrangers en Suisse, en leur assurant le même standard protecteur que dans l'UE.

Conclusion

S'il fallait tirer une conclusion, très certainement valable *mutatis mutandis* pour chaque thèse, c'est que la thématique de la protection contractuelle du consommateur **ne peut jamais qu'être traitée partiellement, pour ne pas dire qu'imparfaitement**. Tout au long de notre étude, nous avons tenté de présenter la formation du contrat de consommation de la manière la plus exhaustive possible. L'un de nos souhaits est que les praticiens y trouvent également quelque information ou argumentation utile. La matière est extrêmement large, souvent empreinte de considérations politiques et connaît de nombreuses influences nationales et internationales. Partant, elle est en (r)évolution constante, mais c'est ce qui la rend si passionnante ! Encore récemment, les développements technologiques en lien avec la Blockchain et les Smart Contracts doivent être mentionnés. Ils pourraient amener le législateur à (devoir) repenser certains pans de la mise en œuvre de la protection du consommateur tant en droit matériel qu'en droit formel³⁹⁸⁵.

2265

Un moyen pour **prévenir une dispersion de la matière** consiste à continuer à recourir aux principes généraux. Il s'agit de conserver la cohérence du système entre les « contrats traditionnels » et les « contrats de consommation » même si, il est vrai, la protection du « consommateur » paraît de moins en moins pouvoir s'affranchir de la protection, plus large, d'une partie faible n'agissant même pas nécessairement à des fins privées ou idéales. Le maintien d'une certaine « neutralité » du CO nous paraît à ce titre essentiel. Ce constat ne préjuge pas de la nécessité, le cas échéant, d'adopter des moyens de protection spécifiques, lorsque la protection du consommateur ou de la partie faible l'exige. L'intervention doit, d'une part, être complémentaire aux règles générales et, d'autre part, mesurée, tout en s'envisageant également par le biais de la LCD. Un recours parfois plus large à cette loi permettrait d'ailleurs d'éviter l'intégration de règles particulières au sein des dispositions générales du CO sur la conclusion du contrat (cf. art. 6a CO).

2266

³⁹⁸⁵ À ce sujet, HUG, La protection du consommateur face aux nouvelles technologies.

2267

Finalement, et sans pour autant négliger la protection effective du consommateur, un souci important doit rester celui de **rendre la législation protectrice aussi claire et simple que possible, mais pas moins**. C'est là un gage d'accessibilité et d'acceptance par la plus grande partie de la population. Cela vaut particulièrement du point de vue de la « formation du contrat », comme cœur des relations obligationnelles entre parties. Il convient en définitive d'en prendre soin et, au besoin, de l'explicitier, de le moderniser ou encore de le soutenir avec de nouveaux moyens, afin de lui permettre de continuer à battre avec la même vigueur.

Index

Les numéros renvoient aux notes marginales du texte.

Abusives

clauses (v. art. 8 LCD)

conditions commerciales (v. art. 8 LCD)

conditions générales (v. art. 8 LCD)

Accord individuel

clauses individuellement négociées, 1445

conséquence, 1466

distinction avec l'intégration individuelle des conditions générales, 1454

doute sur l', 1446

éléments, 1453 ss

fardeau de la preuve de l', 1464

rapport avec la simple discussion au sujet des clauses préformulées, 1457

priorité de l', 1445 ss

Acceptation

concluante des conditions générales (v. intégration des conditions générales)

expresse des conditions générales (v. intégration des conditions générales)

offre et, 85 ss, 552

originaire, 1593

tacite des conditions générales (v. intégration des conditions générales)

Accessibilité

règle de l' (v. ce terme)

Approche

de la protection du consommateur dans d'autres pays, 2131, 2135 et 2139

de la protection du consommateur en Suisse, 2141 ss

Art. 8 LCD

conséquences civiles de la violation de l', 1798

forme authentique et, 1806 ss

rapport avec la règle de l'insolite, 1824 s.

rapport avec le respect des normes légales impératives, 1779 ss

B2B, 839, 1445, 1848, 2178

B2C, 425, 1445, 1881

Battle of the forms, 1428

Blanc-seing (v. clause)

C2B, 557

C2C, 758, 803, 1445

Clause

abusive (v. art. 8 LCD),

ambiguë (v. *in dubio contra stipulatorem*)

de blanc-seing, 1569

insolite (v. règle de l'insolite)

Commerce électronique

intégration des conditions générales en matière de (v. intégration des conditions générales)

devoirs d'information en matière de, 188, 196, 879, 1523, 1852, 2227, 2238 s., 2264

Directive sur le, 147, 1851, 1950

loi sur le, 1888, 1912, 1918, 1935, 1948, 2072

Concurrence déloyale

art. 8 LCD (v. ce terme)

sanctions de nature contractuelle, 190 ss

Conditions générales

abusives (v. art. 8 LCD)

affichage, 1493, 1514, 1530, 1544

accessibilité (v. règle de l'accessibilité)

conflit de (v. *battle of the forms*)

dualisme du contrôle des, 353, 1642, 1652, 1775, 1780, 2046, 2252

langue des, 1513

Courriel, 1549, 1586, 1858, 1873

Culpa in contrahendo

en cas de connaissance d'un déficit informationnel, 919

pertinence pour le droit de la consommation, 477, 871, 950 s., 977, 1024, 1051, 1304, 1863, 2031, 2222

Devoir d'information contractuel, 1531

Droit de la concurrence

au sens strict, 185 s.

lutte contre les cartels, 182

lutte contre la concurrence déloyale (v. concurrence déloyale)

rapport avec le droit de la consommation, 179 ss

Doute (v. *in dubio contra stipulatorem*)

Directive 93/13/CEE sur les clauses abusives

E-commerce (v. commerce électronique)

Email (v. courriel)

Formation du contrat

définition, 55

Hyperlien, 1486, 1513, 1523, 1549

In dubio contra stipulatorem

principe de transparence, 1666, 1675

rapport avec l'interprétation défavorable, 1708 ss, 1749

rapport avec la règle de l'accessibilité, 1521

Insolite

clause (v. règle de l'insolite)

règle de l' (v. ce terme)

Intégration (des conditions générales)

de clauses insolites (v. règle de l'insolite)

en bloc, 1439, 1498

en matière de commerce électronique, 1514, 1549

mise à disposition des conditions générales (v. règle de l'accessibilité)

preuve (v. ce terme)

Interprétation

en cas de doute (v. *in dubio contra stipulatorem*)

Lésion (v. vices du consentement)

Lutte contre la concurrence déloyale (v. concurrence déloyale)

Nullité

en application de la LCC, 1037

en cas de violation de la LCD, 194 s., 1917, 2232

partielle, 144, 197, 968, 1032 ss, 1611, 1801, 1843, 2048

spécifique, 1036 ss

spécifique en cas d'usage des conditions générales, 1975

totale, 968, 1005, 1032 ss, 1611, 2048

PME, 303, 425, 691, 761, 2121, 2137, 2184 s., 2199, 2249, 2251

Prescription

absolue, 1186

des prétentions réciproques en cas d'exercice de la révocation, 1115, 1305, 1328, 1331 ss, 1341 ss, 1358 ss, 2030, 2263

modification induite des règles de la, 1740

relative, 1348

similarité des délais de, 1347, 1351

Prestation de consommation courante

en rapport avec la définition constitutionnelle du consommateur, 739

en tant que particularité helvétique, 762, 811, 818 ss, 822 ss, 2142

en tant que prestation caractéristique du contrat de consommation, 515, 820, 823

en tant que tempérament du critère de la finalité, 815 ss

fonction, 824

portée, 812 s.

sous l'angle de l'art. 8 LCD, 1809 s.

Présomption

d'absence d'engagement excessif, 1577

d'ignorance d'un droit, 313, 1012

d'intégration globale, 1496, 2102

de circulation de l'information, 902

de l'importance de l'information, 884

de la déclaration d'une tierce partie, 2074

de la finalité consumériste, 692 ss

de la situation de déséquilibre, 167, 273

de non-intégration, 1545

en rapport avec la prestation de consommation courante, 306

Preuve

de l'accord individuel prioritaire (v. accord individuel)

de l'intégration des conditions générales, 1464

de la remise de l'avis de révocation, 1241

Principe de la confiance

en matière d'intégration globale,

théorie de la confiance (v. ce terme)

Priorité

de l'accord individuel (v. accord individuel)

des clauses individuellement négociées (v. accord individuel)

Prosumer, 555, 758

Réception

de la manifestation de volonté, 621

théorie de la (v. ce terme)

Règle de l'accessibilité

portée, 1514

prise de connaissance raisonnable, 1513

rapport avec la règle de l'insolite, 1518 ss

rapport avec la règle *in dubio contra stipulatorem*, 1521

Règle de l'insolite

rapport avec l'art. 8 LCD, 1824 s

rapport avec la règle de l'accessibilité, 1518 ss

rapport avec la validité de l'intégration, 1824, 1828

rapport avec les règles sur l'erreur, 1826

Révocation (v. droit de révocation)

SMS, 1864

Théorie de l'expédition

en cas de révocation, 1255, 1263

Théorie de la confiance,

rapport avec la théorie de la déclaration, 44 s.

rapport avec la théorie de la volonté, 49 ss

Théorie de la déclaration

définition, 27

rapport avec la théorie de la confiance, 44 s.

Théorie de la réception

absolue, 1250, 1252

en cas de révocation, 1251 ss

relative, 1252, 1254

Théorie de la volonté

définition, 25

rapport avec la théorie de la confiance, 49 ss

Vices du consentement

lien avec une violation de la LCD, 192, 194

WhatsApp, 1873, 1855